

ISSN 2695-5784

**SIDe
CiED**

Libro de Artículos
III Seminario Internacional
sobre Democracia, Ciudadanía y
Estado de Derecho

Organización:

Eder Fernandes Monica
Gilvan Luiz Hansen
Guillermo Suárez Blázquez



sideciad.com

**Desigualdades, igualdades y ecuanimidades en las
instituciones: perspectivas pospandémicas**

21, 22 y 23 de septiembre de 2021

Facultad de Derecho • Campus de Ourense • Universidad de Vigo

Lugar de Edición: Universidad de Vigo

Editores: Universidad de Vigo & Universidad Federal Fluminense

III SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE
DEMOCRACIA, CIUDADANÍA Y ESTADO DE DERECHO

Eder Fernandes Monica
Gilvan Luiz Hansen
Guillermo Suárez Blázquez
(organizadores)

LIBRO DE
ARTÍCULOS



Universidade de Vigo

The logo for Universidade Federal Fluminense (UFF) features the letters 'uff' in a bold, blue, lowercase sans-serif font. To the right of the letters, the words 'Universidade Federal Fluminense' are stacked vertically in a smaller, blue, all-caps sans-serif font.
Universidade
Federal
Fluminense

M744 MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.).

LIBRO DE ARTÍCULOS: III Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L.; SUÁREZ BLÁSQUEZ, G. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2021.

1375 p.

ISSN 2695-5784

1. Democracia 2. Derecho 3. Política 4. Ciudadanía

I. Título. II. Autor.

CDD: 340

CDU: (058)

A) Diretores Presidentes

Gilvan Luiz Hansen (UFF)
Guillermo Suárez Blázquez (UVIGO)

B) Diretores Acadêmicos

Antón Lois Fernández Álvarez (UVIGO)
Clodomiro José Bannwart Júnior (UEL)
Eder Fernandes Monica (UFF)

C) Secretaria

Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen (Universidade do Minho)
João Pedro Schuab Stangari Silva (UFF/DeCiED)
Laura Magalhães de Andrade (UFF)
Marcella da Costa Moreira de Paiva (DeCiED/UFF)
Natália Maria Ventura da Silva Alfaya (DeCiED / FL)
Rosely Dias da Silva (UEL)

D) Comissão Científica

D1) Comissão Externa

Adriana Ribeiro Rice Geisler (PUC-Rio / FIOCRUZ)
Alfonso Murillo Villar (Universidad de Burgos)
Brunello Stancioli (Universidade Federal de Minas Gerais)
Bruno Stigert de Sousa (Universidade Federal de Juiz de Fora)
Clóvis Montenegro de Lima (IBICT)
Gustavo Silveira Siqueira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Juan Alfredo Obarrio Moreno (Universitat de València)
Julio García Camiñas (Universidade de La Coruña)
Marcos César de Souza Lima (Universidade Veiga de Almeida)
Maria José Magalhães (Universidade do Porto)
María Torres Pérez (Universidade de Valência)

D2) Comissão Interna

Alba Simon (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro)
Alejo Manuel Diz Franco (Universidade Nacional de Educación a Distancia)
André Hacl Castro (Universidade Estácio de Sá)
Antón Lois Fernández Álvarez (Universidade de Vigo)
Aylton Barbieri Durão (Universidade Federal de Santa Catarina)
Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva (Universidade Federal Fluminense)
Carla Appolinario de Castro (Universidade Federal Fluminense)
Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Célia Barbosa Abreu (Universidade Federal Fluminense)
Clodomiro José Bannwart Júnior (Universidade Estadual de Londrina)
Daniel Rubens Cenci (UNIJUI)
Daniela Olímpio de Oliveira (Universidade Federal de Lavras)
Elve Miguel Cenci (Universidade Estadual de Londrina)
Eder Fernandes Monica (Universidade Federal Fluminense)

Edson Alvisi Neves (Universidade Federal Fluminense)
Eduardo Manuel Val (Universidade Federal Fluminense)
Fábio Hansen (Universidade Federal do Paraná)
Fernanda Pontes Pimentel (Universidade Federal Fluminense)
Francisca Fernández Prol (Universidade de Vigo)
Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense)
Gladstone Leonel da Silva Júnior (Universidade Federal Fluminense)
Guillermo Suárez Blázquez (Universidade de Vigo)
Joaquim Leonel de Rezende Alvim (Universidade Federal Fluminense)
José Carlos Garcia (DeCiED)
José Díaz Lafuente (Universidade Complutense de Madrid)
José Ricardo Alvarez Vianna (Escola de Magistratura/Paraná)
Klever Paulo Leal Filpo (Universidade Católica de Petrópolis)
Laís Godoi Lopes (Universidade Estadual de Goiás)
Luís Antonio Alves Machado (DeCiED)
Luís Antonio Cunha Ribeiro (Universidade Federal Fluminense)
Luis Rodríguez Ennes (Universidade de Vigo)
Luiz Antonio da Silva Peixoto (Universidade Federal de Juiz de Fora)
Marcelo Pereira de Almeida (Universidade Federal Fluminense)
Márcia Bataglin Dalcastel (Universidade Federal Fluminense)
Márcio Renan Hamel (Universidade de Passo Fundo)
Margarita Fuenteseca Degeneffe (Universidade de Vigo)
Maria Belén Sánchez Ramos (Universidade de Vigo)
Marta Fernández Prieto (Universidade de Vigo)
Mônica Teresa Costa Sousa (Universidade Federal do Maranhão)
Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya (DeCiED / FL)
Napoleão Miranda (Universidade Federal Fluminense)
Natalia Torres Cadavid (Universidade de Vigo)
Ozéas Corrêa Lopes Filho (Universidade Federal Fluminense)
Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Universidade de Vigo)
Paola de Andrade Porto (Faculdade Lusófona)
Ricardo Lebbos Favoreto (Universidade Estadual de Londrina)
Roberto Bustillo Bolado (Universidade de Vigo)
Rubens de Lyra Pereira (DeCiED)
Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (Universidade Federal Fluminense)
Sérvio Túlio Santos Vieira (Universidade Federal Fluminense)
Simone Vinhas de Oliveira (Universidade Estadual de Londrina)
Susana Álvarez González (Universidade de Vigo)
Tânia Márcia Kale (Universidade Estácio de Sá)
Thiago Rodrigues Pereira (Instituto Novo Liceu)
Virgílio Rodríguez Vázquez (Universidade de Vigo)
Wladimir Tadeu Baptista Soares (Universidade Federal Fluminense)
Wilson Madeira Filho (Universidade Federal Fluminense)
Xosé Manuel Pacho Blanco (Universidade de Vigo)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
PRESENTACIÓN	16
PAINEL 1:	17
A DISPOSIÇÃO DO CORPO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E OS ESPAÇOS DA AUTONOMIA.....	18
A MITIGAÇÃO DE DANOS NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	33
TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL: O acordo de convivência nas uniões homoafetivas.....	49
O DUTY TO MITIGATE APLICADO NOS EFEITOS CONTRATUAIS EM TEMPOS DE SARS-COV-2.....	69
PÓS-MODERNIDADE E AS CODIFICAÇÕES NO SÉCULO XXI.....	88
AUTONOMIA DOS PACIENTES COM TRANSTORNO MENTAL: Democratização a partir dos negócios jurídicos.....	107
FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: A contratualização das relações familiares e a possibilidade da estipulação de cláusulas existenciais nos contratos de convivência	128
NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: As diretivas antecipadas da vontade e o direito civil brasileiro	142

AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O REGIME DE INCAPACIDADE CIVIL E OS INSTITUTOS DA CURATELA E DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA159

PAINEL 2:180

LA LEY EN ISRAEL: Una cuestión de salvación 181

O USO DO HOWEI TEST NA REGULAÇÃO DE TOKENS NO BRASIL E EM PORTUGAL E SUA IMPORTÂNCIA COMO FERRAMENTA PARA EVITAR NOVAS CRISES ECONÔMICAS.....192

O CONTRAMAJORITARISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Proteção jurídica dos povos indígenas perante o avanço da mineração em seus territórios213

O QUE É O NÚCLEO 4.0 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO? UM LUGAR QUE SE VAI OU UM SERVIÇO A SER PRESTADO? UMA BREVE ANÁLISE DO MOVIMENTO DE VIRTUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOB O OLHAR GARANTISTA 232

PAINEL 3: 249

TECNOLOGIA E JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA..... 250

LEI DAS ESTATAIS E SUAS INOVAÇÕES: O *compliance* nas sociedades de economia mista 267

A ESCRAVIZAÇÃO NOS DIAS ATUAIS É UMA QUESTÃO DE RAÇA OU DE POBREZA? 284

AS RUPTURAS LEGISLATIVAS TRABALHISTAS E A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: Uma análise comparada entre brasil e itália acerca da proteção de bens jurídicos fundamentais durante a crise sanitária..... 304

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: A necessidade de um sistema de justiça especializada..... 329

O DESAFIO DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO NO BRASIL .. 344

SÍNDROME DE BURNOUT: A violação dos direitos dos profissionais de enfermagem no contexto de capitalismo pandêmico brasileiro..... 358

AUTONOMIA PRIVADA NAS RESCISÕES IMOTIVADAS DOS CONTRATOS DE TRABALHO E A INCIDÊNCIA DO ART. 477-A DA CLT 375

PAINEL 4:..... 392

OS CRIMES CIBERNÉTICOS REFLETIDOS PELO MARCO CIVIL E PELO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA..... 393

PROCESSO ELETRÔNICO E EXCLUSÃO DIGITAL:
PANORAMA LEGISLATIVO NO BRASIL E NA UNIÃO
EUROPEIA. 413

JUSTIÇA DIGITAL E SOLUÇÃO CONSENSUAL DE
CONFLITOS NO BRASIL 429

LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO: MEIOS CONSENSUAIS
DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DA
CIDADANIA..... 449

MUTIRÕES DE MEDIAÇÃO EM UM CENÁRIO PÓS-
PANDEMICO: EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO OU RISCO PARA A
NOÇÃO DE PROCESSO JUSTO?..... 467

PAINEL 5: 483

A CONEXÃO E A DESCONEXÃO ENTRE ESTADO E
IGREJA NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO..... 484

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL
DE ACESSO À ÁGUA E O DIREITO À SAÚDE DURANTE A
PANDEMIA DE COVID-19..... 501

AS CRIPTOMOEDAS NA ECONOMIA E AS
CONSEQUENCIAS AMBIENTAIS 520

DESTINOS TURÍSTICOS INTELIGENTES: El camino hacia el
cumplimiento de los ods en un panorama post pandémico..... 538

IMPACTOS SOCIAIS ORIUNDOS DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Vulnerabilidade ambiental e
consumo sustentável 563

NOVOS OLHARES PARA O CENÁRIO DE CONCREÇÃO DE DIREITOS: IMPACTOS AMBIENTAIS E O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL 573

PAINEL 6: 588

ABUNDA A MALDADE BENDITA, BEM DITA DO AUTOPROCLAMADO CIDADÃO DE BEM 589

PRÁTICAS EDUCATIVAS E TRABALHO DOCENTE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: DESAFIOS QUE SE RENOVAM 609

A VERDADE E A CIÊNCIA EM TEMPOS DE INCERTEZAS E DE PANDEMIA DE COVID-19. 629

DEMOCRACIA E INTERDISCIPLINARIDADE ENFRENTANDO INCERTEZAS E TRANSFORMANDO O MUNDO 648

AS AÇÕES DE PERMANÊNCIA ESTUDANTIL DESENVOLVIDAS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19 667

PAINEL 7: 694

A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA SOB A LUZ DA CONVENÇÃO

INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA	695
A VIGILÂNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NA SOCIEDADE DE CONTROLE - USOS E CONTROVÉRSIAS DE TECNOLOGIAS DIGITAIS	716
CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA: O espaço cinzento entre a normalidade e a exceção	735
ESTADO PÓS-CRISTÃO, PLURALISMO RELIGIOSO E OS ESTEIOS FUNDANTES DE UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO: Uma abordagem discursiva.....	753
EM DEFESA DA DEMOCRACIA, DA DIGNIDADE E DOS DIREITOS HUMANOS: Reflexões sobre o negacionismo político...	770
REFLEXÕES SOBRE DIGNIDADE HUMANA E DIREITO COSMOPOLITA KANTIANO COMO ALTERNATIVA ÀS CONDIÇÕES DOS IMIGRANTES: Em busca de uma cultura fraterna.....	788
A PROIBIÇÃO AO USO DA FORÇA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Exceções e vicissitudes no contexto pandêmico.....	813
A SOCIEDADE VIGIADA NA MORAL PÓS-CONVENCIONAL: O compliance e a proteção de dados: a privacidade e a ética empresarial.....	830
TOTALITARISMO E BARBÁRIE NO FIM DA HISTÓRIA NEOLIBERAL.....	846
DISCUTINDO O PREÇO OU O VALOR DO SANGUE.....	860

ESPAÇO PÚBLICO E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INSTITUCIONALIZADA: REFLEXÕES A PARTIR DE HANNAH ARENDT 878

O IMPACTO DA TECNOLOGIA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: IMPLICAÇÕES NECESSÁRIAS AO SEU DESENVOLVIMENTO LEGAL901

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM TEMPOS DE PANDEMIA919

PAINEL 8: 938

A TRIBUTAÇÃO A PARTIR DE UM VIÉS IMPLÍCITO DE GÊNERO..... 939

LEIS E MOTIVAÇÕES DE ESTUDANTES INDÍGENAS NO ENSINO SUPERIOR..... 958

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A PANDEMIA DO COVID-19: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA SEGURANÇA DAS MULHERES 975

AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO ENSINO DOMICILIAR E A AGENDA ANTIGÊNERO: A ofensiva neoconservadora pela privatização do direito à educação 992

O MITO DA LIBERTAÇÃO FEMININA: Divisão sexual do trabalho, crise e desigualdade 1011

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO CENÁRIO BRASILEIRO: Análise sob a ótica da proteção conferida à mulher1026

PAINEL 9:	1048
O DESENVOLVIMENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTEXTO ATUAL E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE	1049
BLOCKCHAIN E TECNOAUTORITARISMO: NOVAS PERSPECTIVAS À PROTEÇÃO DE DADOS PRIVADOS NO DIREITO INTERNACIONAL	1065
O CONSENTIMENTO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DE DADOS.....	1084
CRISES SANITÁRIAS E CONFIANÇA PÚBLICA: OS IMPACTOS DA CONFIANÇA GOVERNAMENTAL NA ADERÊNCIA SOCIAL DOS PROGRAMAS SANITÁRIOS	1105
O COOPERATIVISMO DE DADOS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL.....	1125
A VÍCIO DE CONSCIÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NA SOCIEDADE DE CONTROLE - USOS E CONTROVÉRSIAS DE TECNOLOGIAS DIGITAIS.....	1144
PARA ALÉM DA PROPAGANDA ELEITORAL NA ESFERA VIRTUAL.....	1163
OS IMPACTOS DA PANDEMIA NO SISTEMA CARCERÁRIO-PRISIONAL E AS REPERCUSSÕES NA MÍDIA.....	1178
NÃO ERA SÓ UMA GRIPEZINHA: Desinformação e negacionismo no contexto da pandemia de covid-19 no brasil.....	1194

PAINEL 10:.....1212

A VACINAÇÃO DA COVID 19 PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS MEDIDAS PREVENTIVAS1213

ESTADO DE DIREITO E MEDIDAS RESTRITIVAS DA COVID-19: A LEI Nº 13.979/20201228

CONDIÇÕES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSICOSSOCIAL PERMANENTE NA QUARTA ONDA DA PANDEMIA1248

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PANDEMIA: PERSPECTIVAS PARA O ACESSO À SAÚDE.....1265

MERCADO E DIPLOMACIA VACINAL1285

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA E O ENFRENTAMENTO DA COVID-191303

PAINEL 11:.....1320

A IMPORTÂNCIA DOS RIOS VOADORES E O IMPACTO BIOLÓGICO, SOCIAL E ECONÔMICO DA DEVASTAÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA PARA A HUMANIDADE1321

MINERAÇÃO, NATUREZA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, SADIO E PROTEGIDO1340

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E QUESTÕES DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS: PALCOS DE LEGITIMAÇÃO E DELIBERAÇÃO	1363
---	------

APRESENTAÇÃO

Tal como as primeiras folhas que começam a cair, anunciando o outono que se aproxima no Brasil, e as primeiras flores que surgem e encantam nas casas e bosques da Espanha, como prenúncio da primavera, eis que surge a publicação do livro do III SIDeCiED. Mas este livro não é apenas o coroamento de mais um ciclo acadêmico que se cumpre, com o registro na forma de capítulos reunidos numa obra acadêmica.

O livro que ora chega até nós é composto pelas contribuições valorosas dos participantes do evento, na forma de artigos, e retrata bem o tempo no qual surge, pois traz reflexões acerca das “Desigualdades, igualdades e equanimidades nas instituições: perspectivas pós-pandêmicas”, tema do III Seminário sobre Democracia, Cidadania e Estado de Direito (III SIDeCiED). O evento foi um sucesso quando da sua realização, de 21 a 23 de setembro de 2021, e tem seu coroamento de êxito com a publicação desta obra.

Nossos agradecimentos às Instituições que apoiaram e tornaram viável a realização do SIDeCiED (Universidade de Vigo, Universidade Federal Fluminense, Universidade Estadual de Londrina, Instituto Gilvan Hansen), bem como a todos os participantes desta edição do evento.

Esperamos que o sucesso alcançado nas três edições do SIDeCiED, em 2019, 2020 e 2021, possa servir de estímulo e inspiração para a realização de novas edições do evento, ao longo dos próximos anos. Obrigado a todos e a todas pela compreensão, parceria, cooperação e solidariedade manifestadas ao longo de toda a caminhada que fez realidade o III Seminário Internacional sobre Democracia, Cidadania e Estado de Direito.

Ourense, Espanha, fevereiro de 2022.

Gilvan Luiz Hansen

Guillermo Suárez Blázquez

PRESENTACIÓN

Como las primeras hojas que empiezan a caer, anunciando la proximidad del otoño en Brasil, y las primeras flores que asoman y encantan en las casas y bosques de España, como presagio de la primavera, aquí llega la publicación del libro de la III SIDeCiED . Pero este libro no es sólo la coronación de otro ciclo académico que se cumple, con el registro en forma de capítulos reunidos en un trabajo académico.

El libro que ahora nos llega está compuesto por las valiosas aportaciones de los participantes del evento, en forma de artículos, y retrata bien la época en que se presenta, pues trae reflexiones sobre las “Desigualdades, igualdades y ecuanimidades en las instituciones: perspectivas pospandemia”, tema del III Seminario Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho (III SIDeCiED). El evento fue un éxito cuando se llevó a cabo, del 21 al 23 de septiembre de 2021, y tiene su broche de oro con la publicación de esta obra.

Nuestro agradecimiento a las Instituciones que apoyaron y viabilizaron el SIDeCiED (Universidade de Vigo, Universidade Federal Fluminense, Universidade Estadual de Londrina, Instituto Gilvan Hansen), así como a todos los participantes en esta edición del evento.

Esperamos que el éxito alcanzado en las tres ediciones de SIDeCiED, en 2019, 2020 y 2021, pueda servir de estímulo e inspiración para la realización de nuevas ediciones del evento, en los próximos años. Gracias a todos por la comprensión, el compañerismo, la cooperación y la solidaridad mostradas a lo largo del camino que hizo realidad el III Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho.

Ourense, España, febrero de 2022.

Gilvan Luiz Hansen

Guillermo Suárez Blázquez

PAINEL 1:

**O direito privado ante os
movimentos sociais e novas
configurações institucionais**

A DISPOSIÇÃO DO CORPO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E OS ESPAÇOS DA AUTONOMIA

Alexander Seixas da Costa

Professor adjunto de direito civil da Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil,
E-mail: alexanderseixas@id.uff.br

Celia Barbosa Abreu

Professora associada de direito civil da Universidade Federal Fluminense, Niterói,
Brasil,
E-mail: celiabreu@id.uff.br

INTRODUÇÃO

A proposta geral do presente artigo é enfrentar a ainda existente percepção pela qual a pessoa com deficiência é incapaz e se à ela deve se reconhecer a autonomia para realizar atos de natureza existencial. De antemão, então, é válido destacar a consagração de sua autonomia assegurada na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD) e também no Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBIPD).

Ao tratar da temática a respeito da pessoa com deficiência, o primeiro elemento a se considerar consiste na discussão da nomenclatura empregada para designar este grupo, pois não raro são feitas referências inadequadas ou inapropriadas, como por exemplo a expressão pessoa portadora de deficiência, e mesmo no âmbito educacional a alusão a alunos com necessidades especiais. Diversamente disso, entende-se que empregar uma linguagem apropriada representa reconhecer que a pessoa com deficiência deve ser tratada com respeito e dignidade.

O grande problema enfrentado pelas pessoas com deficiência reside nas barreiras que enfrentam em seu cotidiano. Estes obstáculos podem ser de várias formas, indo desde uma questão arquitetônica até pela postura de pessoas que inviabilizam a acessibilidade. Não se reputa mais a obrigação da pessoa com deficiência se integrar à sociedade, e sim o movimento inverso conforme o modelo social, de atribuir ao Poder Público e à sociedade a tarefa de eliminar as barreiras

existentes. Além disso, considera-se também que cada pessoa tem a sua singularidade e a deficiência pode ser compreendida enquanto um atributo de cada um, consoante o modelo da diversidade.

A autonomia privada consiste no poder assegurado às pessoas de realizarem atos de natureza patrimonial e existencial, e o seu exercício em regra é pleno, sofrendo restrições diante de proibição legal ou de situações que se enquadram no abuso de direito. O exercício da capacidade implica no exercício da autonomia e neste sentido tanto a CDPD, quanto a LBIPD, reconhecem a capacidade legal da pessoa com deficiência, de forma plena, admitindo, todavia, um sistema de apoio, como o caso da curatela e tomada de decisão apoiada.

Os direitos da personalidade, enquanto elementos da personalidade humana, são particulares e próprios de cada pessoa, e, evidentemente, a pessoa com deficiência também goza de tais direitos. O direito à integridade física e disposição do corpo representa uma das manifestações do exercício dos direitos da personalidade e neste sentido o trabalho busca tratar efetivamente do exercício da autonomia da pessoa com deficiência intelectual de realizar atos de disposição corporal, em específico o *body art* e *body modification*. Para tanto, o primeiro passo será, pois, analisar o que se entende por pessoa com deficiência, inclusive com o destaque da linguagem apropriada a seu respeito, a fim de evitar sua exclusão ou uma visão infantilizada ou paternalista em torno dela, não reconhecendo o seu protagonismo e o fato de que é sujeito de sua história.

1. PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1. ASPECTOS TERMINOLÓGICOS

O primeiro aspecto que deve ser compreendido reside na designação adequada para a pessoa com deficiência. A expressão pessoa “portadora” de deficiência é inadequada, pois a deficiência representa um atributo da pessoa, e não um objeto que pode ser “portado”, ou ainda, assegurar que a pessoa poderia ou não “levar” sua deficiência para onde quiser. O vocábulo “portador” é, portanto, inadequado e inapropriado, inclusive porque acaba destacando mais a deficiência do que a pessoa.

Além disso, a referência a pessoa “com necessidades especiais” também não se revela correta. Embora ainda muito empregada na área da educação, com

alusão à alunos com necessidades especiais, inclusive a Lei 9394/96 dispõe o Capítulo V designado “Da Educação Especial”. Na verdade, a pessoa com deficiência não é especial; deve efetivamente receber um tratamento diferenciado – no caso da educação, através de uma proposta pedagógica que contemple sua deficiência – mas que nem por isso a torna especial. Este termo acaba por apresentar uma visão paternalista, além de partir de uma lógica da integração, em que a tarefa para participar da sociedade depende apenas do esforço da pessoa com deficiência. Diferentemente, necessário defender a sua inclusão, que implica um agir da sociedade, fundamental para que a pessoa com deficiência exerça seus direitos (BARBOZA, H.H; ALMEIDA, V.A.A.J, 2017).

O emprego linguístico apropriado consiste no termo pessoa com deficiência, eis que é, antes de mais nada, uma pessoa humana, dotada de dignidade humana e também dos direitos da personalidade. A dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos da República, nos termos do artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). É admissível, todavia, conforme será tratado adiante, utilizar pessoa com diversidade funcional à luz do modelo da diversidade, embora a opção contemporânea seja mesmo pela nomenclatura pessoa com deficiência.

A utilização da expressão pessoas com deficiência está em conformidade ao que está previsto na CDPD e na EPD. Não se nega a amplitude ao se falar pessoa com deficiência, seja por conta de situações de deficiências múltiplas, ou mesmo de algumas singularidades dentro de cada deficiência; seja como for, designa a forma mais apropriada de se abordar a questão.

1.2. O MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA

O modelo social da deficiência surge a partir dos movimentos liderados pelas próprias pessoas com deficiência nos EUA e na Inglaterra; ganha destaque o papel da UPIAS. Ao contrário do modelo reabilitador, ou médico, que buscava efetivamente uma “cura” para a pessoa com deficiência e atribuía a ela a responsabilidade pela sua integração na sociedade, defendendo que a deficiência representa um atributo individual, o modelo social põe em relevo a importância da acessibilidade e da eliminação das barreiras, que dificultam o exercício da autonomia da pessoa com deficiência.

Ao atribuir a responsabilidade aos órgãos públicos, privados e os membros da sociedade pela inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, o mo-

delo social valoriza a pessoa, e desta forma não se deve promover uma integração. Em outras palavras, cabe à sociedade e ao Poder Público realizarem as modificações necessárias, a fim de que a pessoa com deficiência tenha garantido o exercício de sua autonomia e independência. A questão da deficiência não pode ser simplificada à característica médica ou individual, e sim social e, neste sentido, cumpre-lhe assegurar o acesso à igualdade de oportunidades (ROSENVOLD, 2016).

Na perspectiva do modelo social, é possível identificar o quanto as pessoas com deficiência vivenciam uma grande opressão. Na verdade, a deficiência representa um atributo do corpo; a incapacidade, ou usando a palavra espanhola *discapacidad* diz respeito aos obstáculos que efetivamente “incapacitam” a pessoa, e daí o destaque relativamente às barreiras que dificultam o exercício das atividades pel/a pessoa com deficiência. (PALACIOS, 2008).

A perspectiva do modelo social da deficiência aponta para duas diretrizes:

O modelo social pode ser lido por duas perspectivas: uma positiva, em que seus teóricos lançam a tese de que a deficiência é uma construção social calcada na opressão das pessoas com corpos lesionados; e por outro, uma negativa, de modo que este paradigma surge como resposta imediata às consequências do saber biomédico. (CHAVES, 2020).

Desta forma, aponta-se o quanto as pessoas com deficiência são vítimas de exclusão/ violência, que pode se manifestar das mais diversas formas, como o caso da violência psicológica, que não reconhece a capacidade deste grupo em realizar as atividades. O modelo social não segue a mesma orientação do modelo médico, pois não objetiva “normalizar” a pessoa com deficiência e sim a alteração na conduta e postura da sociedade e do Estado, promovendo uma vida mais inclusiva. Ademais, segundo Santos (2018), a questão da deficiência deve ser compreendida para além da esfera privada de cada pessoa, e sim como questão pública. A lesão da pessoa com deficiência deve ser compreendida enquanto um atributo da pessoa, assim como a cor de sua pele.

É importante reconhecer, entretanto, que também o modelo social se sujeita a questionamentos. Se por um lado contribui no sentido de não conferir a responsabilidade à pessoa com deficiência pela sua participação na sociedade – e daí a importância de se implementar medidas acessíveis, seja pelo desenho universal, adaptações razoáveis ou tecnologias assistivas – por outro lado tal modelo desconsidera as dores vivenciadas pelas pessoas com deficiência, e ainda que, em

algumas situações, mesmo com todas medidas acessíveis, não será possível atingir a acessibilidade, conforme questionam as teorias feministas (DINIZ, 2003).

O modelo social foi adotado pela CDPD e no EPD, ao reconhecer a capacidade da pessoa com deficiência, como se observa no artigo 12, item 2 desta Convenção Internacional e pela alteração dos dispostos nos artigos 3º e 4º, II e III do Código Civil (CC), e assim agora somente é possível falar em pessoas absolutamente incapazes por conta do critério etário. As pessoas com deficiência intelectual passam a partir daí a serem consideradas plenamente capazes, ou seja, a regra é a capacidade, sendo ponderado, todavia, que a pessoa com deficiência intelectual poderá se valer de apoios, como a curatela e a tomada de decisão apoiada. (BARBOSA-FORHMANN, A. P; KIEFER, S. F. W, 2016)

1.3. O MODELO DA DIVERSIDADE DA DEFICIÊNCIA

A deficiência na pessoa pode ser interpretada enquanto um elemento característico da personalidade, ou ainda um atributo. Assim sendo, as pessoas com deficiência auditiva utilizam-se dos olhos para se comunicar ao contrário da maioria das pessoas que empregam palavras; no entanto, a finalidade é a mesma: a comunicação (PALACIOS; ROMANACH, 2016).

As pessoas com diversidade funcional representam um grupo que apresenta traços distintos da maioria das demais pessoas, sendo certo que é justamente a sua diversidade que contribui para uma sociedade mais rica. Toda pessoa é dotada de dignidade, e assim não se pode defender a ideia de que algumas são mais ou menos dignas por conta de sua deficiência. Segundo este modelo, cada pessoa tem uma dignidade intrínseca, que está relacionada ao valor da vida, e ela é igual para todos; e a dignidade extrínseca, que diz respeito aos seus direitos e condições de vida. Desta forma, as pessoas com diversidade funcional têm a mesma dignidade intrínseca e extrínseca àquelas sem diversidade, por conta de sua natureza humana, e pelo fundamento de que são dotadas dos mesmos direitos, e que devem ser fornecidos os apoios necessários (PALACIOS; ROMANACH, 2016).

O modelo da diversidade pode ainda ser identificado na CDPD, tanto pelo prisma da dignidade intrínseca, quanto extrínseca. O artigo 1º e 3º fazem referência àquela, com destaque para a autonomia, a fim de que a pessoa com diversidade funcional seja responsável pelas suas escolhas e decisões:

Ello da respuesta a una de las principales reivindicaciones de las personas con diversidad funcional, que consiste en la posibilidad de formar parte de

la toma de decisiones relativas a sus propias vidas, dejando de ser consideradas como meros pacientes, o de estar sometidas a políticas paternalistas en las que se las intenta suplir y apartar de la toma de decisiones em aquellas cuestiones que les incumben. Esta reivindicación de las personas con discapacidad —que, como se ha mencionado oportunamente, tuvo asimismo origen en el Movimiento de Vida Independiente— es el participar y ser artífices en lo que respecta a las decisiones que les atañen. El lema «*Nothing about us without us*» —Nada sobre nosotros sin nosotros— que surgió con el modelo de vida independiente resume de manera efectiva esta postura (PALACIOS; ROMANACH, 2016)

O lema “nada sobre nós, sem nós” representa exatamente a noção de que toda pessoa é dotada de dignidade, e por isso tem o direito de realizar suas escolhas. No que tange à dignidade extrínseca prevista na CDPD, vale ressaltar os artigos 24 e 25, dedicados à educação e saúde, respectivamente (PALACIOS; ROMANACH, 2016).

Portanto, a partir da percepção do modelo social e da diversidade, a autonomia da pessoa com deficiência ou com diversidade funcional merece destaque, inclusive com o reconhecimento de sua capacidade legal. Segundo o modelo social, o implemento da acessibilidade garante o exercício da autonomia privada, e na percepção do modelo da diversidade, a autonomia decorre da própria manifestação da dignidade da pessoa.

2. A AUTONOMIA PRIVADA

2.1 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS LIMITES

A autonomia privada consiste no poder de autorrealização de cada um; das escolhas e está relacionada ao direito de liberdade. Consiste no “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (AMARAL, F, 2006). O fundamento da autonomia privada reside na liberdade, que consiste, em termos jurídicos, no poder de realizar, conforme o entender da pessoa, todo ato que não esteja vedado por lei, e ainda de exercer, ou não, seus direitos subjetivos (AMARAL, F, 2006). Trata-se, portanto, de espaço conferido para que cada pessoa realize os atos que julgar necessários e oportunos:

A autonomia privada significa, assim, o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente. (AMARAL, 2006).

Em regra, a autonomia privada apresenta restrições maiores no campo patrimonial do que existencial; se cada pessoa é livre para se casar ou constituir união estável, com qualquer pessoa (ressalvados os casos de impedimento matrimonial), bem como escolher o regime de bens, por outro, para alienar ou dispor de algum bem em comunhão deverá precisar da anuência do outro cônjuge, conforme o regime de bem escolhido. Na seara contratual, os contratantes têm ampla liberdade, pela autonomia privada de criar novas figuras contratuais, observando, entretanto, os requisitos de validade do artigo 104 do CC. No entanto, o exercício da autonomia privada encontra limites na ordem pública, bons costumes e boa-fé; ordem pública compreendida enquanto normas que protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e são a base da ordem econômica; bons costumes, enquanto regras morais de um povo, e a boa-fé entendida como lealdade no comportamento (AMARAL, 2006). Desta forma, não se pode realizar um contrato sem se atentar, por exemplo, para a boa-fé objetiva, regra que determina aos contratantes que atuem sempre com atos leais à outra parte, observando os deveres laterais de conduta, como a informação adequada.

Toda pessoa tem a liberdade de exercer sua autonomia privada, tanto na esfera das situações existenciais, como por exemplo, formar família pelo casamento ou união estável, exercer o planejamento familiar, escolher uma faculdade para cursar etc, quanto na esfera patrimonial, como se verifica, exemplificadamente, na elaboração de pactos antenupciais, na formação e extinção de contratos. É bem verdade que estas duas esferas em algumas situações apontam para uma grande proximidade: o contrato de prestação de serviços educacionais de instituição particular de ensino superior tem natureza patrimonial, em virtude do pagamento das mensalidades, e ao mesmo tempo, existencial à medida que a escolha de uma futura profissão representa um projeto existencial. Para efeito de curatela, o curador deverá se ater às questões patrimoniais, pois no campo existencial o exercício da liberdade da pessoa com deficiência deve ser o maior possível.

É possível afirmar que existe uma autonomia privada existencial, própria das situações jurídicas extrapatrimoniais. A liberdade individual representa um espaço de escolha de cada indivíduo; cuida-se de uma forma de realizar uma autodeterminação de seus propósitos de vida. No gênero de autonomia privada existencial, estaria a espécie autonomia corporal, no significado de ser uma “autodeterminação da pessoa em relação ao seu corpo” (MORAES, M.C.B; CASTRO, T.D.V, 2014).

2.2. A AUTONOMIA PRIVADA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A pessoa com deficiência tem reconhecida a autonomia privada tanto pela CDPD, quanto pelo EPD. O artigo 6º assegura a autonomia privada aos atos existenciais, dentre eles, para constituir família por casamento ou união estável, o que implica uma série de responsabilidades decorrentes do vínculo conjugal; autonomia para exercer direitos sexuais, e assim escolher sua orientação sexual, e também direitos reprodutivos, e desta forma, a inaplicabilidade de esterilização forçada, além de garantir o direito de ter guarda, tutela, curatela e adoção. O rol previsto neste artigo é enumerativo, e embora não tenha sido dito de forma expressa, a pessoa com deficiência tem autonomia para dispor de seu corpo ou parte dele. A este respeito, a questão pertinente à possibilidade de doação de órgãos ou o procedimento de esterilização caberá à responsabilidade de escolha da pessoa com deficiência, e não ao curador:

A autonomia para dispor ou não do próprio corpo por motivo de construção de identidade ou por outras escolhas existenciais em matéria de saúde é direito personalíssimo. A pessoa com deficiência psíquica e intelectual tem esse direito assegurado, haja vista que a deficiência não é critério modulador da capacidade. Assim, aquelas situações em que o curador no uso de seus poderes interferia nos aspectos existenciais e se via com poder de decidir sobre doação de órgãos ou esterilização, a título de exemplo, não são mais viáveis. (SAMPAIO; MENEZES, 2018)

Nada impede de que o curador possa atuar de forma a prestar um auxílio na escolha existencial, mas não poderá atuar de forma a substituir a vontade da pessoa com deficiência intelectual na seara das situações existenciais. Uma solução menos interventiva é se utilizar da figura dos apoiadores na tomada de decisão apoiada, em que a pessoa é capaz e terá um auxílio para tomar suas decisões. Cumpre destacar que o apoiador deve ser pessoa idônea e principalmente de confiança do apoiado, não necessariamente com vínculo de parentesco.

Toda pessoa com deficiência, por força do disposto na CDPD e no EPD, tem plena capacidade para realizar os atos da vida civil, embora em algumas situações, de fato, seja necessária a atuação do curador, para aspectos ligados ao patrimônio. Em relação à capacidade das partes, hoje a regra é a capacidade; a CDPD segue a orientação do princípio *in dubio pro capicatas*, ou seja, a capacidade é regra e a incapacidade exceção. (VIVAS-TESSÓN, 2016). É verdade que, em alguns casos, a pessoa com deficiência precisará de uma ajuda para expressar sua vontade, na questão contratual, o que não retira sua capacidade. Seja como for,

o papel do curador se restringirá às questões patrimoniais, e não a questões existenciais, onde o espaço para o exercício da autonomia privada deverá ser maior, ou seja, a pessoa com deficiência exercerá de forma mais plena comparada às situações de natureza patrimonial.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1. DIREITOS DA PERSONALIDADE: DEFINIÇÃO, TITULARIDADES E CARACTERÍSTICAS

A legislação civil brasileira prevê na sua Parte Geral um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. A personalidade representa um atributo de toda pessoa humana, e pode ser compreendida enquanto valor jurídico e a possibilidade de uma pessoa ser titular de relações jurídicas (AMARAL, 2006).

A titularidade dos direitos da personalidade é conferida a todos seres humanos, desde o momento da concepção, seguindo a visão antropocêntrica do direito, mas admitindo que também a pessoa jurídica será titular deste direito, desde que não sejam próprios e exclusivos da pessoa natural, consoante o disposto no artigo 52 do CC (AMARAL, 2006). Este trabalho terá como foco o exercício dos direitos da personalidade pela pessoa natural/humana com deficiência intelectual.

Em relação às suas características, o artigo 11 do CC prevê de forma expressa a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Ademais, é possível destacar outros atributos: são inatos, absolutos, indisponíveis e imprescritíveis. Em outras palavras, são direitos que nascem com a pessoa, particulares de cada um, e justamente por isso não podem ser transferidos a terceiro; são absolutos pois têm eficácia contra todos (embora se reconheça direitos da personalidade relativos, ao exigir uma prestação do Estado). Ademais, são indisponíveis porque não se sujeitam à alienação, ou mesmo renúncia; embora seja mitigada esta característica, como se falará mais adiante. Por fim, são imprescritíveis, pois poderá ser exercido a qualquer tempo, e assim a ausência de seu exercício não implica a extinção deste direito (AMARAL, 2006).

É possível apresentar uma classificação dos direitos da personalidade que considera a seguinte ordem: física (vida, corpo humano e suas partes); psíquica (liberdade de expressão e religião); moral (nome, reputação), segundo Bittar (2008). Trata-se de organização que serve de orientação didática, mas que não se

esgota em si, pois é preciso pensar na defesa da personalidade como um todo. A personalidade da pessoa humana possui um valor unitário, e diante disso consta uma cláusula geral para a proteção total da personalidade. No ordenamento jurídico nacional, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição da República, funciona enquanto cláusula geral de proteção da pessoa humana (MORAES, 2016). Além disto, outros direitos da personalidade também podem ser identificados, como o direito à imagem, honra, privacidade, voz, e outras projeções da personalidade.

O artigo 13 do CC estabelece a proibição de dispor do corpo, a menos que seja por conta de exigência médica, quando acarretar diminuição permanente no corpo, ou for contrário aos bons costumes. A este respeito, são apresentadas as seguintes críticas: a visão de que o saber médico seja superior àquele de outra natureza, como ética ou jurídica; ou a ideia de que seria possível autorização para redução não permanente, o que pode ser um entendimento perigoso, e noção de bons costumes, que representa um conceito vago e impreciso. (SCHREIBER, A, 2014).

3.2. A DISPOSIÇÃO DO CORPO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL: *BODY ART* E *BODY MODIFICATION*

O direito à integridade física representa um dos direitos da personalidade. Segundo o artigo 13 do CC, é vedado a disposição do corpo, ou de suas partes, quando implicar diminuição permanente da integridade física, ou for contrário aos bons costumes. A interpretação literal do dispositivo, no sentido de contemplar apenas a integridade física, mas deve atentar também para a psíquica. (DALSENTER, T. A, 2009). A diminuição permanente da integridade não se confunde com a autocolocação em risco, como nas situações decorrentes de luta, em que é possível uma redução permanente da integridade de uma pessoa. (DALSENTER, T. A. 2009).

O direito ao corpo, ou a parte dele, representa um direito da personalidade. O direito à integridade física abrange a proteção ao corpo e a mente e pode ser definido da seguinte forma: “Consiste em manter-se a higidez física e lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingí-las, como direito oponível a todos.” (BITTAR, C.A, 2008). Em conformidade à proteção deste direito, tem-se a proteção constitucional contra a tortura, penas cruéis e tratamento desumano ou degradante, previsto no artigo 5º, III; no campo criminal a tipificação dos crimes de lesão corporal, de perigo de vida ou saúde de outrem, e de abandono de incapaz são algumas situações de violação deste direito

da personalidade. (BITTAR, C.A, 2008). É possível designar direito ao corpo enquanto direito à integridade física, e que, nesta seara, o trabalho versará especificamente sobre o direito à autolesão, de que podem ter vários exemplos: tatuagem, *piercings*, o uso de enormes brincos, a raspagem da cabeça no candomblé, o *branding*, que consiste na atitude de “marcar” a pessoa com o metal em brasa. (BORGES, R.C.B, 2007).

A autolesão, ou seja, a mutilação feita pela vontade, em princípio, não será ilícita, mas poderá ser em algumas hipóteses. É o tradicional exemplo de pessoa que se automutila para receber algum prêmio do seguro, ou para se afastar do emprego. (BORGES, R.C.B, 2007). Não resta dúvida que neste caso o exercício da autonomia privada deve ser devidamente punido, tanto na seara penal, cível ou mesmo administrativa, se envolver servidor público. Entretanto, se não visa qualquer tipo de fraude à lei ou prejudicar terceiros, não representa conduta que deva ser reprimida ou proibida pelo direito.

O *body art* e o *body modification* figuram como exemplos de autolesão e do exercício do direito à integridade física. O *body art*, ou “arte no corpo”, consiste na vertente de arte contemporânea em que o corpo do artista - e não uma tela ou uma peça - é o suporte para a intervenção, em geral com elementos de violência, dor e esforço físico. No Brasil, podem-se destacar como artistas que seguem a linha do *body art*, como o caso de Lygia Clark, na sua obra *A Casa é o Corpo*, em 1968. (ENCICLOPEDIA ITAU, 2017). Outro exemplo de prática de arte corporal foi a realizada pela estudante de artes Priscilla Davanzo, que tatuou seu corpo com manchas para imitar uma vaca. A arte no corpo não significa violação aos bons costumes, mas sim uma prática social, que inclusive pode ser identificada entre algumas comunidades indígenas, como os Bororos e os Yanomamis. (SCHREIBER, A, 2014).

O *body modification* significa uma intervenção no corpo humano. Uma definição possível é a de que representa “toda e qualquer modificação feita no corpo, sendo irreversível ou não, realizada por uma razão não médica. Normalmente, é feita por motivos estéticos, culturais ou espirituais” São alguns exemplos de *body modification*: o *branding* (já destacado anteriormente); escarificação (cortes de bisturis para formar uma cicatriz); bifurcação da língua; *pocket* (ao contrário do *piercing*, as pontas ficam para o interior da pele, e a haste para o lado externo); implantes subcutâneos e etc. (SOARES, 2014). O exemplo de Erik Sprague, que é conhecido como o homem-lagarto, pode causar indignação, espanto, rejeição, mas representa o exercício da autonomia privada desta pessoa. Tanto a *body art*,

como a *body modification*, merecem ser devidamente tutelada pelo direito diante de uma sociedade plural, em que o que configura o belo, o desejável do corpo, é variável. (SCHREIBER, A, 2014).

A questão que se coloca é se a pessoa com deficiência intelectual tem autonomia para dispor de sua integridade através da autolesão, seja pela prática do *body art* ou *body modification*. O primeiro aspecto a ser observado reside, efetivamente, no consentimento prévio e esclarecido para que haja uma intervenção no corpo humano. Uma pessoa que deseja realizar alguma prática que, de certa forma, causa algum tipo de “estranhamento” ou ainda, não muito usual na sociedade, deve ser devidamente orientada pelo profissional que realizará tal procedimento, inclusive no que tange algumas medidas pós-operatórias. Logo, o consentimento informado implica que a pessoa com deficiência intelectual deverá receber todas as informações a respeito da intervenção; inclusive será fundamental transmitir estes dados de forma acessível à pessoa com deficiência.

Em relação aos limites destacados em questão, não se pode afirmar que viola uma norma de ordem pública, bons costumes ou boa-fé a prática de modificações no corpo, seja com o propósito de formar uma arte ou não. Ao contrário, representa uma manifestação do exercício da liberdade desta pessoa com deficiência intelectual, que deverá ser acompanhada do exercício da boa-fé objetiva pelo prestador do serviço, cumprindo seu dever anexo de cuidados, tanto no momento pré, quanto no pós-operatório.

Ainda, em face do princípio *pro capacitas*, já anteriormente apontado, a regra é de que a pessoa com deficiência intelectual tem capacidade, e assim, discernimento para compreender o ato de realizar modificações em seu corpo, embora seja possível identificar algumas situações em que não haja tal discernimento e neste momento é que deveria haver uma proibição destas práticas, a fim de proteger a pessoa. A capacidade também está relacionada à responsabilidade, ou seja, a pessoa deverá ser responsável pelas consequências negativas de sua escolha, já que a fez com discernimento. (MORAES, M.C.B; CASTRO, T.D.V, 2014).

Por fim, a prática de uma mudança corporal poderá transformar uma pessoa sem deficiência em pessoa com deficiência; no entanto, para que seja apreciada a sua deficiência será fundamental a avaliação de uma equipe multidisciplinar. Ao contrário do pensamento de que a deficiência na vida humana seja uma tragédia pessoal, ela pode ser considerada como uma forma alternativa de ter uma vida, desde que tal escolha seja feita com o discernimento apto para compreender tal medida.

CONCLUSÃO

A visão a respeito da pessoa com deficiência não pode mais ser pautada pela ótica da exclusão ou com o propósito de atribuir o dever à adequação deste grupo social à sociedade. Não cabe mais falar em realizar a “cura” da pessoa com deficiência; ou ainda compreender a deficiência apenas pelo discurso biomédico. Sendo assim, é fundamental que seja construída cada vez mais uma sociedade orientada pela acessibilidade, a fim de que não persistam mais barreiras para o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, consoante o modelo social. Não se pode negar, todavia, que não basta apenas defender a implantação de medidas acessíveis, mas ainda levar em consideração a dor e a vivência de cada pessoa, de acordo com a orientação das teorias feministas.

O modelo da diversidade funcional contribui à medida que reconhece a dignidade de cada pessoa, e por notório, à pessoa com deficiência ou na linguagem deste modelo, pessoa com diversidade funcional. A dignidade é o traço marcante da diversidade funcional, e assim é possível defender até mesmo que uma pessoa sem qualquer diversidade funcional possa se valer da prática de uma *body art* ou *body modification* e se tornar uma pessoa com diversidade funcional, como na situação de alguém que vem a remover uma orelha ou algum tipo de intervenção na visão que eventualmente venha a causar alguma lesão.

Em princípio, exercício da autonomia privada deve ser garantido e assegurado a toda pessoa em virtude do exercício da capacidade civil, tanto na seara das situações patrimoniais, quanto nas existenciais. No caso da pessoa com deficiência, o sistema de apoio estabelece a atuação do curador nas questões patrimoniais, em último caso, e ainda a figura da tomada de decisão apoiada, medida menos interventiva.

Os direitos da personalidade são assegurados a todas as pessoas e decorrem da personalidade adquirida com o nascimento com a vida, embora nosso ordenamento também tutele o nascituro. Estes direitos são inerentes e comportam uma gama de possibilidades, configurando uma cláusula geral. Um destes direitos reside no direito à integridade física, que garante a proteção tanto do aspecto físico quanto mental de uma pessoa, figurando sua violação como passível de punição tanto na esfera cível, por meio de reparação pecuniária, ou não; penal, e ainda administrativa.

No exercício do direito à integridade física, uma das situações é a auto-lesão, em que a própria pessoa, exercendo sua liberdade, atenta contra a sua integridade corporal. Ressalvados os casos proibidos na lei, ou que venham a lesar terceiros, em princípio tal conduta deve ser admitida, eis que reflete o exercício da autonomia privada.

As pessoas com deficiência intelectual devem ter a mesma oportunidade de expressar sua vontade com relação à disposição do seu corpo, eis que estão exercendo o seu direito à personalidade no que tange à disposição corporal. Se o *body art* e *body modification* são encarados por parcela da sociedade como medidas violadoras da integridade corporal, há quem entenda que se trata apenas de exercer seu direito de personalidade, ou ainda, sua autonomia na seara existencial, mesmo que diante de tais alterações corporais possam acarretar uma deficiência na pessoa.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, F. (2006). Direito civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARBOZA, H.H; ALMEIDA JUNIOR, V.A. (2017). Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B.L; ALMEIDA JUNIOR, V.A. (coord). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo.
- BARBOSA-FORHMANN, A. P; KIEFER, S. F. W. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, J.B. (org). (2016). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo.
- BITTAR, C. A (2008). Os direitos da personalidade. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- BORGES, R.C.B (2007). Direitos de personalidade e autonomia privada. 2 ed. São Paulo: Saraiva.
- BODY Art. (2017). ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileira. São Paulo: Itaú Cultural. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo3177/body-art>. Acessado em 22/11/21. Verbetes da Enciclopédia.
- CHAVES, D.G. (2020). Modelo Social da Deficiência: entre o Político e o Jurídico. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Dialética.

- DALSENTER, T. A. (2009). Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro. Tese. Mestrado em Direito. Departamento
- DINIZ, D. (2003). Modelo social da deficiência: a crítica feminista. *Serie Anis* 28, Brasília, Letras Livres, julho.
- VIVÁS-TESSÓN, I. (2016). La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia española. In: MENEZES, J. B. (org). *Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo.
- MORAES, M.C.B de (2016). Ampliando os direitos da personalidade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar.
- MORAES, M.C.B; CASTRO, T.D.V (2014). A autonomia existencial nos atos de disposição sobre o próprio corpo. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433/pdf_1. Acessado em 27.07.2021.
- PALACIOS, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca.
- PALACIOS, A.; ROMANÑACH, J. (2016). El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Ediciones Diversitas.
- SAMPAIO, C. V.; MENEZES, J. B. (2018). Autonomia da pessoa com deficiência e os atos de disposição do próprio corpo. *Revista jurídica Cesumar*. V. 18, n. 1, jan/abr.
- SANTOS, W.R. (2008). Pessoas com deficiência: nossa maior minoria. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro.
- SCHREIBER, A. (2014). *Direitos da Personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas.
- SOARES, M. S. (2014). Arte Contemporânea. Reflexões sobre a Body art. Os Desafios da Escola Pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pde-busca/producoes_pde/2014/2014_unicentro_arte_pdp_marisa_safranski.pdf. Acessado em: 22/11/21.

A MITIGAÇÃO DE DANOS NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Roberto Wagner Marquesi

UEL, Londrina, Brasil

E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br

Sthéfany Beatriz Ferreira Bellan

UEL, Londrina, Brasil

E-mail:sthefanybellan@gmail.com

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisou os limites objetivos do *duty to mitigate the loss* dever anexo à boa-fé nas relações locatícias em tempos de pandemia. A análise foi necessária porque a pandemia provocada pela COVID-19 trouxe, além de inúmeros óbitos, grande impacto socioeconômico mundial, o que se repercute expressivamente às relações contratuais ante a impossibilidade de cumprimento das obrigações pendentes. E como se não bastasse, atualmente, no Brasil, não há norma concreta adequada a instrumentalizar as exigências constitucionais aos negócios jurídicos locatícios em tempos como o vivido, porquanto a lei do coronavírus (Lei. 14.010/2020) limitou a proibição das liminares de despejo apenas até 30/10/2020¹.

Ocorre que a despeito da inércia do legislador contemporâneo, hodiernamente, a eficácia dos negócios jurídicos deve alicerçar-se nas exigências constitucionais, porquanto o Código Civil inseriu a boa-fé no âmago dos princípios filosóficos regedores do direito contratual, diante disso, os contratos deixaram de ser vistos, essencialmente, como instrumento da tutela de interesses privados, desempenhando também uma função socioeconômica, o que enseja uma análise teleológica das penalidades aplicadas ao inadimplente das relações contratuais em razão dos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva, em especial, o *duty to mitigate the loss*.

Portanto, partindo-se dessa hipótese, o presente trabalho pretendeu averiguar na dogmática jurídica os limites objetivos e subjetivos do citado dever anexo à boa-fé objetiva nos contratos locatícios em tempos de pandemia. Para

¹SENADO aprova. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/23/senado-aprova-suspensao-de-despejos-de-imovel-ate-o-fim-de-2021>. Acesso em: 1 de nov. de 2021.

tanto, a fundamentação teórica encontrou alicerce na análise dos princípios dos contratos locatícios, a sua legislação conexa, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da quebra da base do negócio jurídico e o *duty to mitigate the loss* nos contratos de locatícios em tempos de pandemia.

Esta pesquisa teve modalidade teórica e utilizou-se de análise bibliográfica e legislativa, destacando-se os trabalhos consagrados na área. A metodologia indutiva foi utilizada na análise crítica do material, mediante a observação e comparação.

A expectativa é que o estudo permita a reflexão acerca dos limites *duty to mitigate* nas relações locatícias em tempos de pandemia.

1. PANORAMA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO

Neste tópico tratar-se-á do panorama contratual contemporâneo, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, analisando enfaticamente as suas aplicações às relações locatícias.

De modo a promover a melhor compreensão do tema abordado e sintetizar da melhor forma o panorama contratual contemporâneo, é importante absorver dos ensinamentos da professora. Vera Helena de Mello (2011) sobre a linha evolutiva do direito contratual, verificando-se uma transformação na figura do contrato, eis que se apresenta como uma estrutura aberta e passível de receber qualquer conteúdo, em descompasso com a estrutura rígida e implacável nos moldes oitocentistas.

Algumas mudanças estruturais na sociedade fizeram com que esse pensamento restritivo acerca da validade do contrato e os seus princípios fossem modificados, podendo pontuar que essa mudança surgiu, evidentemente, com os acontecimentos políticos ao redor do mundo no século XX. São nessas circunstâncias, que surge a decadência do individualismo contratual que promoveu a regulação da autonomia da vontade, dado que houve a manifestação do pensamento político-social, tendo em vista o aparecimento de contratos coletivos, negociações tarifadas e afins (Franco, 2011, p. 45).

É nesse momento, também, que o Estado passa a exercer o seu papel regulador, resguardando as tutelas dos menos favorecidos, equilibrando a proteção dos desiguais. Pode-se ver que, a partir desse momento, os contratos se enraizaram no princípio da sustentabilidade, tudo em razão da maior clareza sob as

exigências das bases contratuais com a implementação dos mecanismos de dirigismo contratual, institucionalização, publicação, intervenção estatal, a socialização entre outros.

É a análise aplicada pelos civilistas e pela professora Vera Franco:

A doutrina italiana, ademais, já afirmou que estando a liberdade de contratar constitucionalmente tutelada (art. 41 da constituição italiana) como consequência daquela garantida à atividade privada ainda que esta esteja endereçada e coordenação de fins sociais, somente pode ocorrer mediante intervenção legislativa (art. 41, al. 3 da constituição italiana) e não por ser obra do judiciário pode ser dirigida a realização de tal interesse social (Franco, 2011, p. 45)

No Brasil, o Estado Democrático de direito foi restabelecido com a Constituição de 1988 que se destaca pela densidade axiológica de prever a um só tempo os valores da dignidade da pessoa humana bem como sobre ordem econômica e assuntos anexos, sendo o que abriu a possibilidade da leitura de um direito civil constitucional, trazendo evidência aos princípios que mais tarde foram analisados como princípios regedores do Código Civil de 2002, qual sejam eticidade, operacionalidade e sociabilidade.

Ainda, com a promulgação do Código Civil de 2002, foram mantidos princípios que regiam o antigo código como a boa-fé e o equilíbrio econômico contratual. Certo que a despeito da dicotomia existente entre contratos empresariais e existenciais, esta não se sobrepõe às exigências dos princípios regedores das relações negociais existentes após do Código de 2002.

Frisa-se que a subordinação da autonomia da vontade aos novos paradigmas contratuais trazidos pela inversão copernicana da subordinação do direito civil às regras constitucionais (Fachin, 2015), também foi analisada diante dos parâmetros legais impostos e não pela mera arbitrariedade dos nobres julgadores.

Posto isso, pode-se concluir com as informações até aqui apresentadas, que a análise contratual contemporânea, é balizada na concepção social do contrato, ensejando a apreciação de cada negócio jurídico delimitados na liberdade contratual, sendo que essa liberdade é restrita pelos princípios constitucionais, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e fomentar a sustentabilidade.

No século XXI, continuou-se com a visualização das relações negociais como sendo instrumentos destinados à produção de bens e serviços, no entanto, consolidando, paulatinamente, o entendimento que o contrato não seria forma

satisfação de interesses de apenas uma parte, muito menos que o contrato seja causa de danos, devendo consolidar-se como representação de justiça substancial e não formal entre as partes, mantendo-se o equilíbrio e o sinalagma contratual (Tomasevicius Filho, 2014).

O professor Tomasevicius (2014) muito bem descreve que o instituto o jurídico que instrumentaliza esses valores existentes no novo paradigma contratual é a função social do contrato aplicando-se exatamente para fins de corrigir as desigualdades existentes do princípio do *pacta sunt servanda*. Assim, evidente que há uma limitação ao ato de contratar, pois, é imperioso a aplicação da exigência da boa conduta, eivada na boa-fé, não sendo validos negócios existentes apenas para fins de manutenção do auto interesse em detrimento da contraparte ou mesmo da sociedade. Observa-se que essa análise se mostra evidentemente avançada, digna dos novos ares, novas relações negociais vindas com instrumentos tecnológicos. Não há tempo para mesquinhas humanidades e para garantir validade a negócios com seres que enxergam nas relações um fim de exploração, os tempos são de pessoas abertas a se relacionar e negociar e juntos promoverem o progresso das relações negociais.

Em toda a doutrina, será difícil encontrar análise mais completa e mais assertiva sobre a função social do contrato do que a apresentada pelo professor Tomasevicius Filho, ele vai além da superficialidade de apresentar as dificuldades em encontrar a definição da função social do contrato. O professor nos remete a lembrar que a primeira definição de função veio da matemática, no entanto, analisamos em outras situações também, como na sociologia quando analisado por Durkheim, Parsons e Luhmann. Destaca-se que a despeito dessa perspectiva, não trata de analisar os indivíduos como "funcionários públicos" cheio de deveres em suas relações, mas sim da existência do binômio poder dever nas relações negociais em que, ao momento que se pode negociar, há existência do dever de cumprir as condutas éticas, socialmente esperadas (Tomasevicius Filho, 2014).

Portanto, se cada instituto é parte integrante do sistema jurídico viável à manutenção e regulação de direito e deveres, conseqüentemente cada um terá a função de cumprir com as suas razões de ser sem serem utilizados em desacordo com o padrão de conduta socialmente esperado. Nisso, pode-se fazer a análise da função social de cada instituto, igualmente como se conduz com a análise econômica do direito para cada instituto no livro "Direito e Economia no Brasil" sob coordenação do Luciano Tim, como analisado por teóricos que a função econômica de determinado instituto corresponde à função social do direito.

Destarte, por óbvio que se deve analisar a função social do contrato em todos os institutos jurídicos e nos contratos, imperializando-se exatamente pela força do artigo 421, modificado pela lei da liberdade econômica que diz “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Portanto, vejamos que coube sempre à doutrina e aos tribunais enxergarem os limites dessa função e a sua melhor aplicação, já que o Código Civil de 2002 adotou o sistema aberto com a regulação de algumas cláusulas gerais. Afinal, verifica-se que a função social do contrato não é a de assistência social, mas de cumprir com a sua razão de ser, isto é produção de bens e serviços, sem, no entanto, deixar de cumprir a obrigação de não trazer prejuízos e beneficiar um contratante em detrimento à outra parte, isto é, de manter o mínimo ético das relações privadas, a saber, a boa-fé objetiva.

Isto porque a boa-fé objetiva é adotada como um padrão de conduta, um modelo de desempenho que os negociantes devem adotar antes, durante e após a negociação (Martins-Costa, 1999, p. 124), comportamento esse “caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte” (Rosenvald, 2005, p. 80).

Em atenção aos dizeres da professora Judith Martins Costa (1999), no Brasil a boa-fé objetiva já era analisada pelo professor Clóvis de Couto Silva, a saber, no livro *A Obrigação como Processo* (2015), em que já se consolidava como tríplice direção de norma de interpretação e integração do contrato. Com efeito, boa-fé e os seus deveres anexos surgem independentemente de relação contratual ou normativa legal.

Oriunda do § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Código Civil alemão, a boa-fé objetiva adotou o aspeto de cláusula geral no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a despeito do art. 422 do Código Civil não abarcar as etapas pré e pós-contratual, sabe-se que, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial, que a boa-fé objetiva se estende a estas fases, posicionamento consagrado nos enunciados de números 25, aprovado na I Jornada de Direito Civil, e 170, aprovado na III Jornada de Direito Civil.

Para Judith Martins-Costa (1999) a aplicação e operacionalidade da cláusula geral da boa-fé desdobra as suas obrigações em deveres laterais que são, igualmente, fonte de obrigações de condutas, não há, por isso, apenas obrigação com os deveres principais dos contratos como também com aqueles necessários

para a sua boa manutenção de modo a conservar todo o sinalagma e equilíbrio contratual.

Esses deveres anexos ou secundários podem ser examinados durante todo o desenvolvimento da relação jurídica e até mesmo após a sua execução. Quanto aos deveres anexos, podem ser considerados, dentre outros: “a) O dever de cuidado em relação a outra parte negocial; b) O dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo negocial; c) O dever de respeito; d) O dever de lealdade e probidade; e) O dever de colaboração ou cooperação; f) O dever de agir conforme a confiança depositada, a razoabilidade, a equidade e a boa razão, g) dever de mitigar os danos do devedor” (Penteado, 2007, p. 36)

Ocorre que a boa-fé se apresenta com cláusula geral e que para sua melhor aplicação tanto pela doutrina brasileira como estrangeira, usa-se das figuras parcelares como para a melhor interpretação dos negócios jurídicos que são conforme nos ensina Luciano Penteado:

A boa-fé, segundo a insuperável classificação feita por Menezes Cordeiro ao tratar do exercício inadmissível das posições jurídicas, apresentaria oito figuras parcelares, ou seja, tipos de argumentos recorrentes com vistas a sua aplicação tópica. Entre eles estariam o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, a inelegibilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *supressio* e a *surrectio* (Penteado, 2007, p. 35)

Pela hermenêutica do art. 422 do CC, pode-se observar o dever de agir com probidade e boa-fé não só no momento da conclusão do contrato, mas também no seu desenvolvimento, deixando assim entrever o caráter dinâmico da relação obrigacional, é em razão disso, que a cláusula da boa-fé objetiva não deve demasiadamente ser positivada, com limitações extensivas, mas sim, ser aberta às inovações negociais, fruto de um sistema aberto. (Penteado, 2007, p. 35)

Já o art. 113 do Código Civil dispõe “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”.

Além disso, o parágrafo seguinte elenca que:

A interpretação do negócio jurídico deve atribuir-lhe o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas a categoria de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica

das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (Brasil, 2002).

As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Nota-se pelo dispositivo citado que da exigência interpretativa e a necessidade do exercício hermenêutico para a interpretação dos negócios jurídicos sob à égide da lei brasileira, em linhas gerais o que se espera das partes numa relação negocial por certo é integridade e coerência, o que é muito bem expresso pela figura parcelar à boa-fé objetiva do *venire contra factum proprium*.

Cabe ainda destacar que a lei civilista ainda apresenta artigos distintos para análise das diferentes funções gerais do princípio da boa-fé objetiva, sendo, portanto, função interpretativa (artigo 113, CC), de integração do negócio jurídico (artigo 422, CC) e função controle dos limites do exercício do direito (artigo 187, CC). Destaca-se que o cumprimento dessas funções não ocorre simplesmente com o esclarecimento do sentido da vontade das partes ou com o suprimento de lacunas do clausulado contratual, mas sim com a devida hermenêutica do negócio jurídico celebrado.

Assim, a despeito dos negócios jurídicos serem uma manifestação de vontade negocial das partes e possuírem os seus planos de existência, validade e eficácia determinados em lei, estes possuem, também, o escopo de se adequarem aos seus fins éticos, visando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Assim, cabe ressaltar que o Código Civil de 2002 positivou tais princípios, alicerçado na sua mudança estrutural em subordinar as ações privadas aos princípios constitucionais, não havendo espaço para analisar estes negócios meramente sob o princípio da autonomia privada, como era na estrutura do Direito Civil de 1916 (Fachin, 1988).

No entanto, em 2020, nos deparamos com a pior crise sanitária dos últimos anos e um ano após a Organização Mundial de Saúde ter declarado, em 11/3/2020, que a pandemia de Covid-19 se espalhara por todos os continentes, o Brasil enfrentou o pior momento da doença: são 12,5 milhões de infectados e mais de 420 mil mortos. No último dia 08/04/2021, o país chegou a contabilizar mais de 4.249 mortes em 24 horas. Os efeitos daí decorrentes são incontáveis, mormente na saúde e na economia do país, refletindo, inclusive, nas relações contratuais locatícias ante a impossibilidade de parcial ou total cumprimento dos

pagamentos de alugueres e despesas nos termos originariamente avençados, o que, em regra, estava alicerçado nos ditames do princípio da autonomia privada.

Para a resolução de tais demandas, certo de que teremos que nos alicerçar nos paradigmas axiológicos contemporâneos da teoria do contrato os quais exigem sensibilidade de ordem dogmática e de ordem judicial a fim de se observar os efeitos dos negócios antes, durante e depois da negociação, em atenção aos ditames do princípio da boa-fé e os seus deveres anexos (Martins, 2015).

Assim, diante do número expressivo de inadimplência dos contratos locatícios, mormente em face do aumento expressivo do IGP-M em meio à maior crise sanitária do século, nesses casos, diferentes medidas têm sido tomadas pelas partes, em caso de negociação extrajudicial, e pelo judiciário, que muitas vezes tem sido diligente na busca da conservação dos contratos, seja por meio de revisão, resolução, suspensão, prorrogação ou renegociação. Porém, a insegurança jurídica nas análises que têm sido dadas aos efeitos dos negócios locatícios é expressiva, eis que muitas decisões têm deixado de observar os deveres anexos ao princípio da boa-fé ao caso concreto.

O problema é tamanho que o próprio CNJ Recomenda (n.º 19) que os órgãos do Poder Judiciário adotem cautelas nas tutelas de urgências de desocupação de imóveis coletivos, o que também deve ser observado para todas as liminares de despejo dos contratos locatícios, observando-se não apenas o risco de dano ao processo, mas o dano social com tais medidas. Frisa-se que igual análise foi dada pela Alemanha, em sua lei emergencial, eis que proibiu as liminares de despejos na pandemia e estabeleceu que os pagamentos atrasados devem ser pagos, posteriormente, com encargos moratórios pelo inquilino (Fritz, 2020).

Se por um lado o pagamento dos alugueres e encargos se tornaram excessivamente onerosos por circunstâncias alheias a relação contratual, por outro, a assunção de risco faz parte dos contratos, devendo-se analisar o contrato sob o critério hermenêutico de que esse alcance sua finalidade prática objetiva e subjetiva de maneira equitativa (Silvestre, 2020).

Desta forma, é imperioso que se faça a interpretação das cláusulas contratuais de modo que as partes alcancem os legítimos fins práticos por meio da cooperação, porém com sacrifícios recíprocos impostos pela solidariedade social, alicerçando-se no princípio da boa-fé e seus deveres anexos, ensejando a necessidade de se analisar teleologicamente as penalidades aplicadas ao inadimplente das relações locatícias em razão do princípio do *duty to mitigate the loss*.

2. A MANUTENÇÃO DO SINALAGMA CONTRATUAL

Em razão de todo esse contexto da interpretação contratual contemporânea bem como com a realidade sanitária que o Brasil e o mundo estão passando, se espera do judiciário e que seus atores estejam preparados para a hermenêutica contratual adequada e justa apta a minimizar os conflitos.

Assim, imperioso analisar as (i) teorias da imprevisão e a (ii) teoria da quebra da base do negócio jurídico, (iii) com ênfase ao sinalagma e equilíbrio contratual.

Mediante as circunstâncias da vida humana, o legislador estabeleceu haver situações aptas a não se exigir o cumprimento obrigatório do contrato, quando condições extremas e inesperadas surgissem durante a vigência dos negócios jurídicos-caso fortuitos ou força maior – ou ensejar eventual revisão, ou resolução do contrato – a qual se conhece como a chamada teoria da imprevisão (art. 478, CC).

Inicialmente, deve-se destacar que há caso de resolução de eventual demanda contratual, por casos fortuitos ou força maior e, nos termos do art. 393 do Código Civil, tal situação é excludente de responsabilidade do cumprimento obrigacional (Covid-19). Por outro lado, haverá situações em que o negócio jurídico celebrado entre as partes derivado deste fato imprevisível e extraordinário (Covid-19) embasa pedido de revisão ou resolução contratual, com fundamento nos arts. 317, 478 e 479, todos do Código Civil.

A essa altura já se pode entender que a escolha de um ou outro instituto para a resolução de um conflito negocial atingido por circunstâncias anteriormente não contratadas ou não previstas não se deve ser analisado com uma única resposta para todas as demandas, devendo-se analisar casa a caso, sua natureza a fim de se aplicar o instituto que verdadeiramente se encaixa com aquela demanda.

Isto porque a teoria contratual contemporânea — com raiz na base axiológica da solidariedade social e interrelacional — idealiza que todo contrato possui um conjunto de cláusulas legalmente cogentes que se voltam à comutatividade do sinalagma e à equidade entre os contratantes.

Essas cláusulas são “não escritas” porque incidem no contrato independentemente de convenção entre as partes, à exceção das hipóteses de negócios aleatórios. São exemplos a boa-fé, a incolumidade de terceiros e a resolutória. Outra delas é uma cláusula vista desde sempre com caráter revisionista e resolutivo, qual seja, a *rebus sic stantibus*, uma redução da fórmula do consul *suffectus Lucius Neratius Priscus*: “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. Os contratos de execução sucessiva se subordinam à subsistência do estado das coisas a todo tempo. (Simão, 2020, p. 8).

O termo, de origem canônica, nasce como forma de relativizar, abrandar, o princípio *pacta sunt servanda*, isto é, aquele princípio absolutista pelo qual todos os acordos devem ser cumpridos sem análise das situações extravagantes. De tal modo nasce uma ideia lógica e precisa: se o contrato nasceu com certa base objetiva, ou seja, determinadas circunstâncias circundantes, e tais circunstâncias se alteram por um fato imprevisível, o contrato pode ser resolvido ou revisto (Abelha, 2020).

Silvestre ainda afirma (2020) que no caso do Brasil, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ficou relacionada às hipóteses dos arts. 317, 478 e 479 e à discussão em torno das teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva e da base do negócio jurídico, dando suporte à revisão judicial e à resolução contratual, com fins a manutenção do sinalagma contratual.

A teoria da imprevisão nasceu com o julgado de 30 de março de 1916, foi organizada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, no decorrer da Primeira Guerra Mundial, exarado na questão de Bordeaux, quando se discutiu sobre o contrato administrativo de serviço público em que se admitiu a revisão dos preços, em razão da alta do carvão causada pelos transtornos da guerra, dando origem a *Loi Failliot*, que permitia a resolução dos contratos firmados antes da Grande Guerra, “desde que tivessem por objeto a entrega de mercadorias ou gêneros em prestações sucessivas ou diferidas, e que um dos contratantes demonstrasse ter sofrido prejuízos exagerados em virtude da guerra” (Schreiber, 2018, p. 150).

Já as teorias da base do negócio-subjetiva e objetiva — têm origem na doutrina alemã, a partir dos estudos de Windscheid, Oertman e Larenz.

Anderson Schreiber esclarece que, para Oertman, a base do negócio consistiria na:

representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra

parte, ou a comum representação das diferentes partes sobre a existência ou surgimento de certas circunstâncias nas quais se baseia a vontade negocial. Segundo Rodrigues Junior, Karl Larenz “acolheu e reformulou de modo radical a teoria da base do negócio jurídico, devendo essa ser entendida em dois aspectos, o subjetivo e o objetivo. (Schreiber, 2018, p. 142).

Ainda, Silvestre apresenta que

a base objetiva do negócio, para Larenz, é constituída de circunstâncias determinantes que influenciaram a celebração do acordo. É o estado geral das coisas presente no ato de conclusão e que deve subsistir durante a execução para a manutenção do negócio jurídico, sempre de acordo com a intenção das partes. (Silvestre, 2020, p. 12).

Igualmente, por certo que são as circunstâncias econômicas e sociais que foram determinadas na conclusão do acordo (isto é, os termos do acordo no momento na celebração do negócio jurídico e não os posteriores). Na lei brasileira está prevista no art. 317 e 478 do Código Civil.

Nestes termos, partindo-se dessa teoria, há necessidade de aplicação de mecanismos para corrigir a perda do equilíbrio e da finalidade contratual quando fatores externos ao vínculo que fazem com que as intenções das partes percam sentido, interferindo de certo modo no conteúdo do contrato, lesam a base do negócio jurídico e, como tal, ensejam a iniquidade.

Farias e Rosenvald, por sua vez, afirmam que a teoria da quebra da base objetiva difere da teoria da imprevisão por não exigir como requisito acontecimento imprevisível que altere a economia contratual, suficiente o desaparecimento das “circunstâncias mínimas que presidiram a contratação, aquelas expectativas legítimas cuja permanência é inerente àquele tipo de contrato, ensejando uma desproporção superveniente entre as prestações” (ROSENVOLD, 2016, p. 262).

É por isso que os negócios jurídicos locatícios em geral, mormente o contrato de locação comercial (não residencial nos termos da lei 8.245/91) passa a ser o centro das atenções em tempos de pandemia, que por razões da natureza desses negócios jurídicos aplica-se a cláusula rebus sic stantibus. A teoria aplicável é a base do negócio com a possível revisão contratual a qual se apresenta como uma solução à preservação da função social do contrato e a manutenção dos deveres da boa-fé objetiva, por meio da preservação do contrato (Simão, 2020).

Nota-se a necessidade de se analisar nos posicionamentos pela (1) prevalência da boa-fé objetiva, (2) da função social do contrato e (3) do interesse

coletivo na interpretação e cumprimento dos negócios imobiliários, pautados na mediação, na razoabilidade, na equidade e na boa razão para reestabelecer o equilíbrio contratual, quando necessário, revisando-se amigavelmente o negócio jurídico para impedir a frustração da atividade econômica (Simão, 2020).

III. DEVER DE COOPERAÇÃO E *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Em vista do exposto dedicar-se-á à análise dos deveres anexos a boa-fé nos contratos locatícios, mormente a operacionalidade do *duty to mitigate the loss* refletindo-se, portando, sobre a impossibilidade de ordem de liminares de despejos em tempos de pandemia, bem como à análise do posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais brasileiros.

A despeito da grande crise econômica que assola o país, não se pode olvidar que os pactos continuam a obrigar as partes, contudo os seus efeitos devem ser analisados conforme os ditames dos deveres impostos pelo princípio da boa-fé e os seus deveres anexos, conforme art. 113, CC.

Nesse sentido, deve ser feita a análise da mitigação dos efeitos do *pacta sunt servanda* em atenção ao princípio do *duty to mitigate the loss* quando da quebra da base do negócio jurídico, pois, ocorrendo a quebra, a alocação de riscos para certos tipos de contratos locatícios também deve ser observada nos termos do art. 421-A-I.

Assim em havendo uma alocação de riscos entre as partes subjacente aos acontecimentos derivados da quebra da base do negócio jurídico, entende-se haver aqui uma obrigação das partes em mitigar os próprios danos como derivada do dever de cooperação do Código Civil de 2002.

Como decorrência do dever de cooperação, surge justamente o dever de mitigar o prejuízo.

Uma dessas construções inovadoras, relacionada diretamente com a boa-fé objetiva é justamente o *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor. (...) haveria uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes (ANAPE, 2014).

Ademais na III Jornada de Direito Civil foi até mesmo mencionado aprovado o Enunciado 169 (referente ao art. 422 do CC/2002) em que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Importante ressaltar, ainda, que, o *duty to mitigate the loss* encontra sua forma de operacionalização para a responsabilidade extracontratual na teoria do abuso de direito, isto é, é aplicado na tentativa de corrigir eventuais equívocos na relação obrigacional para se aproximar cada vez mais do justo no caso concreto. O *duty to mitigate*, portanto, é encarado como uma concretização desta noção de cooperação, uma vez que impõe a uma das partes conduta voltada a evitar a oneração da prestação da outra (Dias, 2012).

Para a discussão aqui apresentada, o abuso decorre do exercício manifestamente abusivo de um direito por violar a boa-fé objetiva, mais precisamente, por desrespeitar o dever anexo de colaboração. Eventual concretização de uma liminar de despejo seria exercido de maneira abusiva por contrariar o dever anexo de colaboração e de mitigar os próprios prejuízos derivados da alocação de riscos.

Isto é, numa situação pandêmica há necessária alocação de riscos entre as partes, de modo que ao credor é imputado o dever de colaboração ensejando a possível renegociação da dívida, bem como, assumindo a impossibilidade de solicitar as liminares de despejo, porquanto há um dever de mitigar os danos não apenas para si, mas, também há que se pensar em não agravar os prejuízos do devedor. Não pode o credor querer exercer o seu direito de retomada do imóvel liminarmente se as circunstâncias fáticas que balizam o negócio jurídico não são as mesmas.

Em uma situação pandêmica, há evidente quebra da base do negócio jurídico, ninguém negocia pensando em uma pandemia e não deve fazê-lo pensando, mas, há que se refletir que há evidente alocação de riscos das partes nesses negócios, mormente que o credor não pode se beneficiar em trazer maiores prejuízos ao credor, assumindo, por isso, a impossibilidade das liminares de despejos.

Ademais, José Carlos Moreira Alves entendeu que, contemporaneamente, o *favor debitoris* é um princípio geral do Direito utilizado para fugir da lógica consubstancial da técnica jurídica rigorosa dos princípios básicos que regem o crédito. “O objetivo, então, “proteger o devedor de abusos ou de iniquidades, ou, ainda, de situações que, pelo apego injustificado a rígidos princípios racionais,

lhe dificultem liberar-se do débito (Silvestre, 2020). Outrossim, entende que esse princípio colabora para a aplicação de outro, o da preservação do equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação (equilíbrio): o *favor debitoris* permite o reajuste do equilíbrio ainda que não se trate de desequilíbrio anormal, abusivo ou iníquo, razão pela qual as liminares de despejos em tempos de pandemia se mostram como abusivas eis a possibilidade de renegociação dos valores da dívida de forma menos danosa ao devedor.

Vejam os alguns julgados sobre o tema no Processo n.º. 1026645-41.2020.8.26.0100, o juízo da 22ª Vara Cível de São Paulo concedeu liminar para reduzir em 70% o aluguel do imóvel de funcionamento de um restaurante em razão da redução das atividades e dos lucros do negócio². No Agravo de Instrumento n.º. 2069928-09.2020.8.26.0000, o relator da 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP manteve a liminar de piso que reduziu em 50% o valor de aluguel a ser pago por uma casa de shows, embora os recorrentes desejassem, na verdade, uma redução de 70%.

CONCLUSÃO

Visto a interpretação das cláusulas contratuais, bem como os princípios que regem os negócios jurídicos modernos, viu-se que as partes alcançam os legítimos fins práticos por meio da cooperação, porém com sacrifícios recíprocos impostos pela solidariedade social, alicerçando-se no princípio da boa-fé e os seus deveres anexos, ensejando a necessidade de se analisar teleologicamente as penalidades aplicadas ao inadimplente das relações locatícias em tempos de pandemia em razão do princípio do *duty to mitigate the loss*.

Nestes termos, pode-se notar a necessidade do bom preparo das partes na análise do caso concreto e suas peculiaridades, bem como sensibilidade em se analisar caso a caso e identificar os limites objetivos e subjetivos para o pedido ou concessão das liminares de despejo em tempos de pandemia.

Isto porque, havendo a quebra da base do negócio jurídico, há alocação de riscos e o credor, a luz do princípio da cooperação, deve exercer o *duty to mitigate the loss* e não aumentar os danos do devedor.

² LIMINAR permite redução no aluguel pago por restaurante. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60762>>. Acesso em: 1 de nov. de 2021.

Deste modo, o que se entende, em suma, é que à luz do direito brasileiro o credor não pode se isentar dos riscos dos próprios negócios e simplesmente alocá-los ao devedor e, ainda, exercer o direito das liminares de despejo em tempos de pandemia, porquanto seria evidentemente contrário ao seu dever de conduta eivado na boa-fé.

Vale ressaltar que esta conclusão se amolda unicamente aos casos únicos de tempos difíceis como tempos pandêmicos ou de circunstâncias similares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, André. Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. Acesso em: migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos--seus-fundamentos-e-outras-figuras--precisamos--urgentemente--enxergar-a-floresta

DIAS, Daniel Pires Novais. 2012. O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E O ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. Direito UNIFACS – Debate Virtual (139).

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FRITZ, Karina Nunes. “Revisão contratual e quebra da base do negócio”.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, maio 2005, p. 47-53. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitog/article/view/35261/34057>. Acesso em: 05 junho. 2021.

PENTEADO, Luciano de Camargo. 2007. “FIGURAS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA E VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”.

SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVESTRE, G. F. Novos problemas, antigas soluções: O amplo significado da cláusula rebus sic stantibus e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos cíveis e mercantis.

SIMÃO, José Fernando. 2020. “O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem ...- Migalhas”. Recuperado 24 de outubro de 2021 (<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19---esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>).

TARTUCE, Flávio, Anderson Schreiber, Everilda Brandão, e Cunha Frota. [s.d.]. “Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional”.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 940. fev. 2014.

TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL: O ACORDO DE CONVIVÊNCIA NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS³

Luiz Gustavo Tirolí

Universidade Estadual de Londrina

luiz.gustavo.tirolí@uel.br

Alessandra Cristina Furlan

Universidade Estadual do Norte do Paraná

alessandracfurlan@uenp.edu.br

Daniela Braga Paiano

Universidade Estadual de Londrina

danielapaiano@uel.br

1 INTRODUÇÃO

As uniões estáveis homoafetivas são reiteradamente alvo de preconceitos e discriminações sociais. A princípio, em virtude da sua vinculação cultural, jurídica e histórica com o concubinato impuro, sendo que os vínculos informais foram reconhecidos como entidade familiar com o advento da Constituição Federal de 1988. Segundo, por envolverem relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, os quais somente em 2011 foram efetivamente acolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ.

Com efeito, investigar, refletir, discutir e problematizar a contratualização no âmbito das famílias, particularmente as uniões estáveis homoafetivas, é de suma importância, uma vez que se observam modificações nas configurações sociais, com emergência de novas realidades até então legalmente marginalizadas no país. Logo, o tema alcança pertinência temporal, visto que, em 2021, comemora-se dez anos do reconhecimento das uniões homoafetivas, enquanto entidade familiar, por meio da Suprema Corte.

³ O presente artigo é uma adaptação do capítulo de livro “A adoção na perspectiva da teoria crítica do Direito Civil: do direito à convivência familiar e à cidadania”, vinculado ao livro *Direito, Educação e Cidadania: estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin* e do capítulo de livro “O contrato de convivência na união homoafetiva: repercussões jurídicas e sociais”, vinculado ao livro *Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias III*.

Na década, quase 80 mil casais LGBTQIA+ formalizaram a relação, segundo levantamento da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg)⁴. Desde a decisão do STF, mais de 2,8 mil escrituras de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo foram realizadas somente pelos Cartórios de Notas do Rio de Janeiro⁵. Como os números dessas uniões revelam-se cada vez mais expressivos, mostra-se fundamental a compreensão do contrato de convivência no contexto homoafetivo, particularmente pelo tema carecer de estudos doutrinários e decisões judiciais específicas.

Considerando-se as premissas elencadas e que não há regulação própria para a espécie negocial, questiona-se: quais são as principais implicações jurídicas do contrato de união estável homoafetiva? Assim, tem-se como objetivo central do presente capítulo discutir conteúdo, forma e efeitos do contrato de união estável homoafetiva, à luz da contratualização do Direito de Família.

O método adotado na pesquisa é o histórico-dedutivo; o procedimento metodológico desenvolve-se a partir da abordagem qualitativa, adotando-se como técnica a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. A problemática da pesquisa ocorre em uma perspectiva descritiva e exploratória. Em relação à revisão bibliográfica, tem-se como parâmetro os estudos dos seguintes autores: Azevedo (2011), Dias (2013; 2016; 2019), Diniz (2011; 2015), Lobo (2008), Madaleno (2019), Tartuce (2012), entre outros. Além da doutrina e da legislação, as decisões dos tribunais pátrios referentes à temática são objeto de análise.

Na consecução do objetivo acima delineado, o capítulo está organizado em duas seções. Inicialmente, discorre-se sucintamente sobre a distinção entre concubinato, união estável e casamento, para adentrar nas especificidades relativas às uniões estáveis homoafetivas enquanto reconhecimento jurídico da realidade social. Na sequência, aborda-se a contratualização do Direito de Família, com intuito de analisar a discussão sobre as questões concernentes ao contrato de união estável homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, como fonte de concretização da liberdade e da dignidade da pessoa humana, no contexto das famílias contemporâneas plurais, democráticas e diversas.

⁴ Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/05/04/uniao-homoafetiva-completa-10-anos-brasil-ja-registrou-quase-80-mil-casais.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁵ Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2021/05/10/porta1-giro-uniao-estavel-homoafetiva-completa-10-anos-no-brasil-com-quase-3-mil-atos-realizados-no-rio-de-janeiro>. Acesso em: 17 nov. 2021.

Enfim, adverte-se que o texto não tem por finalidade um estudo teórico exaustivo, mas tão somente levantar questionamentos e oportunizar uma reflexão crítica dos contratos de convivência celebrados no cenário das uniões homoafetivas, a partir da igualdade de direitos e deveres previstos na legislação, de forma a afastar possíveis invalidades do instrumento ou de suas cláusulas.

2 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL

A expressão teoria crítica foi cunhada por Max Horkheimer (filósofo da Escola de Frankfurt), para designar uma perspectiva teórica que não se limita a observar a realidade e descrevê-la, mas busca analisar a “[...] realidade concreta à luz da emancipação prometida pelo capitalismo, mas truncada pelo próprio sistema [...]” (NARDELLA-DELLOVA, 2019, p. 146). No campo do direito, a vertente crítica procura abrir espaço para novos agentes e grupos sociais marginalizados histórico-socialmente pelos diplomas legais. Para Wolkmer (2015, p. 33), “a teoria crítica revela-se como instrumental operante que permite a tomada de consciência dos sujeitos na história e a ruptura de sua condição de opressão, espoliação e marginalidade”.

Nesse sentido, especificamente no âmbito do direito privado, os juristas, com fortes apegos ao passado, têm dificuldades de compreender as dinâmicas e os anseios da sociedade, uma vez que buscam em estruturas e sistemas arcaicos e no contexto histórico-social europeu respostas para as particularidades e diversidades da condição brasileira, que, por vezes, a menosprezam e a ignoram (WOLKMER, 2015).

A teoria crítica do direito civil contribui para a discussão da temática, uma vez que visa repensar os clássicos institutos civilísticos na perspectiva da diversidade, pluralidade e democracia. Para tanto, ressalta Fachin (2012) que o desenvolvimento da teoria crítica precisa de um ensino jurídico crítico capaz de proporcionar a análise dos clássicos e consolidados institutos jurídicos à luz da axiologia constitucional e do contexto histórico-social em que se está situado.

Portanto, torna-se imprescindível que, no ensino do direito civil, “portas que sempre permanecem fechadas, sejam abertas, pois a visão que dele se terá, em sua relação com a sociedade, depende ele tal abertura. E justamente a isso que nos convida a uma reflexão crítica: abrir portas que sempre permaneceram

fechadas" (PINHEIRO, 2002, p. 521). Ou seja, trata-se da possibilidade de acolher, refletir e teorizar sobre realidades que histórica e socialmente foram marginalizadas dos centros de discussão.

A teoria crítica do direito civil não consiste no desprezo pelos clássicos, mas na “busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas” (FACHIN, 2012, p. 06). Na visão emancipadora, considera-se que o próprio direito não é neutro. O discurso pós-político e descomprometido cobre a ideologia dominante daqueles que política, econômica e historicamente ocuparam os espaços de poder e construíram o direito para cumprir a finalidade de garantir a manutenção desse poder. Portanto, os conteúdos e valores não são neutros por se esconderem sob esse manto, por isto, torna-se fundamental um ensino jurídico libertador e emancipatório e uma perspectiva crítica do direito civil que seja capaz de questionar, criticar e ressignificar os institutos e as teorias clássicas.

Para tanto, o trabalho do professor não deve ser aquele desenvolvido consigo mesmo, mas com os alunos, ou seja, valorizando a visão de mundo que os discentes trazem para dentro da sala de aula e atendendo, assim, às particularidades e à realidade política, social, econômica, cultural e geracional da turma (FREIRE, 2020). Na perspectiva crítica, e não totalizadora, é fundamental que o jurista seja capaz de questionar leis e atos normativos, baseando-se em princípios constitucionais na valorização de uma percepção do ordenamento jurídico como sistema uno e integralizado em torno da Constituição Federal.

Os paradigmas do direito civil necessitam ser iluminados pela Constituição Federal, de modo que “não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares”. Neste sentido, “o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas” (SCHREIBER, 2019, p. 53).

Em relação ao Código Civil de 2002, embora tenha sido promulgado 14 anos após a Constituição Federal de 1988, considera-se que seus “[...] avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais” (WOLKMER, 2015, p. 146). Na pós-modernidade, não basta uma análise “insular dos institutos codificados de Direito

de Família sem que se apreciem as diversas formas de expressão do Direito, se realize o necessário diálogo de fontes e se averigüe a sua adequação histórico-social.” (CALDERÓN, 2017, p. 09).

Assim, a teoria crítica requer que a apreciação dos fenômenos sociais e jurídicos que se analisa não se limite à descrição e repetição; para tanto, torna-se fundamental adotar uma postura aberta, permitindo que os próprios conceitos criticados e analisados possam ser reavaliados. Portanto, não se trata de promover soluções gerais para dilemas universais, mas dispor-se em um processo contínuo de interrogação e questionamento dos clássicos institutos à luz da realidade histórico-cultural, compreendendo que o direito não é dono do real, nem o contém em sua integralidade (FACHIN, 2012). Por isto, o jurista deve estar atento às novas dinâmicas sociais, analisando a realidade concreta e respeitando a sistematicidade do ordenamento jurídico unificado em torno da Carta Fundamental.

3 RECONHECIMENTO JURÍDICO DA REALIDADE SOCIAL: A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO BRASIL

Os direitos humanos relativos à comunidade LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais) é resultado de lutas históricas travadas por um grupo vulnerabilizado socioculturalmente (FLORES, 2007), tendo como marco simbólico o conflito instalado na denominada Rebelião de Stonewall Inn. No dia 28 de junho de 1969, em Nova Iorque, o famoso bar Stonewall Inn foi palco de uma revolta dos gays, lésbicas e travestis frequentadores do local contra a repressão policial que se perpetuava por meio de constantes desmandos dos agentes estatais (OKITA, 2007). Dessarte, a data de 28 de junho foi escolhida para celebrar o Dia Internacional do Orgulho LGBTQIA+.

No Brasil, o mais recente avanço foi obtido por meio da criminalização da prática LGBTfóbica, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, uma vez que o país tem revelado dados alarmantes de violência contra a população LGBTQIA+, evidenciando-se a existência de preconceito e intolerância na sociedade (BRASIL, 2018, p. 55)⁶. Conforme Maria Bercine Dias (2019, p. 32) “na busca

⁶ Na ADO 26, em seu voto, o ministro relator Celso de Mello jugou procedente a ação e reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em estender a proteção penal aos integrantes da comunidade LGBTQIA+, bem como atribuiu interpretação conforme a Constituição no sentido de “enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a

do reconhecimento de direitos, elas (população LGBTQIA+) são alvo da mais perversa discriminação, que as leva à invisibilidade, ao serem excluídas da tutela jurídica estatal”.

No contexto de conquistas de direitos e reconhecimento da realidade social no mundo jurídico, passa-se a discorrer sobre as uniões homoafetivas enquanto marco histórico na consolidação dos direitos civis da comunidade LGBTQIA+. Para a compreensão da temática concernente às uniões estáveis homossexuais (homoafetivas), caracterizada como “manifestação do pluralismo sexual, uma variante constante e regular da sexualidade humana” (DIAS, 2016, p. 44), parte-se da distinção dos conceitos de concubinato e união estável, tomando por alicerce a Constituição Federal de 1988.

O primeiro termo designa aqueles que têm comunhão de leito, do latim, *cum* (com) *cubare* (dormir); *concubinatos*, ou seja, “é o concúbito contínuo exclusivo da mulher com um homem com quem habita e/ou mantém relações sexuais” (PEREIRA, 2003, p. 40). Em outras palavras, tem-se o concubinato “quando, entre homem e mulher, se estabelece uma união extraconjugal estável” (ALVES, 1980, p. 375). Tal relação pode ser classificada em concubinato puro, aquele que se apresenta “como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem detrimento da família legítima” (AZEVEDO, 2011, p. 165), e o impuro, subdividindo-se em adúlterino, incestuoso ou desleal tendo no impedimento matrimonial (art. 1.521 do Código Civil) a linha divisória entre as duas modalidades de concubinato. O Código Civil de 2002 estabelece que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” (BRASIL, 2002).

O segundo conceito refere-se à união “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002). O Código Civil brasileiro complementa o conceito ao possibilitar a união estável mesmo sendo casado um ou ambos os companheiros, desde que haja separação de fato, judicial ou extrajudicial (MALUF, 2010).

forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89”, enquanto perdurar a omissão do Poder Legislativo em relação à matéria, pois tais “condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero” (BRASIL, 2019, p. 5-6).

Com efeito, a Constituição Federal (art. 226, § 3º) e o Código Civil brasileiro (art. 1.723) reconhecem a união estável como entidade familiar. Entretanto, o denominado concubinato ‘impuro’, previsto no artigo 1.727 do Diploma Civil, não recebe o mesmo tratamento da união estável. Portanto, não há tutela jurídica a respeito dos alimentos, meação de bens adquiridos conjuntamente ou direito sucessório.

No tocante ao assunto, destaca-se a existência de correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais que estendem os direitos e deveres da união estável ao concubinato ‘impuro’, sob o fundamento de se tratar de uma realidade fática e social (TARTUCE, 2012, p. 324). Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 1045273, fixou tese de repercussão geral no sentido de que a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento de outro vínculo no mesmo período, “em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (BRASIL, 2021).

Segundo o Colendo Tribunal, “é vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida” (BRASIL, 2021). Portanto, a decisão reflete na validade do contrato de convivência firmado por pessoa que mantém casamento ou união estável anterior.

Afirmada como entidade familiar, é imperioso destacar a distinção entre união estável e casamento, para se compreender o reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas. Para parte da doutrina, não há diferença entre o tratamento dispensado pela Constituição Federal e pelo Código Civil às uniões estáveis e ao casamento, posição esta alicerçada na igualdade entre as entidades familiares, na proibição do retrocesso social e no princípio da liberdade de escolha.

Assim, para Maria Berenice Dias (2013, p. 172), sempre que o legislador tratar de maneira diferenciada as entidades familiares “devem tais omissões ser tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais. Do mesmo modo, todo o texto em que é citado o cônjuge, é necessário ler-se cônjuge ou companheiro”. De maneira oposta, o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, José Luiz Gavião de Almeida (2008, p. 130-132), adota a posição restritiva e defende que a diferença entre as situações “não facultou a aplicação de analogia matéria”, sob pena de “ofensa sistemática constitucional adotada”.

Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada pela união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição Federal de 1988” (BRASIL, 2017, p. 01). Assim sendo, não deve existir distinção quanto ao conteúdo, a tutela e os direitos, uma vez que o tratamento qualitativo diverso poderia configurar afronta ao texto constitucional que apregoa a igualdade entre as famílias, além de ser um entendimento incompatível com a axiologia alicerçada na dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, pluralismo e democracia.

Não obstante a igualdade reconhecida pela Corte, no casamento, tradicionalmente, as partes podem realizar um pacto antenupcial antes do casamento para definir as questões patrimoniais, devendo tal ato ser realizado por escritura pública, no Tabelionato de Notas, e, posteriormente, levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Após a celebração do matrimônio, o pacto deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal, para que produza efeitos perante terceiros e será, do mesmo modo, averbado na matrícula dos bens imóveis dos cônjuges.

Por sua vez, o contrato de convivência pode ser celebrado antes, durante ou após a união, cuja única exigência legal referente à forma é ser escrito. Apesar de alguns juristas entenderem que o negócio jurídico na união estável homoafetiva, assim como a heteroafetiva, há de ser realizado no Cartório de Notas por meio de escritura pública e registrado, tal exigência até traz maior segurança, mas não constitui requisito de validade ou de eficácia. Portanto, o contrato de convivência deve ser escrito, mediante instrumento público ou particular (LOBO, 2008, p. 160).

Retornando à união estável, trata-se de entidade familiar, reconhecida e tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro enquanto união entre um homem e uma mulher. Em que pesem os avanços sociais previstos na Constituição Federal e mesmo no Código Civil de 2002, o constituinte e o legislador foram omissos quanto ao reconhecimento jurídico da realidade social concernente aos vínculos entre pessoas do mesmo sexo ou gênero.

Assim, em decisão paradigmática exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, a Corte reconheceu no mundo jurídico a realidade social das uniões estáveis homoafetivas enquanto entidades familiares, haja vista que, em 2010, aproximadamente 58.000 unidades domésticas eram for-

madas por casais homoafetivos no Brasil (IBGE, 2010). Houve, a partir da decisão, a superação da compreensão de uma “família heterossexista em prol de uma família eudemonista, cuja proteção não decorre da ‘diversidade de sexos’ (rectius: diversidade de gêneros), mas do fato de termos uma conjugalidade que vise a felicidade e autorrealização individual de seus integrantes [...]” (VECCHIATTI, 2020, p. 29).

Portanto, a partir desta decisão, que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, houve equiparação da tutela jurídica dispensada a ambas as modalidades (relações heteroafetivas e homoafetivas), certificando que a omissão legislativa tem assento no preconceito e estipulando como inaceitável a “discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles.” (BRASIL, 2011).

Mesmo após a decisão da Suprema Corte, ganharam notoriedade as decisões proferidas no âmbito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Goiânia que anulou o contrato de união estável homoafetiva e determinou aos cartórios da capital que não fizessem a escrituração de nenhum outro instrumento. O magistrado Jeronymo Pedro Villas Boas entendeu que a união entre pessoas do mesmo sexo não configura união estável, considerando que o STF não tinha competência para modificar o texto constitucional. A decisão foi derrubada pelo Tribunal de Justiça (MAIA, 2011).

Registra-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 determinou que os requisitos previstos no 1.723 do Código Civil relativos às uniões heteroafetivas sejam aplicados no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, a saber: estabilidade, continuidade, publicidade, convivência, ânimo de constituir família e ausência de impedimentos matrimoniais, sem maiores discussões a respeito das especificidades desse arranjo familiar.

Com efeito, a configuração de tais elementos nas uniões homoafetivas é particularmente dificultada no contexto histórico-social em que estão inseridas, ambiente permeado por preconceitos e que promovem circunstâncias de “rejeição social, discriminação, inclusive por parte da família, comprometimento da honra e reputação social, e – não raro – medo da exposição pública, do escândalo, da ridicularização, da perseguição no trabalho, de injúrias de toda ordem”, além dos riscos à saúde e segurança pessoal e da própria família (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 136).

Desta forma, não são raros os casais que adotam uma postura discreta – quando não velada ou disfarçada –, a fim de evitar as represálias e preconceitos. Assim, o critério de publicidade ou notoriedade precisa ser ressignificado no sentido de evitar que injustiças sejam praticadas na análise do caso concreto, uma vez que os pressupostos do 1.723 do Código Civil não foram elaborados em vista das particularidades pertinentes às uniões homoafetivas. É o que se extrai da decisão do TJSP:

União estável homoafetiva. Reconhecimento e dissolução. O reconhecimento da união estável depende de comprovação da convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição familiar (art. 1.723 do Cód. Civil). Sentença de procedência. Tese de que as partes não conviviam maritalmente, mas sim mantinham mero namoro, que não encontra sustentação no quociente probatório. Inexistência do elemento anímico caracterizador da entidade familiar não evidenciada. **Discrição sobre a união homoafetiva insuficiente para desconstituir o intuito de constituição de família. Publicidade não é requisito absoluto para a declaração da união estável.** Precedentes. Entidade familiar reconhecida. Temática recursal desacompanhada de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da convivente (art. 373, II, do CPC). Incidência do brocardo Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt. Sentença mantida. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial de bens que se aplica à união estável, à ausência de contrato escrito (art. 1.725 do Cód. Civil). Incidência parcial de hipótese de incomunicabilidade (art. 1.659 do Cód. Civil). Financiamento do imóvel pago por ambas as partes durante a união. Bens havidos na constância da união estável que se presumem tenham decorrido do esforço comum das conviventes. Precedentes. Presunção não quebrantada. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1005081-59.2018.8.26.0590; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 28/04/2021) – Grifos dos autores.

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. OBSERVÂNCIA. PUBLICIDADE. RELATIVIZAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DE VIDA A DOIS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido a fim de declarar a existência da união estável homoafetiva havida entre o requerente e o falecido. 2. Para ser reconhecida a união estável, faz-se necessário o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 1.723 do Código Civil, quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura e o objetivo de constituir família. 3.

Conquanto a união entre pessoas do mesmo sexo não esteja prevista expressamente na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que tal formatação familiar faz jus à tutela jurídica. 4. **Diante das particularidades envolvendo as relações homoafetivas, o requisito da publicidade, embora não possa ser desconsiderado da análise, tampouco pode protagonizar a tomada de decisão acerca da existência de união estável - devendo a abordagem de tal pressuposto ser guiada pelos demais elementos probatórios constantes nos autos.** Doutrina. Precedentes. 5. Se o acervo probatório demonstra o atendimento aos requisitos do art. 1.723 do Código Civil - e estando ausentes os impedimentos previstos pelo mesmo diploma - deve ser mantida a sentença que reconhece a união estável post mortem. 6. Recurso conhecido e desprovido.

(TJDF, Acórdão 1355683, 07059129320188070014, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 14/7/2021, publicado no PJe: 27/7/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.) – Grifos dos autores.

Portanto, o critério de ostentabilidade e o ânimo de constituir família devem ser reconsiderados no contexto das uniões homoafetivas (SANTOS, 2020), não devendo ser utilizada a mesma métrica, como se a união heteroafetiva fosse um modelo ou parâmetro. Como sustenta Anderson Schreiber (2013, p. 299), o casal homoafetivo que prefere “escapar ao olhar discriminatório de setores conservadores da sociedade, não deixa por isso de configurar uma ‘entidade familiar’, atraindo, mesmo à falta da chamada ostentabilidade, a proteção do direito de família”. Referida discrição há de refletir diretamente na forma do contrato de convivência, devendo ser admitido tanto o negócio jurídico por instrumento público ou por particular.

Em nota, ressalta-se que, após o pronunciamento da Suprema Corte, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 175/2013, vedou que as autoridades competentes se recusassem a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, devendo a recusa ser imediatamente comunicada ao juiz corregedor para as devidas providências cabíveis.

No contexto delineado, o reconhecimento jurídico das realidades sociais demanda uma postura crítica e reflexiva do jurista, visto que se torna imprescindível compreender as novas dinâmicas. Compete ao Direito oferecer uma resposta adequada à realidade social, sob pena de perder a sua correção histórica e

tornar-se instrumento de perpetuação de estruturas arcaicas, excludentes, elaboradas por um grupo dominante, com prevalência de um modelo preestabelecido e rejeição dos demais. Tal postura não condiz com a axiologia constitucional, e o jurista deve ser formado para atuar nessas demandas, com o intuito de garantir a efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos no seio da sociedade contemporânea.

4 O CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No âmbito familiarista, tem-se a contratualização das relações familiares e das relações sucessórias, com fundamento na possibilidade dos indivíduos “criarem normas contratuais, exercendo um poder limitado legalmente, que as vincula à prática dos direitos e deveres avençados” (DINIZ, 2011, p. 352). A título de exemplificação, tem-se a possibilidade de os pais distribuírem as responsabilidades atinentes ao exercício da autoridade parental e a manutenção da guarda compartilhada, além de os cônjuges ou conviventes estabelecerem regras a respeito do regime de bens e da administração patrimonial comum. Quanto ao direito sucessório, vislumbra-se a disposição testamentária, doação entre membros da família, projeções sucessórias em caso de multiparentalidade, e outros.

No contexto da contratualização das relações familiares, destaca-se o contrato de convivência, que constitui negócio jurídico celebrado entre os companheiros e que pode ser conceituado como um “instrumento pelo qual se criam, modificam, reconhecem ou extinguem direitos exclusivamente entre os seus signatários, e ainda sob condição de se efetivar, no mundo empírico, a proclamada união estável” (CAHALI, 2002, p. 191). A autonomia privada, no contexto da contratualização das relações familiares e sucessórias, permite que os conviventes estipulem os termos dos aspectos relativos à vida comum (OLIVEIRA; MUNIZ, 2009).

Salienta-se que o contrato de convivência não é apto, por si só, para constituir a união estável, pois a mesma decorre do comportamento dos partícipes e exige a presença dos elementos previstos no artigo 1.723 do Código Civil. Lembra-se que, como anteriormente mencionado, nas uniões homoafetivas há dificuldade de comprovação dos elementos elencados pela legislação civil para a caracterização da união estável.

Por isso, devem os contratos serem reconhecidos como instrumentos legítimos de manifestação da vontade das partes, flexibilizando-se a demonstração dos requisitos legais para a configuração da união estável. Ademais, os contratos possibilitam que os conviventes possam afastar ou confirmar a incidência das regras relativas à comunhão parcial no âmbito patrimonial (LAGRASTA NETO, 2000). Ausente a contratação, aplicam-se as regras estabelecidas ao regime da comunhão parcial de bens, previstas para o casamento.

Como anteriormente esclarecido, diferentemente do pacto antenupcial, que é anterior à celebração do casamento (artigo 1.639 do Código Civil), o contrato de convivência pode ser prévio, concomitante ou posterior à relação (MADALENO, 2019). Caso seja assinado antes da constituição do liame fático, o termo inicial da eficácia dependerá da caracterização da entidade familiar (SANTOS, 2005). O negócio será ineficaz se a relação deixar de se constituir nos termos do artigo 1.723 do Código Civil (VELOSO, 2003).

Como os demais negócios jurídicos, a validade dos contratos de união estável homoafetiva está atrelada à demonstração dos requisitos do 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Além do mais, a vontade manifesta deve ser livre de vícios que a invalidem, como erro, dolo, coação etc.

No tocante ao conteúdo do contrato de convivência, Paulo Luiz Netto Lobo (2008, p. 160) entende que as partes somente podem regular o regime de bens e outros aspectos patrimoniais, não sendo possível dispor sobre direitos pessoais dos companheiros ou destes em relação aos filhos⁷.

Diferentemente, Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 477-478), em sua clássica obra Estatuto da Família de Fato, traz um modelo de contrato de companheirismo com cláusulas contendo questões patrimoniais e extrapatrimoniais, tais como: manifestação do propósito das partes unirem-se em união estável; deveres dos companheiros e efeitos morais e patrimoniais; ausência de impedimentos para a união; pretensão de comungar mútuos interesses morais e patrimoniais;

⁷ Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012), José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (2009) sustentam que o contrato de convivência está restrito a disciplinar o regime de bens. De outro modo, Simone Orodeschi Ivanov dos Santos (2005) concorda que os companheiros estabeleçam regras de convivência própria e da prole, enquanto Maria Helena Diniz (2015) admite a possibilidade de deliberação sobre o nome.

reconhecimento e registro de filhos que venham a nascer (acrescente-se, ou serem adotados); causas e efeitos para a rescisão do contrato; destino dos bens no caso de morte; guarda e visita dos filhos; relação de bens particulares de cada companheiro; destino dos bens adquiridos no período de convivência, de forma onerosa ou gratuita; eleição de foro para dirimir as dúvidas.

Assim, mesmo versando sobre elementos da convivência, torna-se imperioso ressaltar que os princípios constitucionais e civilísticos e as normas cogentes delimitam os contornos que podem ser atribuídos a essas avenças. Por exemplo, é inconcebível a inserção de cláusula restritiva de direitos pessoais dos companheiros ou violadora de preceito legal. Não é permitido excluir dever de mútua assistência ou afastar o companheiro da sucessão hereditária (GONÇALVES, 2012).

Por outro lado, pode-se estipular o recebimento de benefícios previdenciários, elencar o responsável pela administração do patrimônio comum, dispor sobre o regime patrimonial de bens, avançar sobre os tratamentos médicos e inclusão do companheiro no plano de saúde, acordar a respeito do planejamento familiar em relação à adoção e ao exercício da parentalidade, incluir o companheiro em seguro de vida, entre outras tantas possibilidades dentro dos limites legais e principiológicos.

Concernente ao regime, em que pese a divergência doutrinária, Mairan Gonçalves Maia Júnior (2010) defende a viabilidade dos companheiros adotarem o regime de comunhão universal, e neste sentido o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, no qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito” (BRASIL, 2016).

Ainda quanto ao regime, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser aplicável à união estável homoafetiva o art. 1.641, II do Código Civil, que impõe a obrigatoriedade da separação de bens para a pessoa maior de 70 anos de idade. A decisão reconheceu a nulidade da cláusula que elegeu o regime de comunhão total de bens, por ter um dos companheiros, no início da relação, a idade prevista no citado artigo (BRASIL, 2018).

Acerca dos efeitos patrimoniais, Zeno Veloso (2003) e Rolf Madaleno (2019) divergem quanto à retroatividade das disposições estabelecidas. O primeiro sustenta que os conviventes podem estipular efeitos patrimoniais pretéri-

tos e futuros, enquanto o segundo sustenta ser imprescindível a liquidação patrimonial progressiva, a fim de evitar a fraude, o enriquecimento indevido ou a coação. Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018) decidiu que enquanto não sobrevier estipulação específica entre as partes, aplica-se o regime de comunhão parcial (art. 1.725, CC), entretanto, a depender do caso concreto, torna-se possível que os efeitos se deem a partir da feitura do contrato como em relação ao momento pretérito à assinatura do instrumento.

Como já mencionado, quanto à forma, à luz do artigo 107 do Código Civil, o contrato de convivência homoafetiva pode se dar por instrumento particular ou público. O Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº. 37/2014 para dispor sobre o registro da união estável no Livro E, por Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais. Dispõe o Provimento: “Art. 1º. É facultativo o registro da união estável prevista nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo”. Nada diz sobre a obrigatoriedade da escritura pública ou do registro de imóveis, havendo necessidade de registro/averbação imobiliário somente para produção de efeitos perante terceiros.

Terceiros que negociam com alguém em união estável não podem ser prejudicados pela omissão do fato, pois não se presume a publicidade da relação e do regime de bens entre os companheiros, como ocorre com o casamento e com o pacto antenupcial, por força do registro civil e do registro imobiliário. Com efeito, é de toda conveniência que, em qualquer negócio jurídico, deva ser exigido que declare se está ou não vivendo em união estável (VENOSA, 2010).

Para finalizar, é importante destacar que companheiros do mesmo sexo que preferem manter uma união discreta e longe do olhar da sociedade podem celebrar um contrato escrito mediante instrumento particular, sendo o documento válido e eficaz entre eles. No entanto, para que as disposições tenham validade perante terceiros, o registro é fundamental em virtude da publicidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo parte do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e da igualdade de direitos desta com a união estável heteroafetiva, considerando-se o contexto das famílias plurais, democráticas e

diversas. Frente à isonomia de direitos e deveres, é aconselhável que os companheiros homoafetivos celebrem um contrato de convivência para regular assuntos patrimoniais, particularmente, quando há acervo de grande monta.

De acordo com a recente posição do STF, a validade do contrato de convivência depende da inexistência de relação matrimonial ou estável anterior e concomitante. Assim, o documento celebrado na constância do denominado “concubinato impuro” não está apto à produção de efeitos jurídicos, nos termos decididos pela Corte Constitucional.

Diferentemente do pacto antenupcial, o legislador não impôs formalidades para a elaboração do contrato de convivência, exigindo tão-somente a forma escrita. Portanto, o negócio jurídico pode ser realizado por instrumento público ou particular, antes, durante ou após o relacionamento. Aconselha-se, para assegurar maior segurança, que o documento seja feito em Cartório de Notas, por meio de escritura pública, levado posteriormente a registro.

Nada obstante, embora os requisitos sejam idênticos para todas as uniões estáveis – estabilidade, continuidade, publicidade, convivência, ânimo de constituir família e ausência de impedimentos matrimoniais –, nas uniões homoafetivas, o critério da ostentabilidade e o ânimo de constituir família merecem um olhar diferenciado, uma vez que muitos casais preferem não tornar pública a relação. Com efeito, a manifestação de vontade das partes reconhecendo o liame familiar em documento escrito ganha relevância, ainda que seja por instrumento particular.

Quanto ao conteúdo da avença, observa-se divergência doutrinária sobre disposições extrapatrimoniais, como reconhecimento de filho, direito de visitas no caso de dissolução da união, uso do nome etc. Outros aspectos ainda não sedimentados referem-se à adoção do regime de comunhão universal e retroatividade das disposições estabelecidas.

Enfim, em virtude da ausência de tratamento legal específico, escassez de material doutrinário e de decisões judiciais próprias, o contrato de convivência homoafetiva é assunto que comporta estudos aprofundados para oferecer respostas adequadas ao contexto social e em conformidade com os preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito civil: família. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. União estáveis homoafetivas entre a norma e a realidade: em busca da igualdade substancial. Revista Brasileira de Direito Civil. RBDCivil. Belo Horizonte, v. 24, p. 121-147, abr./jun. 2020. Disponível em: [10.33242/rbdc.2020.02.007](https://doi.org/10.33242/rbdc.2020.02.007). Acesso em: 07 nov. 2021.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 1045273/SE, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 21/12/2020, Publicado em 09/04/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443826/false>. Acesso em: 11 jun. 2021.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência. Brasília, 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2021
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.244.894 – SC (2018/0027461-8). Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região). Decisão: 21.06.2018. Publicação: 26/06/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=1.244.894+&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=tru> . Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1459597/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 15/12/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1459597&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1247639/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 27/08/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. Relator ministro Celso de Mello. 2019. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 646721, Relator: Ministro Marco Aurélio; Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10/05/2017, Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-204, divulg. em 08-09-2017, publicado em 11-09-2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva. 2002.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Fuencabral, 2007.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 74. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Nupcialidade, Fecundidade e Migração. Censo demogr., Rio de Janeiro, p.1-349, 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

LAGRASTA NETO, Caetano. Direito de família. São Paulo: Malheiros, 2000.

- LOBO, Paulo Luiz Netto. Famílias (direito civil). São Paulo: Saraiva, 2008.
- MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAIA, Flávia. Registros ainda pouco comuns. *Correio Braziliense*, 29/06/2011, Cidades, p. 22. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/50511/complemento_1.htm?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 15 nov. 2021.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Atlas, 2010.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. *Revista de Direito Civil*. v. 1, n. 1, jan./jun. 2019.
- OKITA, H. Homossexualidade: da opressão à libertação. São Paulo: Sundermann, 2007.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família. 4. ed. (ano 2001), 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira *et al* (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/desdobramentos-do-pos-maio-de-2011/>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- SANTOS, Simone Orodeschi Ivanov dos. União estável: regime patrimonial e direito intertemporal. São Paulo: Atlas, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 53.
- TARTUCE, Flávio. Separados pelo casamento: em ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. In: LAGRATA NETO, Caetano;

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TJSP. Apelação Cível 1005081-59.2018.8.26.0590; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 28/04/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 13 nov. 2021.

TJDF, [Acórdão 1355683](#), 07059129320188070014, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 14/7/2021, publicado no PJe: 27/7/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=135568. Acesso em: 21 nov. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 7, n. 01, e 294, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/294>. Acesso em: 09 nov. 2021.

VELOSO, Zeno. Código civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783, volume XVII. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O DUTY TO MITIGATE APLICADO NOS EFEITOS CONTRATUAIS EM TEMPOS DE SARS-COV-2

Ana Lúcia Maso Borba Navolar

Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, cidade de Londrina, Brasil.
navolar.ana@gmail.com

Roberto Wagner Marquesi

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado na Universidade Estadual de Londrina, além de professor na graduação nesta mesma universidade e na Pontifícia Universidade Católica, campus Londrina. cidade de Londrina, Brasil
wagnermarquesi@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O cenário de pandemia do novo corona vírus impactou a sociedade em diversos aspectos, desde a saúde até a economia. Quanto a este último, são notórias as repercussões nas empresas, inclusive em nível global. As medidas de contenção de disseminação do vírus – em especial a restrição à circulação de pessoas – afetaram sobremaneira a atividade empresarial, desde a produção industrial até as vendas ao consumidor.

Consequentemente, empresas ficaram impossibilitadas de cumprir com suas obrigações contratuais pontualmente. Entretanto, no Brasil, extrajudicialmente, observou-se um esforço conjunto do Estado e sociedade para o enfrentamento dessa situação. O Banco Central permitiu que os Bancos criassem planos de renegociação de dívidas, inclusive muitas instituições bancárias prorrogaram os vencimentos das dívidas, o que permitiu que as pessoas físicas e jurídicas tivessem tempo de se reorganizar. Ademais, constatou-se em inúmeros contratos locatícios a prorrogando do vencimento dos alugueis por determinado tempo, especialmente às empresas que não puderam abrir seu comércio, ou que tivessem tido uma considerável redução no seu faturamento.

Apesar de ter havido esse esforço conjunto para a manutenção das empresas, certo é também que nem todos os credores procuram controlar o aviltamento da dívida do devedor. Frente a essa realidade questiona-se a possibilidade de aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss, nos casos levados ao judiciário.

Isso porque, a referida teoria impõe a possibilidade de redução de indenização, juros, multas e demais encargos contratuais caso do credor não tenha tomado medidas razoáveis para impedir que a dívida fosse agravada, ou seja, o credor teria um dever de cooperação com o outro contratante, de agir razoavelmente para mitigar o próprio prejuízo.

Dessa forma, nas questões pandêmicas, a teoria do Duty teria aplicação pontual na problemática levada ao judiciário, autorizando o magistrado a reduzir os juros e multas contratuais caso o credor tenha se mantido inerte em relação ao débito de devedor, mesmo diante das notórias repercussões econômicas que a pandemia causou (e ainda vem causando).

Assim, o presente artigo objetiva demonstrar a possibilidade de aplicação da referida teoria no Brasil, mesmo sem um dispositivo legal determinando tal obrigação, e quais seriam os parâmetros usados para sua aplicação. Para tanto, será utilizado o método dedutivo com pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais, e normativas.

2 PRINCIPIOLOGIA ATUAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

No ocidente, o advento do neoconstitucionalismo, na metade do século XX, promoveu a revitalização da força da Constituição, afastando o estrito positivismo, o que iniciou um movimento de interpretar todo o ordenamento jurídico pelo viés constitucional.

Uma das vertentes desse movimento é a constitucionalização do direito civil, que trata da interpretação das regras e princípios do Direito Civil através da ótica da Constituição Federal. Nessa nova forma de ordenamento jurídico, o Direito Constitucional permeia a vida política e social e envolve a legislação, a doutrina, o entendimento de juízes e tribunais e as relações privadas (PERLINGIERI, 1997, p. 5). Nas palavras de Teresa Negreiros (2006, p. 67), “consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas - aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares”.

Antes da constitucionalização do Direito Civil, ensina Teresa Negreiros (2006, p. 48) é como se houvessem duas constituições: o Código Civil como Constituição da vida privada, e a literal Constituição disciplinando a vida pública.

Com o advento deste movimento, rompe-se o paralelismo entre direito público e privado, ou seja, há a publicização do direito privado, e os dois ramos se convergem. Ingo von Münch (apud NEGREIROS, 2006, p. 49) explica bem o fim da dicotomia: "Una vez desmoronado el dique que, según la doctrina precedente, separaba el Derecho constitucional del derecho privado, los derechos fundamentales se precipitaron como una cascada en el mar del Derecho privado".

A partir de então, já no anteprojeto do atual Código Civil (elaborado em 1969, com início de tramitação no Congresso Nacional em 1975) estabeleceu-se a eticidade, sociabilidade e operabilidade como paradigmas norteadores de todo o sistema civil, sendo que estes atuam como efetivadores de princípios sociais constitucionais, tais como o da dignidade humana, igualdade e solidariedade.

Ou seja, nessa busca da despatrimonialização do direito privado, ocorreu a positivação de princípios que se traduzem como um reflexo da inserção dos princípios sociais constitucionais no âmbito privado. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 61). Dentre eles, destaca-se neste trabalho, o da boa-fé objetiva, positivada expressamente em seis artigos do Código Civil⁸, sendo que no atual Código, o referido princípio se manifesta como cláusula geral, ou seja, um conceito aberto, pois não foram definidos os parâmetros de conduta que correspondes-

8 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (incluído pela Lei nº. 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (incluído pela Lei nº. 13.874, de 2019)

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

sem à boa-fé (TEPEDINO, 2005, p.34). Isso ficou a cargo do julgador, que possui a tarefa de analisar se a conduta do agente corresponde ao esperado em relações semelhantes, no que tange à honestidade e a lealdade.

3 A BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA AOS CONTRATOS

Como se vê, o atual Código Civil proporcionou à boa-fé grande relevância jurídica, inclusive com a sua expressa positivação em diversos artigos. Nessa época em que muitos valores foram esquecidos, fez-se necessário positivar o comportamento ético, sendo que, hoje em dia, o não cumprimento de um contrato – ou a manipulação deste – é só uma das razões que incentivou sua inserção ao Código.

A boa-fé objetiva se constitui por um agir correto, é a conformidade de uma ação com a honestidade, lealdade e probidade. Fazendo a correlação com a Constituição, a boa-fé seria a própria expressão da dignidade humana no âmbito privado.

Representa um parâmetro, uma diretriz para o comportamento e a ação. Enquanto que “la buena fe subjetiva es creencia, la buena fe objetiva es conducta” (RUBIO, 1984, p. 96). Judith Martins-Costa (2018, p. 281) a define como um direcionador de condutas pelo qual os participantes da relação obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento.

Em razão disso, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 61), entendem que a supremacia principiológica da dignidade da pessoa humana é concretizada no âmbito das obrigações na forma do princípio da boa-fé objetiva. Sendo a dignidade humana um princípio universal, a boa-fé nem mesmo precisaria ser positivada para ter validade, visto que é a expressão do princípio constitucional da dignidade humana, ou seja, teria sua validade na Constituição. Nas palavras de Pedro de Vasconcelos (2005, p. 21): “A positivação do princípio da boa fé na lei não lhe confere validade, que já tem por si, mas tão só as formas organizativas de se realizar”.

Judith Martins-Costa (2000, p. 126) ensina que a boa-fé objetiva “é mais que um apelo à ética”, já que incumbe ao juiz por em prática o respeito e a confiança recíproca entre os contratantes se estes não o fizerem por si próprios, pois o contrato não deve desviar da finalidade ao qual foi criado, demonstrando o caráter de cláusula geral desse princípio.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p. 62) ainda complementam,

O princípio do respeito recíproco não se encontra apenas nos direitos fundamentais, mas atravessa todo o ordenamento jurídico. Ele é subjacente a qualquer relação contratual, pois, quando ocorre a conclusão de um contrato e as partes emitem sua vontade, reconhecem uma ao outro a condição de pessoas.

Teresa Negreiros (2006, p. 108) também endossa o argumento,

Tais princípios encontram fundamento na Constituição, seja como desdobramentos da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III), seja como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada (art. 3º, I), seja como corolários do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), seja, enfim, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional (art. 170 e ss.), da qual a ordem contratual é parte integrante.

Para ser considerada boa-fé objetiva, a conduta tem que coincidir com a do homem reto, no mesmo sentido, Miguel Reale (2003) afirma que a boa-fé objetiva apresenta-se como “exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, (...) normativa de comportamento leal”.

É o agir conforme a lei, conforme o acordado. Dessa perspectiva, a boa-fé se caracteriza pela observação dos valores tutelados em certa época e lugar, mas sempre com o respeito aos interesses do outro. Para Reale (2003) este princípio se resume em duas palavras: “honestidade pública”.

Numa perspectiva objetiva, este princípio constitui um critério para agir corretamente, é “ortonomia” (VASCONCELOS, 2005, p. 22). Trata-se não tanto de verificar a boa ou má-fé com quem está numa relação jurídica, mas antes julgar a conformidade de uma certa atuação com as regras da boa-fé.

Nesta seara, a cláusula geral da boa-fé apresenta-se como um instrumento hábil para reger as relações contratuais, pois estabelece um padrão de conduta ético, de respeito ao próximo, que, se for observado, impede que se cometam abusos entre os contratantes.

Tendo em vista que a boa-fé não serve a qualquer fim, a doutrina atribuiu-lhe uma trílice função.

A primeira seria a interpretativa, e corresponde a um critério hermenêutico, fazendo com que a interpretação do contrato dê preferência ao sentido mais

justo, nas palavras de Tepedino (2005, p. 36) “privilegie sempre o sentido conforme a lealdade e a honestidade entre as partes”.

Pode-se dizer que a interpretação do contrato se dá em duas fases, na primeira procura-se entender a intenção das partes, na segunda procura-se sanar as lacunas, ambiguidades ou obscuridades decorrentes da dificuldade de se encontrar a intenção dos contratantes (GOMES, 2007, p.44). E é justamente nessa segunda fase que reside o papel hermenêutico da boa-fé. Essa função foi consagrada no Código Civil em seu art.113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”.

Dessa forma, veda-se a interpretação que dê um sentido tendente a prejudicar ou enganar uma das partes em uma disposição contratual.

A segunda função seria a restritiva do exercício abusivo, aqui a boa-fé limita o exercício irregular ou abusivo de direitos frente à outra parte, ou seja, coíbe o titular que se utiliza do seu direito com o intento de fazer mal a alguém. O Código Civil traz essa função no art.187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Dessa forma, controlam-se as cláusulas abusivas e cria-se um parâmetro para o exercício das posições jurídicas (GOMES, 2007, p. 45).

Na última função, a boa-fé exerce o papel de criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, ficando a parte não só vinculada aos deveres previstos no contrato, como também àqueles que não foram expressos. Nas palavras de Orlando Gomes (2007, p. 45), possui a finalidade de “assegurar o cumprimento perfeito da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato”. São também chamados deveres de conduta, entre eles pode-se citar o dever de lealdade; de informação; de aviso e esclarecimento; de cuidado e segurança; de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, entre outros.

A teoria do Duty to Mitigate the Loss, a ser aqui tratada, foi também vinculada à boa-fé para ser inserida no Brasil. Há doutrinadores que entendem que tal teoria deriva do dever anexo da cooperação, outros que deriva do dever de proteção, e ainda há os que entendem que se trata de um desdobramento da boa-fé, ficando ao lado do *venire contra factum proprium*, *surrectio*, *supressio*, e *tu quoque*.

A boa-fé, então, se consagra como uma das mais relevantes cláusulas gerais, visto que existem inúmeras possibilidades de sua aplicação, desde a interpretação do contrato e até a criação de deveres implícitos de observância obrigatória entre os contratantes.

Assim, diante das funções, nota-se que a Teoria do Duty to Mitigate the loss tem estreita relação com o princípio da boa-fé, uma vez que ao reduzir ou suprimir a indenização, juros ou multa do credor que não tenha tomado medidas razoáveis para impedir que a dívida fosse agravada, está-se dando valor ao comportamento leal e colaborativo entre as partes.

4 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LEGITIMADORA DA TEORIA DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS

A natureza jurídica do dever (“duty”) do credor agir para reduzir seu prejuízo está longe de ser pacífica. Na Alemanha, no BGB, é considerado *Obliegenheit*, ou seja, uma obrigação cuja exigência não é forte; no Direito francês está fundado no abuso de direito ou na boa-fé; e nos países que adotam a *common law*, sua exigência decorre do próprio sistema, e existe como conceito autônomo. (FRADERA, 2005, p. 174).

No Brasil, sua natureza é controversa; há quem a entenda como ônus; incumbência; encargo; dever; princípio, enfim, não há consenso nem na doutrina nem na jurisprudência, no entanto, o que não se pode negar, é que no Brasil, a existência dessa norma de mitigação, está ligada à boa-fé. (GONÇALVES, 2021, p. 55) Nesse sentido, explica Véra Fradera (2005, p. 175),

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no art. 422, o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.

Entretanto, ressalta Judith Martins-Costa (2018, p. 608) que de modo algum pode ser confundida com ‘obrigação’, no sentido técnico da palavra. Em razão de sua origem na *common law*, o Duty deve ser contextualmente compreendido no Brasil, sob pena de se levar a distorções, tais como acima mencionado de considerá-lo espécie de inadimplemento ou obrigação do credor lesado. Primeiro porque o devedor não pode exigir que o credor mitigue os danos, ou seja,

não há um direito subjetivo nesse sentido. Ademais, caso fosse entendida como obrigação, sua violação seria um inadimplemento contratual, abrindo-se possibilidade para a aberração jurídica da vítima – credor – responder por perdas e danos. E como já destacado, a única consequência da aplicação da referida teoria é a redução do quantum indenizatório e possíveis demais encargos moratórios que lhe seriam devidos.

Afastando-se as discussões acerca de sua natureza jurídica, fato é que, na seara contratual, a teoria do Duty está entrosada à boa-fé objetiva e ao dever de cooperação entre os contratantes. No contexto de constitucionalização do direito civil, entende Paulo Nalin (2006, p. 197) que se mostra intolerável a subordinação de um sujeito (devedor) em face do outro (credor), devendo haver uma relação de cooperação entre eles. E ainda sobre o dever de cooperação imposto ao credor, entende o autor ser tentadora a sua derivação da boa-fé. Aliás, para a doutrina brasileira, majoritariamente o dever de cooperação se configura como dever anexo à boa-fé objetiva.

Na doutrina italiana sobre cooperação, Angelo Falzea (apud NALIN, 2006, p. 193) destaca o surgimento de uma nova posição ao credor com a existência de um dever de cooperação imposto a este contratante, isso porque tal comportamento foi se perdendo, comenta Emilio Betti, (apud NALIN, 2006, p. 196) que quando o homem se torna apenas carne, perde sua espiritualidade, sua capacidade de julgamento, ele afasta de si valores instáveis como o da cooperação.

Ademais, Bruno Terra de Moraes (apud GONÇALVES, 2021, p. 55) explica a vinculação da referida norma de mitigação à boa-fé,

(...) se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva. Para que fique mais claro: ainda que se entenda que a não mitigação, por si só, não atinge a esfera jurídica alheia (...) em caso de posterior cobrança pelos danos não cobrados, estar-se-á infringindo a boa-fé objetiva.

À parte da natureza jurídica e dos princípios vinculados à teoria do Duty, certo é que no ordenamento jurídico nacional, não há um dispositivo legal determinado expressamente que o credor teve agir razoavelmente para impedir o incremento de seu próprio prejuízo ou, em outras palavras, que deva agir para reduzir o aviltamento da dívida do devedor.

Entretanto, estar expressamente previsto em lei não é requisito imprescindível para sua validade, hoje não é mais concebível o modelo estático do estrito positivismo, o Código Civil não tem mais a estrutura de um modelo fechado, o positivismo entrou em crise quando foi incapaz de responder uma sociedade que se transformava rapidamente, nas palavras de François Gény (apud JORGE JUNIOR, 2004, p.13) “as relações humanas são demasiadamente numerosas, demasiado complexas e mutáveis para que se possam encontrar uma regulamentação suficiente em algumas fórmulas verbais editadas num momento fixo”.

Ensina Nilo Bairros Brum (apud GOMES, 2021, p. 305) que, no formalismo, cria-se um mito – descompromissado da realidade – de que o ordenamento legal é completo, coerente, preciso, em que o proibido e o permitido têm claras delimitações; que o legislador é um ser perfeito que tudo prevê, sendo sempre justo e sábio. Nesse mito, o juiz é entendido como um computador, o qual, aplicando-se somente a lei dará sempre a solução justa. E ainda complementa, “a lei como única fonte do direito, a sentença como um silogismo perfeito, a racionalidade infalível do legislador e do juiz, a previsibilidade das decisões são as aspirações ou crenças que informam as linhas mestras dessa postura”.

Essa ideia está cada vez mais permeando as esferas jurídicas, tanto que atualmente abre-se a possibilidade de aplicação da teoria do Duty to Mitigate the loss fora da seara contratual, possibilitando seu desenvolvimento no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, apenas diferenciando os fundamentos; o que na seara contratual se funda no dever de cooperação, na extracontratual se fundará na vedação às situações de abuso, ou exercício disfuncional de direitos e posições jurídicas, o fundamento legal residindo, portanto, no art. 187 do Código Civil. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 273- 274)

Então, não cabe ao Direito, que é ciência social, um modelo estático, vez que as relações sociais não o são, ademais, não há neutralidade de valores como a concepção formalista prega. Por isso a necessidade de se inserir conceitos abertos na legislação, que são as chamadas cláusulas gerais.

Cláusulas gerais se diferenciam das demais normas por permitirem uma maior amplitude semântica; do ponto de vista estrutural, são consideradas “normas (parcialmente) em branco” (MARTINS-COSTA, 2000, p.329), que se completam por conceitos extrajurídicos. São normas jurídicas, e se caracterizam por serem conceitos abertos permitindo ao aplicador do direito amoldar a norma ao caso concreto.

Explica Judith Martins-Costa (2000, p. 303) que basicamente são dirigidas ao juiz, como um mandato, para que, “à vista dos casos concretos, crie, completamente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”.

Para uma explicação mais clara de como o julgador consubstancia a norma ao caso concreto está a cláusula geral da boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, assim, cabe ao juiz decidir na situação de fato se a conduta dos contratantes foi guiada pela boa-fé, para tanto, ele deve fazer um juízo de valor a respeito do que seria agir com boa-fé em certa situação, o julgador será remetido a um padrão de conduta aceito em determinado tempo e espaço. Nesse compasso, entende Juarez Freitas (1986, p.119) que, “o jurista, (...) não pode limitar-se a uma postura estática de defesa de uma ordem senil, que não assimila o impacto das exigências sociais. Ao contrário, o jurista tem que colocar seu pensamento e a sua cultura a serviço de uma missão evangelizadora (...)”.

Assim, as cláusulas gerais, por superarem o *ius strictum* e passarem ao *ius aequum*, conseguem solucionar assuntos que não foram regulamentados, tal como a teoria do Duty to Mitigate the Loss, uma vez que a cláusula geral da boa-fé, entre suas funções, impõe o dever de cooperação entre os contratantes e veda o exercício abusivo do direito.

Dessa forma, as cláusulas gerais possibilitam a integração do direito à realidade vigente, atualizando-o. No caso da teoria da mitigação, ainda que não esteja expressamente em lei, sua aplicação é legítima, vez que decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, com previsão expressa no art. 422 do Código Civil, ou seja, tem validade em âmbito nacional.

Por fim, além da dedução lógica de legitimidade pela vinculação à cláusula geral da boa-fé em razão de seus deveres anexos, o Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal ainda previu que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Tal enunciado apenas reforça o caráter legítimo da aplicação da teoria do duty to mitigate the loss no Brasil; e ainda que tais enunciados não sejam vinculantes, são amplamente citados pelos tribunais nacionais – inclusive os superiores – servindo como um referencial para as decisões.

5 A TEORIA DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS E AS QUESTÕES PANDÊMICAS

Entrando propriamente nas questões pandêmicas, não se pode olvidar da repercussão econômica que as medidas de contenção da disseminação do vírus causaram – e ainda causam – à sociedade e às empresas, inclusive em nível global.

Em todo o Brasil, houve a orientação para que as pessoas se mantivessem em casa, e os decretos estaduais e municipais determinaram o fechamento dos comércios – apenas mantendo abertos os de primeira necessidade –, ou com funcionamento por tempo reduzido.

Dessa forma, ainda que alguns negócios tenham permanecido ativos, o baixo número de pessoas circulando influenciou diretamente na receita da empresa. Toda essa situação não pode ser desconsiderada pelo credor.

Aqui não se questiona a possibilidade de aplicação das vertentes da cláusula *rebus sic stantibus*, “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”, ou seja, de que os contratos que tem trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas. Tal cláusula se desdobra na teoria da imprevisão, teoria da quebra da base do negócio jurídico, e no da onerosidade excessiva, permitindo que, diante de eventos imprevistos, sobrevenha excessiva desproporção entre os valores da prestação e o momento da execução, poderá a parte pedir sua correção, ou mesmo a resolução do contrato. A aplicação de tais teorias são notórias.

É relevante pontuar que as vertentes da cláusula *rebus sic stantibus* não se confundem com a teoria do Duty. Em princípio, porque, o dever de mitigação, diferentemente da cláusula *rebus*, não se restringe a fatos imprevisíveis, é cláusula implícita em todo contrato, seja diante de eventos imprevisíveis ou não. Como uma segunda diferenciação, colocam-se os efeitos, sendo que, pela teoria da imprevisão e onerosidade excessiva, é possível a revisão das cláusulas ou resolução do contrato; por outro lado, a consequência do descumprimento do dever de mitigação, é a redução dos encargos moratórios e da indenização, mas sendo possível a resolução contratual caso essa seja a opção menos onerosa ao devedor, tal como será melhor exposto adiante.

Feita essa rápida diferenciação, é de se pontuar que a situação pandêmica é fato imprevisível que afetou sobremaneira a atividade empresarial, desde a produção industrial até as vendas ao consumidor. Conseqüentemente, muitas empresas ficaram impossibilitadas de cumprir com suas obrigações contratuais,

neste cenário questiona-se se seria razoável exigir o do credor o dever de mitigar os próprios danos sob pena de redução da indenização e/ou encargos moratórios.

No Brasil, observou-se até certo ponto um esforço voluntário dos credores na mitigação dos danos, cite-se, por exemplo, algumas instituições bancárias que dilataram o prazo para o vencimento das obrigações que estavam em dia antes da pandemia. O mesmo ocorreu com muitos locadores que dilataram o prazo para pagamento, outros reduziram o valor do aluguel por dado período, etc.

Caso seja sopesado, é notório que a rescisão contratual, o avolumamento da dívida a um nível que o devedor não possa mais quitar, o ingresso no judiciário para a cobrança e despejo, são deveras mais onerosas ao credor do que apenas a facilitação do pagamento do devedor, dilatando o prazo, por exemplo. Assim, essas atitudes voluntárias, ou mesmo amigáveis, está alinhada com a boa-fé objetiva.

Entretanto, há casos em que não houve acordo e tais discussões foram levadas ao judiciário. Tendo em vista a atualidade do tema relacionado à pandemia, não há ainda a apreciação massiva pelos tribunais, entretanto, já se observa a aplicação da teoria do Duty, como exemplo, no agravo de instrumento 5018209-45.2021.4.04.0000 decidido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª região, de relatoria da Dra. Vivian Josete Pataleão Caminha, julgado em 09 de maio de 2021; trata-se de ação movida por empresa de turismo com loja em vários aeroportos pedindo a rescisão do contrato junto a Infraero e o afastamento da multa, visto que, em razão da pandemia, as lojas permaneciam fechadas por determinação pública, assim, a empresa continuava com a obrigação de pagar os alugueis e encargos, mesmo sem possibilidade alguma de rendimento.

Argumentou ainda a parte autora que, apesar de a Infraero ter proposto medidas para o enfrentamento da pandemia, tais medidas se revelaram insuficientes, visto que as empresas continuam sem fazer negócios.

Antes de se expor diretamente a decisão, há que se mencionar que nos contratos sinalagmáticos, há obrigações recíprocas, então para determinados pontos o autor seria o credor, e para outros o réu o seria. Razão pela qual a decisão do tribunal foi interessante; houve uma ponderação para os dois lados com a prevalência do dever de cooperação, pontuando explicitamente o dever de mitigação dos danos.

Expõe a decisão que “se todos os locatários forem embora, a Infraero terá prejuízos maiores, significativamente maiores, do que os esperáveis se as pequenas empresas locatárias sobrevivessem e a reabertura do Aeroporto fosse feita com lojas iluminadas, mercadorias expostas, vendedores em ação” (BRASIL, 2021). Entretanto, complementa dizendo que “de fato a concessão de medida para a rescisão do contrato, com a retirada de todos os equipamentos do lojista, é irreversível. Porém, igualmente irreversível para o lojista é a manutenção do contrato, com o aumento do montante das dívidas, imobilização do recursos físicos que estão na área explorada e impossibilidade de gerar qualquer renda” (BRASIL, 2021).

Dessa forma, o Tribunal entendeu pela aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss, justificando que inúmeras vezes há a constatação, na prática, de situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, vendo o prejuízo se avolumar, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

No caso, não havia mais interesse das partes em manutenção do contrato, entretanto, a Infraero se manifestou pelo aceite da rescisão somente após o pagamento dos débitos locatícios e da multa; fato é que a continuidade artificial do contrato apenas geraria mais dívidas para a concessionária, a exigência de quitação dos débitos vencidos para o encerramento do negócio jurídico é um contrassenso, entendendo o Tribunal que o comportamento da Infraero foi no sentido de aumentar o montante da dívida, apostando em negócio inviável, potencializando a geração de despesas próprias com medidas de cobrança e reintegração de posse da área.

Decidiu-se que, independentemente da discussão que poderia ser travada na esfera administrativa ou judicial sobre a forma de rescisão contratual e eventuais valores que deveriam ser pagos pelos envolvidos (multa rescisória etc.), deveria ter sido considerado encerrado o contrato no momento em que a empresa notificou a Infraero da rescisão para que fosse evitado o aumento da dívida da concessionária/autora e das despesas da Infraero/ré. (BRASIL, 2021)

Sobre a possibilidade da extinção do contrato justificada na teoria do Duty para reduzir os danos do devedor já expôs Judith Martins-Costa (2018, p. 608),

Se o caso concreto evidenciar que os danos seriam maiores se a parte não tivesse requerido a extinção, então a exigência parece justificada e a con-

traparte deve aceitar o exercício do poder extintivo, sob pena de caracterizar-se, pela negativa, um exercício jurídico disfuncional (ou abusivo), além do inadimplemento.

No caso, a decisão é bem clara pela aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss, entendendo que a exigência da Infraero de que a empresa quitasse todos os débitos para que só então fosse formalizada a rescisão contratual fez com que se avolumasse o débito; há meios legais para realizar essa cobrança, não havia a necessidade de se aguardar o pagamento para se realizar a rescisão, dessa forma, afastou-se os débitos locatícios gerados após a notificação da Infraero sobre a rescisão.

Pela sistemática apresentada de constitucionalização do direito civil e das repercussões da boa-fé, “há deveres de consideração com a pessoa e com o patrimônio do lesado” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 273), dessa forma, o princípio do Duty to Mitigate enaltece o padrão de conduta baseado no respeito ao outro, de ação proba, correta, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 109)

No atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a "tirania dos direitos". Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas "cláusulas leoninas ou abusivas" (algumas são tão terríveis que a denominamos jocosamente, em nossas aulas, "zoológicas"...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral.

Em razão disso diz-se que a supremacia principiológica da dignidade humana é concretizada no âmbito das obrigações através do princípio da boa-fé objetiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 61), e sendo a norma de mitigação um desdobramento desta, não é exagero dizer que através desse dever, ajuda-se a preservar a dignidade humana.

Assim, diante de um evento de caso fortuito ou força maior, inclusive este fundado na pandemia do coronavírus, é possível exigir o dever de mitigar os próprios danos, até porque tal dever é pautado na razoabilidade e ponderação.

Não se exige que o credor tome medidas desarrazoadas, inclusive no exemplo acima do TRF da 4ª Região, observa-se que foi mantida a multa pela rescisão antecipada, apenas afastou-se os débitos locatícios e demais desdobramentos a partir de quando a Infraero foi notificada a respeito da rescisão, visto que, a partir da notificação, seria razoável a cessação das cobranças, inclusive

porque já estava sendo aplicada a multa pela rescisão antecipada. Ou seja, vale a regra anunciada por Judith Martins-Costa (2018, p. 614) de que “as medidas a serem adotadas para mitigar o próprio prejuízo são as razoavelmente possíveis, consideradas as circunstâncias”

Sobre esses parâmetros, explica Christian Sahb (2013, p. 40) que a apreciação acerca de ter o credor realizado esforços razoáveis para mitigar o dano é uma questão de fato a ser analisada no caso concreto.

O parâmetro da razoabilidade é empregado na *common law* descartando-se os irrazoáveis, assim, “se o credor prejudicado pelo inadimplemento não tem condições financeiras de realizar a operação substitutiva ou outra medida de mitigação, as perdas e danos a que faz jus não serão reduzidas pela limitação de evitabilidade” (LOPES, 2013, p. 40).

A professora Judith Martins-Costa (2018, p. 614) explica que o mandamento da norma não é o de fazer tudo que estiver ao alcance do credor para reduzir os danos, o fundamento, e sim que se adote medidas razoáveis que estejam ao alcance. Caso se adotasse a primeira opção, o credor seria duplamente penalizado: em razão da inexecução do devedor e por ter despendido esforços em demasia para a não majoração do dano.

No mesmo sentido afirma Bates (LOPES, 2013, p. 40), “a teoria da mitigação não presume que o requerente tem recursos financeiros ilimitados”, devem ser empregados os esforços necessários para minimizar os danos, e como razoabilidade entende-se os que estiverem à disposição do credor e sejam de possível utilização, por essa razão, não são considerados razoáveis os esforços que representem despesas excessivas.

Também explica Christian Sahb (2013, p. 41),

não é esperado que, para minimizar os danos, o credor faça um sacrifício de seus próprios interesses, que passe por dificuldades financeiras, que reduza sua classificação de crédito ou que renuncie a direitos seus. Também não é considerado razoável a medida que implique o cometimento de um ilícito pelo credor, no descumprimento de um outro contrato ou da palavra dada.

Frente a isso, o credor poderá não adotar tais medidas e, ainda assim, receber a indenização sem que tenha incidência a teoria do Duty.

Aplicando-se tais termos ao caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região, entendeu-se razoável a rescisão imediata do contrato para que fossem privilegiadas ambas as partes; pelo lado do locatário, a rescisão impede que se perpetue a obrigação locatícia, e quanto ao locador, a rescisão imediata impede o aumento da indenização futura pela demora na liberação dos móveis e equipamentos da empresa de viagens. Assim, seja pela ótica do credor ou do devedor, a rescisão do contrato de forma imediata se mostrava como a medida mais adequada e razoável para aquele caso concreto.

Por fim, há de se repisar que a análise do emprego da razoabilidade é avaliado de acordo com as medidas que estavam à disposição do credor presentes no momento em que o credor teve que tomar a decisão. Não existe um padrão de razoabilidade, obrigatoriamente será definida caso a caso.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, foi levantada a possibilidade de aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss mesmo sem um dispositivo legal determinando sua aplicação. No decorrer do artigo se constatou que, essa teoria existe autonomamente na *common law* e insere-se no Brasil como um desdobramento da boa-fé objetiva. Uma vez que esta está positivada em diversos artigos do ordenamento jurídico brasileiro, legítima é a aplicação da referida teoria; ademais, hoje grande parte da doutrina entende que a supremacia principiológica da dignidade humana é personificada no âmbito das obrigações através do princípio da boa-fé objetiva, razão pela qual nem necessitaria estar expressa em lei para ter validade.

No mais, é de se mencionar que a boa-fé objetiva, sem exceção, apresenta-se legalmente como cláusula geral, ou seja, é um conceito aberto, permitindo ao aplicador do direito amoldar a norma ao caso concreto, dessa forma, cabe ao magistrado verificar qual seria a ação proba, cooperativa com o outro contratante em cada situação, em consequência, o mesmo se aplica para a norma de mitigação dos danos, cabe ao aplicador do direito mensurar se faltou cooperação ou não pela outra parte para que haja a aplicação da referida teoria extraída do *common law*.

Afunilando-se a questão para o tema do artigo, foram – e são – notórias as repercussões da pandemia nas empresas, inclusive em nível global. As medidas de contenção de disseminação do vírus – em especial a restrição à circulação de pessoas – afetaram sobremaneira a atividade empresarial, desde a produção até

as vendas ao consumidor, diante disso é possível questionar se seria razoável exigir o dever de mitigar os próprios danos, visto que houve uma redução de receitas geral, ou seja, em regra, tanto os credores quanto os devedores foram prejudicados.

O que se verifica é que não se exigem atitudes desarrazoadas do credor, apenas as ações à sua disposição naquele momento, ou seja, utiliza-se o critério da razoabilidade analisando-se o caso concreto.

Como exemplo, apresentou-se um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que uma empresa de turismo procurava rescindir seu contrato com a Infraero, já que, em razão da pandemia, sua loja no aeroporto não podia ser aberta. A Infraero havia colocado como exigência da rescisão o pagamento antecipado dos encargos locatícios e da multa, dessa forma, sem poder encerrar o contrato, os encargos locatícios foram se avolumando.

O Tribunal decidiu que tal atitude violou a norma de mitigação, vez que, agindo assim, a Infraero aumentou seu próprio prejuízo. Por tal razão, foi determinada a rescisão contratual e a exclusão dos encargos desde a notificação enviada pelo lojista ao locador com o intuito de rescindir o contrato. Ou seja, a atitude razoável nesse caso concreto seria a rescisão imediata, tão logo recebesse a manifestação de vontade pelo lojista, de forma a não onerá-lo ainda mais.

Assim, conclui-se que é possível o emprego da norma de mitigação no Brasil, inclusive nesse período de pandemia do corona vírus, fundamentando-a na cláusula geral da boa-fé objetiva, utilizando-se da razoabilidade para mensurar o descumprimento ou não da norma, cabendo a análise de tal critério apenas no caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

Amaral, F. P. (2008). *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

Bauman, Z. (2011). *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar.

Bittar, C. A. (2015). *Os direitos da personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. (2021). *Tribunal Regional da 4ª Região (4ª Turma). Agravo de instrumento 5018209-45.2021.4.04.0000. Relatora Dra. Vivian Josete Pataleão Caminha.*

Fachin, L. E. (2012). *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

- Farias, C. C. & Rosenvald, N. (2008). Direito das obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Fradera, V. M. J. (2005). Justificativa à proposta de Enunciado ao Art. 422: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo. In: III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal.
- Freitas, J. (1986). As grandes linhas da filosofia do direito. Caxias do Sul: Educus.
- Gagliano, P. E. & Pamplona Filho, P. S. (2014). Contratos: Teoria geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva.
- Gomes, O. (2007). Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Gomes, S. A. (2021). Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá.
- Gonçalves, M. R. (2021). Duty to mitigate e direito Bancário. Londrina: Thoth.
- Guimarães, O. M. (1953). Da boa-fé no direito civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- Jorge Junior, A. G. (2004). Cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva.
- Lopes, C. S. B. (2013). Mitigação dos prejuízos no direito contratual. São Paulo: Saraiva.
- Martins-Costa, J. (2000). A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Martins-Costa, J. (2018). A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- Mello, C. A. B. (2000). Curso de direito administrativo. 12. ed.. São Paulo: Malheiros.
- Nalin, P. (2006). Do contrato: Conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá.
- Negreiros, T. P. A. T. (1998). Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar.
- Negreiros, T. P. A. T. (2006). Teoria do contrato: Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar.
- Perlingieri, P. (1997). Perfis do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Reale, M. (2003). A boa-fé no código civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>.

- Rubio, D. M. F. (1984). *La buena fé: El principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo.
- Silva, J. A. (1998). A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, (212), 89 – 94.
- Silva, J. A. (2011). *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros.
- Soares, R. M. F. (2010). *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva.
- Tepedino, G. (2004). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. (2005). *Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Vasconcelos, P. P. (2005). *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina.

PÓS-MODERNIDADE E AS CODIFICAÇÕES NO SÉCULO XXI

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha
Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - UVA

Thiago Rodrigues-Pereira
Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP
Investigador Integrado ao Centro de Investigação e Desenvolvimento Ratio Legis da
Universidade Autónoma de Lisboa

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo deste trabalho é estudar o papel dos códigos no século XXI e os desafios que a eles se apresentam. Para tanto, inicialmente será realizada uma análise dos pilares em que historicamente se fundaram as primeiras codificações, e alguns de seus traços característicos, que não somente lhes deram forma, como ainda se manteriam presentes em códigos posteriores, que sofreram sua influência. Pretende-se demonstrar que tais características buscavam conferir-lhes um papel de centralidade no sistema jurídico que - pretensamente monolítico e estável, amparado por uma lógica estritamente racional e por uma crença iluminista no progresso -, deveria conferir suporte à ideologia liberal recém instaurada, formatando os ordenamentos às demandas de uma única classe dominante.

Em um segundo momento, se pretende apresentar aquilo que se chamou de pós-modernidade (modernidade líquida, modernidade tardia, hipermodernidade) como um momento de forte rejeição e questionamentos a estruturas até então consolidadas, oferecendo um novo paradigma, algo difuso e desorientado, marcado por um forte individualismo (diverso, conforme se verá, daquele verificado no Estado liberal-burguês), pela valorização das emoções e experiências sensoriais – inclusive (e especialmente) envolvendo uma cultura de consumo e hiperexposição -, por uma frustração com a promessa de progresso compartilhado (muito em razão da incapacidade dos Estados Nacionais em assegurar políticas de bem-estar diante do triunfo de um neoliberalismo global) – e pela omnipresença da tecnologia, invadindo todos os aspectos da vida e revolvendo todas as bases da organização social, inclusive o direito, impondo uma nova temporalidade.

Tão significativos foram (e são) tais desafios, que em dado momento tomou força corrente teórica que questionava o propósito dos códigos em regular as relações privadas. Se a origem de tal questionamento antecede à pós-modernidade, situando-se no período pós-guerra, indubitavelmente ela confere força a tais indagações, uma vez que seu dinamismo e complexidade poderiam ser, assim, melhor regulados por leis esparsas e independentes, a constituir sistemas jurídicos movidos por lógicas próprias e autônomas, concretizando os ditames das Constituições. A esse movimento, denominado *descodificação*, será conferida uma seção deste artigo, uma vez que, aceitar suas premissas implicaria em sustentar a superação do papel dos códigos, aos quais passaria a ser conferido caráter meramente residual e periférico.

Por fim, o texto pretende demonstrar que, a despeito de possuir algumas virtudes, à ideia de descodificação se deve preferir a de *recodificação*, com a reestruturação dos códigos sob novas bases, mais condizentes com a metodologia do direito civil-constitucional e com os valores que inspiram os tempos atuais.

Assim, o problema a situação problema a ser investigada será analisar se as codificações, que possuem grande influência do pensamento moderno, ainda se mostram necessárias ou se já estão obsoletas no atual momento de transição para a chamada pós-modernidade. A hipótese é a de que a proposta de Natalino Irti, para quem os Códigos Civis teriam perdido seu protagonismo, passando a possuir caráter residual, não se mostra adequado, pois apesar de algumas necessárias adaptações a realidade, os códigos ainda seriam necessários. O objetivo geral será o de aferir se ainda se faz necessário os códigos nos moldes atuais, se eles se tornaram obsoletos ou se precisam ser adaptados à realidade pós-moderna. A pesquisa se justifica na medida em que estamos na transição para uma pós-modernidade, mas o Direito, pensado de forma científica, parece ainda preso as amarras de uma espécie de modernidade tardia. E sendo assim, pensar um dos elementos mais marcantes do Direito na modernidade, as codificações, se mostra necessário no atual panorama jurídico-social que a sociedade se encontra. A pesquisa será bibliográfica e documental, descritiva-explicativa. O marco teórico a ser utilizado serão na verdade dois, Franz Wieacker, e também Manuel Espanha.

1. CODIFICAÇÃO: ALGUMAS IDEIAS CENTRAIS

Muito embora se possa destacar a polissemia gravitante ao redor palavra ‘Código’ a criar óbices para a sua correta compreensão⁹, um esforço conceitual inicialmente se impõe, ao menos para os propósitos dessa pesquisa, sendo possível adotar o conceito de Perlingieri (2007, p. 4-5), para quem:

Por “código”, em geral, entende-se o documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma ideia de coerência e de sistema, destinadas a constituir uma disciplina tendencialmente completa de um setor.

Gravitam em torno da ideia de código e codificação algumas ideias-chave, das quais, para as finalidades almejadas por esse texto, destacam-se as noções de “reforma/revolução”, “perenidade”, “universalidade”, “progresso”, “liberdade”, “abstração”, “individualismo”, “historicidade”, “sistema” e “tempo”.

Inspirados pela conexão entre os ideais iluministas e o jusracionalismo, os primeiros códigos tinham por objetivo uma “planificação global da sociedade, através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica” (WIEACKER, 2015, p. 366). Imbuídos desse ideal, os códigos surgem como “instrumentos de renovação da sociedade, mas esta renovação consiste na instauração de uma ordem global, sistemática, duradoura, correspondente a um saber certo e evidente acerca da natureza do homem” (HESPANHA, 2012, p. 337).

A crença na racionalidade enquanto atributo compartilhado pela humanidade dotaria os Códigos de uma “universalidade perene”, capaz de conferir-lhes certa transcendência. Sendo ‘universais’, ultrapassariam os limites geográficos, podendo servir como inspiração para países – mesmo não europeus - que desejassem superar um “déficit civilizatório”, fazendo “dos seus povos nações modernas” (WIEACKER, 2015, p. 367), ou mesmo como norma subsidiária para ordenamentos distintos daqueles nos quais se originaram. Seu caráter atemporal, por sua vez, permitiria resistir à erosão do tempo e das mudanças histórico-sociais.

O Código Civil Francês, principal monumento jurídico de sua época, destoa de seus contemporâneos, como o Código Prussiano (ALR, *Allgemeines Landrecht*, de 1794) ou o Código Civil Austríaco (ABGB, *Allgemeines bürgerliches*

⁹ Essas dificuldades são destacadas por Grossi (2007, p. 87-89), para quem a associação entre realidades distintas pode conduzir a “confusões e equívocos culturalmente perniciosos”.

Gesetzbuch, de 1811), por não constituir “um resultado do despotismo esclarecido, mas, nos seus primórdios, a própria obra de uma nação revolucionária e, mais tarde, do seu grande tribuno, o primeiro cônsul Bonaparte” (WIEACKER, 2015, p. 386). Essa revolução não decorreria tão somente de ser o produto da ascensão da classe burguesa ao poder político (que viria a fazer do *Code* instrumento para implementação de sua ideologia liberal, a se refletir nos institutos que o estruturaram), mas ainda por romper com os elementos básicos que caracterizam a produção jurídica pré-revolucionária: o ‘transbordamento’, a pluralidade e a extra-estatalidade, substituindo-os por uma codificação com intenção ‘totalizante’ (GROSSI, 2007, p. 91-93).

A (excessiva) abstração das normas codificadas é consequência da racionalidade inspiradora dos códigos, cuja finalidade de homogeneizar padrões sociais pautados por uma lógica econômica patrimonialista, moldou os institutos jurídicos clássicos a partir de um modelo que pouca atenção dava à concretude da vida (HESPANHA, 2012, p. 344-345).

Liberdade, individualismo e igualdade eram, então, atributos meramente formais, como se vê, direcionados ao projeto liberal emergente.

A liberdade tutelada era a de contratar, ou a de ser proprietário e de defender seu domínio face a ingerências externas. Não se falando, à ocasião, em valores existenciais (dado que a lógica inspiradora das codificações era a do *homo economicus*), não se concebia a liberdade como realização de potencialidades, sendo encarada sobre o que posteriormente de viria a denominar liberdade *negativa* - vista como ausência de coerção (BERLIN, 1979, p. 122). A família, *locus* por excelência para o desenvolvimento de tais individualidades, era concebida como uma unidade econômica, hierarquizada e indissolúvel, e subordinada a essa lógica patrimonialista.

Dentro dessa tônica, o individualismo proprietário não refletia uma sociedade plural, mas um modelo de sociedade burguesa. Contentando-se com um caráter abstrato, as normas do código destinavam-se, como já mencionado, a regular relações entre sujeitos igualmente fictícios. O indivíduo foi, assim, separado de qualquer contexto, reduzido a um “esqueleto” isolado, uma “concepção imaculada”, que “sacrificava o concreto da vida” em nome de um “esquematismo rígido que pretendeu substituir a realidade, imolado às necessidades de uma pretensa análise científica” (RODOTÀ, 2012, p. 151-153).

Na Itália, o Código Civil (*Código civile*), de 1865 surge como uma exigência de uniformização de uma nação recém unificada, sendo fortemente influenciado pelo *ethos* que motivou o *Code* napoleônico:

Nos moldes do código napoleônico, coloca no centro do ordenamento a propriedade privada, em particular a propriedade rural: na manutenção e no incremento desta é inspirada principalmente a disciplina da família e da sucessão *mortis causa*, enquanto os contratos são regulados como forma de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui <é>. É nítida a desconfiança em relação às comunidades intermediárias: não há espaço para partidos, sindicatos, associações e sociedades. É um código individualista: somente a propriedade individual é levada em consideração (PERLINGIERI, 2008, p. 179).

Na Alemanha, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1900) foi marcado por uma “estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística”, pelo emprego de cláusulas gerais e pela abstração de suas normas -ao preço de uma certa inacessibilidade (WIEACKER, 2015,p. 544-546).

A técnica abstractizante do BGB apresenta os aspectos favoráveis e desfavoráveis de uma solução unilateral. Os aspectos favoráveis – disciplinam conceitual, clareza pedagógica, validade geral e <rigor e coerência interna> - foram julgados pelos contemporâneos, que ainda podiam contar com uma forte tradição e com uma elevada formação do corpo dos juristas, como mais importantes do que os aspectos negativos – estes sentidos mais fortemente pela nossa época, que insiste em critérios práticos-morais mais determinados, numa maior transparência do modo de se exprimir do legislador, numa consideração mais sensível de justiça social e individual. Precisamente por isso têm-lhe actualmente sido censurados a falta de transparência e de uma geral compreensibilidade, o desprezo dos imperativos éticos, a renúncia a uma acção de educação da sociedade (WIEACKER, *op. cit.*, p. 547).

Ao contrário do *Code Civil*, o BGB foi acusado de ser um fruto tardio do liberalismo, encontrando um mundo que se abria a outras forças. Não tentou exprimir uma “uma tendência social e política unitária, mas a tentativa de equilíbrio entre vários sistemas de valores que não se tinham conseguido misturar na história social alemã do séc. XIX” (WIEACKER, 2015, p. 549)

Os códigos estabeleceram assim, desde os fins do século XVIII, a base da cultura jurídica da modernidade que somente no século XX viria a ser confrontada, estabelecendo um legado estruturante (HESPANHA, 2012, p. 342). Entretanto, seriam ainda adequados para tutelar as relações sociais e econômicas

do século XXI? Atenderiam tais monumentos jurídicos às demandas e expectativas dos tempos atuais? Uma tentativa de resposta a respeito de tais indagações pressupõe uma breve reflexão acerca de um novo paradigma que tem caracterizado o período em que vivemos: o paradigma pós-moderno.

2. A PÓS-MODERNIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

Por pós-modernidade se entende um “modo de representação no universo” (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 276), que envolveu um “significativo abalo nas bases culturais em que se assentara, até então, o pensamento ocidental” (ROCHA, 2019, p.1.395), em muito decorrente de uma frustração com a promessa iluminista de progresso assentado na razão. Não há um total consenso quanto à precisa delimitação de seu marco histórico, e mesmo a própria expressão não é unânime, estando sujeita a críticas variadas, sendo considerada um conceito “guarda-chuva”, a abranger uma série de significações acerca dos mais distintos fenômenos e ramos do conhecimento, de forma as vezes algo imprecisa e nem sempre coerente (ECO, 2019, p. 09). O que se verifica claramente é uma “profunda reorganização da forma de funcionamento social e cultural das democracias ocidentais avançadas” (ROCHA, 2019, p. 1.395), contexto no qual “a ideia de absurdo, a filosofia da existência, a desesperança no projeto da modernidade, o desencantamento do mundo, surgem como ideias fortes (...)” (BITTAR, 2014, p. 87). A ideia patente é de uma *reação* e uma mudança de paradigma em relação à modernidade.

Apesar de todas as controvérsias existentes em torno do conceito de pós-modernidade, é possível identificar alguns traços comuns que a caracterizam, como a fluidez, a destradicionalização, o *hiper*individualismo narcisista, o *hiper*consumismo e a hipertecnização.

A fluidez da pós-modernidade é metáfora cunhada por Bauman (2001, p. 07-09) para se referir à adaptabilidade e constante propensão e capacidade para a mudança, bem como a *leveza* (e as ideias de mobilidade e inconstância que a ela se associam) a qual remetem. A modernidade *líquida*, com sua constante propensão e disposição para assumir novas formas, modificou profundamente a relação da humanidade com o tempo. A “solidez” de outrora - que, ao assegurar a estabilidade e a ocupação permanente de espaços, tornava o tempo algo indiferente -, deu lugar a uma verdadeira *inversão*, na medida em que, agora, os espaços são ocupados apenas brevemente, e a capacidade de transitar por eles é o que passa

a ter relevo. De fato, na pós-modernidade, tudo é móvel, tudo é passagem. Uma transitoriedade em que os vínculos não são (nem pretendem ser!) duradouros.

Uma consequência relevante dessa fluidez é a destradicionalização da sociedade, com o abandono de seus referenciais tradicionais por novas perspectivas, conforme ensina Lipovetsky (2005, p. 2018). Essa ressignificação do mundo conduziu a uma *desorientação* da sociedade, que passa a ser cada vez mais autorreferente, marcada por um *hiperindividualismo* exacerbado de pessoas imersas em si mesmas. Entretanto, ao contrário do individualismo abstrato e ‘sem rosto’ da Era das codificações, pautado em modelos fictícios e arquétipos, o que aqui se verifica é um hedonismo narcisista, pouco consciente de suas responsabilidades sociais e morais para com o outro, por cujo destino não se sente responsável (BAUMAN, 2008, p. 20).

O sujeito pós-moderno, ao se desvincular dos mecanismos de coerção que até então exerciam forte influência sobre sua conduta, retira de seus ombros o fardo da culpa e se entrega cada vez mais ao prazer e à satisfação individual como métricas da vida que espera viver.

O *hiperconsumismo*, por sua vez, submete os indivíduos a um constante bombardeio de estímulos, em um *continuum* desenfreado de recompensa e frustração, que somente se sustenta na medida em que consegue manter os consumidores permanentemente insatisfeitos (BAUMAN, 2008, p. 64). A economia liberal-burguesa, pautada em comportamentos racionais dá lugar a um modelo que aposta “na irracionalidade dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem-informadas; estimula *emoções consumistas* e não cultiva a razão” (BAUMAN, *cit.*, p. 65). Nesse novo paradigma, não há como participar senão transformando a si mesmo em mercadoria. E, nesse sentido, emerge a necessidade de exposição constante, a todo tempo. Uma sociedade *confessional*, que transforma o ato de expor o que antes pertencia ao domínio do privado em uma “virtude e um dever públicos” (BAUMAN, *cit.*, p. 09-10).

Inserir-se na sociedade de consumo é, portanto, aparecer. É ser notado. O que produz a construção de personalidades *alterdirigidas* (SIBILLIA, 2016, p. 48), em que se vive para chamar a atenção do outro, pouco importando se isso se dá através de feitos valorosos, qualidades pessoais, ou simplesmente por fatos banais: “tudo pode servir, desde que se consiga aparecer e ser reconhecido no dia seguinte pelo vendedor do supermercado (ou pelo banqueiro) (ECO, 2019, p.31), o importante é ser reconhecido.

A hipertecnização é outro dos frutos da secularização do mundo, em que a ciência ocupa o espaço outrora ocupado pela religião. Nota-se, entretanto, importante mudança em relação à modernidade: em que pese todos os inegáveis avanços proporcionados, a tecnociência não é mais recebida com um entusiasmo redentor, mas com um certo ceticismo angustiado. Sibilia (2015), se vale das alegorias de Prometeu e Fausto para ilustrar as diferentes concepções de técnica da modernidade e da pós-modernidade.

Entretanto, nas últimas décadas, “sofreram sérios abalos a fé na racionalidade humana como algo que levaria indubitavelmente ao bem comum bem como a confiança no progresso e no sentido da história” (SIBILIA, *cit.*, p. 48). Prometeu daria, assim, lugar a Fausto, e enfocados por essa nova perspectiva, “os procedimentos científicos não visariam à verdade ou ao conhecimento da natureza íntima das coisas, mas somente a compreensão restringida dos fenômenos para exercer a previsão e o controle – ambos propósitos estritamente técnicos” (SIBILIA, *cit.*, p. 49).

A sociedade tecnocientífica, revolucionou as possibilidades de interação entre as pessoas, por meio de suas relações travadas em rede, facilitando a comunicação, encurtando distâncias e estabelecendo um protagonismo do cyberspaço sobre o espaço físico. Permitiu a alteração do corpo e o prolongamento dos limites da existência humana, a ponto de possibilitar antever uma promessa ‘fáustica’ de imortalidade, seja através da medicina, ou mesmo pela infinidade de fotografias, imagens e registros armazenados em rede, eternizando os indivíduos em lembranças indeléveis (BAUMAN, p. 1998, p. 204). Tudo isso a implicar profundas modificações na economia, no cotidiano, no *modus vivendi* das famílias e dos indivíduos, nem sempre acompanhado de adequadas reflexões éticas e quase invariavelmente impossibilitando as normas jurídicas de se manter atuais.

3. ESTARÍAMOS VIVENCIANDO A ERA DA DESCODIFICAÇÃO? A TEORIA DOS MICROSSISTEMAS E SUAS CRÍTICAS

Com as Constituições passando a ocupar o epicentro dos ordenamentos jurídicos e a cumprir a função de unificar os sistemas jurídicos (PERLINGIERI, 2008, p. 186), e com o reconhecimento de sua força normativa, os códigos são “destronados” de seu protagonismo, perdendo seu papel de “Constituição do direito privado” (TEPEDINO, 2004, p. 07). A Constituição, não mais o Código, passa a ser a “salvaguarda do indivíduo” (TIMM, 2012, p. 6.432). Seus institutos

passam a ser revisitados a luz de valores irradiados das Cartas Constitucionais, o que supostamente deflagraria uma “crise” em seu papel ordenador.

Somado a tal fato, o dinamismo e a complexidade cada vez maiores das relações negociais e o desenvolvimento da sociedade tecnocientífica, passando a reclamar novos mecanismos de regulamentação (TEPEDINO, 2000, p. 05), passa a ocorrer intensa produção normativa, conduzindo a uma “fragmentação” (TEPEDINO, 2004, p. 12) do direito privado. Dessa forma, desapareceria a noção de “unidade sistemática” anteriormente estudada, que caracterizou os primeiros códigos - em especial, o *Code* napoleônico -, dando lugar a uma pluralidade de estatutos autônomos, em relação aos quais o Código Civil “perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas” (TEPEDINO, 2000, p. 05).

Expoente desse pensamento foi o jurista italiano Natalino Irti, para quem, com o advento da Constituição italiana de 1948, teria ocorrido a perda de centralidade do código civil no sistema das fontes (IRTI, 1979, p. 33) além da multiplicação das leis especiais e “estatutos de grupos”, os quais teriam assumido o papel de concretizar os princípios e valores constitucionais:

La legge speciale non è chiamata più a svolgere principi contenuti nel codice civile, ma ad attuare indirizzi e criteri programmatici fissati nella Costituzione, cioè in norme che occupano, nella gerarchia delle fonti, un grado superiore a quello delle norme del codice civile. Il rapporto di genere a specie non corre più tra codice civile e legge speciale, ma tra Costituzione e legge speciale: la raggiera si ricomponde intorno ad un nuovo centro, da cui si espandono principi diversi da quelli del codice civile. Dal punto di vista delle fonti, codice civile e leggi speciali occupano, come norme ordinarie, l'identico grado; dal punto di vista storico-politico (o diacronico), l'uno si trova al di qua, le altre al di là dell'entrata in vigore della Costituzione. Se la sequenza è codice civile/ Costituzione/ leggi speciali, soltanto queste ultime possono attuare, con riguardo a singole materie o categorie di casi, i principi enunciati nella Carta repubblicana (IRTI, *op. cit.*.p. 124).

Desta maneira, teria se instaurado um *polissistema* - cujo eixo gravitacional seria a Constituição (rígida) da qual extrairia sua unidade - composto por uma pluralidade de microssistemas independentes e dotados de nuances e princípios próprios, dos quais o Código Civil seria apenas uma parte:

Un sistema, che ormai non combacia con un corpo definito di leggi, assume un nuovo valore. Non più mono-sistema, correlativo alle strutture

del codice civile, svolto secondo il disegno e le partizioni di esso (dove nasceva il < Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code>); ma poli-sistema, come quadro d'insieme, o cornice di principi, in cui si iscrive una pluralità di micro-sistemi e di logiche di settore. Il codice civile è soltanto una parte del sistema (o poli-sistema) del diritto privato, che vede al centro la Costituzione e di qui irradiarsi un fascio di nucleo legislativi (IRTI, *op. cit.*, p. 125).

Entretanto, tem sido igualmente objeto de inúmeras críticas, dentre as quais destacam-se a de representar uma “grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos de pressão” (TEPEDINO, 2004, p.12). Essa fragmentação tornaria o sistema jurídico prisioneiro de “valores de ocasião”, deixando sem resposta “conflitos que atraem a aplicação simultânea de estatutos diversos, inspirados, muitas vezes, em propósitos antagônicos ou assimétricos” (*In*: SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 11). Acusa-se, ainda, a teoria de “desconhecimento da noção de superioridade hierárquica da Constituição; a desconsideração da unidade sistemática decorrente desta superioridade; e, por fim, a propositura de um método interpretativo não condizente com tais premissas” (*In*: SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 78-80). Critica-se, por fim, a própria compreensão do jurista como um “técnico especializado, fechado em determinado universo normativo” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 11). Critica-se, ainda, a própria utilidade da teoria, uma vez que o que efetivamente importa não seria a “disposição topográfica” (códigos, leis especiais), mas a “correta individuação dos problemas”, aos quais seja necessário fornecer respostas que considerem o ordenamento como um todo (PERLINGIERI, 2007, p. 06).

Parece-nos correto, com TIMM (2012, p. 6.418), preferir o termo *descen-tralização*, que traduz a ideia de que o Código mantém seu espaço de importância como eixo do Direito privado em inúmeros aspectos, muito embora tenha cedido seu protagonismo à Constituição. O próprio Irti, conforme mencionado, revisitou sua teoria, em estudo mais recente (IRTI, 1992), passando a sugerir um processo histórico de *recodificação*. As décadas de oitenta e noventa foram marcadas por mudanças nas políticas governamentais dos países desenvolvidos, com a crise do Estado Social e o triunfo da ideologia do neoliberalismo, fazendo-os abandonar a promoção do bem-estar para assumir traços liberalizantes, submergindo em

uma “ideologia privatista”, na qual a função dos Estados seria mais regulamentadora do que protetiva, o que implicaria em uma restauração da virtude unificante do Código (TIMM, 2012, p.6450).

De fato, os fenômenos da globalização e do neoliberalismo impuseram duro golpe à própria noção de soberania estatal, limitando em muito a capacidade dos Estados Nacionais em impor medidas assecuratórias do bem-estar de seus cidadãos. Contudo, em que pese ser esse inegavelmente um traço característico da pós-modernidade, a impactar o direito como um todo, não nos parece que dele se possa concluir pela invalidade do projeto constitucional de valorização da pessoa e de suas relações existenciais como interesses dignos de tutela, tampouco que isso implique em um retorno a um ‘abstracionismo indiferente’. Da ideia de descodificação (como se viu, relativizada posteriormente pelo próprio Irti), podem-se aproveitar o conceito de microssistema e a “passagem de bastão” do Código Civil para a Constituição como papel de agregador e mantenedor da unidade do ordenamento. Por outro lado, a perspectiva de recodificação, antevista pelo autor há quase trinta anos, fornece substrato para refletir sobre o papel dos Códigos Civis diante da realidade complexa apresentada pela pós-modernidade. Diante disso, se impõe indagar por quais mudanças devem passar as codificações, para se adaptarem aos tempos que virão. Sobre esta questão se refletirá na seção seguinte.

4. UM NOVO DIREITO PARA UM NOVO TEMPO: O FUTURO DAS CODIFICAÇÕES NO SÉCULO XXI - TENDÊNCIAS PARA UMA RECODIFICAÇÃO

Enquanto fenômeno inserido em uma realidade histórica, também o Direito e seus institutos estão sujeitos à variação de seus conceitos e significados, conforme a passagem do tempo. A pós-modernidade (ou qualquer outra denominação que se prefira utilizar), como se viu, tem implicado em profundas mudanças sociais, cujos reflexos afetam o mundo jurídico como um todo, e o direito privado em particular. Desse modo, não é mais possível pensar os códigos a partir de certas características que marcaram seu apogeu. Universalidade, perenidade, abstração já não parecem mais possíveis nesse mundo complexo e plural. O progresso prometido pelo sonho iluminista é hoje recebido com desconfiança e não sem alguma frustração. Outros traços, como o individualismo e a ideia de tempo se reinventam, adaptando-se e recebendo novas vestimentas. Nesse contexto, é preciso analisar alguns desafios.

Como se viu *supra*, a fé iluminista depositada no progresso deu lugar ao ceticismo e, talvez, a um certo pessimismo e medo. Isso parece ocorrer em especial por dois fatores: a partilha dos resultados desse progresso, cada vez mais concentrada nas mãos de grandes agentes econômicos e uma nova compreensão a respeito das novas tecnologias, vistas não mais como responsáveis pela transformação positiva da natureza, em prol do bem-estar comum, mas temidas por seu potencial destrutivo. O futuro deixa de ser percebido como uma promessa de redenção, ou recompensa.

Uma análise do código civil brasileiro permite ilustrar o argumento através de alguns exemplos. Tome-se inicialmente o(a) usucapião, enquanto instrumento de aquisição de propriedade pela legitimação da posse pacífica e produtiva face à propriedade estéril. Os prazos previstos no Código, aceitáveis à época do Código Civil de 1916 (quando os meios de transporte e comunicação eram rudimentares, dificultado o controle do proprietário acerca de seus bens, notadamente quando situados em localidades distantes), já ao tempo do nascedouro do Código de 2002 se mostravam exagerados e, atualmente, com as possibilidades de monitoramento, não mais se justificam. A proteção da propriedade (em especial, a imóvel) era uma forma de garantir uma estabilidade que, se outrora proporcionava segurança, hoje imobiliza. Na modernidade líquida, a rigidez passa a ser um entrave.

O indivíduo não é, mais, assim, um sujeito abstrato e sem rosto, mas uma pessoa concreta. Não se guia somente por parâmetros racionais, mas sobretudo por seus projetos de mundo e de vida boa (ainda que, por vezes, superficiais e frívolos). Não mais se permite conduzir por normas que não expressem seus valores. Contudo, uma análise do Código demonstra claramente a intenção de balizar comportamentos. No campo dos direitos da personalidade, seara por excelência da construção de identidades pessoais, a timidez do legislador não o impediu de tentar implementar modelos antigos, apresentando “soluções absolutas, definitivas, fechadas”, inadequadas à realidade contemporânea e dificultando a solução de casos concretos (SCHREIBER, 2014, p. 12). Ao desejo (fáustico) de formatar, aprimorar, ou simplesmente modificar os corpos, opõem-se exigências de obediência aos bons costumes, ou do crivo da autoridade médica¹⁰. As inúmeras restrições às possibilidades de alteração do nome sugerem muito mais uma (até certo ponto aceitável) preocupação com a segurança das relações, do que

¹⁰ Código Civil Brasileiro, art. 13.

com o seu titular, concebendo-o – em especial o sobrenome – como uma propriedade da família, mais que um componente da personalidade de quem o carrega.

Os exemplos acima extraídos do Código Civil Brasileiro permitiriam então concluir que os códigos seriam incompatíveis com a pós-modernidade? Relíquias vetustas e defasadas, fadadas a sucumbir em sua obsolescência, soterradas por seu próprio gigantismo e imobilismo?

Assim não nos parece. Entretanto, consciente de seu caráter histórico – e, portanto, variável – soa evidente a necessidade de adaptá-los à realidade que atualmente se impõe. Para fazê-lo, é preciso que se abduque de velhas certezas. O Código não mais se pode prender a dogmas estritamente racionais, reconhecendo que a pessoa em sua dignidade constitui uma realidade muito mais complexa. Um Código da pós-modernidade é aquele que pretende regular pessoas concretas, e não ideais abstratos e artificiais. Que aceita o dinamismo e fluidez como características dos tempos atuais que se opõem a pretensões de rigidez e universalidade. Um Código que, embora retirado do centro do ordenamento pela Constituição, ainda desempenha um relevante papel conector entre as normas de direito privado, redivivo e inspirado pelos valores constitucionais. Além disso, parece-nos, junto com Gustavo Tepedino (2007, p. 357), que deva ter em conta algumas preocupações, dentre as quais “(i) as novas tecnologias e seus impactos na tutela da pessoa humana; (ii) a contratação em massa e as situações de vulnerabilidade e (iii) a proteção dos direitos fundamentais”.

Dentro dessa lógica, é possível, não sem assumir riscos, vaticinar tendências. As codificações futuras tenderão a privilegiar o emprego de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a facilitar a atualização da norma pela atuação do intérprete, sabidamente limitado pelas possibilidades semânticas do texto. Nesse sentido, normas que limitem as possibilidades de constituição de famílias – como as que proíbem determinadas pessoas de contrair matrimônio¹¹ – tendem a dar lugar a outras que facilitem a realização dos projetos existenciais daqueles que pretendem estabelecer uma vida em comum. Em uma sociedade que cada mais recusa a culpa, indagações sobre causas e imposição de sanções para os fins de um relacionamento devem ser expurgadas, assim como normas que instituem deveres conjugais. Poliamorismo, monoparentalidade, multiparentalidade, copa-

¹¹ Código Civil Brasileiro, art. 1.521.

rentalidade...novos arranjos familiares devem ser possibilidades asseguradas, modeladas por aqueles que desejam construir ou reconstruir suas vidas afetivas, e não por valores externos. O direito das famílias tende cada vez mais a reconhecer a primazia dos interesses dos seus membros mais vulneráveis (crianças e idosos), estabelecendo um diálogo entre o Código e leis especiais (no caso do direito brasileiro, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente).

A dinâmica das relações contratuais, por sua vez, deve considerar os contratos não somente como instrumentos para a circulação de riquezas, mas funcionalizá-los aos interesses maiores da pessoa humana, com especial atenção às particularidades dos grupos vulneráveis. Nesse sentido, os Códigos deverão estabelecer o diálogo e as conexões com a legislação especial (legislação consumérista, de locações, seguros de saúde, dentre outros), não nos parecendo adequado compreendê-la como um microcosmos completamente independente (nesse sentido, afastando-nos da concepção inicial de Irti acerca dos microsistemas). É preciso, ainda, que não ignorem o fato de que, em um mundo cada vez mais conectado em redes de interdependência, muitas das relações contratuais são travadas na *web*, e envolvem contratantes localizados em distintos países.

Também no que tange ao direito das Coisas, mudanças serão necessárias. Em relação aos primeiros, se impõem alterações legislativas que repensem a maior densidade atualmente conferida aos direitos reais incidentes sobre bens imóveis, fruto da mentalidade pertencente a uma época em que a terra era, de fato, a principal fonte de riqueza e que desconsidera o valor que os bens móveis detêm atualmente no comércio jurídico. Igualmente necessária é a redução dos prazos para a prescrição aquisitiva (como se mencionou, injustificáveis diante da realidade atual). É preciso ainda questionar a lógica proprietária pura em que se assentou toda a estrutura dos direitos reais, para inserir no debate a ideia de determinados bens comuns (*Commons*), tais quais o meio ambiente ou o acesso ao cyberspaço, que, servindo a todos, não devem ser regulados por uma lógica pautada no assenhoreamento individual.

Inúmeras são as possibilidades, e discorrer mais profundamente sobre elas esgotaria em muito os escassos limites deste trabalho, cuja proposta é somente a de conduzir a uma breve reflexão crítica. Mas do pouco aqui mencionado já se depreende a necessidade de um repensar os institutos clássicos do direito privado e os próprios códigos, para que desempenhem um papel mais consentâneo com o momento histórico em que se situam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu apresentar uma pequena ponderação acerca do papel desempenhado pelos códigos nos tempos atuais. Passando por uma compreensão das características tradicionalmente atribuídas às primeiras codificações, buscou questioná-las à luz da pós-modernidade e da ruptura representada pelos novos valores por ela professados. A situação problema pesquisada foi justamente aferição da necessidade ou superação das codificações dentro da realidade jurídico-político-social contemporânea, que cada vez mais supera diversos paradigmas da modernidade, mas que encontra no direito um dos ramos científicos mais refratários a mudanças. E assim, pretendeu-se verificar se os códigos ainda fazem algum sentido diante da atual realidade.

A destradicionalização experimentada na pós-modernidade colocou em xeque velhos sofismas, herdados da tradição liberal-burguesa, que forneceram a base estrutural das primeiras codificações, as quais seguiram exercendo forte influência sobre as que se produziriam até a segunda metade do século XX. Somando-se a isso, a necessidade de reconstruir as economias europeias no mundo pós-Guerra, com a multiplicação de leis especiais, e o reconhecimento das Constituições como atores principais da hierarquia jurídica permitiram se cogitar de um processo de descodificação do direito privado, com a configuração de um ordenamento marcado pela presença de microssistemas independentes.

Não se pode pretender regular o mundo por antigos referenciais que não mais o representam. Não que o direito positivo tenha sempre espelhado a realidade daqueles a quem suas normas se destinam. A análise histórica tende a demonstrar justamente o contrário, em especial em nações de países latino-americanos que importaram experiências históricas europeias mais coerentes com o elitismo de suas classes dominantes que com suas próprias culturas. Mas se outrora as sociedades eram mais facilmente domesticadas por estruturas de poder e autoridade que se impunham pela força, o mundo pós-moderno não mais se contenta com um direito que pretenda bastante em sua normatividade, mas que em nada reflita seus anseios. Não é mais possível ignorar a “exaustão das categorias jurídicas tradicionais diante da revolução tecnológica, que introduz novos interesses e bens jurídicos insuscetíveis de serem tratados com base nos paradigmas do passado”.

Assim, a hipótese mencionada no início do presente estudo se mostrou correta, ou seja, os códigos ainda possuem relevância no cenário contemporâneo. Talvez não da mesma forma, sendo necessário uma adaptação aos tempos atuais

e vindouros. Contudo, pensar que os códigos já seriam desnecessários parece ser um grande equívoco, pois ainda são elementos que muito contribuem para a necessária segurança jurídica que uma sociedade precisa. Portanto, dos códigos se espera que sigam cumprindo seu papel conector entre as distintas normas que regulam as relações de direito, especialmente do privado, que foi objeto da presente reflexão, muito embora submetidos aos valores e princípios hierarquicamente superiores das Constituições. Mas mais do que isso. Se espera que se ajustem às expectativas de uma sociedade cada vez mais dinâmica, fluida e questionadora.

O direito não pode mais tentar aprisionar a realidade em amarras que não se sustentam, sob pena de reduzir-se à farsa e ao descrédito. A ciência do direito precisa, de uma vez por todas, romper os grilhões que ainda o aprisionam em uma modernidade tardia, que via, normalmente, o mundo de uma forma hermetica, fechada e com lentas e graduais modificações. Ele deve ser suficientemente maleável e ágil para lidar com os desafios impostos pelos avanços tecnológicos e seus impactos sobre as relações sociais. Deve, ainda, abandonar antigos paradigmas de racionalidades absolutas e abstrações inócuas, e abraçar uma sociedade pulsante, contraditória, passional. Um direito vivo para uma sociedade viva. Um direito que entenda sua relevância enquanto um ramo científico com intensa aplicabilidade no seio da sociedade, como uma verdadeira ciência social aplicada por excelência.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno. In: *Revista USP*, (42), 96-101. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i42p96-101>. 1999. Acesso em: 17.06.2021.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Vida Para Consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. *O Mal-Estar da Pós Modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

- BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges, revisão técnica Maria Cláudia Coelho. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BECK, Ulrich; BECK- GERSHEIM, Elisabeth. O Caos totalmente normal do Amor. Trad. Fernanda Romero Fernandes Engel e Milton Camargo Mota. Petrópolis: VOZES, 2017.
- BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: Four Essays on Liberty. Oxford: University Press, 1979.
- BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na pós-modernidade. 3ª ed. São Paulo: ATLAS, 2014.
- CANARIS, Claus-Whilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Trad. A. M. Cordeiro. 3ªed. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 17ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.
- ECO, Umberto. Pape Satàn Aleppe – crônicas de uma sociedade líquida. Rio de Janeiro: Record, 2019.
- GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GROSSI, Paolo. Mitologias Jurídicas da Modernidade. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2ªed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HARVEY, David. Condição Pós-moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. 25ª ed. São Paulo; ed. Loyola, 1992.
- HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.
- IRTI, Natalino. L'età dela decodificazione. 3ªed. Milão: ed. Giuffrè, 1979.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. A Cultura-mundo. Resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. Os Tempos Hipermodernos. Trad. Luís Filipe Sarmiento. Lisboa: Edições 70, 2015.
- LIPOVETSKY, Gilles. A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2017.

_____. A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. O direito das relações privadas dos microsistemas jurídicos: uma perspectiva luso-brasileira (?) In: Revista ESMAT, v. 11, n. 18 (2019). Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/307/260 Acesso em: 10.06.2021.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

_____. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Sociedade de hiperconsumo, cultura-mundo e privacidade: a tutela da vida privada e o pensamento de Gilles Lipovetsky In: RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. a.5 n.01, 2019, p. 1396. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1393_1414.pdf. Acesso em: 08.06. 2021.

RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. Roma: Laterza, 2012.

_____. A vida na sociedade da vigilância (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s) -Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: CZ ed. 2011.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). Direito Civil Constitucional. São Paulo: ATLAS, 2016.

_____. Direitos da personalidade. 3ªed. São Paulo: ATLAS, 2014.

SOARES, Felipe Ramos Ribas; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes de Souza. Unidade do Ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). Direito Civil Constitucional. São Paulo: ATLAS, 2016.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIBILIA, Paula. O homem pós-orgânico – A alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais. 2ªed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.

_____. O show do eu: a intimidade como espetáculo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo et. al. O Código Civil na Perspectiva Civil- Constitucional: Parte Geral. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2013.

_____. Temas de Direito Civil. 3ªed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2004.

_____. O Código Civil. os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000.

_____. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo et. al. Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: ATLAS, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e reprivatização o no direito privado: o código civil ainda é útil? In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 10. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-1-2012-n-10/127> Acesso em: 10.06.2021.

VIANNA, Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras, Segundo Volume: Metodologia do Direito Público. São Paulo: ed. Livraria José Olympio, 1949.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo et. al. Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: ATLAS, 2008.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Trad. A.M. Botelho Hespanha. 5ª ed. - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, D.L. 2015.

AUTONOMIA DOS PACIENTES COM TRANSTORNO MENTAL: DEMOCRATIZAÇÃO A PARTIR DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Melissa Mayumi Suyama Ferrari

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil. E-mail:
melissamsferrari@gmail.com

Juliana Carvalho Pavão

Universidade Federal do Paraná, Londrina, Brasil. E-mail: juliana.pavao@hotmail.com

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil. E-mail: rita.tarifa@gmail.com

INTRODUÇÃO

A exteriorização da vontade dos sujeitos é elemento que há tempos vem sendo estudado nos mais diversos campos, sobretudo na seara dos paradigmas negociais e da bioética. Assim, partindo das mais diversas valorações e significações, a autonomia corresponde a campo de liberdade dos sujeitos, a partir da qual, os mesmos são livres para pactuarem sobre seus mais variados interesses (autodeterminação), inclusive, existencial, como é o caso da deliberação sobre tratamentos médicos (autonomia bioética).

Feitas essas ponderações, intenta-se, por meio desse estudo, analisar a viabilidade de se utilizar das figuras das diretivas antecipadas de vontade e do contrato de Ulisses como mecanismos democratizadores do exercício da autonomia pelos pacientes com transtorno mental.

Nessa lógica, a presente pesquisa justifica-se nas próprias prerrogativas constitucionais e valores nos quais se ampara a ordem jurídica, de tal sorte, que aos pacientes deve-se reconhecer o direito de participação do processo decisório sobre os tratamentos e prognósticos que vão se submeter não sendo diferente tal cenário, ao referir-se a pacientes com transtorno mental. Não bastasse, apesar do número elevado de pessoas com transtorno mental, muitas das causas restam-se, ainda, obscuras, mostrando-se essencial o debate e a reflexão sobre mecanismos que fomentem o exercício dessa autonomia.

Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais fundadas na análise dos negócios jurídicos e da autonomia a ele adstrita, em seus

mais variados paradigmas, perpassando ao exame das diretivas antecipadas de vontade, enquanto espécie de tal gênero, a fim de promover a aplicação ao caso específico das diretivas antecipadas psiquiátricas e do contrato de Ulisses. Os procedimentos metodológicos, por seu turno, baseiam-se na pesquisa bibliográfica e documental, mediante análise de obras relacionadas ao Direito Civil-Constitucional, Direito Negocial e Biodireito, bem como exame normativo deontológico.

1 AUTONOMIA E TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

O Direito Privado trata das relações dos indivíduos, que devem ocorrer de forma livre, sem interferência do Estado. Assim, o pilar dessas relações centra-se na autonomia, uma vez que o campo jurídico entende que os seres autônomos têm liberdade para negociarem livremente. Diante disso, percebe-se que, desde os primórdios da regulamentação do Direito Privado, a autonomia e as relações privadas estão entrelaçadas.

Apesar da ideia de autonomia estar presente em diversas fases e situações da humanidade (RODRIGUES JUNIOR, 2004), no campo negocial ela adquire um maior destaque nos séculos XIX e XX (HIRONAKA; TARTUCE, 2008), graças ao movimento da Revolução Francesa.

Esse movimento revolucionário permitiu a ascensão da burguesia ao poder e, conseqüentemente, a queda do regime absolutista (PONA, 2015). Devido a isso, ocorreu a cisão entre Direito Público e Direito Privado, sendo que neste a autonomia é altamente valorizada. Havia o entendimento no campo privado que “se todos os indivíduos são livres e gozam de liberdade, suas relações devem ser reguladas por eles mesmos” (PONA, 2015, p. 128).

Assim, as negociações entre os indivíduos são baseadas na autonomia da vontade que é “o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções” (PAGE apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119). Nota-se que se trata de uma liberdade ilimitada.

A formalização dessas tratativas é feita por meio de um negócio jurídico. A teoria clássica de negócio jurídico pode ser entendida, relacionada a esse contexto histórico, como:

O negócio jurídico resulta, assim, de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinção de classe. Vontade e liberdade dentro do processo social e do processo econômico, em que se reconhece a propriedade privada dos bens de produção e a circulação dos bens como processo de cooperação entre os indivíduos (AMARAL, 2014, p. 414).

Percebe-se que nesse período, o Direito Privado é marcadamente patrimonial, e a regulamentação do Código Civil de Napoleão, que influenciou o Código Civil Brasileiro de 1916, é marcadamente voluntarista e individualista (TEPEDINO, 2004). Entretanto, deve-se destacar que não foi o Direito Francês que estudou a fundo a Teoria do Negócio Jurídico, mas sim o Direito Alemão (DINIZ, 2012, p. 471), ao distinguir ato jurídico de fato jurídico, e isso influenciou a visão e regulamentação do Direito que temos hoje.

Além disso, nesse período, devido a separação rígida entre Direito Público e Direito Privado, o Código Civil era considerado como a Constituição do Direito Privado (TEPEDINO, 2004), uma vez que não havia a necessidade de seguir os preceitos da Magna Carta, já que esta tinha uma atuação restrita a ordem pública.

Entretanto, a forma como a sociedade estava organizada, com o Estado apenas restrito a atividades de ordem pública, fez com que os indivíduos particulares com maiores poderes econômicos/sociais passassem a gerar relações privadas desequilibradas, nas quais o Estado não podia atuar por não ser de sua alçada. Ademais, revoluções surgem em todo mundo, revolução industrial e científica, fazendo a comunidade internacional voltar a sua atenção ao tratamento com relação ao ser humano, isto significa, a necessidade do Direito, como um todo, passa a proteger de forma mais veemente o ser humano e não apenas o seu patrimônio (PAVÃO, 2021).

Para ocorrer tal mudança, era necessária uma alteração na atuação do Estado, assim sucede a queda do Estado liberal, que não era mais capaz de solucionar os problemas que surgiram, e ascende o Estado intervencionista, que passa a tratar tanto de questões de ordem pública como de ordem privada (PAVÃO, 2021).

Juntamente com esse processo, há a elevação da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento, e a Constituição Federal de 1988

deixa de ser um dispositivo isolado do restante do ordenamento jurídico para se tornar a norma central (UBILOS apud FACHIN; PAULINI, 2008).

Diante dessa nova configuração do ordenamento, com a diálogo entre Direito Público e Direito Privado, naturalmente o entendimento de autonomia se transforma, deixando de ser ilimitado para ser limitado por princípios e normas de ordem pública. Dessa forma, o termo correto utilizado passa a ser “autonomia privada”, consistente no “poder concedido ou reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo de determinar vicissitudes jurídicas como consequências dos comportamentos por ele assumido” (PERLINGIERI, 2002, p.17).

A mudança de paradigma da autonomia também afeta a visão de negócio jurídico, uma vez que a esfera pública também passa a delimitar as normas e o seu campo de atuação. No Brasil, o Código Civil de 1916 foi muito influenciado pelo Código Civil Napoleônico, contudo, o atual (Código Civil de 2002) é proposto sob a ótica do Direito Civil Constitucional, se adequando a atual visão que existe sobre a relação entre as esferas do Direito.

Nesse campo, o Direito Civil Constitucional se posiciona como a necessidade de releitura dos institutos do direito civil para se atentarem ao respeito dos valores constitucionais como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Há um maior destaque nessa área do direito as situações existenciais, todavia sem se esquecer das situações patrimoniais. Segundo Anderson Schreiber, “a metodologia civil constitucional vem exigir que a pessoa passe a ser valorizada pela sua condição humana” (SCHREIBER, 2016, p. 19). Destaca-se que a metodologia civil constitucional não busca segregar situação existencial da patrimonial, e sim conceder maior valorização ao ser humano.

O Código Civil de 2002 tem como base princípios civis e constitucionais, assim como cláusulas abertas, possibilitando uma maior dinamicidade do texto as novas realidades que possam surgir. Ademais, o papel do civilista passa a ser de “individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa”, “redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos” e “verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais” (PERLINGIERI, 2008, p. 591).

Especificamente na Teoria do Negócio Jurídico, continuam existindo negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito, todavia não há mais a liberdade negocial irrestrita como antes. O negócio jurídico pode ser conceituado

“como fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada, ou a conduta humana participante de tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia negocial” (LÔBO, 2009, p. 240). Ademais, com a elevação da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, isso naturalmente refletiu nos estudos dos negócios jurídicos, ao compreender que alguns negócios detêm um conteúdo relacionado a situações jurídicas existenciais. Sobre essa relação é interessante observar as palavras de Ana Cláudia Correa Zuin Mattos do Amaral, Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo e Isabela Cristina Sabo:

Novos interesses surgiram com graus diversos de importância, sendo necessária a utilização dos critérios expostos anteriormente, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, como norte para seleção daqueles de maior relevância. O princípio da dignidade da pessoa humana é marco inicial e final para o exame dos negócios jurídicos existenciais no ambiente pós-modernos: inicial, pois fundamento para a gênese de diversos interesses existenciais que devem ser protegidos pelo Poder Judiciário em caso de violação; e final, em virtude de ser utilizado como último critério para o apontamento de sua relevância jurídica e, conseqüentemente, como merecedor de tutela (AMARAL; LÊDO; SABO, 2017, p. 13-14).

Nessa lógica, percebe-se que existem negócios além da seara patrimonial, negócios envolvendo outros ramos do Direito Civil, assim como negócios novos que nunca tinham sido imaginados.

Em nosso direito civil, há negócios jurídicos de ramos específicos, fora do direito das obrigações: negócios de direito de família: o casamento, o pacto antenupcial, o divórcio consensual extrajudicial, o contrato de regime de bens na união estável; negócios jurídicos de direito das sucessões: as formas de testamentos, a renúncia à herança, a cessão de direitos hereditários, a partilha amigável extrajudicial; negócios jurídicos dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade: a cessão de uso de imagem (modelos, artistas, desportistas) ou contratos de limitação voluntária de privacidade (LÔBO, 2009, p. 247).

Segundo Paulo Nalin, deve-se realizar uma releitura da Teoria sobre Negócio Jurídico, sem utilizar como marco principal o dogma da autonomia da vontade, mas sim analisando as derivações do poder legal do titular, que é sujeito ativo e passivo da relação contratual (NALIN, 2008, p. 207). Paulo Nalin também destaca a importância do comprometimento com valores existenciais mais relevantes que o mero ter, o que não é possível com a visão monista do direito subjetivo (NALIN, 2008, p. 207).

Frente a isso, a doutrina tem diferenciado os negócios jurídicos existenciais dos patrimoniais. Os negócios existenciais envolvem situações existenciais e tratam sobre o fornecimento de serviços públicos como água, luz, telefonia (LÔBO, 2009). Teresa Negreiros (2006) afirma que é importante saber a função de cada contrato, para aplicar as normas e os princípios, conforme aquele contrato irá ou não afetar interesses existenciais do ser humano. Dessa forma, nota-se que os negócios existenciais visam o mínimo existencial da pessoa e seus direitos fundamentais, e isso os diferencia dos negócios patrimoniais (MARQUESI; MARTINS. 2016). Ressalta-se novamente que a importância de saber como o negócio afeta a esfera existencial do indivíduo reside na aplicação das normas, uma vez que os negócios que atuam diretamente sobre interesses existenciais deverão observar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além dessa classificação, não se deve deixar de lado que as possibilidades de negócios jurídicos que podem ser realizados atualmente expandiram-se consideravelmente, principalmente devido os avanços das biotecnologias. Nos últimos anos têm sido realizados contratos de reprodução humana assistida, gestação por substituição, disposição de material genético, criopreservação de células-tronco do cordão umbilical, entre outros.

Os novos negócios que surgem não detêm apenas um aspecto patrimonial, mas têm também uma grande carga existencial, e envolvem biotecnologias e o corpo do ser humano. Esses negócios são denominados por Rose Melo Venclau Meireles como “negócios biojurídicos” e sua relação com as biotecnologias pode ser observada na seguinte passagem:

A biotecnologia está no cerne dessa questão, na medida em que possibilita a escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem promover efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos. Nesses casos, conforme antes mencionado, a autonomia ganha a forma de negócio jurídico. Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos (MEIRELES, 2016, p. 115)

Esses negócios tem como objeto o próprio ser humano e surgiram juntamente com os avanços das biotecnologias. Todavia, deve-se destacar que eles contêm peculiaridades que nem sempre os fazem se enquadrar nas categorias clássicas da Teoria Geral do Negócio Jurídico. Alguns exemplos desses negócios são: contrato de reprodução assistida e diretiva antecipada de vontade (PONA, 2015).

Para ilustrar a importância dessa diferenciação desses negócios para os demais, Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador apresentam como exemplo o contrato de armazenamento do material genético em uma clínica, que seria como um contrato de depósito, mas com diferenças:

Dessa forma, observa-se que esse corresponde a um caso de contrato de depósito, no entanto, com características próprias que difere muito do contrato previsto no Código Civil. No ordenamento jurídico, o depósito é tratado como a entrega do “bem móvel”, contudo o material genético apresenta divergência se seria um bem móvel, portanto o melhor seria considerá-lo uma parte destacável do corpo. Ademais, o caso de inadimplência ou descumprimento por uma das partes acarreta consequências mais severas, uma vez que fere diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim, tratar desse contrato de forma genérica como um negócio jurídico corresponde a uma leviandade, devendo ser observado de forma mais complexa. (PAVÃO; ESPOLADOR, 2018, p. 259)

E assim as autoras concluem pela necessidade de diferenciar esses negócios dos demais:

Posto isso, existem os negócios jurídicos como objeto envolvendo o ser humano, contudo eles devem resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. A questão da categoria começa a ser discutida principalmente por Rose Melo Vencelau Meireles (2009) e, apesar de ser uma questão meramente terminológica, é importante ser considerada, tendo em vista que esses negócios apresentam a incidência de princípios mais específicos e direitos da personalidade, assim têm um enfoque maior na dignidade. (PAVÃO; ESPOLADOR, 2018, p. 259-260).

Diante disso, nesse breve exposto, pôde-se perceber como a Teoria do Negócio tem se transformado juntamente com a noção que o Direito adota de autonomia. Ademais, os avanços tecnológicos têm possibilitado a formação de novos tipos de negócios, que são denominados de negócios biojurídicos. O próximo item tem como objetivo analisar um desses negócios biojurídicos: a Diretiva Antecipada de Vontade.

2 DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE: TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO

Dentre os diversos negócios biojurídicos existentes, alguns tratam do momento da terminalidade da vida e decisões envolvendo a saúde e o corpo da pessoa, que são previamente estabelecidas, com o objetivo de serem observadas

quando a pessoa estiver incapaz. Esses negócios são denominados de testamento vital e mandato duradouro, espécies da Diretiva Antecipada de Vontade.

Primeiro ponto que se deve levantar sobre esses documentos é que apenas recentemente tem-se discutido mais arduamente no Brasil as suas elaborações, uma vez que o tema “morte” ainda é pouco discutido dentro da sociedade, sendo considerado por muitos um assunto proibido. Entretanto, discutir a temática morte e os desejos do indivíduo quando estiver incapacitado, é respeitar a sua autonomia, é trata-lo como sujeito de direito, é respeitar a sua dignidade.

No campo médico e biotecnológico, percebe-se que surgem diversas formas de prolongar a vida do paciente de forma artificial, o que tem sido bastante utilizado pelos médicos e autorizado por familiares, desconsiderando, muitas vezes, a vontade do próprio paciente. Isso é uma tendência que se tornou muito comum no final do século XX (RIVABEM, 2020)

Com os avanços dos estudos e discussões sobre autonomia e direitos do paciente, percebe-se que quando o paciente decide sobre o momento de terminalidade da vida, a pessoa está exercendo a sua autonomia no sentido de buscar uma morte digna. O termo “morte digna” não está previsto na Constituição Federal de 1988 (RIBEIRO, 2006), todavia, percebe-se que quando a Constituição reconhece a dignidade da pessoa humana, esta deve ser observada em todas as fases da vida. Assim, Luciana Dadalto defende que:

Em um Estado Democrático de Direito, *morte digna* deve ser entendida como a possibilidade que o indivíduo portador de uma doença ameaçadora da vida tem de escolher como deseja morrer. Não se trata, a princípio, de legitimar o desejo de morrer, mas de reconhecer que, em estado clínico em que a irreversibilidade da doença está instaurada, é direito do paciente escolher como deseja vivenciar sua própria terminalidade (DADALTO, 2019, p. 9).

Com o decorrer do tempo, cresce o movimento pelo respeito aos desígnios do paciente. Visando a exteriorização destes, surgem formas de documentos para expressarem à vontade, autorizações e nomeações de terceiros indivíduos para decidirem sobre aspectos de saúde do paciente. Estes documentos são chamados de “Diretivas Antecipadas de Vontade”.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) representam um gênero de documentos que surgiu nos Estados Unidos da América, ao qual se atribuem duas espécies: *living will* (Testamento Vital) e *durable power of attorney for health* (Mandato Duradouro) (PONA, 2015).

O Testamento Vital foi criado em 1967 nos Estados Unidos da América. No Brasil, alguns autores criticam esse termo, uma vez que não se trata de figura semelhante ao testamento do Direito das Sucessões, mas é o termo mais conhecido no cenário nacional.

Outro ponto que alguns autores divergem é a respeito do conteúdo do testamento vital. O Testamento Vital deve expressar as vontades do indivíduo e os tratamentos que autoriza ou não, para que os profissionais de saúde e seus familiares tenham essa informação quando o indivíduo estiver incapacitado. Assim, os efeitos do testamento vital ocorrem quando a pessoa não puder mais expressar a sua vontade. Alguns autores afirmam que esse documento apenas deve conter tratamentos que o indivíduo rejeita, entretanto, percebe-se que essa visão é muito reducionista (PAVÃO; PEREIRA, 2019), por isso deve-se entender que o testamento vital deve conter todos os tratamentos que o indivíduo desejar, tanto para autorizar a sua realização como para rejeitá-lo.

Assim, deve-se conceituar testamento vital como:

[...] um documento, por meio do qual o indivíduo manifesta antecipadamente a sua vontade em relação aos tratamentos e cuidados médicos que deseja ou não receber nas situações nas quais não possa expressar, por si próprio, sua vontade, de forma temporária ou permanente, esteja ou não em situação de fim de vida. (PONA, 2015, p. 48)

Diante disso, por meio do Testamento Vital, o paciente pode manifestar a sua vontade recusando tratamentos médicos, o que indica um exercício do seu direito à liberdade, como também pode indicar quais tratamentos deseja se submeter com o objetivo de tentar melhorar ou continuar vivo, podendo autorizar a participação em um tratamento experimental, por exemplo (PAVÃO; PEREIRA, 2019).

Por outro lado, no Mandato Duradouro, há a nomeação de um indivíduo para decidir sobre os procedimentos médicos envolvendo o paciente internado, esse terceiro é um procurador para cuidados em saúde. O conceito desse documento é:

[...] documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que devem ser consultados pelos médicos no caso de incapacidade temporária ou definitiva para tomar alguma decisão sobre o tratamento ou procedimento quando não houver manifestação prévia de vontade, ou, em havendo, se nesta há lacuna obscura que impeça a plena compreensão por parte de quem atende ao paciente. (DADALTO, 2013, p. 107)

À luz da Teoria Geral do Negócio Jurídico, esses negócios têm as seguintes características: unilaterais, gratuitos, revogáveis e personalíssimos (PONA, 2015). Primeiramente, são unilaterais e personalíssimos porque devem ser realizados pelo indivíduo que deseja expressar as suas vontades, e é importante que ele expresse isso em momento de capacidade. Ademais, por envolver o corpo e a saúde do indivíduo devem ser gratuitos e revogáveis a qualquer momento. É muito comum em um mesmo documento conter o Testamento Vital e o Mandato Duradouro, assim o procurador de saúde atua nos casos não previstos no Testamento Vital.

No ordenamento jurídico brasileiro não há a previsão legal desses documentos, entretanto, com base nas disposições gerais da Teoria Geral do Negócio Jurídico, sabe-se que é possível realizar documentos que não estejam formalmente previstos no texto legal, desde que respeitem as normas de ordem pública. Aqui tratam-se de negócios biojurídicos com grande carga existencial, assim é primordial que se utilize a dignidade da pessoa humana como norte central para a edição desses documentos. Única menção que temos no âmbito jurídico, apesar de não ser regulamentação civil, é o Enunciado nº 37 do Conselho Nacional de Justiça:

ENUNCIADO Nº 37 As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

No campo médico, o Conselho Federal de Medicina tem a Resolução n. 1.995/2012 que regulamenta a utilização das DAV para a utilização pelos médicos. A resolução define as diretivas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (BRASIL, 2012).

A resolução também afirma que as Diretivas devem sempre prevalecer, inclusive sobre os desejos dos familiares, apenas não será considerada se violar os preceitos do Código de Ética Médica. Assim, nota-se que a resolução tem o intuito de valorizar a autonomia do paciente na medida que determinar que os profissionais devem considerar os desejos expressos na diretiva, invés da manifestação dos familiares.

Outra Resolução do CFM importante nesse contexto é a Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006. Nessa resolução, há a permissão da suspensão e limitação de tratamentos que prolonguem a vida do doente terminal, diagnosticado com doença grave e incurável, desde que seja a vontade do paciente ou de seu representante. Assim, houve a regulamentação da ortotanásia.

Apesar da Resolução valorizar a autonomia do paciente, ela foi objeto de questionamento no Poder Judiciário. Ela foi questionada na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, proposta pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal contra o Conselho federal de Medicina perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal (DADALTO, 2019). O fundamento da ação era que a Resolução do CFM violava o direito à vida e que o CFM não tem competência para regulamentar como ética uma conduta que é crime, segundo o autor da ação.

Conforme Luciana Dadalto (2019) aponta, havia uma confusão na peça processual entre os termos “eutanásia”, “ortotanásia” e “suicídio assistido”. A sentença foi contrária ao pedido da inicial, e compreendeu que o texto da resolução é legal. Diante disso, percebe-se que há a tendência de respeito as decisões do paciente e não realização mais de tratamentos prolongados que não resultem na melhoria de vida do indivíduo, mas apenas no prolongamento do sofrimento. Essa vontade do indivíduo poderia ser expressa por meio de uma diretiva antecipada de vontade, que poderia ser realizada quando tivesse o diagnóstico da doença ou em qualquer momento posterior, desde que ele esteja capaz de consentir.

Além da presença da discussão sobre autonomia e terminalidade no Poder Judiciário, o Poder Legislativo brasileiro tem alguns projetos de lei sobre o tema. Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (2019) apontaram que existem o Projeto de Lei nº149 de 2018 no Senado Federal que trata das DAV no campo da saúde e o Projeto de Lei nº19 de 2019 na Assembleia Legislativa do Paraná. Aqui cita-se esses dois projetos apenas como exemplos de projetos para mostrar a preocupação de regulamentar esses documentos.

Entretanto, percebe-se que as DAV não são restritas apenas ao momento da terminalidade, apesar de muito utilizadas nesse campo, mas consistem nas manifestações de vontade do indivíduo quanto ao corpo e cuidado para serem conhecidas e respeitadas quando estiver incapaz de se manifestar. Então, pode envolver o quadro de uma doença incurável e grave como de um acidente. A essência do documento é a mesma.

Outro ponto que envolve esse documento é no tocante ao sujeito, o indivíduo que deseja realizar uma DAV. Percebe-se que há o entendimento dele ser um indivíduo capaz, e o instituto das capacidades no Brasil passou por mudanças em decorrência da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Hoje, há o reconhecimento que o indivíduo com deficiência deve ter assegurado o exercício de seus direitos e liberdade fundamentais, logo, é considerado uma pessoa capaz para a legislação civil. Assim, no próximo tópico o tema abordado é sobre as diretivas antecipadas de conteúdo psiquiátrico e o contrato de Ulisses.

3 A DEMOCRATIZAÇÃO DOS TRATAMENTOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNO MENTAL POR MEIO DE INSTRUMENTOS NEGOCIAIS

Feitas essas considerações, depreende-se que no âmbito dos negócios jurídicos, as diretivas antecipadas de vontade, independentemente de sua modalidade (declaração prévia de vontade ou testamento vital e mandato duradouro), emergem como instrumentos materializadores da vontade do paciente, ao permitir que diante de um interesse existencial, a saber: a saúde, o sujeito possa deliberar por meio de instrumentos negociais acerca de seus desígnios e anseios, sobretudo na área dos transtornos mentais, pondo fim, ao que antes se conhecia por *medicina paternalista*.

Nessa lógica, verifica-se que com a alteração do paradigma afeto à autonomia (pós-modernidade), mediante o surgimento do conceito de “autodeterminação” e, com ele, a possibilidade de se transigir quanto a interesses de natureza existencial, a saúde tornou-se área afeta, também, aos negócios jurídicos. Assim, à autodeterminação de se poder pactuar sobre decisões médicas, somou-se a autonomia bioética,¹² isto é, a liberdade para decidir sobre o próprio corpo e saúde, de tal sorte que houve uma confluência entre a seara negocial e bioética.

¹² Nesse ponto, importante fazer uma diferenciação com relação aos próprios sentidos que podem ser adotados pelo termo “autonomia”. Dada a sua multipolaridade, verifica-se que o signo “autonomia” pode ser utilizado no campo dos negócios jurídicos, para designar, a grosso modo, a liberdade de poder pactuar-se sobre determinado interesse. Já no campo do biodireito e bioética, o termo “autonomia” é utilizado como um referencial, referindo-se, propriamente, a liberdade de decidir sobre o próprio corpo e saúde. Assim, apesar de conceitos distintos, ambos se encontram quando o assunto diz respeito a interesses existenciais, sobretudo “bioexistenciais”.

Verifica-se, assim, o encontro entre autodeterminação e autonomia bioética, principalmente nos assuntos relacionados à terminalidade da vida. Partindo das diretivas antecipadas de vontade, é notória a alteração sofrida pelos conceitos e abrangências negociais, dada a possibilidade de elaboração de instrumentos negociais, onde se veicula a vontade do sujeito sobre os tratamentos que deseja ou não se submeter (testamento vital), ou ainda, a intenção do mesmo de se nomear alguém de sua confiança para a tomada de decisões sobre sua saúde, quando ou se necessário (mandato duradouro).

À vista disso, emerge o questionamento a respeito da plausibilidade do uso desses instrumentos no âmbito dos pacientes com transtorno mental, sobretudo em momento eventual e futuro em que haja uma diminuição do discernimento desse sujeito para a tomada de decisões médicas. Surge, então, a figura do *psychiatric will* ou *psychiatric advanced directives*.

Antes de desenvolver propriamente a temática das diretivas antecipadas psiquiátricas (nomenclatura pela qual essa figura é conhecida no Brasil) ou adentrar ao terreno complementar do contrato de Ulisses, faz-se mister pontuar a definição de “transtorno mental”, tecendo algumas ponderações.

Preliminarmente, insta aduzir que ao tratar de pessoas com transtorno mental não se está se referindo aos sujeitos abrangidos e tutelados pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015. Isto é, não correspondem às pessoas com deficiência mental ou intelectual protegidas pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Nesse ínterim, apesar da grande variedade de transtornos mentais ou psiquiátricos, o que torna, evidentemente, difícil a elaboração de uma definição uníssona que capture todos os aspectos dos diversos tipos, é possível conceituá-los, nos termos do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), como “síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental.” (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 20)

Partindo dessa definição, tais transtornos são constantemente associados a incapacidade ou sofrimentos expressivos que tocam atividades importantes, como as profissionais e sociais. Sucede que, conforme adverte a Associação Americana de Psiquiatria, respostas culturalmente aprovadas ou esperadas a um stress

ou perda comum não constituem transtorno mental, tampouco desvios sociais de comportamento ou conflitos que são basicamente inerentes ao indivíduo (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 20).

Já com relação à deficiência, são necessários impedimentos a longo prazo, seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, “que em interação com uma ou mais barreiras pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019, p. 137). Os transtornos psiquiátricos, por seu turno, “correspondem a condições de perturbação mental, sem causa única, podendo resultar de déficits biológicos e/ou psicológicos” (FERRARI; ESPOLADOR; PAIANO, 2021, p. 90), carecendo, pois, de diagnóstico de utilidade clínica, ou seja,

[...] deve ajudar os clínicos a determinar o prognóstico, os planos de tratamento e os possíveis resultados do tratamento para seus pacientes. Contudo, o diagnóstico de um transtorno mental não é equivalente à necessidade de tratamento. A necessidade de tratamento é uma decisão clínica complexa que leva em consideração a gravidade dos sintomas, a importância dos sintomas (p. ex., presença de ideação suicida), o sofrimento do paciente (dor mental) associado ao(s) sintoma(s), deficiência ou incapacidade relacionados aos sintomas do paciente, riscos e benefícios dos tratamentos disponíveis e outros fatores (p. ex., sintomas psiquiátricos complicadores de outras doenças). Os clínicos podem, dessa forma, encontrar indivíduos cujos sintomas não satisfazem todos os critérios para um transtorno mental, mas que demonstram necessidade evidente de tratamento ou cuidados. O fato de algumas pessoas não apresentarem todos os sintomas indicativos de um diagnóstico não deve ser usado para limitar seu acesso aos cuidados adequados. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 20)

Tem-se, portanto, que ante a complexidade e sensibilidade afeta à esta temática, particularmente dado ao “elevado número de transtornos¹³ e a obscuridade acerca de suas causas” (FERRARI; ESPOLADOR; PAIANO, 2021, p. 90), faz-se tão essencial o estudo das diretivas antecipadas em saúde mental e do

¹³ Nesse ponto, urge salientar, como exemplos: os transtornos do neurodesenvolvimento; espectro da esquizofrenia e outros transtornos psicóticos; transtorno bipolar; transtornos depressivos; transtornos de ansiedade; transtorno obsessivo-compulsivo; transtornos relacionados a trauma e a estressores; transtornos dissociativos; transtornos alimentares; transtornos da eliminação; transtornos do sono-vigília; transtorno de sintomas somáticos; disfunções sexuais; disforia de gênero; transtornos da personalidade e transtornos neurocognitivos. (FERRARI; ESPOLADOR; PAIANO, 2021, p. 90)

contrato de Ulisses, enquanto mecanismos que possibilitam a manifestação da vontade desses pacientes.

Assim sendo, nas palavras de Eduardo Rocha Dias e Geraldo Bezerra Silva Junior (2019, p. 138) as diretivas antecipadas psiquiátricas equivalem a um instrumento de tutela do paciente da psiquiatria, de modo que através delas são estabelecidos quais tratamentos médicos serão adotados, embargando condutas médicas cujo paciente se opõe. Como espécie do gênero diretivas antecipadas, tal dispositivo veicula as vontades dos sujeitos com transtorno mental, em relação a um momento eventual e futuro em que estes não puderem expressá-las.

Desse modo, é possível identificar três subdivisões a partir das diretivas antecipadas psiquiátricas, quais sejam: *instructional directives*; *proxy directives* e *hybrid directives*. Iniciando pela *instructional directives* é possível identificar afinidade desse instituto para com os testamentos virais. Por meio desse mecanismo, permite-se que o paciente com transtorno mental expresse, em um momento de lucidez, as instruções que devam ser seguidas por prestadores de saúde em situações de crise, em que esteja incapacitado para decidir (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019, p. 140). Assim, definem-se quais tratamentos aceita se submeter e quais daqueles se opõe, dando azo a uma controvérsia, eis que não se pode impor a submissão de um paciente a um tratamento contra a sua vontade.

No que toca à *proxy directives*,¹⁴ traça-se certa analogia com a figura do mandato duradouro. Isto porque, por meio desse dispositivo, o paciente com transtorno mental nomeia um procurador para tomar decisões, em momentos cujo discernimento seja ausente (LA FOUND; SREBNIK, 1999, p. 920). Já as diretivas híbridas ou *hybrid directives* correspondem a uma figura *sui generis* heterogênea, mesclando ambas as modalidades anteriores (*instructional directives* e *proxy directives*), de tal sorte que, simultaneamente é nomeado um procurador e estabelecidas as medidas que deverão ser observadas por ele (RECKZIEGEL; MEZZAROBA; CONICK, 2019, p. 18).

Além do exame das diretivas antecipadas psiquiátricas, complementa-se o estudo com a apreciação dos chamados “contratos de Ulisses”. Antes de esclarecer e pontuar a sua importância no âmbito da manifestação da vontade dos

¹⁴ As *Proxy directives* são figuras mais comuns/populares do que as demais, porquanto é muito difícil prever as situações que ocorrerão e, conseqüentemente, as medidas mais adequadas que deverão ser tomadas.

pacientes com transtorno psiquiátrico, imperioso se faz sua contextualização histórica e terminológica.

Resgatando a odisseia de Ulisses e as Sereias, tem-se que Ulisses, temendo o canto das sereias, instrui os marinheiros a amarrá-lo junto ao mastro do navio, de modo que essa vontade deveria prevalecer ainda que (ou melhor, especialmente quando) sua exposição ao canto das sereias o levasse a expressar vontade distinta.

Em suma, Ulisses quis obter uma vantagem (ouvir o canto das sereias) sem correr o risco que ele próprio sabia estar associado a essa vantagem, um risco que decorria da própria vantagem, e um risco sem o qual essa vantagem normalmente não se alcançaria. Para afastar esse risco celebrou o pacto com os companheiros, evitando que a obediência dos companheiros à sua vontade *actual* se traduzisse numa obediência a uma vontade *pervertida*, uma vontade “corrupta” – uma obediência ao seu desejo superveniente de ser desamarrado do mastro e de sucumbir ao canto das sereias; uma obediência da qual decorreria, em suma, a sua perdição. (ARAÚJO, 2017, p. 169-170)

Diante do exposto, como a própria designação de “contrato de Ulisses” sugere, esse instrumento negocial corresponde ao trato, a partir do qual, um sujeito se vincula por um período determinado ou uma circunstância específica, a acatar os desejos pretéritos de outrem, em detrimento de uma declaração de vontade posterior. Consiste em um contrato unilateral, na qual se predomina a vinculação de uma das partes, sem que haja qualquer contraprestação pela outra. (ARAÚJO, 2017, p. 165-166)

Corresponde, pois, em um contrato que objetiva prevenir inconsistência volitivas, das quais poder-se-iam resultar lesões mais gravosas. “É, portanto, um contrato que lida com uma ‘relação de agência’: o vinculado obriga-se a actuar, como ‘agente’, no interesse exclusivo do ‘principal’, que é o beneficiário.” (ARAÚJO, 2017, p. 166)

Dada tais especificidades, o contrato de Ulisses vem sendo muito estudado, especificamente, na seara dos transtornos psiquiátricos, a exemplo da demência episódica, esquizofrenia e distúrbio bipolar. Nesses casos,

[...] o paciente, como “principal”, comete ao prestador de cuidados de saúde, como “agente”, a missão de respeitar exclusivamente a vontade expressa no momento do contrato – ou no momento para que aponte o contrato – e não para uma outra vontade posterior, por mais que esta outra vontade seja contrária à anterior e aparentemente pretenda derrogar o consentimento veiculado pelo contrato.

Se – simplificando – houver apenas duas vontades em colisão, o “comente/paciente” reclama do “comissário/prestador” que obedeça à primeira vontade e desobedeça à segunda; que olhe para o contrato, não para o contratante. (ARAÚJO, 2017, p. 166-167)

Não obstante se note certa semelhança entre as diretivas antecipadas psiquiátricas e o contrato de Ulisses, imperioso ressaltar que ambos os instrumentos não se igualam, de tal sorte que devem ser empregados em momentos distintos. Conforme se depreende das definições retro, as diretivas direcionam-se a um instante futuro, quando e se o paciente não possuir discernimento, ao passo que a utilidade do contrato de Ulisses inicia-se à época em que o paciente possui, ainda, competência decisória, apesar do início dos sintomas (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019, p. 142).

Na visão de Fernando Araújo (2017, p. 167), essa distinção é ainda mais extrema:

[...]os “Contratos de Ulisses”, servem para antecipar o consentimento aos tratamentos, “bloqueando” a recusa, enquanto as “diretivas” servem para antecipar a recusa dos tratamentos, impedindo a presunção de consentimento – aqueles serviriam para proteger o paciente contra as psicoses, estas serviriam para protege-lo contra a própria psiquiatria.

À vista disso, argumenta-se como benéfico o emprego desses instrumentos negociais no âmbito da autonomia dos pacientes com transtorno mental ou psiquiátrico. Mediante as diretivas antecipadas psiquiátricas e o contrato de Ulisses, democratiza-se a participação desses pacientes, no processo decisório sobre a própria saúde, o que conseqüentemente gera efeitos diretos no exercício de sua dignidade humana.

Contudo, por fim, resta advertir sobre algumas questões de ordem prática que podem vir a surgir dessa condição, sobretudo diante da definição do “desígnio” que deve primar. Isto porque, não restrito a esse campo, mas em todas as áreas da vida, os sujeitos estão a toda hora tomando decisões e, simultaneamente desistindo delas. Não bastasse essa fluidez decisória que é inerente ao ser humano, não há os avanços na medicina e na ciência são incertos, céleres e imprevisíveis, de modo que apesar dos esforços jurídicos para acompanhá-los, o direito está sempre um passo atrás.

Dessa forma, muitas são as variáveis afetas a aplicação desses mecanismos, seja porque de fato, o sujeito possa alterar sua escolha, seja porque a ciência pode tornar possível um tratamento antes não cogitado. Assim, o presente estudo

propõe-se a suscitar reflexão: indiscutível são os benefícios do emprego desses mecanismos negociais, dada a consonância com os valores da ordem jurídica, contudo, também é nítido que seu uso indiscriminado pode gerar consequências contrárias as esperadas: silenciando as pessoas com transtorno mental, ao invés da democratização da sua autonomia.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que o objeto dos negócios jurídicos, sobretudo diante da demanda da pós-modernidade, não se restringe mais a interesses puramente patrimoniais, expandindo-se para abranger, também, interesses de ordem existencial. Nesse âmbito, denota-se que juntamente com a alteração sofrida pelos negócios jurídicos, a autonomia a ele adstrita, igualmente, sofreu modificações, dando azo, hoje, à autodeterminação.

Nesse contexto, emerge como espécie do gênero negócio jurídico, as diretivas antecipadas de vontade, por meio das quais, ao sujeito é possibilitado tomar decisões acerca dos tratamentos que deseja ou não se submeter (testamento vital) ou nomear pessoa de confiança para que tome tais decisões (mandato duradouro), em momento de futura e eventual incapacidade.

Sucedede que, no campo dos transtornos mentais, defende-se a utilização modulada desses mecanismos, enquanto meios democratizadores da autonomia dos pacientes, quais sejam: diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses.

À vista disso, conclui-se que apesar dos fatores variáveis apontados pelo estudo, durante o percurso o trabalho buscou comprovar que o uso cauteloso e criterioso desses mecanismos fomenta, expressivamente, a tutela da dignidade das pessoas com transtorno psiquiátrico, protegendo-os juridicamente dos excessos médicos, em detrimento de suas vontades.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 8ª ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Trad. De Maria Inês Correa Nascimento et. al.;

Ver.: Asitides Volpato Cordioli et. al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021

ARAÚJO, Fernando. O contrato de Ulisses – I: O pacto anti-psicótico. Revista Jurídica Luso-brasileira - RJLB. Ano 3 (2017), n. 2. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 10 abr 2019.

DADALTO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. 2019.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra. Autonomia das pessoas com transtorno mental, diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Milena Girardi. PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Edson. Diálogos sobre direito civil – volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia dos pacientes com transtorno mental à luz dos negócios jurídicos. Revista de Biodireito e Direito dos Animais. ISSN: 2525-9695, v.7, n.1, p. 77-97, jan/jul. 2021. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/7905>. Acesso em: 19 nov. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.); TARTUCE, Flávio (Org.). Direito Contratual: temas atuais. São Paulo: Editora Método. 2008, p.p. 41-80.

LA FOUND, John; SREBNIK, Debra. Advance directives for mental health treatment. *Psychiatric Services*. v.50, n.7, p. 919-925, jul./1999.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*. a. 6. N. 1. 2017. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/L%C3%AAdo-Sabo-e-Amaral-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: autonomia privada e situações existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016. P. 139-156.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Negócios Biojurídicos*. PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais - autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. Pg. 199 a 240.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAVÃO, Juliana Carvalho. *Bebê-doador: limites e possibilidades do negócio biojurídico*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma Contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 22, n. 2, p. 244-271, jul.2018.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 168-186, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 169. ISSN: 1980-511X

PAVÃO, Juliana Carvalho; PEREIRA, Uiara Vendrame. *Diretivas antecipadas de vontade e o direito à continuidade da vida*. In: ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (Org.). *Direito Contratual Contemporâneo*. Londrina: Thoth. 2019, p.197-218.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renova, 2008. p. 569-597.

PONA, Éverton Willian. Testamento Vital e Autonomia Privada. Curitiba: Juruá, 2015.

RECKZIEGEL, Janaína; MEZZAROBA, Orides; CONINCK, Beatriz Diana Bauermann. As diretivas antecipadas de vontade em transtornos mentais como reflexo do direito fundamental à liberdade: debates necessários. *Prima Facie*. v.18, n.37, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/prima-facie/article/view/41502/22591>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754m ago, 2006.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A importância da implantação dos cuidados paliativos no sistema único de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.20, n.3, p. 26-50, nov. 2019/fev.2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set., 2004.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. P. 1-23.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: A CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E A POSSIBILIDADE DA ESTIPULAÇÃO DE CLÁUSULAS EXISTENCIAIS NOS CONTRATOS DE CONVIVÊNCIA

Daniela Braga Paiano

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina/PR, Brasil
danielapaiano@hotmail.com

Beatriz Scherpinski Fernandes

Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina/PR, Brasil
biascherpinski@gmail.com

Gisely Luize Ristow Lucinda

Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina/PR, Brasil
luizegisely@gmail.com

INTRODUÇÃO

No estudo da possibilidade de estipulação de cláusulas existenciais nos contratos de convivência, parte-se da nova roupagem conferida às relações afetivas, à família, ao Direito de Família e ao Estado de Direito a partir da transformações sociais ocorridas no século passado.

Desde meados do século XX, o mundo tem sofrido transformações que impactaram nas características e comportamentos sociais e, mais especificamente na ordem interna, a partir do marco democrático delimitado com o advento da Constituição Federal de 1988, a família adquiriu um novo conceito.

Essa mudança na perspectiva interna, que decorreu principalmente da alteração da ordem Constitucional, coaduna com a modificação da sociedade, que pode ser exemplificada, em poucas palavras, pela transmutação da rigidez para a liquidez.

A família pautada no matrimônio, na procriação, no patrimônio, na hierarquia, e na divisão de atividades em razão do gênero tem sido superada pela família pautada na felicidade, já que se compreendeu que o modelo indissolúvel da família e do casamento nem sempre contribuía com o alcance desse sentimento.

Na entidade familiar pautada na felicidade de seus membros não existem modelos pré-estabelecidos ou exigências de um vínculo sanguíneo, e o afeto assume um papel de maior relevância na criação e na manutenção da família.

A partir desse contexto de avanço no conceito de família, observa-se que o membro de uma entidade familiar passa a receber proteção constitucional a partir de uma gama de princípios norteadores, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a afetividade e a autonomia privada.

Assim, analisam-se duas tendências no Direito Civil e no Direito de Família, focados agora na pessoa e protegidos pela ordem constitucional, que podem ser nomeadas como personalização e constitucionalização. Desse novo paradigma, novos anseios sociais surgiram, como a busca do indivíduo por uma maior liberdade, a possibilidade de se autorregular.

Superando-se a extrema intervenção do Estado no Direito de Família, o movimento atual é o de busca pelo Direito de Família mínimo, movimento que defende que o Estado deve intervir apenas nas situações de vulnerabilidades e atribuir ao indivíduo uma maior autonomia para reger seus próprios interesses atinentes às relações familiares.

Diante da expectativa de redução da intervenção do estado, discute-se o poder de contratar no âmbito do Direito de Família, com fundamento no princípio da autonomia privada e, nessa seara, os limites da liberdade individual na estipulação de cláusulas patrimoniais e existenciais.

Com base em toda a perspectiva contemporânea apresentada, de busca pela felicidade, importância do afeto, ausência de modelos pré-estabelecidos de família, realização da dignidade da pessoa humana, redução da intervenção do Estado no Direito de família e movimento emancipatório e de contratualização nas relações familiares, apresenta-se a hipótese de estipulação de cláusulas existenciais nos contratos de união estável, como forma de garantia da autonomia privada conferida aos membros de uma entidade familiar.

Para tanto, estuda-se a transformação do conceito de família, o movimento de contratualização das relações familiares e, por fim, o contrato de convivência e a delimitação de cláusulas extrapatrimoniais.

1. A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

As transformações desenvolvidas na sociedade resultaram em modificações significativas na família contemporânea. Considera-se que houve uma resignificação no tecido social, um verdadeiro rompimento da época moderna, com a consequente mudança brusca das características.

Características modernas como estabilidade, solidez, raízes e definitividade, após as transformações sociais e políticas do meio e fim do século XX, deram espaço para a liquidez, fluidez e ausência de durabilidade. Tal modo de comportamento também está presente nas relações afetivas e familiares contemporâneas.

Afirma-se que: “a família é realidade sociológica e constitui a base do Estado. O núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” (GONÇALVES, 2019, p. 17).

A família dos anos iniciais do século XX, fundamentada no Código Civil de 1916, era hierarquizada, desigual em gênero e funções, patriarcal e patrimonializada, sem espaços para desrespeito, pelos seus membros, do que o legislador considerava como valores. A família era uma entidade indissolúvel, visto que, de início, sequer era permitido o divórcio, e a intervenção estatal era tamanha que parte da doutrina considerava tal ramo como pertencente ao Direito Público.

Na contemporaneidade, o indivíduo é o ponto central, e a entidade familiar passa a ser um meio de alcance de sua felicidade. São aplicados às entidades familiares princípios como os da afetividade, solidariedade, liberdade, igualdade e valorização e dignidade da pessoa humana.

A família atual se apresenta em formatos e modelos diversos, não somente por vínculos sanguíneos, mas também por laços de afinidade e solidariedade, além de ser considerada como instrumento para concretizar a realização pessoal (MADALENO, 2019, p. 19).

Para Flávio Tartuce (2017, p. 16), há uma “tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio”. Sobre o caminho de transformação do conceito de família, Rolf Madaleno (2020, p. 102) expõe que:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução, ce-deu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

A partir da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana se tornou um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica brasileira, e, no âmbito da família, estabeleceu uma relação direta com o princípio da solidariedade.

Essa especial proteção conferida à família não faz com que ela deixe de pertencer ao Direito Privado, já que princípios constitucionais não atuam exclusivamente na ordem pública, situação considerada como constitucionalização do Direito Civil. A partir disso, surge um “direito de família ancorado na tutela constitucional e fincado sob os paradigmas da democratização, da repersonalização, do eudemonismo, da funcionalização, da liberdade e da responsabilidade” (Lobo, 2019, p. 19).

O aspecto eudemonista corresponde à “busca da felicidade como a principal causa dos valores morais familiares, considerando positivos os atos que levam cada um dos membros de um núcleo familiar a alcançar seu projeto pessoal de felicidade” (HIRONAKA, 2014, p. 898).

O eudemonismo na família significa maior autonomia e liberdade e representa o seu pluralismo, e a família eudemonista representa, por conseguinte, aquela que se encontra em um processo de emancipação e em busca da felicidade individual de cada um de seus membros (MADALENO, 2020, p. 86).

A busca pela felicidade individual dos membros da família depende, para a sua manutenção, da presença do afeto, que pode ser considerado como principal fundamento das relações familiares (TARTUCE, 2017, p. 28) e “a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.” (MADALENO, 2020, p. 191).

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. (PERLINGIERI, 2002, p. 244).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o afeto assumiu especial relevância, especialmente no âmbito do Direito de Família, considerando que a base principiológica determinou o reconhecimento do afeto como “uma das marcas – talvez a mais importante – da família moderna o afeto (*affectio familiae*),

sem o qual ela realmente não existe, mesmo que formalmente persista um vínculo jurídico ligando determinadas pessoas.” (ALVES, 2009, p. 135).

Na pós-modernidade, diante das mudanças de perspectivas, a família se consubstancia no afeto e em uma constante busca pela felicidade individual de todos os seus membros. Nesse novo paradigma, observa-se um processo emancipatório, que reflete no anseio social pela liberdade e possibilidade de autorregulação, pelos membros das entidades familiares, de seus próprios interesses, o que conduziu um movimento em crescimento no Direito Familista, relacionado à autonomia privada.

Flávio Tartuce (2017, p. 87) afirma que: “a autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregular”. Já a autorregulação corresponde ao “modo de regência humana de suas condutas num plano individual”, e “realiza a dignidade da pessoa humana, sob a óptica do personalismo ético-social e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 127).

Relaciona-se a autonomia privada com o Direito de Família ao se considerar que “o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública” (LÓBO, 2011, p. 45).

No âmbito negocial, estuda-se uma concepção contemporânea do negócio jurídico, a qual admite a existência de relações jurídicas complexas e existenciais, nas quais o conteúdo econômico, apesar de poder estar presente, não mais corresponde ao tópico de maior relevância do contrato. A visão contemporânea “busca em primeiro plano valorizar a pessoa humana e os seus direitos, deixando em segundo plano o caráter patrimonialista exacerbado.” (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 12).

Tal perspectiva negocial complementa a ideia de personalização do Direito Civil e coaduna com a constitucionalização desse ramo ao varolizar a pessoa humana, atribuindo-lhe dignidade. Assim, tem-se que os negócios jurídicos contemporâneos possuem como objeto, na atualidade, questões anteriormente não estudadas pela doutrina civilista. Ainda, os agentes desses negócios jurídicos recebem uma proteção ampliada a partir da tutela constitucional, se comparada com o contexto anterior.

Por conseguinte, a busca pela felicidade, liberdade e autorregulação, o paradigma contemporâneo da autonomia privada, voltada aos indivíduos e às

suas relações existenciais, e o movimento de emancipação possibilitam o estudo da contratualização do Direito de Família e da estipulação de cláusulas extrapatrimoniais nos contratos de convivência firmados por casais em união estável.

2. A CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A doutrina majoritária vem se posicionando pela menor intervenção do Estado nas relações familiares. Sobre a temática, Maria Berenice Dias considera que a família “há muito tempo deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade” (DIAS, 2016, p. 127).

Conforme destacado anteriormente, o conceito atual de família deixou de lado aquela visão patriarcal, na qual só se via a relação entre homem e mulher com o intuito de reprodução e criação de patrimônio, e é de suma importância que se tenha uma visão pluralista da família, visto que os arranjos familiares são compostos por elos de afetividade, independentemente de sua formação.

A partir dessas mudanças, surge o movimento de privatização e contratualização das relações familiares, que objetiva afastar o Estado das decisões privadas e garante maior autonomia aos envolvidos. A exemplo desse ambiente privatista, estão os contratos de namoro, as empresas familiares e os planejamentos sucessórios.

Atualmente, as relações contratuais no Direito de Família vêm alcançando importância antes não conhecida e se tornam cada vez mais dinâmicas no cenário contemporâneo. Nessa nova ordem, dois princípios devem ser compatibilizados, ou seja, o do formalismo jurídico e o da afetividade. O formalismo jurídico se verifica diante do rigor da intensa formalidade do direito matrimonial, como por exemplo, na elaboração dos pactos antenupciais; de outro lado, a afetividade, segundo Paulo Luiz Neto Lôbo, busca seu espaço social, político e jurídico, como legítimos instrumentos para sua plena realização e satisfação pessoal. Esse fenômeno, Lôbo informa tratar-se de uma tendência à repersonalização das relações de família, tendo como meta ou suporte fático a valorização da pessoa e não de seu patrimônio. (BOSI; PEELLAERT, 2018, p. 3-4).

João Baptista Villela destaca que “o amor está para o direito de família assim como o acordo de vontade está para o direito dos contratos.” (VILLELA; PEREIRA, 1999, p. 54). Pode-se dizer que, na contratualização das relações familiares, o núcleo é a vontade das partes, o que possibilita a estipulação de cláusulas que abranjam regras de convivência, especificidades acerca de bens, divisões

de tarefas, criação de filhos e até mesmo questões religiosas. As partes, valendo-se da autonomia privada, podem compactuar e contratar da maneira que lhes for cabível, atentando-se à norma vigente.

Na perspectiva filosófica, Hegel assevera que o indivíduo deve sempre ter liberdade em suas escolhas para que possa realizar-se plenamente como ser humano, ou seja, tais escolhas devem ser realizadas do modo mais adequado possível, sempre preservando a personalidade individual. (HEGEL, 1991, p. 40) Compreende-se que cada um pode escolher e definir o que a família deve significar em sua vida, sobretudo através de contratos extrapatrimoniais. (SWENNEN; CARVALHO, 2020, n.p).

Ao congregar a solidariedade que une os integrantes de uma relação familiar no propósito da vida em comum, e o respeito à individualidade que permite o desenvolvimento pessoal de cada um como um ser singular, realiza-se a Dignidade da Pessoa Humana, o que viabiliza às partes da relação pactuarem e eventualmente recombina-ram durante a relação familiar a regras que regerão a sua relação conjugal. (MULTEDO; BODIN DE MORAES, 2016, p. 7).

Entretanto, constata-se que a autonomia privada e o negócio jurídico contemporâneo “não são um meio e um instrumento deixados na exclusiva disponibilidade das partes” (PRATA, 2017, p. 24), e que o:

negócio jurídico não é qualquer manifestação de vontade dirigida a certos efeitos, nem um qualquer acto voluntário em que se verifique uma coincidência entre a vontade e os efeitos, mas apenas aquele em que a vontade integre a previsão da lei, sendo os efeitos desencadeados de acordo com a sua estatuição. (PRATA, 2017, p. 22).

A autonomia privada nos contratos atinentes às relações afetivas e familiares é ponderosa em razão do elevado número de normas de ordem pública presentes no ramo do Direito de Família. A intervenção do Estado na família é notória, contudo, deve ser equilibrada para que não interfira em interesses e direitos da esfera privada e não dificulte ou impossibilite movimentos emancipatórios.

Ademais, como em todos os contratos, a boa-fé objetiva deve ser respeitada e “deve pautar toda e qualquer relação familiar [...] incide em todos os seus aspectos, o princípio geral da boa-fé objetiva no contrato de convivência e no contrato de namoro, por serem atos jurídicos movidos pela autonomia privada” (BOSI; PEELLAERT, 2018, p. 6).

O princípio da boa-fé objetiva é fonte normativa de deveres de comportamento, pautado na afeitividade e na colaboração mútua e recíproca entre os sujeitos envolvidos nas relações existenciais de família. Independentemente de disposição expressa de lei ou de qualquer manifestação de vontade, os efeitos resultantes do princípio da boa-fé repercutirão na complexidade de vínculos formados nas relações familiares. (BOSI; PEELLAERT, 2018, p. 5).

Incentivar a autorregulação de direitos e deveres pelos sujeitos na esfera privada, desde que obedecidos os parâmetros do Estado Democrático de Direito, efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana, alcançando a visão principiológica da eticidade, trazida pelo Código Civil vigente.

3. AS CLÁUSULAS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS NOS CONTRATOS DE CONVIVÊNCIA À LUZ DO NOVO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como uma entidade familiar que corresponde à união pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família. Assim, presentes os elementos elencados, a situação fática será reconhecida como uma união estável, tendo em vista que “basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica” (LOBO, 2018, p. 120).

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, Atalá Correia e Alicia García de Solavagione, a “informalidade prevalece no que diz respeito à união estável. A solução legal, que não exige prazo mínimo de convivência prévia e tampouco acordo escrito, tem o mérito de abranger a enorme gama de famílias que se formam a margem de solenidades, com ou sem filhos” (2021, p. 51).

Vislumbra-se um contexto de relações familiares informais, contudo, “sem ter o controle preciso sobre a existência, o início e o fim da união estável, cabe ao Estado-julgador dizer quem vive sob união estável.” (SILVA; CORREIA; SOLAVAGIONE, 2021, p. 53).

Nesse sentido, em que pese a união estável se tratar de uma entidade familiar cuja configuração advém da circunstância fática, “não se pode mais afir-

mar que a união estável será sempre uma situação de fato, ou um ato-fato jurídico, sendo possível que as partes regulamentem parte de suas pretensões por meio do exercício da autonomia privada” (TARTUCE, 2017, p. 217).

Ainda que sem a sua obrigatoriedade, a autonomia privada oportuniza a estipulação do chamado contrato de união estável ou contrato de convivência, “o instrumento pelo qual os sujeitos de uma relação estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação” (CAHALI, 2002, p. 55), ou seja, o negócio jurídico que “disciplina os efeitos pessoais e patrimoniais da união estável” (PEREIRA, 2020, p. 48).

Para Rodrigo da Cunha Pereira:

O contrato de união estável não cria a união estável, como acontece com o contrato de casamento, mas é uma prova fortíssima da existência da união estável. para invalidá-lo é necessário que se demonstre a fraude ou simulação do contrato considerando que união estável é ato-fato jurídico, assim como o contrato de trabalho é o contrato realidade. (2020, p. 184).

Ao contrato de convivência, de acordo com o ordenamento jurídico atual, é cabível a “regulamentação contratual das relações econômicas ou patrimoniais entre os conviventes, de modo a permitir a estipulação de outros efeitos da união, além dos legalmente previstos, no âmbito da liberdade de contratar direitos e obrigações disponíveis” (CAHALI, 2002, p. 269-270).

Tendo em vista a oportunidade proporcionada pela esfera de liberdade, de “o direito de reger-se por suas próprias leis”, (NETO, 1989, p. 212), e a necessidade, no estudo dos negócios jurídicos contemporâneos, “de que as situações jurídicas existenciais sejam analisadas e tuteladas, não com a finalidade de colocar fim ao caráter patrimonialista das relações civis, mas de forma a prezar pela humanização do direito civil, isto é, conduzir a pessoa humana e seu valor em primeiro plano” (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 14), estuda-se a estipulação de cláusulas existenciais entre conviventes.

Dimitre de Carvalho aduz que a contratualização das relações familiares é importante, quicá o contrato de convivência, tendo em vista que:

Em todos os relacionamentos, muitas questões decisivas sobre a outra pessoa ou sobre a organização da família somente podem ser descobertas e compreendidas com o passar do tempo, ao longo da convivência. Daí a necessidade de um ajuste, durante o caminho, para que as coisas fiquem mais confortáveis e seguras para todos os envolvidos. (CARVALHO, 2020, n.p)

Observa-se, ao estudar o instituto do casamento em comparação com o instituto da união estável, que a “maior abertura na união estável serve para diferenciar substancialmente as duas entidades familiares” (TARTUCE, 2017, p. 2016). Como exemplo, destaca-se que enquanto no casamento há um dever de fidelidade, na união estável há um dever de lealdade. Diante desta amplitude:

Assim, abre-se a possibilidade, como ocorre em alguns Países Nórdicos, de uma cláusula de férias do relacionamento. Essa cláusula pode ser invocada, por exemplo, nos casos de crises entre os companheiros, gerando um distanciamento físico e afetivo de ambos no período invocado. Na hipótese de uma união estável, a este autor parece que tal questão até pode ser regulamentada pelos conviventes, por meio do contrato firmado entre as partes. (TARTUCE, 2017, p. 2016).

A estipulação de uma cláusula de férias do relacionamento, por exemplo, corresponderia a delimitação pelo casal, no contrato de convivência, de uma situação particularmente privada e existencial, ou seja, sem consequências patrimoniais, e de interesse e vontade mútuos.

Cláusulas existenciais e patrimoniais em um contrato de convivência correspondem às normas internas que regem a entidade familiar, estabelecidas por seus próprios membros, e é justamente nesta possibilidade de os membros estabelecerem parâmetros para o relacionamento familiar que se consubstancia o alcance da felicidade e da própria realidade vivida por eles, desde que não sejam opostos aos preceitos legais.

Suas regras de convivência, de responsabilidades econômicas, de atividades domésticas, de educação de filhos, de tutela ou não de animais domésticos ou mesmo de uma cláusula de férias do relacionamento são exemplos de regulamentações que refletiriam a vontade dos indivíduos no momento de firmar o referido contrato de convivência, e por isso contribuiriam com o alcance ou a manutenção de uma família eudemonista, que visa a felicidade individual de todos os seus membros.

CONCLUSÃO

Sob a ótica contemporânea, a família se apresenta como um instrumento de alcance da felicidade individual de seus membros, em processo de superação do viés da família patriarcal, matrimonializada, patrimonializada e com o objetivo

maior de procriação, predominante no século XX e que tinha como parâmetro o Código Civil de 1916.

Com a constitucionalização do Direito Civil a partir dos princípios presentes na Constituição Federal de 1988 e com os outros processos estudados no presente trabalho, a família pode ser formada por um vínculo sanguíneo ou afetivo, e pode ser advinda do casamento, da união estável ou mesmo de nenhum relacionamento afetivo entre os membros, como ocorre na família anaparental.

As amarras ou modelos fixos de arranjos familiares não mais perduram, e observa-se um movimento de emancipação do Direito de Família. Os indivíduos buscam o direito de se autorregular, e, nesse sentido, entende-se que o Estado apenas deverá intervir nas situações nas quais existam vulnerabilidades.

Nesse movimento, desenvolveu-se a tendência de contratualização das relações familiares. Considerando que o Direito de Família é um ramo do Direito Civil e, conseqüentemente, uma área do Direito Privado, é possível considerar que a parte geral do Código Civil aplica-se às relações familiares.

Na seara de aplicação da parte geral do Código Civil no Direito de Família, encontra-se fundamento para a estipulação de negócios jurídicos cujos objetos sejam atinentes às relações familiares, que podem ser estipulados na forma de contratos atípicos, por exemplo.

Dentro desse arcabouço de negócios jurídicos familiaristas, encontra-se o contrato de convivência ou contrato de união estável, que inclusive é mencionado no Código Civil, que possibilita, através desse instrumento, a delimitação do regime de bens nesse formato de entidade familiar.

Contudo, diante do contexto já aprofundado nesta pesquisa, de busca pela felicidade, de valorização da dignidade da pessoa humana nos negócios jurídicos e de personalização do Direito Civil, compreende-se que a estipulação de cláusulas unicamente patrimoniais não mais satisfaz a vontade dos indivíduos no que tange à autodeterminação.

Nesse sentido, deve ser possibilitado aos membros de uma entidade familiar, com fundamento nos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana e como consequência da nova perspectiva dos negócios jurídicos contemporâneos, a delimitação de questões particulares, íntimas e existenciais em contratos de convivência, na tentativa do alcance da tão almejada felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 227. 2009.
- BOSI, Bárbara Thaiz de Fathima; PEELLAERT, Françoise. Expansão das relações contratuais no direito de família e o papel da boa-fé: pactos antenupciais, contratos de convivência e de namoro. In: PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia R. (coordenadoras). Relações jurídicas familiares sob uma ótica contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-24.
- CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO. Dimitre Braga Soares de. Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. IBDFAM. 07/2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia#_ftn1. Acesso em: 17.nov..2021.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4º ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de civil brasileiro. Direito de família. 16 Ed. São Paulo: Saraiva 2019.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. O sistema da vida ética. Lisboa: Ed. 70, 1991.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A família brasileira contemporânea e o ensino do Direito de Família nos cursos jurídicos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 109, p. 891-901, 2014.
- LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*, v. 7, n. 3, p. 1-24, 16 dez. 2018. Disponível em: <http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373/313>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- LOBO, Fabiola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da constituição federal de 1988. *Civilistica.com*, v.8, n. 3, p. 1-21. 15 dez. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/455/368>. Acesso em: 27 jun. 2021.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda Compartilhada: física e jurídica. 4 Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263/213>. Data de acesso: 17.nov.2021.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. A Autonomia privada como princípio fundamento da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. Tratado da união de fato: Tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021.

SWENNEN, Frederik (coord). Contractualisation of Family Law – Global Perspectives. Suíça: Stranger International Publishing, 2015. IN: CARVALHO. Dimitre Braga Soares de. Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. *IBDFAM*. 07/2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familia-res:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia#_ftn1. Acesso em: 17.nov.2021.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILLELA. João Batista. Repensando o direito de família. Repensando o direito de família. In: “Nova Realidade do Direito de Família”, Coordenação Científica Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD, Tomo 2, SC Editora Jurídica, 1999, p. 52/59.

NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Gabriela Eduarda Marques Silva

Pós-graduada pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), UEL, Londrina, Brasil,
gabrielamarquesadv@hotmail.com

Júlia Gaioso Nascimento

Mestranda pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), UEL, Londrina, Brasil,
julia_gn_@hotmail.com

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Doutora pela Universidade Federal do Paraná, Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina, Brasil, rita.tarifa@gmail.com

1. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As diretivas antecipadas de vontade (DAVs) se trata de um documento elaborado por uma pessoa com discernimento e no exercício da autonomia privada para manifestar suas vontades, quando em razão de uma doença, já não for possível expressá-las. As DAVs surgiram como respostas à excessiva e negativa intervenção médica nas hipóteses de terminalidade de vida, em que o paciente se encontra em estado terminal de vida, acometido por doença incurável e irreversível, independente de receber ou não tratamento médico, são casos em que a morte é fato que se dará de forma imediata ou em curto espaço de tempo.

De acordo com o artigo 1º da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.1995/2012, as diretivas antecipadas de vontade são definidas como “Art. 1º (...) conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012) Este instrumento de manifestação da vontade já está positivado na legislação estrangeira, contudo, no Brasil ainda é objeto de discussão em várias áreas, como: Medicina, Direito e Bioética.

Conseqüentemente, no Brasil, a doutrina sobre as DAVs ainda é incipiente, são poucos os autores que debruçam sobre o tema de forma profunda,

sendo que as propostas legislativas ainda esbarram na burocracia da política brasileira. Diante disso, o trabalho anseia discutir as diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as diretivas antecipadas de vontade:

[...] são determinações prévias dadas por certas pessoas – estando elas ou não na condição de pacientes no momento de sua elaboração-, que devem ser cumpridas, ante uma situação na qual elas se tornem incompetentes para decidir o cuidado de si mesmo, indicando suas preferências de tratamento ou até mesmo autorizando uma terceira pessoa a tomar decisões por ela. (RODRIGUES, 2013, p. 48)

Os negócios jurídicos compõem a base das relações privadas, admitindo que elas se formem. A partir das mudanças sociais e avanços tecnológicos, os negócios jurídicos passaram a englobar o próprio ser humano como seu objeto.

É primordial, frente ao tema escolhido, abordar o contexto da transição da autonomia de vontade para a autonomia privada, visto que é a partir disso que a teoria dos negócios jurídicos é expandida para englobar os negócios biojurídicos. “[...] la regulación de los Documentos de voluntades anticipadas representa un importante paso adelante en el respeto a la autonomía de las personas, al permitirles decidir respecto a las actuaciones sanitarias que deseen recibir, o no, en el futuro, si se encuentran en determinadas circunstancias [...].” (CASADO, 2001, p. 61)¹⁵ Sendo que as DAVs são negócios biojurídicos, em que o indivíduo é seu objeto e sujeito, este registra sua vontade, para que esta seja respeitada quando este estiver impossibilitado de manifestá-la.

Considerando a natureza humana política e social, a vida privada dos indivíduos rege-se, desde os primórdios, por meio de acordos de vontades, o que resultou em estruturas jurídico-negociais compatíveis à necessidade coletiva de cada período, os chamados contratos. E por não envolver, somente, estruturas meramente instrumentais para a consecução da atividade econômica (MARTINS-COSTA, 2005, p. 45), os contratos desempenham relevante papel diante dos anseios humanos, especialmente na esfera particular, possibilitando que os desígnios dos sujeitos regulem seus interesses.

A autonomia encontra lastro no individualismo extremado, não obstante nasceu nas cidades-estados Gregas, fundada nas ideias liberais do século XVIII

¹⁵ Tradução livre: “[...] a regulamentação dos Documentos de vontades antecipadas representa uma evolução importante no respeito à autonomia das pessoas, por permitir-lhes decidir sobre às os procedimentos médico-hospitalares que desejam receber, ou não, no futuro, se estiverem em determinadas circunstâncias [...].”

e disseminado pelas Revoluções Burguesas do século XIX (AMARAL; PONA, 2015, p. 58-59). Dessa forma, a autonomia, então qualificada como “autonomia da vontade” alicerçou-se sob as bases do liberalismo na ética, política, economia e direito.

Assim, a autonomia da vontade inaugurou o paradigma clássico dos negócios jurídicos; fundados nas prerrogativas burguesas de liberdade e igualdade, estes marginalizavam o indivíduo e alocavam o patrimônio como centro de interesse (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 4).

Com os avanços da biotecnologia empregada, por exemplo, nas técnicas de reprodução humana assistida, é possível que o indivíduo escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem gerar efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos. Assim, a autonomia ganha a forma de negócio jurídico.

Nesse cenário, é compreensível o surgimento de novos negócios com um conteúdo extrapatrimonial, com grande carga existencial, envolvendo corpo humano. Esses são os negócios chamados de “negócios biojurídicos”; “[...] Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos” (MEIRELES, 2016, p. 115). Ainda, é relevante destacar que estes negócios biojurídicos possuem peculiaridades que nem sempre os fazem se enquadrar nas categorias clássicas da Teoria Geral do Negócio Jurídico.

A distinção entre as nomenclaturas “negócios jurídicos” e “negócios biojurídicos” é meramente terminológica, mas deve ser considerada, tendo em vista que os negócios biojurídicos proporcionam a incidência de princípios mais específicos e direitos da personalidade, tendo um enfoque maior na dignidade. (PAVÃO; ESPOLADOR, 2018, p. 259-260). Sendo que a dignidade humana é

[...] o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a dignidade humana, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer do ser humano o centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p.136).

Diante disso, nesse breve exposto, pôde-se perceber como a Teoria do Negócio tem se transformado juntamente com a noção que o Direito adota de autonomia.

O Direito possuía um viés patrimonialista e o Estado Liberal possibilitava relações desequilibradas entre os particulares com base na autonomia da vontade. Com a decadência deste Estado, frente a ascensão do Estado Intervencionista, houve uma delimitação nas relações privadas, fundamentada na autonomia privada, processo chamado de constitucionalização do Direito Civil, que refletiu no vigente Código Civil brasileiro.

Assim, o ser humano passa a ser o centro de todo o ordenamento jurídico. Enquanto a autonomia da vontade demonstra uma liberdade ampla do indivíduo, o qual é dono de suas próprias escolhas e autônomo suficiente para se auto regulamentar; a autonomia privada demonstra a necessidade de respeito e de conjunção com os demais mandamentos de um Estado, principalmente em um Estado Democrático de Direito.

O doutrinador Érico de Pina Cabral traz a diferenciação entre a autonomia privada e a autonomia da vontade, na medida que associa a autonomia da vontade à liberdade de autodeterminação, enquanto que a autonomia privada seria o poder de auto-regulamentação (CABRAL, 2004, p. 111).

Ao aprofundar a autonomia privada, encontra-se o ponto que se tem a autonomia do sujeito correlata com a dignidade da pessoa humana. O paciente deve ter liberdade de consentir, liberdade esta, adstrita à autodeterminação. Portanto, o processo de constitucionalização do Direito Civil, refletiu nas importantes inovações trazidas pelo Código Civil atual, como bem coloca Tepedino:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2004, p. 22).

Os aspectos existenciais extrapolam os patrimoniais, do plano do ser prevalência sobre o do ter. A dignidade da pessoa humana, assim como os valores extrapatrimoniais, constituiu limites às relações privadas, assim, os negócios jurídicos não possuem mais liberdade de forma ampla, havendo limitações para a própria proteção dos indivíduos.

Os negócios biojurídicos se constituem por meio da autodeterminação dos indivíduos em situações jurídicas existenciais com caráter de gratuidade e não é diferente com as DAVs. É exatamente nesse contexto que se discute as DAVs,

que por ser um negócio biojurídico, evidencia a afinidade do tema com o direito privado frente as novas configurações institucionais, sobretudo, por tratar do princípio negocial da autonomia privada, transpondo seus efeitos e desdobramentos para os negócios biojurídicos; possíveis estes dado o avanço na área da saúde que resultou em novas relações jurídicas privadas.

Pretende-se esclarecer os conceitos, apoiando-se na autora Luciana Dadalto (2020, p. 111), que aponta para a confusão existente na utilização dos termos testamento vital e DAVs. As diretivas antecipadas de vontade são usualmente confundidas com mandato duradouro e a testamento vital. A diretiva antecipada de vontade é gênero destas.

O testamento vital consiste em elencar os tratamentos aceitos e não aceitos, ou seja, de modo prévio quanto às intervenções que deverão ser feitas, em casos de inconsciência derivadas de enfermidades incuráveis e irreversíveis. (DADALTO, 2013, p. 82)

A título elucidativo, cumpre analisar como a temática é tratada em Portugal; tem-se que a atuação da Associação Portuguesa de Bioética (ABP) foi de suma importância para sua regulamentação, conforme pode ser observado no P/05/APB/06 sobre os fundamentos do testamento vital; o parecer P/16/APB/09 sobre as diretivas antecipadas, e outras disposições. Por fim, foi promulgada em Portugal a Lei n. 25/2012.

Com o advento da Lei n.º 25/2012, que regulamenta as DAV, restou designada sob a forma de testamento vital a possibilidade de se nomear o Procurador para os cuidados da saúde, tudo devidamente registrado em um cadastro próprio e unificado, perante o Registo Nacional do Testamento Vital (PIMENTA JÚNIOR, 2018).

No entanto, Luciana Dadalto (2013, p.108) critica esta legislação portuguesa, visto que:

Esta lei contém clara confusão terminológica, vez que iguala o testamento vital às diretivas antecipadas de vontade e trata o mandato duradouro, lá chamado de procurador para cuidados em saúde, como outro instituto jurídico – mas prevê a criação de um registo nacional, o que significa grande avanço na operacionalização deste instituto.

O testamento vital é, deste modo, instrumento de manifestação do paciente com a enumeração positiva ou negativa de terapias, procedimentos que deverão, ou não, serem concretizados em casos futuros e determinados. Mesmo

não proporcionando a cura, o paciente poderá escolher se submeter ou não ao procedimento proposto, visando prolongar seu período de vida.

O testamento vital tem origem no *living will* do direito americano. O foco desse documento é proteger a dignidade humana em um momento de vulnerabilidade, preservando seu direito à manifestação de vontade e à autodeterminação. Com isso, o paciente dotado de discernimento e capacidade civil, poderá consentir previamente aos tratamentos que irá aderir e dissentir de outros que não é de sua vontade.

Já a espécie mandato duradouro, é instrumento que nomeia um representante para o cumprir as vontades do indivíduo relacionadas à saúde, caso este esteja incapacitado de manifestá-las livremente. Ou seja, é “um documento no qual o paciente nomeia um ou mais ‘procuradores’ que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente.” (DADALTO, 2009, p. 55-56)

O procurador do mandato duradouro, deste modo, atuará como um interlocutor entre o paciente, cujas instruções deverá fielmente seguir, e a equipe médica. O mandato duradouro é válido, inclusive, em situações de debilidade temporária.

Em vários países estão presentes institutos semelhantes à tomada de decisão apóida, sendo: a *sauvagarde de la justice*, na França, a *amministratore di sostegno* na Itália, o sistema de *apoyo al ejercicio de la capacidad*, na Argentina. Sendo que a *amministratore di sostegno* da Itália aproxima-se do instituto adotado no Brasil, sendo este o modelo adotado.

Conforme as decisões jurisprudenciais italianas, a figura do mandato duradouro é reconhecida, e possibilita a nomeação de um representante da saúde, que recebe o nome de *amministratore di sostegno*, responsável por representar o mandante no futuro, caso esteja incapacitado de manifestar seu desejo, devendo agir em consonância com as orientações expressas pelo outorgante. (RIBEIRO, 2006, p. 273-283)

Em suma, as diretivas antecipadas de vontade, são o documento resultante da união entre o testamento vital e o mandato duradouro, visto que não

almeja apenas à declaração de vontade do sujeito sobre seus tratamentos médicos, mas também a sua efetividade por meio de um procurador que garanta o seu cumprimento, considerando o consentimento livre do paciente.

Por se tratar de negócio jurídico, as DAVs devem observar os requisitos do art. 104, do Código Civil de 2002. Luciana Dadalto (2009, p.113) sofre requisitos essenciais para a criação de uma lei sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil, sendo:

1. A declaração prévia de vontade do paciente terminal deverá ser feita por uma pessoa com discernimento; 2. Este documento deverá ser registrado no Cartório de Notas que será responsável por encaminhar a declaração ao Registro Nacional de Declarações de Vontade dos Pacientes Terminais – registro este que deverá ser criado pelo Ministério da Saúde; 3. A declaração prévia de vontade do paciente terminal deverá estar contida no prontuário médico do paciente, e cabe ao médico deste proceder a esta inclusão; 4. A declaração prévia de vontade do paciente terminal vincula médicos e demais profissionais de saúde, bem como os parentes do declarante; 5. Disposições acerca da interrupção dos cuidados paliativos não serão válidas; 6. Apenas disposições acerca da interrupção de tratamentos fúteis serão válidas; 7. A declaração prévia de vontade do paciente terminal é revogável a qualquer tempo e não possui prazo de validade; 8. O médico tem direito à objeção de consciência médica; 9. Disposições acerca de doação de órgãos não deverão constar no documento; 10. É facultado ao declarante nomear um representante para que expresse a vontade em nome do declarante quando este não puder fazê-lo; 11. Declaração prévia de vontade do paciente terminal não é instrumento para prática de eutanásia, e sim, garantidor da ortotanásia.

Não há regulamentação específica sobre as DAVs no Brasil, mas a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM) reconhece a necessidade de respeitar a autonomia do paciente e regulamenta o instituto das diretivas antecipadas de vontade. Tal Resolução abordou no item IV, o termo de consentimento livre e esclarecido, inovando ao reconhecer a diretiva antecipada de vontade como modalidade de consentimento livre e esclarecido.

Dessa forma, a Resolução nº 1.995/2012, reconheceu a existência e importância das DAVs ao descrever seu conteúdo e alcance. Portanto, estas já são válidas e utilizadas no Brasil, em situações que não contrariam a lei, apesar de não haver uma regulamentação específica sobre o tema. E tal Resolução inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao consagrar a dignidade da pessoa humana e a prevalência da autonomia da vontade do paciente nos casos de terminalidade de vida por meio das diretivas antecipadas.

Portanto, a Resolução nº 1.995/2012 reflete a necessidade de uma norma jurídica sobre as DAVs. Nesse contexto, é evidente que os debates derivados a respeito de sua publicação contribuem, não só para impulsionar o Poder Legislativo, como também para proporcionar a discussão social sobre o tema. Explicam Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco (2013, p. 464):

Essa resolução colaborou para aquecer o debate, especialmente, sobre a necessidade de regulamentação legislativa sobre as diretivas antecipadas. Isto porque, como órgão de classe, a resolução tem força normativa apenas entre os médicos, não possuindo o condão de regulamentar aspectos imprescindíveis do assunto como a formalização, o conteúdo, a capacidade dos outorgantes, o prazo de validade e a criação de um registro nacional. Todavia, o caráter classista da resolução não retira seu mérito, pelo contrário, volta os olhos da sociedade à discussão deste assunto de suma importância, inclusive porque muitos cidadãos brasileiros já têm procurado cartórios de notas visando registrar suas diretivas antecipadas, evidenciando que o tema tem importância social para justificar o debate.

Diante do tema complexo e contemporâneo, se observa um descompasso entre a positivação e a atuação do legislador diante dessa realidade social. Frente a isso, é imprescindível o respaldo do Biodireito no estudo do uso das DAVs, uma vez que tratam de relações jurídicas que atuam sobre a vida humana e sua manipulação.

Ademais, ainda que se reconheça a possibilidade de as diretivas antecipadas de vontade produzirem efeitos jurídicos no país, há uma dificuldade registral quanto aos requisitos e limites para a atestar a validade.

Importante se faz a comparação do ordenamento jurídico brasileiro e outros ordenamentos; na América Latina, Porto Rico foi o primeiro país a legislar sobre as DAVs, posteriormente Argentina e Uruguai passaram a regulamentar as diretivas. Nota-se, portanto, um atraso do Brasil, haja vista que a única regulamentação se mostra ainda muito tímida diante das necessidades que a temática demanda.

O estudo do direito comparado se mostra necessário especialmente no que concerne às especificidades das Diretrizes Antecipadas de Vontade, como, por exemplo, referente à capacidade do outorgante, à validade do documento, à forma de formalizá-lo, etc.

É salutar que o ordenamento jurídico brasileiro evolua a fim de melhor regulamentar as diretivas antecipadas de vontade, especialmente se tratando de

um país cuja Constituição Federal é exemplo de texto legislativo garantidor de direitos fundamentais.

1.1 Uso das diretivas antecipadas de vontade na doação de órgãos e tecidos *post mortem*

É de extrema pertinência discorrer sobre a hipótese de uso das DAVs no Brasil, uma vez que há pouco estudo feito e não há legislação, diferente de os outros países em que já é realidade o emprego das DAVs em diversas situações, até mesmo como meio de garantir a vontade do doador de órgãos e tecidos *post mortem*, o que por exemplo não é possível no Brasil. A Lei dos Transplantes n. 9.434 de 1997, em seu artigo 4º, exige a autorização familiar para a doação de órgãos e tecidos *post mortem*.

A Medida Provisória foi finalmente convertida na Lei 10.211/2001, que novamente alterou o art. 4º da Lei 9.434/97, sendo nela inserido o vigente dispositivo:

Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Diante disto, salienta-se a problemática do ato de disposição de órgãos e tecidos *post mortem* ser uma prerrogativa apenas da família, independentemente de qualquer manifestação do sujeito em vida, visto que não há previsão de instrumento específico capaz de implementar a vontade do doador no ordenamento jurídico brasileiro, frente a essa violação da autodeterminação. E apesar de modelos como o estadunidense e espanhol admitir o uso das DAVs acerca de doação de órgãos, considerando-a como decisão de cunho personalíssimo, no Brasil isso não é possível por contrariar a legislação específica, que estabeleceu o monopólio da decisão familiar sobre a questão.

Nesta mesma perspectiva, Viviane Teodoro (2017, p. 05) esclarece que o fator impeditivo para a ampliação do uso das DAVs como instrumento de formalização do desejo do potencial doador de órgãos no Brasil, são os termos do artigo 4º da Lei de Transplantes, objeto do presente estudo.

A doutrina estrangeira admite que a declaração prévia de vontade do paciente terminal possa conter disposição de acerca de doação de órgãos. Aqui é

preciso entender que cada país possui legislação própria acerca deste tema e estas se diferem da legislação brasileira, pois nos países que já legislaram sobre diretivas antecipadas, a doação de órgãos é uma decisão personalíssima, que independe da vontade da família, realidade diferente da brasileira.

A título exemplificativo, tem-se a Espanha, cujo sistema de captação de órgãos é o maior em todo o mundo; neste sistema, o doador não possui margem para escolher o receptor, sendo selecionado aquele em quem terá maior compatibilidade; neste sentido, há semelhança com o ordenamento jurídico brasileiro, em que não há possibilidade de um indivíduo que não faça parte da lista única seja o receptor.

[...] as instruções prévias na Espanha devem conter orientações à equipe médica sobre o desejo de que não se prolongue artificialmente a vida, a não utilização dos chamados tratamentos extraordinários, a suspensão do esforço terapêutico e a utilização de medicamentos para diminuir a dor, entre outras. A Lei 41/02, possibilita que no documento de instruções prévias o outorgante nomeie um representante para que, quando aquele estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, este terceiro possa fazê-lo em nome do subscritor do documento. Ou seja, a lei espanhola apresenta uma verdadeira diretiva antecipada, com a possibilidade de conter, em um único documento, o testamento vital e o mandato duradouro. (DADALTO, 2013, p.108)

A autora Luciana Dadalto, em seu artigo na revista bioética, propõe um modelo de diretivas antecipadas de vontade para o Brasil. Para tanto, realizou-se uma revisão de literatura sobre as diretivas antecipadas nas Américas e na Europa, especialmente nos Estados Unidos da América e na Espanha, e entrevistas com médicos de Belo Horizonte-MG.

Assim, o modelo de DAV proposto nesta pesquisa contém as disposições de vontade do outorgante, o que constitui o testamento vital, e também a nomeação do procurador para cuidados de saúde, o que constitui o mandato duradouro. Portanto, seguindo os modelos de DAV estadunidenses, sugere a nomeação de um procurador principal e dois substitutos, visando assegurar que, caso o procurador principal não seja localizado ou esteja impossibilitado de tomar decisões, outro o faça. (DADALTO, 2014, p. 468)

Percebeu-se que o modelo brasileiro deve se distanciar dos padrões de formulários utilizados em muitos estados norte-americanos e províncias espanholas, visando deixar espaço para a subjetividade de cada paciente. Conclui-se,

assim, que o modelo proposto deve ser sempre utilizado como guia e não como um modelo fechado às peculiaridades de cada situação concreta.

Desse modo, é preciso buscar um meio de garantir o cumprimento da vontade desse doador. É nesse contexto que se avalia a possibilidade de utilização das diretivas antecipadas de vontade (DAVs), negócio biojurídico em que o indivíduo é seu sujeito e objeto e registra sua vontade, para que esta seja respeitada quando estiver impossibilitado de manifestá-la.

No Brasil ainda não há regulamentação sobre as DAVs. E mesmo diante de ausência legislativa específica, as DAVs são válidas, sendo utilizadas em casos que não há proibição expressa da lei. No entanto, as DAVs ainda não podem dispor sobre a doação de órgãos *post mortem*, a menos que ocorra a alteração da Lei de Transplantes, pois não podem violar o dispositivo legal específico que exige o consentimento familiar.

2. O EMPREGO DAS DAVS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Lei dos Transplantes 9.434/1997 foi alterada pela Lei 10.211/2011 que manteve, em seu artigo 4º, a exigência da autorização familiar para a doação de órgãos e tecidos *post mortem*. O problema central consiste nesta exigência do consentimento familiar para a retirada dos órgãos, mesmo com comprovada manifestação válida em vida do possível doador, o que viola o direito a autonomia corporal do indivíduo em detrimento da vontade de terceiros.

No Brasil os familiares sempre são consultados para decidir sobre o transplante de órgãos *post mortem*, mesmo quando há um documento legal que comprove seu desejo à doação. Tal aparato jurídico desrespeita o direito de personalidade e, caso a legislação passe a privilegiar a vontade manifesta do doador, será necessário estabelecer uma forma para que esta produza efeitos jurídicos, sendo as DAVs uma solução (MAYNARD et al, 2015, p. 129).

Essa incongruência observada na Lei de Transplantes afeta a autonomia privada, direitos da personalidade, direitos fundamentais. Isso vai em desencontro com o Código Civil, artigo 14, direitos da personalidade e fere princípios constitucionais indisponíveis, como a autodeterminação. Como bem coloca Anderson Schreiber (2011, p. 47):

Exigir autorização do cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplante post

mortem. Pior: como restou vetado o parágrafo único, que dispensava a autorização dos familiares para a retirada dos órgãos diante de registro feito em vida pelo próprio falecido, a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no sentido de que o aval da família se faz necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante.

Dar à família tal poder de decisão é como transferir os direitos da personalidade do sujeito, restringindo a sua autonomia privada e até mesmo indo contra à própria natureza espontânea da doação. Ademais, mesmo após a morte, o indivíduo continua a ser tutelado pelo Direito, o que lhe garante, inclusive, o cumprimento de vontades manifestadas em vida para momento *post mortem*.

Assim, é imprescindível o aprofundamento no estudo dos direitos da personalidade, pois envolve a autodeterminação do próprio corpo e o respeito a vontade do morto. Subordinar a vontade do doador em matéria corporal *post mortem* ao consentimento de parentes, é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: sua autonomia corporal; sendo que esta prevalece após a morte (SCHREIBER, 2011, p.48). Nesse sentido, a configuração legislativa, do modo como está, representa um evidente retrocesso.

A Diretiva Antecipada de Vontade é a representação do respeito à autonomia e autodeterminação do paciente. A doutrina dos direitos da personalidade justifica uma vinculação do médico à vontade do paciente.

Nesse contexto, o trabalho tem como problemática a discussão da situação das diretivas no Brasil e o papel do Poder Legislativo, concluindo que é necessária uma regulamentação sobre o assunto, verificando a validade das diretivas no ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se que a autonomia do paciente deve ser preservada, razão pela qual o consentimento livre e esclarecido deve ser colhido, com o escopo de evitar abusos, ou condutas inapropriadas.

Ademais, tal instituto, que embora já utilizado, não dispõe de normatização específica para combater a insegurança jurídica dos profissionais de saúde frente às Diretivas Antecipadas de Vontade. Diante do tema complexo e contemporâneo, se observa um descompasso entre a positivação e a atuação do legislador diante dessa realidade social.

Quanto aos negócios biojurídicos no geral, Noemi Lidia Nicolau (2003) aponta a importância de sua regulamentação, visto que envolve a saúde do indivíduo, sendo essencial uma interpretação e normas específicas:

Creemos que, en cambio, es imprescindible contar con un núcleo básico de principios bien regulados en el Código para ser aplicados a todos los actos de naturaleza personalísima. En especial nos preocupa el negocio jurídico que nace de la relación médico-paciente, respecto del cual nos parece fundamental incluir en un código de derecho privado una mínima y precisa regulación del principio de autonomía del paciente, el derecho a la información y los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico personalísimo, denominado “consentimiento” del paciente.¹⁶

Portanto, é imprescindível o respaldo do Biodireito no estudo da doação de órgãos e uso das DAVs, uma vez que tratam de relações jurídicas que atuam sobre a vida humana e sua manipulação. É de extrema pertinência discorrer sobre a hipótese de uso das DAVs na doação de órgãos, uma vez que há pouco estudo feito e não há legislação no Brasil, diferente de os outros países em que já é realidade o emprego das DAVs, até mesmo como meio de garantir a vontade do doador de órgãos e tecidos *post mortem*.

A relevância não é apenas jurídica, como também social, dado que o número de transplantes realizados no Brasil é longe de ser suficiente para contemplar a fila de espera. Há grande importância social do tema ao reconhecer que, ao retirar o poder de decisão do destino de seus órgãos, não só fere a autodeterminação do doador, como também prejudica a fila de transplantes.

O uso regulamentado das DAVs resultaria em um possível aumento do índice de doações, além do efeito mais importante, o de cumprimento efetivo da vontade do indivíduo. Tanto a regulamentação específica das DAVs quanto a alteração da Lei de Transplantes, inovariam o arcabouço jurídico nacional e se alinharia com o princípio da dignidade humana e da autodeterminação. A respeito do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, temos que:

A fim de assegurar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, alguns autores sustentam a chamada técnica de ponderação de interesses, aplicável diante de conflito entre princípios garantidos pela Lei Maior. Tendo em vista a Constituição Federal de 1988 dispõe amplamente

¹⁶ Tradução livre: “Creemos que, na mudança, é imprescindível contar com um núcleo básico de princípios bem regulados com o Código para serem aplicados a todos os atos de natureza personalíssima. Em especial nos preocupa o negócio jurídico que nasce da relação médico-paciente, a respeito do qual nos parece fundamental incluir em um código de direito privado um mínimo e precisa regulação do princípio da autonomia do paciente, o direito à informação e os elementos essenciais para a validade do negócio jurídico personalíssimo, denominado ‘consentimento informado’

sobre os interesses da pessoa, da sociedade e do Estado, é possível que, diante de fatos concretos, o aplicador constate antinomia entre os próprios princípios constitucionais. Neste caso, de acordo, com a técnica de ponderação de interesses, preconiza-se a adoção do critério que mais satisfaça à dignidade da pessoa humana. (NADER,2010, p 63)

Assim, o ideal seria haver uma regulamentação por lei específica a respeito das DAVs. Com isso, a manifestação de vontade poderá ser registrada, respeitando-se a vontade do doador e, apenas supletivamente, a de seus familiares.

Se a vida, por um lado, não é um bem jurídico disponível, não cabe, por outro lado, impor às pessoas um dever de viver a todo custo, o que significa, assim, que morrer dignamente nada mais é do que uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, resta concluir que o testamento vital (ou DAVs) não somente devem encontrar espaço no ordenamento jurídico brasileiro, como reconhecer sua validade por meio de lei o que consagra o direito à autodeterminação da pessoa quanto aos meios de tratamento médico a que pretenda ou não submeter (GODINHO, 2010)

Apesar da relevância da temática, não há regulamentação em normas jurídicas. Por representar um interesse bioexistencial, a inércia frente à essa prática corresponderia a uma contradição. Frente ao conceito de situação jurídica subjetiva no lugar do conceito insuficiente de relação jurídica, as DAVs encontram respaldo como negócio biojurídico, de forma que não se admite “esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse.” (PERLINGIERI, 2002, p. 157)

Considerando essa evolução perpassada pelo negócio jurídico, as DAVs apresentam-se como negócio biojurídico, manifestando um interesse jurídico existencial. Nesse contexto, apesar de inexistir relação jurídica em razão da inexistência de direito objetivo, norma geral ou abstrata, que conduza a um direito subjetivo, a preservação da autonomia do indivíduo sobre o próprio corpo constitui um fato de grande relevância, situação jurídica subjetiva, que clama por regulamentação, a qual se estabelece nas balizas da autodeterminação.

Assim, a valoração adstrita aos contratos se alterou, a autonomia primeiramente “da vontade” e então “privada” encontra no termo “autodeterminação” melhor adequação, admitindo, inclusive, que nas relações contratuais privadas, cujo objeto reflita em interesses existenciais, as pessoas sejam livres para autogerirem-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Fragmentos da autonomia e respeito à pessoa: um referencial de múltiplas fontes. In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (org.). Estudos em direito negocial: relações privadas e direitos humanos. 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004

CASADO, María; ROYES, Albert (Coord.). Documento sobre las voluntades anticipadas. Barcelona: Observatori di Bioètica i Dret, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-270. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009, p. 55-56. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Penal-valD_1.pdf. Acesso em: 11 nov. de 2012.

_____, Luciana, Tupinambás, Unai e Greco, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética. 2013, v. 21, n. 3, pp. 463-476. Disponível em: <>. Epub 13 Mar 2014. ISSN 1983-8034.

_____, Luciana. Testamento vital. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 82.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil: teoria geral / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p136.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento jurídico brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n 2545, 20 jun.2010. disponível em: <[HTTP://jus.com.br/revista/texto/15066](http://jus.com.br/revista/texto/15066)>. Acesso em 3 de nov. 2021.

LIMA, Caroline Melchades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com ali-cerce nos contratos existenciais. Civilística.com. a.7, n.3, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MAYNARD, L.; LIMA, I. M.; LIMA, Y.; COSTA, E. Os Conflitos do Consentimento Acerca da Doação de Órgãos Post Mortem no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 16, n. 3, p.122-144, 30 dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>. Acesso em: 22 nov. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.1, n.1, p. 41-66, mai. 2005. ISSN: 1808-2432. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/viewIssue/1917/2/109>. Acesso em: 28 nov. 2021.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Negócios Biojurídicos*. PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais - autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, parte geral*. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 63.

NICOLAU, Noemí Lúcia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño. *Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, v. 16, 2003.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. Paradigma Contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 22, n. 2, p. 244-271, jul.2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA JUNIOR, José Luiz Barbosa. *A Contribuição Da Legislação Portuguesa Para A Efetividade Das Diretivas Antecipadas De Vontade No Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2018.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: *CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA*, 5, 2006, São Paulo. Anais São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 273-283.

RODRIGUES, Renata de Lima apud MOREIRA, Mayana Sales. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao corpo, à saúde e à vida digna. In: *DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada*, 3ª edição. Atlas, 10/2011.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O REGIME DE INCAPACIDADE CIVIL E OS INSTITUTOS DA CURATELA E DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos

Universidade Federal Fluminense. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil
cibelecarneiro@id.uff.br

Bruna Samel Rocha Tostes

Universidade Federal Fluminense. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil
brunatostes@id.uff.br

Giselle Picorelli Yacoub Marques

Universidade Federal Fluminense. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil
gisellepicorelli@gmail.com

1. CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A lei civil brasileira considerava as pessoas com deficiência intelectual como civilmente incapazes, sendo a antiga redação do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) no sentido de que eram absolutamente incapazes “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, e relativamente incapazes “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, e ainda “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (2002). Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ou Convenção de Nova York, de 2007, que foi internalizada no país como Emenda Constitucional por meio do Decreto n. 6.949/2009, as pessoas com deficiência passaram a ser reconhecidas como civilmente capazes, em igualdade de condições com as demais pessoas.¹⁷

¹⁷ O artigo 12 da referida Convenção dispõe que:

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

Tem-se, portanto, que as pessoas com deficiência passaram a ser amparadas internacionalmente, garantindo que os Estados signatários assegurassem o exercício de sua capacidade civil e de direitos civis como o direito à propriedade e à herança. Sendo assim, com o Decreto n. 6.949/2009, os dispositivos do Código Civil sobre a incapacidade relativa ou absoluta de pessoas com deficiência intelectual tornaram-se inconstitucionais, e foram posteriormente revogados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). Atualmente, são considerados absolutamente incapazes tão somente os menores de dezesseis anos, e relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e viciados em tóxico; aqueles que não puderem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente; e os pródigos (Lei n. 10.406, 2002).

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI) foi redigida com base na Convenção de Nova York, disciplinando também a respeito da capacidade civil de pessoas com deficiência, em especial em seu artigo 84, no qual determina que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (2015). Além disso, estabelece que os serviços notariais e de registro devem reconhecer a capacidade legal plena de pessoas com deficiência, não podendo criar óbices ou condições diferenciadas devido à deficiência do solicitante, no artigo 83, e elenca direitos de âmbito existencial que não são afetados pela deficiência no artigo 6^o¹⁸.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. (2009)

¹⁸ Art. 6^o A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

A novel legislação demonstra maior sensibilidade e preocupação com a autonomia e dignidade de pessoas com deficiência, uma vez que deixa de considerá-las como incapazes aprioristicamente, instituindo um novo regime de incapacidades que conta com os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada como instrumentos legais aptos ao amparo de pessoas com deficiência que possam ter a sua autonomia reduzida.

1.1. Curatela

A curatela, assentada nos artigos 84 a 87 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também sofreu alterações legais, sendo, portanto, “medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” que não alcança direitos de esfera pessoal, como “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (Lei n. 13.146, 2015), restringindo-se ao campo patrimonial e negocial. Busca-se resguardar sempre os interesses do curatelado, determinando a lei que a sentença que a institui deve expor as razões e motivações de sua definição, e que o curador deve prestar contas anualmente ao juiz.

Trata-se de instrumento fundamental ao exercício pleno da capacidade civil de pessoas com deficiência que necessitam de auxílio para firmar negócios jurídicos e exercer demais atos civis. Conforme leciona Nelson Rosenvald (2018, p. 114), a curatela deve ser “funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação”. Ou seja, o caráter atual da curatela não mais se assemelha ao antigo procedimento de interdição – termo este eliminado do ordenamento jurídico brasileiro com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e que alude à derrogação de direitos fundamentais e a uma punição a alguém que não cometeu qualquer ilícito, a fim de satisfazer interesses de familiares ou terceiros (Rosenvald, 2018, pp. 114-115).

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (Lei n. 13.146, 2015)

A propósito, Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 34) entende que “os tradicionais processos de interdição não permitiam a análise pormenorizada das vicissitudes circundantes à história de cada pessoa”, e a deficiência era compreendida enquanto patologia, desconsiderando a pessoa em si e as suas características pessoais e experiências que poderiam “interferir substancialmente para o modo como a pessoa responderia às suas limitações psíquicas e/ou intelectuais”, a exemplo do gênero, idade, condição socioeconômica, sexualidade, raça, etc.

Desse modo, a deficiência, em vez de ser encarada como pretexto para a despersonalização da pessoa, deve ser concebida como fato jurídico e característica da pessoa humana em sua diversidade, ligada a uma limitação ambiental (Rosenvald, 2018, pp. 115-116). A definição de pessoa com deficiência da Lei Brasileira de Inclusão, aliás, pressupõe a interação de impedimentos de longo prazo – de natureza física, mental, intelectual ou sensorial – com barreiras, o que dificulta a participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Lei n. 13.146, 2015).

Nesse sentido, de acordo com Rosenvald, a dignidade passa a ter uma atribuição dupla em relação às pessoas com deficiência: uma de eficácia negativa, relacionada ao dever de proteção e respeito, e outra de eficácia positiva, relativa à dignidade em si. A diferença entre capacidade e incapacidade civil, então, deve ser feita pelo motivo de encontrar-se uma pessoa em uma situação que a impede de conformar ou expressar sua vontade, por qualquer motivo, e não pela análise das suas características pessoais. O autor afirma, ainda, que tal impedimento deve ser de caráter absoluto, uma falta de consciência de si e do entorno, sendo insuficiente o instrumento da tomada de decisão apoiada (Rosenvald, 2018, pp. 115-118).

Tratando-se de hipótese em que a curatela é necessária, deve-se observar os interesses, preferências e o bem-estar do curatelado, que guiarão as decisões a serem tomadas, “e não a mera vontade discricionária do curador” (Rosenvald, 2018, p. 118). Além disso:

(...) a curatela será associada a um decreto de incapacidade relativa, substanciado em um projeto terapêutico individualizado, na qual o decisivo será a abordagem da pessoa em sua singularidade, de forma que o termo ‘curatela’ seja compreendido como um grande arco, cuja oscilação possa variar entre medidas de pequena restrição à capacidade (com a preservação quase integral da autonomia e assistência do curador em situações devidamente delimitadas), ao extremo de uma drástica limitação da

capacidade em casos graves, que recomendem uma curatela de ampla extensão, tendo basicamente o curador um acentuado poder de representação sobre os interesses da pessoa curatelada. (Rosenvald, 2018, p. 119)

Verifica-se que o mecanismo da curatela tem caráter extraordinário e circunstancial, contando com um projeto terapêutico individualizado que leva em conta as particularidades e interesses da pessoa com deficiência e que pode variar de acordo com as suas habilidades e limitações. O julgador, então, não pode se limitar a estabelecer a curatela para todos os atos da vida civil – inclusive aspectos existenciais – ou em termos genéricos, sem considerar as características e necessidades do curatelado.

Os comandos legais do Estatuto da Pessoa com Deficiência que fazem tais exigências (artigos 84 e 85) representam um importante passo no reconhecimento da autonomia, independência e dignidade das pessoas com deficiência. A autora Ana Carolina Teixeira (2018, p. 80) explica que a efetivação da dignidade pressupõe que haja uma ampla liberdade de construção de um projeto de vida e da oportunidade de se fazer escolhas e tomar decisões, e o trinômio dignidade, autonomia e responsabilidade permite que se desenvolva a personalidade em todas as suas potencialidades (2018, p. 81).

O fato de que a curatela passou a se limitar às questões negociais e patrimoniais significa o reconhecimento do direito à autodeterminação no que diz respeito às questões existenciais, o que, segundo Vitor Almeida (2019, p. 136), é essencial para o desenvolvimento da personalidade e representa o respeito à autonomia e a valorização da pessoa humana. Ressalta, contudo, que tal liberdade deve ser exercida em um contexto de solidariedade social, onde são contempladas as vulnerabilidades alastradas na sociedade, de maneira a resguardar a autonomia dos “excluídos”, “sob pena de transformar o princípio da dignidade em mero recurso teórico” (Almeida, 2019, p. 136).

Almeida (2019, p. 159) assevera que a autodeterminação, especialmente em relação às questões de esfera existencial, deriva da dignidade da pessoa humana, e não da capacidade civil, e, portanto, a restrição da capacidade não pode denotar a restrição da autonomia. Assim, a averiguação do discernimento para o exercício da autonomia deve ser feita consoante as peculiaridades e circunstâncias individuais, levando em conta a sua maturidade e nível de assimilação quanto ao ato existencial em questão – e esta aferição deve ser realizada apenas quando imprescindível à proteção da dignidade da pessoa (Almeida, 2019, p. 159). A esse respeito, o autor avança:

(...) a dissociação entre autonomia e capacidade é relevante para assegurar as vontades e preferências da pessoa considerada legalmente incapaz, mas que apresenta discernimento para determinados atos íntimos e personalíssimos, como disposição do próprio corpo, autolimitação da privacidade, uso da imagem, criação de vínculos familiares, bem como atos patrimoniais que não importem em efetivo prejuízo ao patrimônio do incapaz, mas necessários para sua independência na vivência cotidiana, como compra de alimentos e equipamentos para sua casa ou serviços. Por isso, embora inegavelmente ligadas, a autonomia privada não se esgota no rígido esquema da capacidade civil. (Almeida, 2019, pp. 159-160)

Diante dos conceitos expostos, nota-se a relevância da manutenção de uma certa independência e liberdade da pessoa com deficiência – particularmente a deficiência intelectual, que pode significar a redução do discernimento e o submetimento ao regime da incapacidade relativa – quanto à tomada de decisões pessoais e existenciais, como a privacidade, a sexualidade e a vida sexual e reprodutiva, a construção de relações interpessoais e uma família, a autodeterminação quanto ao próprio corpo e escolhas relativas à saúde, etc.

Destarte, mesmo que uma pessoa com deficiência seja considerada como relativamente incapaz, nos termos do art. 4º, III do Código Civil (“aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”), e conseqüentemente necessite da curatela, deverá preservar o direito a determinadas escolhas, de acordo com as suas efetivas possibilidades.

1.2. Tomada de decisão apoiada

O instituto da tomada de decisão apoiada foi criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que acrescentou o art. 1.783-A ao Código Civil, dispondo a respeito de processo pelo qual a pessoa com deficiência elenca pelo menos duas pessoas idôneas, de confiança e com as quais tenha vínculos, “para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (Lei n. 10.406, 2002). Cuida-se de negócio jurídico a ser homologado por juiz, em processo de jurisdição voluntária (Menezes, 2018, p. 84), e que deve indicar os limites do apoio a ser oferecido, os compromissos dos apoiadores, o prazo de

vigência e “o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar” (Lei n. 10.406, 2002), conforme determina o § 1º do art. 1.783-A do Código Civil.

Isto posto, a tomada de decisão apoiada é instrumento útil às pessoas que têm a sua capacidade civil conservada, mas que necessitam de apoio para tomar certas decisões e realizar certos atos da vida civil, não se restringindo a sua utilização por pessoas com deficiência. Conforme explica Menezes (2018, p. 86), pode ser uma ferramenta proveitosa também para pessoas idosas, pessoas que sofrem com dependência química, bem como pessoas com mobilidade reduzida ou que tenham “dificuldades individuais específicas” que tornam necessário um apoio mais objetivo.

A principal diferença entre a curatela e a tomada de decisão apoiada é o fato de que, nesta última, a capacidade civil do indivíduo não é restringida, e assim pode-se conceder suporte para o alcance da autonomia efetiva na esfera patrimonial ou existencial, em conformidade com o projeto de apoio formulado (Menezes, 2018, p. 86). Pode-se adotar a tomada de decisão apoiada, por exemplo, para o auxílio na definição do regime de bens do casamento pelos nubentes, o apoio e acompanhamento na realização de cirurgias, procedimentos e tratamentos médicos em geral – inclusive relacionados à saúde sexual e reprodutiva, como utilização de métodos contraceptivos de longa duração, realização de exames de rotina, reprodução assistida, etc –, a assistência à apoiada gestante no acompanhamento pré-natal e no momento do parto e pós-parto, entre outros.

Constata-se, no entanto, que ambos os institutos têm como objetivo o protagonismo do curatelado ou apoiado em suas escolhas e liberdades individuais, de maneira a conceder o “suporte necessário ao apoiado para que este possa realizar as escolhas mais seguras e adequadas aos seus interesses sem riscos de graves prejuízos” (Menezes, 2018, p. 89).

Houve significativa transformação, portanto, no que atine o regime das incapacidades civis, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão, que buscaram promover a autonomia e liberdade de escolha da pessoa com deficiência e limitar os poderes do curador – ou da figura que representa os interesses da pessoa incapaz – às questões patrimoniais e negociais e aos aspectos da vida civil para os quais o indivíduo efetivamente necessita de auxílio.

2. PERSPECTIVAS JUDICIAIS

Com o objetivo de investigar a percepção de julgadores a respeito da capacidade civil da pessoa com deficiência e a transformação legislativa operada nesse sentido, foi realizada pesquisa nas abas de jurisprudência dos sites dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Paraná, com as palavras-chave “pessoa com deficiência”, “deficiência”, “interdição” e “curatela”. Serão elencadas, assim, três decisões judiciais de cada Tribunal, a fim de ilustrar como esses julgadores têm aplicado os comandos do Estatuto da Pessoa com Deficiência que determinam que as pessoas com deficiência devem ter a sua capacidade legal reconhecida em igualdade de condições com as demais pessoas.

2.1. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A primeira decisão judicial a ser analisada, do ano de 2016, discute o pedido de curatela de uma pessoa com deficiência física, qual seja, tetraplegia, sem qualquer redução de discernimento, pelo que foi indeferido o pedido em sede de apelação. Veja-se:

APELAÇÃO. INTERDIÇÃO. PEDIDO DE CURATELA DE PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE. INTERDITANDO PLENAMENTE CAPAZ PARA EXERCER OS ATOS DA VIDA CIVIL. REVOGAÇÃO DA CURATELA ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 1.780 DO CÓDIGO CIVIL PELA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A pessoa, enquanto sujeito de direitos, prende-se, atrela-se, inexoravelmente, à ideia de personalidade. Com isso, não é difícil perceber que a noção de personalidade jurídica é o cerne que sustenta, juridicamente, todas as pessoas, garantindo-lhes um mínimo de proteção fundamental. Se historicamente a personalidade jurídica foi compreendida tão-somente como a aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas, atualmente, reconhece-se que entes despersonalizados podem ser sujeitos de direitos. Assim, a personalidade jurídica há se de ser repensada como um atributo reconhecido a uma pessoa natural ou jurídica para que possa atuar no plano jurídico e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade. Conexo ao conceito de personalidade, exsurge a ideia de capacidade. Enquanto a personalidade tem alcance generalizante, a capacidade jurídica concerne à possibilidade de aqueles que são dotados de personalidade serem sujeitos de direito em relações patrimoniais. (...) Tradicionalmente, portanto, a capacidade é definida como a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres nas relações jurídicas patrimoniais. Isso significa que as

mais diversas relações jurídicas econômicas podem ser realizadas por pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros, representantes ou assistentes, no caso dos incapazes. Diversas razões implicam na mitigação da capacidade de fato, admitindo uma verdadeira diversidade de graus, motivo pelo [qual] se pode ter pessoas plenamente capazes, absolutamente incapazes ou relativamente incapazes. Se a capacidade de direito é inerente a toda pessoa, a capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil pode sofrer limitações em função da sua idade ou estado de saúde. Com isso, importa reconhecer que o incapaz exige um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. Diante dessa falta de compreensão, uma série de medidas protetivas é deflagrada em favor do incapaz, entre elas, direitos diferenciados como a não fluência do prazo prescricional ou decadencial (artigos 198, I, e 208, do CC), a possibilidade de recobrar dívida de jogo ou aposta (art. 814, do CC), a partilha necessariamente judicial (art. 2.015, do CC), entre outros. Não é difícil imaginar porque toda a sistemática da interdição reclama interpretação restritiva, não sendo possível maximizar as hipóteses de incapacidade para atingir pessoas plenamente capazes [sic]. Por essa razão, as categorias de incapacidades previstas nos artigos 3 e 4 do Código Civil devem ser encaradas como excepcionais, de modo que outras situações, mesmo implicando numa diminuição da perfeita compreensão de determinados atos da vida, não ensejam, isoladamente, o reconhecimento de uma incapacidade jurídica. Não é por outra razão que a velhice, por si só, não implica em incapacidade, por mais idosa que seja a pessoa, estabelecendo o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, especial proteção para a pessoa maior de 60 anos, como expressão da universalização do exercício da cidadania. Logo, se a personalidade jurídica implica no reconhecimento de uma proteção avançada e fundamental a toda e qualquer pessoa humana, em contrapartida, existem determinados grupos de pessoas que, por motivos diversos incapacitantes, como a falta de discernimento ou enfermidade, não podem exercer determinados atos patrimoniais sem a assistência ou representação de terceiro. Nesse diapasão, nasce a curatela, encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade. É, portanto, uma forma de proteção a alguém que, embora maior de idade, não possui plena capacidade jurídica, pois falta-lhe capacidade de fato. (...) Com a decretação da interdição, cabe ao curador adotar as providências necessárias para que o incapaz conquiste sua autonomia, recupere plenamente a sua capacidade, além de garantir o direito à convivência familiar e comunitária, como prevê o art. 1.777 do Código Civil. Para tanto, a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do curatelado e dos incapazes que estejam sob a guarda e responsabilidade dele, como dispõe o art. 757 do Novo Código Civil. Trata-se de uma extensão da curatela sobre os incapazes que estão sob a responsabilidade do curatelado, medida que pode ser limitada pelo juízo. *In casu*, Adela Dephina Marques pleiteia a interdição de seu neto,

Leonardo Cordeiro de Oliveira, suscitando, para tanto, a impossibilidade de o referido exercer atos da vida civil, pois portador de tetraplegia de caráter permanente e irreversível. Nada obstante, compulsando os autos, mormente, a entrevista concedida pelo interditando (doc. 26), seu exame pericial (doc. 51/52), bem como o estudo social (doc. 58/59), verifica-se, como bem apontou o sentenciante, que o interditando não possui qualquer comprometimento da sua consciência ou capacidade de exprimir sua vontade, restringindo-se suas limitações àquelas inerentes à deficiência física da qual é portador. Importante consignar, nessa esteira, que a hipótese de curatela de pessoa portadora de deficiência física, outrora prevista no art. 1.780 do Código Civil, fora revogada pela Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/05 [sic], cuja vigência teve início de [sic] janeiro de 2016. Infundada, portanto, a curatela de pessoa com deficiência física que pode exprimir sua vontade, não apresentando qualquer comprometimento mental ou intelectual. Ora, como bem apontou o Ministério Público em 1ª instância, o interesse na interdição tem como finalidade precípua futuramente favorecer o interditando com o benefício previdenciário ao qual a recorrente faz jus atualmente, não tendo relação com o necessário comprometimento de sua capacidade de reger sua própria pessoa e/ou seus bens. Frise-se, por fim, que a administração de seus bens ou de quaisquer outros atos que dependam do seu deslocamento pode ser suprida pela outorga de procuração a recorrente ou mesmo pelo instituto da tomada de decisão apoiada (art. 84, § 2º, da Lei 12.146/05 [sic]) mostrando-se inadequada a decretação da sua interdição. (...) Recurso desprovido. (TJRJ - Apelação Cível nº 0002929-67.2015.8.19.0004 - Relator(a): RENATA MACHADO COTTA, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Data de Julgamento: 15/06/2016, Data de Publicação: 17/06/2016)

Observa-se que, levando em consideração o fato de que a pessoa com deficiência a ser submetida à curatela não tinha “qualquer comprometimento mental ou intelectual”, a Desembargadora indeferiu o pleito da avó para que seu neto fosse interditado, pois seu único interesse era que ele continuasse a perceber o benefício previdenciário ao qual fazia jus à época da decisão – não havendo, portanto, justificativa para a interdição. Assim, no intuito de preservar a capacidade civil do recorrente, nega o pedido de interdição e faz alusão a outras possibilidades das quais o recorrente poderia se valer para garantir a realização de atos que dependem do seu deslocamento, como a outorga de procuração e a tomada de decisão apoiada.

Tais ponderações conduziram ao julgamento no sentido de que a pessoa com deficiência física que não tem qualquer tipo de limitação intelectual e pode exprimir sua vontade sem restrições não deve ser considerada enquanto incapaz, tampouco é válida a instauração de uma curatela em seu favor.

O próximo julgado trata do caso de interditanda com quadro de doença de Alzheimer, tendo se decidido que deve ser submetida à curatela, não cabendo a utilização da tomada de decisão apoiada por não ser ela capaz de exprimir sua vontade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE CURATELA PROVISÓRIA, LIMITADA AOS ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL, À FILHA DA INTERDITANDA, PELO PRAZO DE 180 DIAS. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE QUE, COMO A INTERDITANDA NÃO POSSUI PATRIMÔNIO, MAS TÃO SOMENTE SEU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NÃO HÁ INTERESSE PROCESSUAL NA DEMANDA. POSSIBILIDADE DE SUBMETTER A PESSOA COM DEFICIÊNCIA À CURATELA, AFETANDO, CONTUDO, SOMENTE OS ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. ARTS. 84 E 85 DA LEI Nº 13.146/15 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). INTERDITANDA QUE, SEGUNDO LAUDO MÉDICO, POSSUI QUADRO DEMENCIAL PROGRESSIVO COMPATÍVEL COM DOENÇA DE ALZHEIMER, APRESENTANDO DESORIENTAÇÃO TEMPO-ESPACIAL E LIMITAÇÃO PARA TOMAR DECISÕES, LIDAR COM FINANÇAS E GERENCIAR SEU PRÓPRIO BEM-ESTAR, RAZÃO PELA QUAL NECESSITA DE ACOMPANHAMENTO PERMANENTE DE CUIDADORES E/OU FAMILIARES. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL/INTELECTUAL QUE, NÃO OBSTANTE POSSUIREM CAPACIDADE DE DEIREITO, NEM SEMPRE TERÃO CAPACIDADE DE FATO, PRECISANDO SER SUBMETIDAS, PARA SUA PRÓPRIA PROTEÇÃO, AO REGIME DA CURATELA. FIGURA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA, PREVISTA NO ART. 1783-A DO CÓDIGO CIVIL, NÃO ADOTADA NA HIPÓTESE ANTE A AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DA INTERDITANDA EM EXPRESSAR SUA VONTADE. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AGRAVADA, POIS O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PERCEBIDO POR SUA GENITORA TEM NATUREZA PATRIMONIAL, DE MODO QUE, ESTANDO A INTERDITANDA IMPOSSIBILITADA DE PRATICAR OS ATOS DA VIDA CIVIL COMO A MOVIMENTAÇÃO DE VALORES BANCÁRIOS, NECESSÁRIA SE FAZ A CURATELA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ - Agravo de Instrumento nº 0041217-23.2020.8.19.0000 - Relator(a): MARCIA FERREIRA ALVARENGA, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - Data de Julgamento: 06/10/2020, Data de Publicação: 08/10/2020)

O recurso foi interposto pelo Ministério Público sob a alegação de que não haveria interesse processual, por não ter patrimônio a interditanda, mas apenas benefício previdenciário, o qual foi improvido com a justificativa de que o referido benefício tem natureza patrimonial, e, portanto, tem justificativa o regime da curatela. Elucida a Desembargadora que a interditanda sofre de quadro de demência, com desorientação tempo-espacial e limitação para tomar decisões e lidar com aspectos tanto financeiros quanto ligados ao seu próprio bem-estar. Conclui, então, que deve ser submetida à curatela para sua própria proteção, posto que não possui capacidade de fato.

Tem-se que o caso aludido é hipótese em que a deficiência impõe limitações práticas e efetivas, que impedem a pessoa de conservar a sua autonomia e a possibilidade de fazer escolhas por si mesma, visto que afetada por doença neurodegenerativa. Sendo assim, a sua dignidade somente pode ser garantida por meio da instauração de instrumento jurídico destinado à proteção, qual seja, a curatela.

Por fim, apresenta-se decisão em que a curatelada, mulher maior de idade diagnosticada com retardo mental leve e transtorno de humor, apelou de sentença que julgou procedente a sua interdição, alegando defesa não adequada promovida pela Defensoria Pública:

DIREITO DE FAMÍLIA. PRETENSÃO DE INTERDIÇÃO DE FILHA MAIOR DE IDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO DA CURATELADA, VISANDO À NULIDADE DO JULGADO. 1) A interdição destina-se a resguardar a pessoa incapaz para os atos da vida civil, assim como os seus bens e direitos, devendo visar sempre ao seu melhor interesse. Para que seja decretada, é preciso que a ausência de capacidade do interditando esteja comprovada de modo incontestado nos autos do pedido de interdição. 2) Com o advento da Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela passa a ser medida excepcional, extraordinária, a ser adotada somente quando e na medida em que for necessária, pelo tempo mínimo necessário. 3) No caso concreto, o Autor sustenta que sua filha, nascida em 03/05/1974, não possui condições de orientar sua vontade à prática dos atos civis, necessitando que alguém o represente, o que justifica a sua interdição, afirmando, ainda, que a mesma é portadora do vírus HIV, não promovendo o adequado tratamento à doença sem supervisão. 4) Realizada a perícia médica, por duas peritas distintas, ambas concluíram pela incapacidade da interditanda, tendo em vista ser a mesma portadora de quadro clínico compatível com transtorno de humor e retardo mental leve, com déficit cognitivo moderado, doença que compromete sua capacidade crítica e sua autonomia, necessitando de supervisão de terceiros para atos da vida cotidiana, como subsidiar sua sobrevivência, manipular grandes

somas de dinheiro, cuidar de menores vulneráveis, comprar, vender objetos ou imóveis (indexadores 00105, 00205 e 00704). 5) Insurge-se a mesma, em sede de recurso de apelação, sob o argumento de que a Defensoria Pública não a assistiu adequadamente, oferecendo contestação por negativa geral, não se insurgindo quanto ao laudo pericial de e-fls. 704, além de se limitar a peticionar pela ciência do laudo de e-fls. 105. 6) Como bem ressaltado no parecer da d. Procuradoria de Justiça (fls. 860/863) tais questões se revelam preclusas, uma vez que não foram arguidas no momento oportuno, quais sejam, na primeira oportunidade em que coube à parte falar nos autos, nos termos do art. 278 do CPC. 7) Pontue-se, por oportuno, que a apelante se limita a alegar a nulidade por ausência de manifestação em todos os atos processuais, não mencionado o prejuízo eventualmente advindo de tal situação. Incidência do princípio da *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte. 8) RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJRJ - Apelação Cível nº 0026353-47.2015.8.19.0002 - Relator(a): WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL - Data de Julgamento: 10/02/2021, Data de Publicação: 12/02/2021)

O Desembargador explicita que há necessidade de comprovação de modo incontestado quanto à ausência de capacidade do interditando no processo de interdição, o que efetivamente ocorreu, com laudos no sentido de que a recorrente é incapaz. Sendo ela diagnosticada com transtorno de humor e retardo mental leve, com déficit cognitivo moderado, o julgador constata que a sua capacidade crítica e autonomia ficam prejudicadas, sendo necessária a “supervisão de terceiros” para atos da vida cotidiana. Menciona-se, ainda, o fato de que a interditanda tem HIV (vírus da imunodeficiência humana), não realizando o tratamento médico apropriado sem supervisão, para respaldar a decisão quanto à sua interdição.

É possível observar que, diferentemente do cenário perscrutado na decisão judicial anterior, não se afirma a total impossibilidade de a interditanda exprimir sua vontade, embora se destaque que exige supervisão para a realização de determinadas atividades, incluindo “subsidiar sua sobrevivência” – expressão que pode revelar limitações de diferentes graus, não tendo sido estas especificadas na ementa da decisão, cujo acórdão na íntegra é protegido por segredo de justiça.

2.2. Tribunal de Justiça do Paraná

Na pesquisa realizada nos precedentes do Tribunal de Justiça do Paraná, foram encontradas decisões que limitam o alcance da curatela às questões patrimoniais e negociais – como determina o Estatuto da Pessoa com Deficiência –, bem como julgados que concluíram que a extensão dos efeitos da curatela a todos os atos da vida civil, inclusive os existenciais e pessoais, estava no melhor interesse do curatelado, como se observa:

Apelação Cível. Ação de interdição. Pedido formulado pelo genitor em face da filha portadora de doença mental incapacitante e permanente. Lei n. 13.146/2015 [sic] (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Norma vigente que deixou de considerar a pessoa com deficiência mental ou intelectual, absolutamente incapaz. Curatela para todos os atos da vida civil. Impossibilidade. Restrição aos atos patrimoniais e negociais do interditando. 1. As novas disposições trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) alteraram significativamente as matérias relativas à capacidade e à curatela. E com a nova Lei os art. 3º e 4º do Código Civil – os quais discorrem acerca dos absolutamente e relativamente incapazes, respectivamente – as pessoas com deficiência mental ou intelectual deixaram de ser consideradas absolutamente incapazes. 2. O Estatuto da pessoa com deficiência, a partir de sua entrada em vigor, a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º - não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (...) a pessoa com deficiência é legalmente capaz. (...) De acordo com este novo diploma, a curatela, restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85, caput), passa a ser uma medida extraordinária (5): Art. 85, § 2º. A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. Temos, portanto, um novo sistema que, vale salientar, fará com que se configure como “imprecisão técnica” considerar-se a pessoa com deficiência incapaz. Ela é dotada de capacidade legal, ainda que se valha de institutos assistenciais para a condução da sua própria vida. – grifo meu. (STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. IBDFAM. (...)). 3. Recurso conhecido e não provido. (TJPR - Apelação Cível nº 0000840-26.2018.8.16.0206 - Relator(a): LUCIANO CARRASCO FALAVINHA SOUZA, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Data de Julgamento: 14/06/2021, Data de Publicação: 21/06/2021)

A referida decisão obedeceu aos comandos da Lei Brasileira de Inclusão, ao reafirmar que a curatela é medida excepcional, restrita aos direitos patrimoniais e negociais, e assim denegou o pleito de extensão dos seus efeitos a todos os atos da vida civil. Além disso, salientou que a pessoa com deficiência não mais é

considerada incapaz, conservando a sua capacidade mesmo que conte com institutos destinados à sua assistência. O julgador assumiu, então, posição coerente com o ordenamento jurídico atual e com os princípios da dignidade e autonomia da pessoa com deficiência.

Em sentido contrário, dois outros julgados do mencionado Tribunal de Justiça denotam a possibilidade de que a curatela abarque todos os atos da vida civil, incluindo os da esfera pessoal. O primeiro trata de interditando diagnosticado com síndrome de Down, com “idade mental inferior a 6 anos”:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. INTERDITANDO DIAGNOSTICADO COM SÍNDROME DE DOWN. IDADE MENTAL INFERIOR A 6 ANOS. INCAPACIDADE PARA A PRÁTICA DE QUAISQUER ATOS DA VIDA CIVIL. CURATELA QUE NÃO DEVE SE LIMITAR AOS ATOS PATRIMONIAIS E NEGOCIAIS, SOB PENA DE PREJUÍZO AO PRÓPRIO INTERDITANDO. FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 85 DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DIANTE DA EXCEPCIONALIDADE DO CASO. PRECEDENTE ESPECÍFICO DESTA CÂMARA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. (TJPR - Apelação Cível nº 0015696-91.2019.8.16.0001 - Relator(a): LUIS CESAR DE PAULA ESPÍNDOLA, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Data de Julgamento: 10/02/2021, Data de Publicação: 11/02/2021)

No relatório do acórdão, assevera-se que a autora, em suas razões recursais, relata que o filho, interditando, “não consegue se alimentar sozinho, nem cuidar da própria higiene sem o auxílio de outras pessoas”, além de não ser “capaz de resolver questões complexas como o voto, alistamento militar, sexualidade e matrimônio” (Tribunal de Justiça do Paraná, 2021). Por isso, pleiteou a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de extensão da curatela a todos os atos da vida civil. Em trecho do voto, o Desembargador Relator reitera que há casos excepcionais em que tal extensão deve ser concedida, citando um precedente¹⁹.

¹⁹ “Parte da doutrina e da jurisprudência tem interpretado essa regra de maneira rígida, sem perceber que em casos excepcionais a única solução adequada é estender a curatela a todos os atos da vida do interditando, ou seja, tanto aos atos com conteúdo patrimonial como àqueles sem relevância econômica. Quando a deficiência é irreversível e incapacita a pessoa para as ações cotidianas mais mezinhas, a limitação dos poderes do curador prejudicaria o interditando, que é justamente quem a norma visa proteger. Nesse sentido, esta Câmara já teve oportunidade de acompanhar voto baseado nesse mesmo entendimento:

Deduz o julgador que, devido à natureza da síndrome que acomete o interditando, não há indicações de que seu estado de saúde possa evoluir e que adquira maior autonomia para tomar decisões cotidianas no futuro, não havendo alternativa a não ser determinar a interdição para todos os atos da vida civil (TJPR, 2021). Mais uma vez, ressaltou-se a completa ausência de autonomia do interditando, devido à sua “idade mental” incompatível com a sua idade real (21 anos, à época da decisão).

A segunda decisão em que se deu a mesma interpretação refere-se a interditanda com deficiência intelectual de caráter permanente, que “não possui discernimento sobre as questões mais simples do cotidiano” (TJPR, 2021):

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. PLEITO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CURATELA PARA TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL – POSSIBILIDADE – EXCEPCIONALIDADE DO CASO – INTERDITANDA, FILHA DA AUTORA, QUE NÃO POSSUI DISCERNIMENTO SOBRE AS QUESTÕES MAIS SIMPLES DO COTIDIANO – DEFICIÊNCIA MENTAL DE CARÁTER PERMANENTE – SITUAÇÃO PECULIAR QUE AUTORIZA A MITIGAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL CONTIDA NO ARTIGO 85 DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A FIM DE CONFERIR PROTEÇÃO INTEGRAL À INTERDITANDA. DEVER DE PRESTAR CONTAS TRIMESTRALMENTE – DESNECESSIDADE – INTERDITANDA QUE RECEBE PENSÃO ALIMENTÍCIA EQUIVALENTE A DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS – ÚNICO VEÍCULO REGISTRADO EM SEU NOME, QUE FOI ADQUIRIDO PELA GENITORA E QUE SE ENCONTRA BLOQUEADO PELO JUÍZO DA INTERDIÇÃO – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA EVENTUAL ALIENAÇÃO – CONTAS QUE PODEM SER EXIGIDAS, CASO NECESSÁRIO, PELOS INTERESSADOS E

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO E CURATELA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRETENSÃO DE AMPLIAÇÃO DA CURATELA PARA TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL. POSSIBILIDADE, À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROVA COLHIDA NOS AUTOS.1. Em que pese o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleça que os efeitos da curatela devam ser restritos aos atos de caráter patrimonial e negocial, devem ser resguardadas as situações existenciais e direitos da personalidade, pois o próprio estatuto prevê a submissão do deficiente idoso à curatela, em seu art. 84, § 1º.2. Assim, o instituto da curatela deve ser à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, mormente em casos como o dos autos, em que a prova pericial concluiu que o interditando é portador de esquizofrenia, sendo incapaz de reconhecer valores, fazer escolhas e julgamentos. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR, AC 0004852-38.2012.8.16.0095, Rel. Des^a. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 17.02.2020)” (TJPR, 2021)

MINISTÉRIO PÚBLICO – PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - Apelação Cível nº 0010723-96.2019.8.16.0194 - Relator(a): RUY MUGGIATI, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - Data de Julgamento: 24/05/2021, Data de Publicação: 29/05/2021)

Em sede de relatório do acórdão, cita-se as alegações da recorrente, mãe da interditanda, de que a sentença recorrida limitou indevidamente a incapacidade “aos atos que não sejam de mera administração” e que a interditanda é “portadora de necessidades especiais complexas”, não tendo qualquer condição de gerir a sua própria vida, na esfera pessoal ou patrimonial, atestando as provas juntadas que a incapacidade é absoluta (TJPR, 2021). Ademais, afirma-se que “se percebe, através das características pessoais da interditanda, que esta não tem condições de tomar decisões, de expressar suas vontades de forma consciente e racional, sendo, também, analfabeta” e que “as disposições [do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência] devem ser consideradas levando em conta as peculiaridades de cada caso, considerando as condições de cada pessoa” (TJPR, 2021).

A posição foi acatada pelo Desembargador Relator, que destacou em seu voto que, na hipótese de se achar diante de situação “peculiar e excepcional, na qual a curatela com alcance apenas patrimonial e negocial se mostrem insuficientes para que o interditando seja efetivamente protegido”, os comandos do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência não podem impor obstáculo à extensão da medida, “como é a finalidade do legislador” (TJPR, 2021).

Tem-se, ainda, que foi dispensada a prestação de contas trimestral da curadora quanto aos bens da curatelada – um veículo, utilizado pela curadora e que se encontrava com bloqueio judicial, e pensão alimentícia do genitor no valor de dois salários-mínimos –, entendendo o julgador que “a medida acarretará ônus desnecessário”, podendo exigir as contas quaisquer interessados ou o Ministério Público “apenas em caso de real necessidade” (TJPR, 2021).

A decisão foi proferida, assim, com vistas de atender aos interesses da curatelada, que alegadamente não possuía discernimento para conduzir e gerir a sua própria vida e se autodeterminar de acordo com as suas preferências e vontades, por ter deficiência intelectual – o que foi constatado em laudos médicos mencionados no acórdão. Chama atenção, todavia, a menção, no relatório, ao analfabetismo da interditanda, e posteriormente ao fato de que ela “possui atraso no ensino, estando em início de alfabetização, dependendo de atendimento de inclusão”, bem como que “não quer frequentar a escola, o que revela não ser

capaz de decidir o que é melhor para si mesma” (TJPR, 2021), não ficando evidente quais seriam as suas aptidões intelectuais efetivas.

3. CONCLUSÃO

Conclui-se que as deliberações citadas divergem na interpretação dos dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão a respeito da curatela, ao considerar que os seus efeitos podem abranger questões de cunho pessoal e existencial ou não. De qualquer forma, é possível notar que as habilidades e possibilidades das pessoas com deficiência passando pelo processo de interdição são avaliadas por equipes multidisciplinares, contando o julgador com uma miríade de laudos e pareceres que podem respaldar a sua decisão.

Ainda que a norma legal disponha que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, tal avaliação multidisciplinar pode indicar que a pessoa, considerada em suas particularidades, tem a sua autossuficiência reduzida ou mesmo nula, de modo a necessitar de auxílio constante para atos cotidianos. Essa condição pode advir de doenças neurodegenerativas, como a doença de Alzheimer, ou de síndromes que acarretam diversos tipos de deficiência.

Logo, a dignidade da pessoa com deficiência pressupõe a valorização do indivíduo em suas características, ao mesmo tempo que não o considerando enquanto incapaz ou sujeito desprovido de direitos somente por ter uma deficiência. Ou seja, suas particularidades devem ser analisadas a fim de que o seu melhor interesse seja atendido e quaisquer mecanismos que necessitar, como a curatela ou a tomada de decisão apoiada, viabilizem o exercício de sua autonomia na medida do possível.

Por fim, vale mencionar que algumas das decisões apresentadas foram emitidas em tempos de COVID-19, período que, conhecidamente, evidenciou as disparidades e acentuou as dificuldades sociais, inclusive das pessoas com deficiência. Contudo, por meio da análise de tais julgados não foi possível identificar se, e em que medida, o contexto pandêmico afetou a tutela e a manifestação jurisdicional no tocante a essa parcela da população. É preciso avançar com as investigações nesse sentido.

REFERÊNCIAS

Almeida, V. (2019). A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte, MG: Fórum.

Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

Lei n. 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. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm

Menezes, J.B. (2018). Tomada de decisão apoiada e sua correlação com institutos afins. In G.M.F.N. Hironaka, R.B. Santos (Coord.), *Direito civil: estudos: Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCivil* (pp. 83-103). São Paulo, SP: Blucher. Recuperado de <https://openaccess.blucher.com.br/article-details/04-21233>

Menezes, J.B. (2016). Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, 9 (3), 31-57. Recuperado de <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53>

Rosensvald, N. (2018). A curatela como a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil*, 16, 105-123. Recuperado de <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/233>

Teixeira, A.C.B. (2018). Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, 16, 75-104. Recuperado de <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>

Tribunal de Justiça do Paraná (2021). Apelação Cível n. 0000840-26.2018.8.16.0206. Curitiba, PR: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau L. C. F. Souza. Recuperado de https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000016033771/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000840-26.2018.8.16.0206#integra_4100000016033771

Tribunal de Justiça do Paraná (2021). Apelação Cível n. 0010723-96.2019.8.16.0194. Curitiba, PR: Desembargador Relator R. Muggiati. Recuperado de <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000016959011/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0010723-96.2019.8.16.0194>

Tribunal de Justiça do Paraná (2021). Apelação Cível n. 0015696-91.2019.8.16.0001. Curitiba, PR: Desembargador Relator L. C. P. Espíndola. Recuperado de <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013933101/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0015696-91.2019.8.16.0001>

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2016). Apelação Cível n. 0002929-67.2015.8.19.0004. Rio de Janeiro, RJ: Desembargadora Relatora R. M. Cotta. Recuperado de <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.001.36250>

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2020). Agravo de Instrumento n. 0041217-23.2020.8.19.0000. Rio de Janeiro, RJ: Desembargadora Relatora M. F. Alvarenga. Recuperado de <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000495D4AC6CA30654A59706BA776DF18AA1C50D281D5804>

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2021). Apelação Cível n. 0026353-47.2015.8.19.0002. Rio de Janeiro, RJ: Desembargador Relator W. F. P. Rêgo. Recuperado de <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2020.001.97526>

PAINEL 2:
**Relações internacionais,
instituições jurídicas e direito
comparado**

LA LEY EN ISRAEL: UNA CUESTIÓN DE SALVACIÓN

Alejo Manuel Diz Franco

Escuela Internacional de Doctorado - Ourense

Ya llegan días —oráculo del Señor— en que haré con la casa de Israel y la casa de Judá una alianza nueva. No será una alianza como la que hice con sus padres, cuando los tomé de la mano para sacarlos de Egipto, pues quebrantaron mi alianza, aunque yo era su Señor —oráculo del Señor—. Esta será la alianza que haré con ellos después de aquellos días —oráculo del Señor—: Pondré mi ley en su interior y la escribiré en sus corazones; yo seré su Dios y ellos serán mi pueblo¹.

Con estas palabras, el profeta Jeremías describe el pacto de fidelidad entre Yahvé y su Pueblo, Israel. Llama la atención, que una relación de Dios con su pueblo predilecto sea a través de un conjunto de normas, pero, en realidad, la Ley, así, con mayúsculas, va a ser para el Pueblo Elegido la manera de poder comprender cuál es la voluntad de Dios para con ellos y, por lo tanto, será, además de un conjunto de normas que regulen su vida, objeto de culto.

Por su parte, Federico Fernández de Buján afirma que

La ley, en la etapa de esplendor democrático, es la máxima expresión de la voluntad democrática, si bien ésta se forma con la de aquellos que tienen derechos de participación en asuntos públicos. [...] La Ley se promulga para lograr una mejor convivencia entre los hombres, la concordia, *homonía*; elevar el nivel de moralidad pública; proteger los derechos personales; y evitar la violencia y la arbitrariedad².

Sirva esta definición para poder encontrar la diferencia radical que motiva este artículo: la Ley en Israel es el camino que garantiza al ser humano la salvación; la ley, en otras sociedades antiguas y en las democracias actuales, regula la conducta humana y ayuda a un bienestar social, sirve de freno a la maldad humana. Por su parte, la Torah está motivada por el premio, por la ganancia: la de una vida eterna junto a Yahvé. El mismo Jesús, además de no quebrantar la

¹ Jr 31, 33

² F. Fernández de Buján, *El Derecho, creación de Roma. Meditaciones universitarias de un académico*, Madrid, 2018, p. 141 s.

Ley mosaica en ningún momento, “afirmó rotundamente la validez de la Ley en su conjunto como único medio de salvación”³.

La Torah, pues, no solamente es un código legal para regular la convivencia, sino que el judío considera que su cumplimiento es la única vía para agradar a Yahvé y, por lo tanto, es el camino que le asegurará la salvación. Se trata, pues, a diferencia del concepto aséptico de Ley, un concepto que forma parte de su propia identidad como pueblo y, a su vez, posee una dimensión tanto teológica como escatológica.

1. EL CONTENIDO DE LA LEY.

La Ley veterotestamentaria es amplia, y dado que la codificación del Derecho nace con el Derecho romano, no se puede esperar encontrar en el AT un código legal estructurado. Como bien señala Berman, la concepción actual de la Ley, tanto la derivada del Derecho anglosajón, así como la del derivado de la Revolución francesa, hace que resulte de difícil comprensión el concepto Ley aplicado al contenido del Pentateuco, pero ello no es óbice para que pueda ser considerada como tal ya que, a pesar de las múltiples peculiaridades que se describirán en este breve estudio, se ajusta a la definición comúnmente aceptada de Ley⁴. Todavía, y aun teniendo en cuenta el carácter teocrático de la sociedad medieval, no se podría ni siquiera comparar tampoco la ley de esta época a la veterotestamentaria, ya que aunque la motivación de muchas leyes puede tener un fuerte carácter religioso, el gran peso de la legislación romana hace que, tanto a nivel civil como penal se Mantega una legislación aséptica, al margen del carácter religioso de las instituciones⁵. Una característica que dificulta la comprensión de la legislación del Antiguo Testamento es que los textos legales que se encuentran en el Pentateuco se entremezclan con relatos históricos y forman parte de ellos, lo que complica sobremedida su clasificación. Conviene no perder de vista que la expresión relatos históricos debería ir entrecorrida ya que, como bien indica Klein, los relatos del Pentateuco no son propiamente relatos históricos tal y como

³ A. Piñero, *Guía para entender el Nuevo Testamento*, Madrid, 2016, p. 194.

⁴ J. Berman, *The History of Legal Theory and the Study of Biblical Law*, *The catholic biblical quarterly*, 76, 2014, pp. 19 – 39.

⁵ G. Suárez Blázquez, Régimen jurídico romano-visigodo del suelo (Dominio-Posección-Comunidad de bienes-Superficie) y su encuentro feudal con Gewere Y Seisin (s. V d.C. - s. XIII d.C.), *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Sección historia de Derecho europeo* 43, 2021, pp. 412 ss.

lo entenderíamos a día de hoy, sino que se trata de textos narrativos de muy diversos géneros, y realmente el núcleo del Pentateuco es la Torah, es decir, todo el contenido legislativo⁶. A pesar de las dificultades que entraña esta peculiar manera de presentar la Ley, existe un consenso bastante generalizado en cuanto a su clasificación, que suele ser en tres grandes códigos, a la se añaden otras tres pequeñas colecciones⁷:

Código de la Alianza: está contenido en el libro del Éxodo, y comienza con los mandamientos que Yahvé da a su Pueblo en la persona de Moisés, que actuará como transmisor. Se trata de un conjunto de normas variadas, algunas centradas en la vida cotidiana, llegando a normativizar elementos diarios muy básicos y, por otro lado, normas religiosas, tanto de carácter moral como cultural. Se caracteriza por ser mucho más moral que cultural, y el Dios que está detrás de este código es el Dios de la conciencia, lo que supone que el ser humano debe aumentar en su ascesis para llegar a Él⁸.

Código Cultural: es una segunda redacción del Código de la Alianza, y viene presentado como una segunda Alianza que da Moisés después de la rotura de las Tablas de la Ley, aunque el contenido sea, prácticamente, idéntico.

Código Deuteronomico: contiene en su extensión la ley mosaica, que se podría dividir en preceptos religiosos, poniendo especial relieve en la centralidad del culto en Jerusalén, preceptos relativos a la organización social, normas de carácter familiar y criminal, para terminar con un discurso panegírico de la Ley misma, haciendo hincapié en la responsabilidad del creyente para con la Torah, ya que es el objeto palpable de la Alianza con Yahvé.

Decálogo: una vez más, dos decálogos que rigen la vida del judío, uno en el libro del Éxodo y otro en el del Deuteronomio. Son dos versiones de un mismo texto con redacciones diferentes, siendo el segundo mucho más amplio y detallado que el primero ya que, aunque contiene las mismas normas, insiste en la motivación de las normas, y las detalla, a veces, hasta el extremo.

Código de Santidad: la curiosidad de este código radica en el hecho de que el israelita debe alcanzar la santidad manteniendo su identidad, esto es, siendo

⁶ L. Klein, *Discusión sobre la Biblia*, Barcelona, 1967, pp. 30 – 33.

⁷ Cf. L. Vegas Montaner, *La Ley en el Antiguo Israel*, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*. Anejos, 2004, XI, pp. 119 – 122.

⁸ H. Cazelles, *Pentateuque*, en AA. VV., *Supplément au Dictionnaire de la Bible*, Tomo 7, París, 1966, pp. 757 ss.

fieles al culto a Yahvé y abandonando o alejándose de los cultos extranjeros. Esta idea de santidad consistirá, por lo tanto, en una separación de lo profano, que conllevará, consecuentemente, la consagración de Israel a Yahvé⁹. Fue184, probablemente, compuesto durante el exilio, de ahí la insistencia en mantener las propias costumbres religiosas, que son las que garantizan la identidad sociocultural. De hecho, parece haber sido redactado con la intención de reprobar las costumbres paganas, ya que su contenido gira en torno al matrimonio, la vida sexual, las fiestas, el descanso propio del sábado, así como una exaltación de la Ley mosaica y una advertencia de las ventajas que conlleva su cumplimiento.

Código Sacerdotal: es el más variado de todos los códigos que se transmiten en el AT, pero entraña especial dificultad al estar las leyes dispersas a lo largo de todo el Pentateuco, sin conexión entre ellas e inmersas, en muchos casos, en medio de relatos históricos. El código está bien asentado, ya que busca la razón teológica de todas las normas; será posiblemente esta la razón por la cual está unido a relatos que justifiquen el origen trascendental de las normas. Otra de las características que no se puede pasar por alto es la de que contiene preceptos de todas las etapas históricas. Muchos de estos preceptos provienen de la época postexílica, introducidos por Esdras en el Pentateuco, y serían los que finalizarían de manera definitiva la Torah¹⁰.

Finalmente, existen otras unidades menores con leyes sobre los sacrificios, la pureza y las fiestas, así como disposiciones dispersas que no se pueden encuadrar en ninguno de los códigos anteriormente descritos.

2. LA ALIANZA DE YAHVÉ CON SU PUEBLO.

La relación de Israel con Dios se realiza a través de una Alianza. Ésta es la manera que el Pueblo, en sus orígenes, tiene para darle forma concreta a la idea de Dios, a similitud de los pactos tribales que se llevaban a cabo entre estas sociedades primitivas¹¹. Encontramos, pues, en el AT cuatro grandes Alianzas que Yahvé realiza con Noé, Abraham, Moisés y David, que muestran que Yahvé es

⁹ E. Gonzáles, Santidad sacerdotal y santidad de Israel. Dos ideas relacionadas en el libro del Levítico, *Annales Theologici*, 33, II, 2019, pp. 491 s.

¹⁰ H. Cazelles, Pentateuque, en AA. VV., Supplément au Dictionnaire de la Bible, Tomo 7, París, 1966, pp. 781 - 783.

¹¹ M. García Cordero, *Problemática de la Biblia. Los grandes interrogantes de la Escritura*, Madrid, 1971, pp. 142 s.

un Dios personal que se preocupa por su Pueblo Elegido, y éste se compromete a comportarse con Él de manera fiel, reconociéndolo como su único Dios y asumiendo una serie de preceptos morales que permitan la autenticidad de ésta relación con Él.

El término Alianza es desconocido fuera del Pueblo de Israel para designar la relación de la divinidad con las personas y, lo más probable, es que su origen se remonte a las relaciones de vasallaje que existían en el mundo oriental en épocas arcaicas, y que suponía una disponibilidad y fidelidad absolutas del vasallo hacia su señor¹². Esta Alianza, entre sus muchas originalidades, tiene la de que es Dios el que sale al encuentro de los seres humanos para establecer esa relación, para que sean propiedad suya, para que se conviertan en el Pueblo de su elección, en un aparte del resto de naciones; y así, llega a un pacto con ellos, exige un compromiso para que Israel pueda ser la niña de los ojos de Yahvé¹³.

Es de justicia señalar también que esta Alianza tampoco se asemeja a las alianzas humanas en las formas. En primer lugar, no se trata de un intercambio de deberes y beneficios, sino que se trata de un pacto basado en la confianza y en el afecto mutuo, que traerá como beneficio el bien para la persona¹⁴. Se trata, pues, de un pacto establecido en base a una relación personal entre la humanidad y la divinidad, una relación que, a decir de los profetas, será de amor de Yahvé hacia su Pueblo: «Porque yo, el Señor, tu Dios, te tomo por tu diestra y te digo: «No temas, yo mismo te auxilio». No temas, gusanillo de Jacob, oruga de Israel, yo mismo te auxilio —oráculo del Señor—, tu libertador es el Santo de Israel»¹⁵.

El ritual de la Alianza es siempre con sacrificios de animales. En el caso de Noé, sacrifica animales de toda especie y se los ofrece a Yahvé en holocausto, quien al aspirar el olor aplaca su ira y decide establecer una alianza con todos los seres vivientes, y deja una señal visible de la misma, un elemento de la naturaleza que les recuerde que «el diluvio no volverá a destruir a los vivientes»¹⁶. La Alianza con Abraham, que se va desarrollando a partir del capítulo 15 del Génesis, comienza con una serie de promesas personales consistentes en una tierra y una

¹² P. M. Bogaert et al., *Ley, Diccionario enciclopédico de la Biblia*, Barcelona, 1993, p. 44.

¹³ M. García Cordero, *Teología de la Biblia I. Antiguo Testamento*, Madrid, 1970, pp. 140 s.

¹⁴ J. S. Torres Muñoz, La “Alianza” como elemento articulador de la propuesta ética de la religión del antiguo Israel, *Franciscanum. Revista de las ciencias del espíritu*, 145, 2007, pp. 46 s.

¹⁵ Is 41, 13 – 14.

¹⁶ Gn 9, 15.

descendencia muy numerosas¹⁷. Es curiosa la firma del pacto con Abraham, a través de un ritual muy arcaico en el que se parten los animales por la mitad y se colocan enfrentadas, dejando un espacio en el medio para que por él pasé Yahvé y así firme este pacto¹⁸. Para que el naciente Pueblo de Israel posea un signo distintivo de esta Alianza, después de prometerle para él y su descendencia la tierra que habitan, manda a Abraham que circuncide a su primogénito, Ismael, costumbre que se habrá de guardar, a partir de ese momento, con todos los varones al octavo día de nacer¹⁹.

La Alianza que Dios contrae con Israel en el desierto es mucho más compleja y sofisticada. En primer lugar, es un pacto que queda por escrito, y es Yahvé mismo quien, en un primer momento, la escribe con sus propias manos. Esas tablas de la Ley, las segundas, dictadas por Yahvé a Moisés, serán objeto de culto, y se depositarán en el Arca de la Alianza, que irá siempre con el Pueblo hasta que se establezca en la Tierra Prometida, como signo de la presencia continua de Yahvé con su Pueblo Elegido: esta arca será un santuario para que Yahvé habite en él²⁰. Esta Alianza mosaica va unida intrínsecamente a la Ley que Yahvé les da: el Pueblo de Israel se mantiene fiel a la Alianza con Dios a través del cumplimiento de todos los mandatos que están contenidos en la Ley.

El último gran pacto que Yahvé establece con su pueblo lo acuerda con David: le promete que, de su descendencia, que será siempre real, surgirá el mesías. David, por su parte, se compromete a construir un Templo para que habite Yahvé ya que, a través de Natán, le manda decir: “Desde el día que hice subir de Egipto a los hijos de Israel hasta hoy, yo no he habitado en casa alguna, sino que he estado peregrinando de acá para allá, bajo una tienda como morada [...] Al que salga de tus entrañas le afirmaré su reino. Será él quien construya una casa a mi nombre y yo consolidaré el trono de su realeza para siempre”²¹.

¹⁷ Realmente se trata, según algunos autores, de dos alianzas que tienen un intermedio y que la segunda sería una profundización de la primera, con un intermedio que ayudaría al patriarca a la reflexión acerca de su relación con Dios y de las promesas que le hace. (Cf. F. García López, *El Pentateuco. Introducción a la lectura de los cinco primeros libros de la Biblia*, Navarra, 2012, pp. 103 – 106).

¹⁸ F. J. Stendebach, *La Alianza con Abraham*, en AA. VV., *Exégesis bíblica*, Madrid, 1979, pp. 45 s.

¹⁹ Gn 17.

²⁰ Ex 24, 12 – 25, 22.

²¹ 2 Sm 7, 6. 12 – 13.

Estas cuatro Alianzas muestran la voluntad divina de querer tener una relación de amistad, amor, cordialidad con el ser humano. Llega a ellas a través de una serie de condiciones que el ser humano deberá asumir para poder disfrutar de los beneficios de ser el Pueblo Elegido. Estas condiciones vienen dadas por la Ley, que es la voluntad de Yahvé concretada en acciones concretas.

3. LA LEY COMO CONTENIDO DE LA ALIANZA.

Lo primero que cabe señalar es que no es posible concebir la Ley veterotestamentaria con los criterios actuales de lo que es la Ley, como ya ha quedado dicho. En primer lugar, se trata de una ley con contenido innovador para su época, ya que promueve la abolición de las diferencias sociales y proclama, a su modo, y salvando las distancias históricas, el principio de igualdad de todos ante la Ley²².

Para continuar, es necesario precisar que la recopilación de leyes más antiguas de los israelitas, contenida en el libro de la Alianza²³, se trata de un documento escrito por Moisés y leído públicamente ante el pueblo, y esta lectura solemne pone de manifiesto que este conjunto de normas va a ser el aspecto esencial de la Alianza que Yahvé establece con Israel²⁴. Es tal la importancia que revista, que se puede afirmar que la Ley “es expresión del querer divino y, en relación con ello, cercana al corazón del hombre [...] Es un regalo de Dios, una revelación que promete dicha y vida”²⁵.

El término *Torah*, en los primeros momentos, se utiliza con un contenido jurídico pero, con el paso del tiempo, conforme Israel va tomando conciencia de ser el Pueblo Elegido, la Ley va a ser sinónimo de Revelación: Dios se da a conocer, establece una Alianza con ellos y el contenido de esa Alianza va a ser la Ley, que no será otra cosa que la voluntad de Dios, en cuyo cumplimiento está la salvación de todos los que se acogen a ella²⁶.

²² J. L. Ska, *The Law of Israel in the Old Testament*, en M. Siebeck, *The Exegesis of Pentateuch. Exegetical Studies and Basic Questions*, Tubinga, 2009, p. 198.

²³ Ex 20, 21 – 23, 19.

²⁴ J. Blenkinsopp, *El Pentateuco. Introducción a los cinco primeros libros de la Biblia*, Navarra, 2001, p. 254.

²⁵ J. B. Bauer., *Ley, Diccionario de teología bíblica*, Barcelona, 1967, p. 571.

²⁶ S. Ausin, *La Ley y el hombre en el Antiguo Testamento. Reflexiones en torno al Decálogo*, en AA. VV., *Ética y teología ante la crisis contemporánea: I Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Navarra, 1980, p. 324.

El carácter divino de esta Ley y su relación con la Alianza, viene marcado por dos características que la hacen muy diversa de las otras leyes o códigos legales existentes. En primer lugar, en la época en la que surge la legislación veterotestamentaria, las leyes de las naciones eran promulgadas por los reyes. En el caso de Israel, el legislador es Moisés y, ni siquiera en la época de la monarquía, se atribuye ninguna de las leyes a los reyes, ni siquiera David o Salomón aparecen como legisladores. En segundo lugar, todas las leyes se promulgaban para un territorio; en el caso de Israel, la Ley se da en el desierto, antes de que los israelitas tuvieran una tierra, por lo que se trata de una norma que trasciende todo tiempo y lugar, y es concebida como válida en cualquier situación²⁷.

Estas características no vienen dadas porque Israel sea un pueblo ajeno a la cultura oriental de la época, sino que la originalidad de la Alianza trasciende las estructuras sociales de la época y del ambiente, pero siempre teniendo como base el mundo en el que viven. Esto quiere decir, en primer lugar, que Yahvé, que es el legislador último y, como ya se ha dicho, el iniciador de la Alianza, es concebido por Israel como su rey y, aun en la época de monarquía, la realeza davídica o salomónica están sometidas a la voluntad del Rey de reyes. Israel reconoce a Yahvé como su rey: “Porque Dios es el rey del mundo: tocad con maestría. Dios reina sobre las naciones, Dios se sienta en su trono sagrado. Los príncipes de los gentiles se reúnen con el pueblo del Dios de Abrahán; porque de Dios son los grandes de la tierra, y él es excelso”²⁸. Así, siendo Yahvé el legislador, la Ley es voluntad divina; no se trata, como en las culturas circundantes, de una recopilación de decisiones jurídicas, sino que se trata de una norma definitiva, eterna e inmutable. Los reyes israelitas estarán sometidos a la Torah, tendrán una ley por encima de ellos a la que se deberán someter, no tendrán capacidad para modificarla, porque también ellos son sujetos de la Alianza, y la Ley es el objeto de la misma. La consecuencia de esto es que Israel es un reino de sacerdotes²⁹, ya que son todos hijos del rey, que es Dios, y por lo tanto están consagrados a su servicio³⁰.

Los israelitas, por lo tanto, entienden la promulgación de los mandamientos por parte de Yahvé como un acontecimiento salvífico de primer orden,

²⁷ J. L. Ska, *The Law of Israel in the Old Testament*, op. cit., pp 208 s.

²⁸ Sal 47 (46), 8 - 10.

²⁹ Ex 19, 4 - 6.

³⁰ R. Brague, *La Ley de Dios. Historia filosófica de la Alianza*, Madrid, 2011, pp. 61 - 66.

ya que con él se cierra la Alianza y el Pueblo sabe a qué atenerse. Con el cumplimiento de la Ley, el Pueblo sabe a qué atenerse, pues Yahvé ha mostrado ya su voluntad y, a la vez, los va configurando como sociedad: son el Pueblo Elegido por Yahvé para establecer su Alianza, y esto se pone de manifiesto, en la práctica, cumpliendo la voluntad de Dios, objetivada en toda la Ley que él les da a través de Moisés³¹.

Ley y Alianza serán, por lo tanto, interdependientes: la una no existe sin la otra; no se puede entender la Ley sin la Alianza ni la Alianza sin la Ley, ya que una se hace dependiente de la otra, y viceversa. La complejidad de esta afirmación radica en el hecho de que la Alianza se establece por medio de la Ley y, a su vez, la identificación del Pueblo con la Ley viene dado por el hecho de que es el objeto de la Alianza: Israel es el Pueblo Elegido de Yahvé porque Éste ha establecido una Alianza con ellos y ellos la aceptan de manera objetiva y concreta cumpliendo los términos de ésta, que no son otros que los contenidos en la Ley³².

En el capítulo 9 del libro del Deuteronomio vienen plasmadas las condiciones de la Alianza: Dios establece que les da una tierra para que habiten a perpetuidad pero, a la vez, les deja claro cuál es la razón por la que les hace esa donación y no es otra que la justicia con la promesa hecha con los antepasados de los peregrinos en el desierto. Así, Israel recibe de Yahvé la salvación a través de esta Alianza, pero por la fidelidad de Yahvé a ésta y no porque Israel tenga derecho a ello por cumplir los preceptos contenidos en el pacto: Israel cumple porque es su obligación, pero el cumplimiento de la obligación no es lo que salva en sí, sino la promesa de salvación hecha por Yahvé³³. A este respecto se manifiesta S. Pablo al afirmar que “Si somos infieles, él permanece fiel, porque no puede negarse a sí mismo”³⁴.

Israel, por su parte, no siente la Ley como una imposición a la fuerza, sino que forma parte de su decisión de asumir la Alianza, y no asumen un mal pacto, ya que éste le garantizará, según Ska, tres cosas muy importantes y, dicho sea de paso, muy poco frecuentes en las sociedades de aquel tiempo: igualdad

³¹ H. D. Preuss, *Teología del Antiguo Testamento. Volumen I. Yahvé elige y obliga*, Bilbao, 1999, pp. 149 - 151.

³² A. S. F de Pomposo, *La Torah: una lectura desde la complejidad*, *Quarentibus*, 3, 4, 2015, pp. 79 - 85.

³³ N. Lohfink, El desarrollo del concepto de Alianza en el Deuteronomio, *Selecciones de teología*, 5, 1966, p. 5.

³⁴ 2 Tm 2, 13.

ante la Ley, desarrollo de la Ley según van surgiendo sus necesidades y un consenso acerca de las bases de la Ley³⁵. En primer lugar, la Ley dictada por Yahvé es igual para todas las personas, independientemente de cuál sea su rango, su posición social o su *status*; de hecho, al no ser una ley de promulgación real, hace que incluso los reyes estén sometidos a ella, porque están sometidos a la voluntad de Yahvé, ya que también son partícipes de la Alianza. En segundo lugar, la Ley de Israel es, por su origen divino, inamovible, pero se va modificando conforme van cambiando sus circunstancias y situaciones. En último lugar, al tratarse de un pacto, requiere el consentimiento del pueblo, lo que supone que el pacto está fundado en la anuencia de Israel con las condiciones de la Alianza.

Para finalizar, es conveniente precisar qué tipo de Derecho es el que surge de la Alianza, ya que vuelve a tratarse de una originalidad con respecto al Derecho del Mundo Antiguo: el Derecho que aparece en el Pentateuco es una unión del *ius* y del *fas*. Como bien señala Ska, la vida de Israel, en términos absolutos, es una liturgia, una vida de servicio a Dios, por lo que ningún aspecto de su vida se puede entender sin la presencia de Dios y sin lo sagrado. En el cumplimiento de la Ley está la salvación y el delito es concebido, así mismo, como pecado. A través de la Alianza, Yahvé da a su Pueblo una nueva condición que les confiere esa dignidad sacerdotal, que supone que toda su vida sea, en definitiva, un culto a Yahvé³⁶.

CONCLUSIÓN.

El Pueblo de Israel es el Pueblo de la Alianza. Yahvé se fija en ellos para que sean sus predilectos y pide, como contrapartida a este beneficio, que se lean fieles a través del cumplimiento de una serie de normas, que son las que estructuran la Alianza.

La identificación del Derecho de Israel con el contenido de la Alianza hace que este Derecho sea la unión del Derecho civil con el religioso, ya que en la concepción israelita no existe diferencia entre lo sagrado y lo mundano, ya que toda su vida es culto a Yahvé. Éste exige a su Pueblo que le sean fieles, y esta fidelidad estará basada en el culto absoluto a Yahvé y un abandono de los cultos

³⁵ J. L. Ska, *The Law of Israel in the Old Testament*, op. cit., pp 210 - 212.

³⁶ J. L. Ska, *Introducción al Antiguo Testamento*, Santander, 2012, pp. 50 s.

y costumbres extranjeras, lo que supone una fuerte identidad de Israel como Pueblo, que en su Derecho da plenitud al pacto vital que contraen con Yahvé, que no es otro que la Alianza.

O USO DO HOWEI TEST NA REGULAÇÃO DE TOKENS NO BRASIL E EM PORTUGAL E SUA IMPORTÂNCIA COMO FERRAMENTA PARA EVITAR NOVAS CRISES ECONÔMICAS

Alexandre Magno Antunes de Souza

Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC UFF). Niterói – Brasil.

E-mail: alexandreantunes@id.uff.br

Rachel Bruno

Doutoranda em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Lisboa – Portugal.

Professora da Universidade Federal Fluminense (UFF) na disciplina Direito

Empresarial. E-mail: rachel_bruno@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Com a COVID-19 houve aceleração no processo de migração dos meios analógicos para os digitais e isso também sucedeu com a forma de fazer negócios. O receio de não se ter dinheiro em face de um possível colapso econômico advindo da crise sanitária se tornou no cenário ideal para que a tokenização da economia se tornasse no nicho perfeito para que as pessoas fizessem sua reserva de valor.

Além dos criptoativos em si como o Bitcoin, os tokens de investimento ganharam cada vez mais espaço. O receio era de que o Estado não desse conta de uma possível crise. O problema, contudo, é que alguns desses tokens podem não passar de “ouro de tolo” e sem qualquer segurança jurídica, o risco de o mundo passar por uma nova catástrofe econômica como sucedeu em 1929 e 2008 seria grande. Essas crises não afetam apenas investidores, mas destroem todo o mercado e colocam nações na miséria trazendo desemprego e fome, sendo que os únicos beneficiados são os especuladores e até mesmo os fraudadores que montam seus esquemas Ponzi e de pirâmide financeira.

A solução, então, seria diferenciar o que seria mero token sem promessa de ganhos com esforços de terceiros e o que seriam apenas tokens que representem commodities digitais. Sob esse *prima*, antes mesmo de haver a chamada Revolução 4.0, com a digitalização da economia e a tokenização dos investimentos, a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS — Supreme Court Of The United States) ainda no ano de 1946 criou uma fórmula que se mostra bastante atual: *Howey Test*.

Ao analisar um caso envolvendo a Securities and Exchange Commission (SEC) e um grupo empresarial da Flórida chamado William John. Howey Company, a SCOTUS tinha uma grande responsabilidade nas mãos. Ao mesmo tempo que teria de decidir a vida de pessoas que haviam aplicado dinheiro num negócio efetuado com a Howey Company, ela devia solucionar o problema da lacuna deixada pela “Securities Act of 1933” naquele caso, o que serviria futuramente como precedente a outros casos concretos semelhantes.

O cenário que levou os Estados Unidos a criarem a primeira norma de regulação no mercado de capitais foi de grande miséria deixada pela quebra da bolsa de Nova York em 1929. Antes de haver esse “crash de 1929”, o mercado financeiro era um real vale tudo. A regra era de que todos deveriam ser ricos e o caminho era aplicar no mercado até que a mão invisível desse mercado deu espaço para que companhias vendessem pedaços de vidro como diamantes sob a promessa de fácil rentabilidade. A “Securities Act of 1933” pôs um freio sobre os contratos de investimentos, devendo esses serem antes aprovados pela SEC.

O grupo Howey Company, porém, inovou. A Companhia resolveu vender lotes de terras para terceiros, mas como a maioria dos compradores não tinha experiência em plantações, a Howey-In-The-Hills-Service (empresa participante do grupo) contratou com essa maioria um serviço de manutenção dos pomares de laranjais pela Service com promessa de rentabilidade aos contratantes.

Na visão da SEC, esse tipo de contrato era de investimento e necessitaria da sua autorização para ser ofertado para as pessoas. O órgão, então, levou o caso à Justiça dos EUA e a discussão terminou na Suprema Corte daquele país.

A questão é que o precedente para o mercado de capitais nos Estados Unidos se tornou parâmetro para reguladores de todo o mundo e pode ser uma ferramenta capaz de contribuir com o desenvolvimento econômico dando uma mínima margem de segurança jurídica capaz de evitar fraudes no mercado.

A solução apresentada pela SCOTUS se mostra atual em plena era em que se fala em Blockchain e Criptoativos. Mesmo não havendo regulação sobre Bitcoins e outros mais de 6 mil ativos criptografados, há casos em que os tokens ofertados se assemelham aos contratos de investimentos. Há mesmo tokens que não são de criptomonedas, mas baseados em outros ativos.

Nesses casos, parece cabível a atuação dos reguladores de proteção aos investidores para que não deixem o mercado de capitais como terra de ninguém. A questão é diferenciar os “utility tokens” dos “security tokens”, sendo que a

segunda espécie é contrato de investimento. A resposta, portanto, está no chamado Howey Test criado pela SCOTUS.

Tendo em vista a importância do caso tanto por ter dado definição ao que seria contrato de investimento e suprindo assim uma lacuna da “Securities Act of 1933” quanto pela sua atualidade, foi analisado neste trabalho o cenário em torno do caso, bem como até que ponto a decisão influenciou o Direito brasileiro e a regra da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) em Portugal.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Foram analisados elementos da decisão no caso “SEC v. Howey Co.” e de sua influência na atuação dos reguladores no Mercado de Capitais Brasil e em Portugal.

O artigo foi dividido em quatro tópicos. Na primeira parte foi abordado o caso “SEC v. Howey Co.” até a decisão da SCOTUS, bem como os fatos que levaram os Estados Unidos a criarem a “Securities Act of 1933”.

No tópico seguinte, há uma discussão sobre a importância do Teste Howey para se diferenciar “security tokens” de “utility tokens” e como a ausência de regulação clara pode impactar numa nova crise econômica afetando o desenvolvimento social, conforme sucedeu em 1929 e 2008. Nessa parte do trabalho, foram considerados o mercado de criptoativos e as chamadas ICOs (Initial Coin Offerings), bem como a venda de tokens por empresas espalhadas pelo mundo.

No terceiro tópico, há o destaque para a legislação brasileira sobre Valores Mobiliários e sua influência vinda tanto das “Securities Acts” estadunidense bem como da decisão da SCOTUS sobre o caso “SEC v. Howey Co.” e como Portugal tem tratado o tema.

Por fim, nas conclusões, será mostrado se o Howey Test criado ainda em 1946 pela Suprema Corte dos Estados Unidos tem de fato aplicação atual nos dias de hoje para tokens advindo da chamada tecnologia Blockchain e ativos criptografados. Além de se apontar o quanto a Lei de Valores Mobiliários brasileira e a norma da CMVM portuguesa foram influenciadas por essa solução advinda da decisão sobre o caso “SEC v. Howey Co.”

1- A SCOTUS DEFININDO PARADIGMA NO MERCADO DE CAPITAIS NOS ESTADOS UNIDOS

A ideia de criar contratos de investimentos coletivos e retribuir os investidores com parte dos dividendos de uma empresa ou de um empreendimento já era uma realidade ainda na década de 20. Não havia regras. Até a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929 valia de tudo no mercado de capitais nos Estados Unidos. O pior, conforme narra o escritor Ivan Sant’Anna, não havia indício nos números de que a alta iria acabar o que atraiu até mesmo os mais conservadores:

Ao final do mês de junho de 1929, o índice de produção industrial americano atingiu o maior nível de todos os tempos até então. Muitos investidores que haviam relutado em comprar ações naqueles preços, que julgavam altos demais, se renderam aos fatos e jogaram suas economias na Bolsa.

O resultado, então, foi desastroso não só na América do Norte mas em todo o mundo. A máxima de que “Todos deveriam ser ricos” dita pelo diretor da General Motors, John Jakob Raskob³⁷, dois meses antes de todo o mercado quebrar, se tornou uma piada de mal gosto diante da realidade após 24 de outubro de 1929, data em que ocorreu a primeira onda de o mercado financeiro quebrar nos Estados Unidos³⁸.

Segundo o economista John Kenneth Gailbrath, a maior quebra ocorreu mesmo foi no dia 29 de outubro de 1929. Antes dessa data muitos haviam perdido todo o dinheiro no mercado, mas nada comparado à Terça-feira Negra, que ficou conhecido como “o dia mais devastador da história da bolsa de valores de Nova York e pode ter sido o dia mais devastador na história dos mercados”³⁹. A nova realidade mostrou que o sucesso do livre-mercado não passava de um mito e a economia do mundo experimentou o peso da mão invisível do mercado⁴⁰.

³⁷ Ivan Sant’Anna in 1929 - Quebra da bolsa de Nova York: A história real dos que viveram um dos eventos mais impactantes do século. 1ª ed. -Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

³⁸ O cenário da crise da bolsa de Nova York é explicado em detalhes pelo economista John Kenneth Gailbrath in *The Great Crash, 1929. 50th Anniversary Edition*. Ed. Andre Deutsch: 1980.

³⁹ John Kenneth Gailbrath in *The Great Crash, 1929. 50th Anniversary Edition*. Ed. Andre Deutsch: 1980. pg. 111.

⁴⁰ John Jakob Raskob foi um dos dedos da mão invisível do mercado. Conforme explica o economista John Kenneth Gailbrath, o diretor da GM influenciou o mercado e pode ter multiplicado seus ganhos em mais de dez vezes no mercado. Cf. consta em *The Great Crash, 1929. 50th Anniversary Edition*. Ed. Andre Deutsch: 1980. pgs. 13/14

Em 1933, então, foi criada a primeira legislação regulatória sobre o mercado de capitais nos Estados Unidos: a “Securities Act of 1933”⁴¹.

De acordo com essa lei, as companhias não poderiam ofertar contratos de investimentos sem a autorização da Securities and Exchange Commission (SEC). O problema era saber o que seria ou não contrato de investimentos, uma vez que a “Securities Act of 1933” não trazia a definição de contrato de investimentos. A situação somente foi resolvida após uma decisão da SCOTUS sobre o caso “SEC v. Howey Co.”⁴².

Em 2 de maio de 1946, a Securities and Exchange Commission apresentou à Suprema Corte do Estados Unidos o Writ of Certiorari⁴³ após a Corte do quinto Circuito ter confirmado a decisão da Corte do Distrito Sul da Flórida de que os contratos ofertados pela W.J. Howey Company não se submetem ao “Securities Act of 1933” por não se tratar de contrato de investimento.

O caso se tratava de oferta pública de contrato, ocorrida entre de 1941 até 31 de maio de 1943, envolvendo lotes de terra para a plantação de uma espécie de laranjas (citrus fruits) na Flórida feita pelo grupo W.J. Howey Company. A questão é que uma das empresas do grupo vendeu as terras, mas a outra chamada Howey-In-The-Hills-Service fechou com 85% desses compradores um contrato pelo qual ela se comprometia a cuidar das terras, executando com o serviço desde o cultivo dos laranjais (citrus trees) até a comercialização das safras.

Apenas 51 pessoas compraram os lotes de terras que compreendem uma área total de 195,26 acres de propriedade de bosque na Flórida. Desses compradores, 42 celebraram o contrato de serviço com a Service Company para o cuidado das suas propriedades. Os contratos cobriam 166,54 acres. Os contratos foram oferecidos para diversas pessoas de fora da Flórida⁴⁴.

⁴¹ Jonh Kenneth Gailbrath, no entanto, menciona na introdução da 50ª edição de aniversário do livro *The great Crash, 1929*, que “Mercados e aventura financeira foram então, e por muito tempo depois, menos contidos pela SEC do que pelo conhecimento do que tinha acontecido em 1929”.

⁴² O caso “Securities and Exchange Commission v. Howey Company” está disponível na íntegra em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/lj/usrep/usrep328/usrep328293/usrep328293.pdf>. Acessado em 28 de jan. 2021

⁴³ O Writ of Certiorari que equivale ao Recurso Extraordinário que é apresentado ao Supremo Tribunal Federal no Brasil.

⁴⁴ Cf. consta na decisão da SCOTUS sobre o caso “SEC v. Howey Co.”. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/>. Acessado em 28 de jan. 2021.

Até aqui, poderia se imaginar que não há nada a ver com contrato de investimento em si. Os contratos feitos sobre os serviços, porém, iam além do cuidado da terra e cultivo de citrus fruits. A priori se assemelhava a um arrendamento de terras, mas nos detalhes das cláusulas havia elementos que se aproximam de um contrato de investimento.

Os interessados investiram o valor nas terras e a Howey-In-The-Hills-Service executava todo o serviço desde o cultivo até a venda das laranjas. Quem assinasse o contrato com a “Service” renunciava ao direito de comercializar a safra. Essas pessoas apenas recebiam o lucro líquido e todas as negociações eram feitas sob o nome da Howey Company. Não havia a opção de cancelamento desse contrato, o qual deveria durar por pelo menos dez anos.

Esses detalhes chamaram a atenção da SEC que decidiu, então, judicializar o caso contra a Howey Company para impedir o grupo e usar os correios e instrumentos de comércio interestadual na oferta e venda de títulos não registrados e não isentos em violação do § 5 (a) da “Securities Act of 1933”, o que foi negado tanto pela Corte Distrital do Sul da Flórida bem como pela Corte de Apelação do Quinto Circuito, conforme foi descrito pelo Justice (juiz da SCOTUS) Frank Murphy na “Opinion” (relatório).

O Juiz Dozier Adolphus DeVane da Corte do Distrito Sul da Flórida, em sua decisão⁴⁵ de 17 de abril de 1945, relatou que o serviço prestado pelo grupo Howey Company não deveria ser confundido com contrato de investimento, pois se tratava de uma prestação de serviços de uma empresa que já atuava no mercado há décadas.

A SCOTUS, porém, entendeu que a oferta feita pela W.J. Howey Co. deveria sim se submeter às regras da “Securities Act of 1933”, uma vez que as suas características apontam se tratar de uma espécie de “contrato de investimento”.⁴⁶

Sob esse prisma, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou⁴⁷ que a Seção 2 (1) da “Securities Act of 1933” o termo “security” serve para definir

45 A decisão da Corte Distrital do Sul da Flórida está disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/60/440/1968914/>. Acessado em 29 de jan. 2021.

46 Idem

47 Conforme consta na decisão disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep328/usrep328293/usrep328293.pdf>. Acessado em 28 de jan. 2021

documentos comumente conhecidos negociados para especulação ou investimento, mas inclui também "títulos" de caráter mais variável, designados por termos descritivos como "certificado de interesse ou participação em qualquer acordo de participação nos lucros", "contrato de investimento" e "em geral, qualquer interesse ou instrumento comumente conhecido como 'título'".

A Suprema Corte dos Estados Unidos, então, afirmou que caso chegasse a uma resposta negativa ao problema de que os contratos do grupo Howey não são de investimento como fizeram a Corte Distrital do Sul da Flórida e a Corte de Apelação do Quinto Circuito, teria de tratar “dos contratos e escrituras como transações separadas envolvendo não mais do que uma venda de imóvel comum e um acordo do vendedor para gerenciar a propriedade para o comprador”.

O problema era a falta de definição do termo “contrato de investimento” tanto pela Lei de Valores Mobiliários bem como por relatórios legislativos relevantes. Não havia qualquer definição senão aquela dada pelos tribunais estaduais, o que conferia uma certa segurança jurídica ao investidor.

As decisões da Suprema Corte de Minnesota sobre o caso "State v. Gopher Tire & Rubber Co." e da própria SCOTUS no caso “SEC. v. Joiner Corp” serviram de base para a solução do caso envolvendo os contratos da W.J. Howey Company.

Em 28 de maio de 1920, a Suprema Corte de Minnesota, ao decidir sobre o caso "State v. Gopher Tire & Rubber Co.", mencionou sobre a existência de uma lei de 1917 a qual foi considerada uma “Blue Sky Law” por regular o mercado a fim de evitar fraudes, mas não era nada como a "Security Act of 1933”.

Naquele período já havia um controle sobre a venda de valores mobiliários, a qual teria de passar pela fiscalização da State Securities Commission, mas não havia a autorização prévia como é feita com a SEC a partir de 1933.

Em 22 de novembro de 1943, a SCOTUS afirmou no caso “SEC v. Joiner Corp”⁴⁸ que a forma de transação de vendas e cessões de interesses em terrenos não serve para afastar a aplicação da “Securities Act of 1933”, quando há nela natureza das ofertas que se encaixam nos “termos ‘contratos de investimento’ e ‘qualquer interesse ou instrumento comumente conhecido como um título’”, sendo na realidade “vendas de "valores mobiliários".

48 Decisão disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/344/>. Acessado em 01 de fev. 2021.

Para saber se um contrato determinado será ou não de investimento, a SCOTUS criou, então, ao decidir o caso “SEC v. Howey Co.”, um teste singular e objetivo. Nele consiste saber se (I) há um contrato que envolve investimento em dinheiro e (II) se ele é efetuado com uma empresa em comum a qual cuidará de distribuir os lucros sem que a pessoa que aplicou o dinheiro tenha de fazer qualquer esforço além de aplicar o dinheiro.

Nisso, segundo a SCOTUS pouco importa se a empresa se trata ou não de especulação, conforme consta na própria *Opinion* feita pelo Justice Frank Murphy:

O teste para saber se existe um "contrato de investimento" sob o Securities Act é se o esquema envolve um investimento de dinheiro em uma empresa comum com lucros provenientes exclusivamente dos esforços de terceiros; e, se esse teste for satisfeito, é irrelevante se a empresa é especulativa ou não especulativa, ou se há uma venda de propriedade com ou sem valor intrínseco.

A decisão a favor da SEC, com a *Opinion* de Frank Murphy não foi, porém, unânime. Naquele período, a SCOTUS era formada pelos seguintes nove Justices: Harold Burton; Wiley B. Rutledge, Robert H. Jackson; Frank Murphy; William O. Douglas; Felix Frankfurter; Stanley Reed; Hugo L. Black e Benjamin N. Cardozo⁴⁹.

Destes Justices, conforme consta na *Opinion*, Robert H. Jackson se absteve na consideração ou decisão sobre esse caso e Felix Frankfurter foi divergente sustentando que o caso havia sido bem decidido pela Corte Distrital do Sul da Flórida e que os contratos da Howey Company não deveriam se submeter a Lei de Valores Mobiliários.

Apesar da resposta do Justice Felix Frankfurter, o que ficou na história dessa decisão, foi o argumento trazido na *Opinion* de que pouco importa a forma que o contrato esteja, havendo os elementos de que “Os investidores fornecem o capital e participação nos ganhos e lucros; os promotores administram, controlam e operam o empreendimento”, não há outra interpretação senão de que se trata de contrato de investimento.

49 cf. consta na lista de Justices de todos os tempos na SCOTUS. Disponível em <https://www.oyez.org/justices>. Acessado em 30 de jan. 2021.

2- A IMPORTÂNCIA DO “HOWEY TEST” NA TOKENIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS E SEU USO PARA SE EVITAR NOVAS CRISES ECONÔMICAS

A resposta dada pela SCOTUS para reconhecer um contrato de investimento se tornou emblemática e é usada até hoje pela SEC para separar de fato os “utility tokens” dos “security tokens” na prática.

De acordo com o pesquisador indiano em Blockchain e autor no site Blockchain Council, Toshendra Kumar Sharma, a diferença entres esses dois tipos de tokens habita na funcionalidade de cada um⁵⁰. Os “utility tokens” criados por empresas de Blockchain ao lançarem sua ICO são como cupons digitais que podem ser resgatados no futuro “por taxas com desconto ou acesso especial a um produto ou serviço”. Eles não seriam “usados como investimentos”. E nesse ponto estariam se diferenciando dos “security tokens”:

Os security tokens são criados como investimentos. Os dividendos na forma de moedas adicionais são dados aos detentores de tokens cada vez que a empresa emissora dos tokens obtém lucro no mercado. Os usuários que possuem security token também obterão propriedade da empresa. O Blockchain fornece uma plataforma que pode ser usada para criar um sistema de votação que permite aos investidores exercerem o controle sobre o processo de tomada de decisão da empresa.

Para a SEC, no entanto, pouco importa o nome do contrato ou do token. E, isso ficou claro nas palavras do ex-presidente da SEC, Jay Clayton. Ele afirmou que alguns profissionais do mercado tentaram destacar as características de “utility tokens” em suas ICOs (Initial Coin Offerings), com o objetivo de afastar desses tokens a possibilidade deles serem espécies de valor mobiliário.

A realidade, no entanto, na visão de Jay Clayton é que “muitas dessas afirmações parecem elevar a forma à substância. Meramente chamar um token

50 Cf. consta em texto de Toshendra Kumar Sharma. Security Tokens vs. Utility Tokens: A Concise Guide. Disponível em <https://www.blockchain-council.org/blockchain/security-tokens-vs-utility-tokens-a-concise-guide/#:~:text=A%20security%20token%20is%20an,economy%20within%20the%20project's%20blockchain..> Acessado em 31 de jan. 2021.

de utility token ou estruturá-lo para fornecer algum utilitário não impede que o token seja uma security”⁵¹.

O Professor de Direito Regulatório na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), James Park, explica que o surgimento das ICOs trouxe para a SEC um desafio a ser vencido⁵². A questão é que essas ICOs são uma forma de empresas de criptoativos levantarem fundos para seus projetos vendendo tokens contendo ativos criptografados para interessados em adquirir esses ativos comercializados por essa empresa.

De acordo com James Park, os “utility tokens” podem ser comparados a barra de prata ou de ouro. A valorização ou a desvalorização dependerá do valor da commodity no mercado. Apesar de haver a flutuação do preço nos mercados secundários, os contratos envolvendo a venda de barras de ouro ou de prata não seriam necessariamente um título, isso porque “a compra das barras de prata foi feita, os lucros para o investidor dependiam das flutuações do mercado de prata, não dos esforços gerenciais’ de uma empresa”.

As decisões nos tribunais nos EUA não são unânimes nesse ponto de vista. Nos casos “SEC v. Belmont Reid”⁵³, julgado pelo Corte de Apelações do Nono Circuito, ficou decidido que os contratos em outro não são “securities”, pois os preços variavam de acordo com a flutuação do mercado. O mesmo sucedeu quando o Tribunal de Apelações da Califórnia decidiu sobre o caso “Moreland v. Department of Corporations”.

Já no caso “SEC v. R.G. Reynolds Enterprises, Inc.”⁵⁴, a Corte de Apelações do Nono Circuito, apontou que houve esforços de Moreland para “refinar o minério dos investidores e entregar o ouro a uma empresa respeitável para a marcação e certificação de sua pureza”.

51 cf. consta no artigo de Jay Clayton intitulado Statement on Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-2017-12-11>. Acessado em 30 de jan. 2021.

52 James Park in “When Are Tokens Securities? Some Questions from the Perplexed”. Disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/12/20/when-are-tokens-securities-some-questions-from-the-perplexed/>. Acessado em 01 de fev. 2021.

53 Decisão na íntegra, disponível em https://casetext.com/case/sec-v-belmont-reid-coin?q=SEC%20v.%20Belmont%20Reid&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case. Acessado em 01 de jan. 2021.

54 A decisão se encontra disponível em <https://casetext.com/case/sec-v-rg-reynolds-enterprises-inc>. Acessado em 01 de jan. 2021.

Da mesma forma que a SCOTUS tratou os contratos da Howey Company no caso “SEC v. Howey Co.”, a Corte do Nono Circuito entendeu que se tratava de um contrato de investimentos, pois “os esforços gerenciais essenciais que afetariam o sucesso ou o fracasso do Programa Moreland Gold”.

Apesar da comparação com ouro e prata, o professor James Park alertou em seu artigo que há algumas diferenças entre utility tokens e esses metais preciosos, entre elas está que esses tokens “não são homogêneos e carregam consigo vários direitos, características e obrigações”.

A questão, porém, é que alguns projetos podem ser vistos pela SEC como securities, uma vez que a valorização desses ativos depende dos esforços sobre o projeto em Blockchain a serem desenvolvidos. Quanto a esse ponto, Park afirmou:

Centenas de empresas que desenvolvem projetos relacionados à tecnologia de blockchain venderam tokens por meio de ICOs diretamente a investidores públicos, sem preencher uma declaração de registro na SEC. Essas vendas são ilegais se tais tokens se enquadrarem na definição ambígua de um título.

Em vez de vender ações, os ICOs normalmente levantam fundos vendendo tokens (um tipo de criptomoeda) para investidores, muitos dos quais esperam lucrar com o aumento do valor de tais tokens.

A saída desse imbróglio é só uma: submeter o token ao Howey Test. O próprio Toshendra Sharma reconhece que a criação da SCOTUS é que termina certificando o que é de fato “utility token” e “security token”.

(...) um token de criptomoeda que passa no Howey Test é considerado um security token. Ele deriva valor de um ativo negociável externo. Como esses tokens são considerados um título, eles estão sujeitos a títulos e regulamentos federais. O Howey foi criado pela Suprema Corte dos Estados Unidos para determinar se certas transações se qualificam como "contratos de investimento". Nesse caso, essas transações são consideradas títulos nos termos do Securities Act de 1933 e do Securities Exchange Act de 1934 e estão sujeitas a certos requisitos de divulgação e registro.⁵⁵

55 Cf. consta em texto de Toshendra Kumar Sharma. Security Tokens vs. Utility Tokens: A Concise Guide. Disponível em <https://www.blockchain-council.org/blockchain/security-tokens-vs-utility-tokens-a-concise-guide/#:~:text=A%20security%20token%20is%20an,economy%20within%20the%20project's%20blockchain..> Acessado em 31 de jan.2021.

2.1. Os três elementos primordiais do Howey Test para reconhecer um contrato de investimento coletivo

Segundo a SEC, um ativo digital será considerado “contrato de investimento” quando no momento de sua oferta ou venda satisfizer o Howey Test⁵⁶. Para isso, portanto, as seguintes questões têm de ser respondidas de forma positiva: (I) token, em questão, envolve investimento de dinheiro?; (II) Esse contrato desse token é feito com uma empresa em comum? e (III) há, na aquisição do token uma expectativa razoável de lucros derivados dos esforços de terceiros?

A SEC explica que há etapas para essas questões. A primeira etapa do Howey Test, segundo o órgão, é normalmente “satisfeita em uma oferta e venda de um ativo digital porque o ativo digital é comprado ou adquirido em troca de valor, seja na forma de moeda real (ou fiduciária), outro ativo digital ou outro tipo de consideração”.

A questão de ter uma “empresa comum” não define se o token é “utility” ou “security”, por si. Apesar de a SEC informar que tribunais geralmente têm analisado uma “empresa comum” como um elemento distinto de um contrato de investimento. Em casos de ativos digitais, a coisa é diferente. Segundo a SEC, “ao avaliar ativos digitais, descobrimos que normalmente existe uma ‘empresa comum’”.

A terceira etapa do Howey Test guarda maior complexidade. Os esforços de terceiros para a obtenção do resultado de rendimentos podem advir até mesmo de marketing em torno do token, o qual pode trazer maior valorização do ativo no mercado secundário.⁵⁷

Nesse sentido, o ex-presidente da SEC Jay Clayton afirmou que os emissores e outras pessoas e entidades envolvidas em marketing, oferta, venda, re-venda ou distribuição de qualquer ativo digital terá de “analisar transações relevantes para determinar se as leis de títulos federais se aplicam”.

Acredito que as ofertas iniciais de moedas - representem ou não ofertas de valores mobiliários - podem ser formas eficazes para os empresários e outros arrecadar fundos, inclusive para projetos inovadores. No entanto,

56 Cf. consta no artigo Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets. Disponível em <https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>. Acessado em 31 de jan. 2021

57 Idem.

qualquer atividade que envolva uma oferta de valores mobiliários deve ser acompanhada por importantes divulgações, processos e outras proteções ao investidor que nossas leis de valores mobiliários exigem.

O foco da análise de *Howey* não está apenas na forma e nos termos do próprio instrumento (neste caso, o ativo digital), mas também nas circunstâncias que envolvem o ativo digital e a maneira como é oferecido, vendido ou revendido (o que inclui vendas no mercado secundário).⁵⁸

2.2. *Howey* Test como ferramenta para se evitar novas crises econômicas: aprendendo com o passado

A questão para a qual não se deve perder de vista é o quanto a falta de regulação pode impactar na vida de pessoas que sequer são investidoras. A crise de 1929 se deu por conta de não haver naquele tempo qualquer regra sobre o Mercado de Capitais.

Além do crash de 1929 abordado no primeiro tópico, não se deve desconsiderar a crise de 2008. Em 1929 não havia qualquer regulação sobre e a ideia do *laissez-faire* fez com que milhares de pessoas perdessem seus empregos da noite para o dia⁵⁹. A história, então, se repetiu entre os anos de 2005 e 2008 com os chamados subprimes fundados em aplicações de investimento em fundos de hipoteca dos EUA. Apesar de pessoas do próprio mercado financeiro ter apontado que se tratava de algo insustentável à exemplo de Michael Burry e Mark Baum e de haver regulação para evitar a catástrofe, nada foi feito⁶⁰.

Os subprimes que eram vendidos com algo seguro afetou vidas e deixou rastro de desemprego e miséria⁶¹. O motivo para ter chegado a esse ponto foi simplesmente a falta de atuação de reguladores, como a Standard and Poors que

58 cf. Jay Clayton in Statement on Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-2017-12-11>. Acessado em 30 de jan. 2021.

59 Ivan Sant'Anna in 1929 - Quebra da bolsa de Nova York: A história real dos que viveram um dos eventos mais impactantes do século. 1ª ed. -Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

60 Sobre o tema, ver LEWIS, Michael. The Big Short: Inside the Doomsday Machine. New York: Norton & Company. 2011

61 Idem.

deixou de rebaixar a nota daquele investimento⁶² e da própria SEC, que atuou apenas quando o estrago já estava feito.

Com a tokenização da economia, acelerada pela COVID-19, o mesmo pode suceder. Muitos investidores inexperientes foram atraídos sob a promessa de alta rentabilidade. Já foi visto que crashes econômicos afetam toda a humanidade. Os elementos do Howey Test servem como parâmetros auxiliares aos reguladores, os quais devem atuar intervindo no mercado sempre que houver risco de fraudes e, assim, evitar novos colapsos.

Não obstante, é válido ressaltar que a intervenção deve ser feita de modo a não engessar o mercado, mas tão somente garantir a segurança jurídica mínima. Se por um lado, há a proteção aos investidores, por outro há de se ter a devida atenção com o risco que tais investimentos podem trazer para toda a comunidade humana.

3 - A INFLUÊNCIA DA DECISÃO DA SCOTUS NA LEGISLAÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS DO BRASIL E EM PORTUGAL

A Lei brasileira de valores mobiliários somente entrou em vigor em 1976, após o chamado boom de 1971 que sucedeu ao movimento especulativo. Apesar de sua curta duração, os estragos perduraram até 1975 e sucedeu a destruição da reputação do mercado acionário no Brasil.

Com o exemplo dos Estados Unidos, que após a crise de 1929, instituiu os “Securities Act of 1933” e “Securities Act of 1934” e criou assim a Securities

⁶² Nesse sentido, Ladislau Dowbor afirma “Haveria ainda de se considerar o papel regulador das agências avaliadoras de risco. O muito conservador The Economist chega a se indignar com o peso que adquiriu este oligopólio de três empresas – Moody’s, Standard & Poor (S&P) e Fitch – que “fazem face a críticas pesadas nos últimos anos, por terem errado relativamente a crises como as da Enron, da WorldCom e da Parmalat. Estes erros, a importância crescente das agências, a falta de competição entre elas e a ausência de escrutínio externo estão começando a deixar algumas pessoas nervosas”. The Economist argumenta também que as agências de avaliação são pagas pelos que emitem títulos, e não por investidores que utilizarão as avaliações de risco, com evidentes conflitos de interesses”. DOWBOR, Ladislau. A crise financeira sem mistérios: Convergência dos dramas econômicos, sociais e ambientais. Disponível em: http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/2009_Ladislau_Dowbor_A_crise_financeira_sem_misterios.pdf Acessado em 25 de nov.2021.

and Exchange Commission, o Brasil instituiu a Lei 6.385/76 para regular mercado de Capitais e criou por meio dela a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A Lei de Valores Mobiliários assim que entrou em vigor trazia a competência da CVM limitada a fiscalização do “mercado de Valores Mobiliários, operações das bolsas de valores e acompanhar questões ligadas as companhias abertas⁶³”.

A lei só trazia no rol de valores mobiliários as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores mobiliários; e outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.

Apesar disso, a CVM por influência da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “SEC v. Howey Co.” passou a tratar dos contratos de investimento coletivo (CIC) por meio da IN CVM 296/1998⁶⁴ a fim de evitar fraudes como “Ponzi Schemes”.

O art. 2º da referida Instrução Normativa traz em sua redação que contratos de investimento coletivo, quando ofertados publicamente e “gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros” serão considerados como valores mobiliários sujeitos à Lei 6.385/76.

Apesar de o art. 2º da IN CVM 296/1998, em si, não mencionar aplicação em dinheiro, a qual é uma das características para que o contrato seja considerado como de investimento nos parâmetros do Howey Test, o art. 3º, da referida instrução normativa, menciona os valores estabelecidos dos contratos. Já o art. 5º, VII, afirma que os contratos de investimento coletivo devem conter obrigatoriamente o valor inicial do contrato, o que denota que há de ter aplicação em dinheiro.

Cerca de três anos depois da IN em vigor, eis que a Lei 10.303/2001 modificou a Lei 6.385/76. Uma das mudanças foi a ampliação do rol trazido no art. 2º sobre o que são Valores Mobiliários. Entre os dispositivos incluídos estava

63 Vide artigo O uso do stop order pela CVM nos investimentos em forex e criptoativos que escrevi com Márcia Dalcastel. Disponível em <https://portaldobitcoin.uol.com.br/uso-do-stop-order-pela-cvm-nos-investimentos-em-forex-e-criptoativos/>. Acessado em 02 de fev. 2021

64 Disponível em <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst296.html>. Acessado em 29 de jan. 2021

o inciso IX⁶⁵ pelo qual se tem a mesma redação do que já trazia o art. 2º da IN CVM 269/98, tratando de contrato de investimento coletivo (CIC).

Os termos acerca dessa espécie de valor mobiliário são quase que *ipsis litteris* o que a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu para identificar um contrato de investimento no caso envolvendo a W.J. Howey Company. A própria CVM deixou claro isso no Processo Administrativo Sancionador julgado em 2019⁶⁶, em que se apurava se a ICO da Iconic Intermediação de Negócios e Serviços Ltda seria um CIC.

O Diretor da CVM na ocasião, Gustavo Machado Gonzalez, afirmou que o conceito de contrato de investimento coletivo seria uma espécie de Howey tropical que abarcaria “negócios com diversos formatos nos mais variados setores”. No mesmo voto, Gonzalez ainda mencionou que a jurisprudência dos Estados Unidos tem mostrado “casos pitorescos”, que incluem a criação de castores como no caso “Continental Marketing Corporation v. Securities and Exchange Commission” levado a Corte de apelação do décimo circuito⁶⁷; fazendas de ostras enfrentada em “Securities and Exchange Commission v. Cultivated Oyster Farms Corp” pela Corte Distrital do leste de Nova York⁶⁸; e destilarias de bourbon como ocorreu no caso “Securities and Exchange Commission v. Bourbon Sales Corp” que chegou até a Corte Distrital do Kentucky⁶⁹.

65“Art. 2o São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

(...)

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

66 Voto do diretor da Comissão de Valores Mobiliários, Gustavo Machado Gonzalez, sobre o Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.003406/2019-91 está na íntegra disponível em https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/ane-xos/2020/20201027_PAS_CVM_19957_003406_2019_91_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf-9ea05f756b614752adbd8b5f20380887. Acessado em 29 de jan. 2021

67A Decisão está disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/387/466/262007/>. Acessado em 30 de jan. 2021.

68 Cf. publicado pela SEC em nota intitulada Town of Oyster Bay, New York, Agrees to Settle SEC Charges. Disponível em <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2019/lr24494.htm>. Acessado em 30 de jan. 2021

69 O Caso “Securities and Exchange Commission v. Bourbon Sales Corp” está disponível em <https://www.casemine.com/judgement/us/5914a2abadd7b0493469c504>. Acessado em 30 de jan. 2021

Apesar dessas semelhanças, a CVM apontou por meio desse voto que o Howey Test no Brasil teria de ser algo mais adequado a realidade desse país e desta forma, a criação da SCOTUS acabou originando “o preenchimento dos elementos contidos na definição de valor mobiliário trazida no inciso IX do artigo 2º da Lei nº 6.385/1976”.

Como o voto, em questão, era sobre uma empresa de tecnologia Blockchain, a qual estava fazendo oferta pública de Initial Coin Offering, o relator mencionou sobre a importância do Howey Test na identificação de tokens, afirmando que a classificação de um ativo digital “dependerá não do seu rótulo, mas de sua função” uma vez que “um único criptoativo pode se enquadrar em uma ou mais modalidades, a depender das funções que desempenha e dos direitos a ele associados.”

Portugal apresenta cenário semelhante ao do Brasil, guardando a devida preocupação sobre a diferenciação de tokens, alertando inclusive os investidores sobre os riscos que envolvem uma ICO. A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) emitiu em sua página, comunicado explicando o que são criptoativos, quais os seus riscos e os cuidados que o investidor precisa ter, o que é uma ICO e em que circunstâncias esses instrumentos estão sujeitos à legislação portuguesa, além de sua classificação ou não como valores mobiliários.

Em 23 de julho de 2018, a CMVM deixou claro que “caso os tokens oferecidos configurem valores mobiliários, será aplicável o regime jurídico relevante”. A diferença é que no Código de Valores Mobiliários (CdVM) não constam os elementos do Howey Test para se reconhecer se determinada oferta pública é de contrato de investimento coletivo, como sucede na Lei de Valores Mobiliários brasileira. O art. 1º do (CdVM) apenas menciona contratos de investimento. A alínea “g” do referido artigo traz em si um conceito muito amplo: “outros documentos representativos de situações jurídicas homogêneas, desde que sejam suscetíveis de transmissão em mercado”.

No entanto, a própria CMVM por meio do comunicado emitido em 2018, esclareceu que os tokens serão considerados valores mobiliários nos termos do art. 1º, g, do CdVM caso nas informações disponibilizadas pelo emitente, haja “elementos dos quais possa decorrer uma vinculação do emitente à realização de condutas das quais resulte uma expectativa de retorno para o investidor”. Esses elementos são: “a) O direito a um rendimento (por exemplo, se o token conferir direito a lucros ou a um juro); ou b) A prática de atos por parte do emitente ou entidade relacionada adequados à incrementação do valor do token.”

O Comunicado da CMVM, apesar de não conter todos os elementos trazidos pelo Howey Test, se reconhece a sua influência uma vez que o investidor tem expectativa de ganho o qual não advém de seus esforços, mas da prática de atos de terceiros.

Já o ponto que consta no Howey Test sobre a necessidade de uma mesma empresa fazer a oferta pública, esse requisito se encontra no próprio art.1º, “g” do CdVM, o qual traz como requisitos essenciais: representação em documento, situação jurídica homogênea e transmissão em mercado.

Os tokens podem ser considerados um documento, embora seja eletrônico, conforme artigo 2º, a, do Decreto lei 290-d de 02 de agosto de 1999, que atualizou o conceito de documento para as dimensões virtuais. Documento eletrônico, portanto, é aquele elaborado mediante processamento eletrônico de dados e, como tal, não deixa de ser um documento, embora elaborado por outra via. Desta forma, o primeiro requisito do Código se encontra preenchido.

Quanto ao segundo requisito, representação de uma situação jurídica homogênea, também se verifica seu cumprimento, posto tratar-se de direito de propriedade sobre um ativo digital, com alcances diferenciados, ou seja, conferem diferentes direitos. Além do mais, a oferta é pública, ou seja, os títulos são emitidos em massa, negociando-se quantidades padronizadas e não direitos individualizados.

CONCLUSÕES

O Howey Test hoje se aplica a qualquer contrato, esquema ou transação, independentemente de ter alguma das características de títulos típicos. Nem mesmo a tecnologia Blockchain e o advento dos criptoativos puderam tornar esse teste criado ainda em 1946, algo obsoleto.

A SCOTUS criou o teste apenas para resolver a problemática em torno do caso “SEC v. Howey Co” e com isso estabeleceu parâmetros para se reconhecer um contrato de investimento coletivo. A decisão se tornou algo maior que um simples precedente e influenciou o mercado de capitais de muitos países como no caso o Brasil e Portugal, além de ser uma ferramenta para evitar fraudes que possam se desdobrar em crises financeiras capazes de causar danos além do mercado.

A simplicidade e objetividade do Howey Test o torna aplicável em qualquer situação em que haja a desconfiança do regulador sobre determinado contrato ou token. Mesmo que a nomenclatura da oferta não traga a palavra security ou investimento, ela será descoberta por apenas três requisitos do teste. Se der tudo positivo, é de fato contrato de investimento, é security token e no caso brasileiro é sim uma espécie de valor mobiliário.

O papel fundamental desse teste atualmente é o de evitar novas crises. Assim como sucedeu em 1929 e 2008, a tokenização da economia se não for acompanhada de perto e utilizando os parâmetros trazidos pelo Howey Test, o que pode haver é um novo colapso econômico que resulte em desemprego em massa e miséria. Com isso, não bata ter a ferramenta, mas também a atitude de o Estado pontualmente fazer suas necessárias intervenções por meio de seus reguladores. Entranto, não cabe atuar de forma a sufocar o mercado, mas apenas de garantir o mínimo de segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CVM. Instrução Normativa CVM N° 296/1998. Disponível em <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst296.html>. Acessado em 29 de jan. 2021

BRASIL. Lei 10.303/2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LEIS_2001/L10303.htm. Acessado em 30 de jan. 2021

BRASIL. Lei 6.385/76. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acessado em 30 de jan. 2021.

CLAYTON, Jay. Statement on Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-2017-12-11>. Acessado em 30 de jan. 2021.

DALCASTEL, Marcia; SOUZA, Alexandre Magno Antunes de. O uso do stop order pela CVM nos investimentos em forex e criptoativos. Disponível em <https://portaldobitcoin.uol.com.br/o-uso-do-stop-order-pela-cvm-nos-investimentos-em-forex-e-criptoativos/>. Acessado em 02 de fev. 2021

DOWBOR, Ladislau. A crise financeira sem mistérios: Convergência dos dramas econômicos, sociais e ambientais. Disponível em: http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/2009_Ladislau_Dowbor_A_crise_financeira_sem_misterios.pdf. Acessado em 25 de nov.2021.

GAILBRATH, John Kenneth. The Great Crash, 1929. 50th Anniversary Edition. Ed. Andre Deutsch: 1980.

GONZALEZ, Gustavo Machado. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.003406/2019-91. Disponível em https://www.gov.br/cvm/pt-br/as-suntos/noticias/ane-xos/2020/20201027_PAS_CVM_19957_003406_2019_91_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf-9ea05f756b614752adb8b5f20380887. Acessado em 29 de jan. 2021.

LEWIS, Michael. *The Big Short: Inside the Doomsday Machine*. New York: Norton & Company. 2011.

OYEZ. Justices. Disponível em <https://www.oyez.org/justices>. Acessado em 30 de jan. 2021.

SANT'ANNA, Ivan. *1929 - Quebra da bolsa de Nova York: A história real dos que viveram um dos eventos mais impactantes do século*. 1ª ed. -Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

SHARMA, Toshendra Kumar. *Security Tokens vs. Utility Tokens: A Concise Guide*. Disponível em <https://www.blockchain-council.org/blockchain/security-tokens-vs-utility-tokens-a-concise-guide/#:~:text=A%20security%20token%20is%20an,economy%20within%20the%20project's%20blockchain>. Acessado em 31 de jan.2021.

PARK, James. *When Are Tokens Securities? Some Questions from the Perplexed*. Disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/12/20/when-are-tokens-securities-some-questions-from-the-perplexed/>. Acessado em 01 de fev. 2021.

USA. *Continental Marketing Corporation, Appellant, v. Securities and Exchange Commission, Appellee*, 387 F.2d 466 (10th Cir. 1967). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/387/466/262007/>. Acessado em 30 de jan. 2021.

SEC. *Framework for "Investment Contract" Analysis of Digital Assets*. Disponível em <https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>. Acessado em 31 de jan. 2021.

SEC. *Town of Oyster Bay, New York, Agrees to Settle SEC Charges* . Disponível em <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2019/lr24494.htm>. Acessado em 30 de jan. 2021

USA. *SEC v. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/>. Acessado em 28 de jan. 2021.

_____. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep328/usrep328293/usrep328293.pdf>. Acessado em 28 de jan. 2021.

USA. SEC v. Belmont Reid, inc. 794 F.2d 1388 (9th Cir.1986) Disponível em https://casetext.com/case/sec-v-belmont-reid-co-inc?q=SEC%20v.%20Belmont%20Reid&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case. Acessado em 01 de jan. 2021.

USA. State v. Gopher Tire & Rubber Co., 146 Minn. 52 (Minn. 1920). Disponível em <https://www.ravellaw.com/opinions/5ad7659c99822ca137caa35591df5fbb>. Acessado em 01 de fev. 2021.

USA. Securities and Exchange Commission v. Bourbon Sales Corp., (W.D.KY.1942). Disponível em <https://www.casemine.com/judgment/us/5914a2abadd7b0493469c504>. Acessado em 30 de jan. 2021.

O CONTRAMAJORITARISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PROTEÇÃO JURÍDICA DOS POVOS INDÍGENAS PERANTE O AVANÇO DA MINERAÇÃO EM SEUS TERRITÓRIOS

Alysson Maia Fontenele

Programa de Pós-Graduação de Direito Agrário, Universidade Federal de Goiás –
UFG, Goiânia, Brasil
alyssonmaiafontenele@gmail.com

Marília Araújo Caixeta

Programa de Pós-Graduação de Direito Agrário, Universidade Federal de Goiás –
UFG, Goiânia, Brasil
marilia.caixeta27@gmail.com

INTRODUÇÃO

A intensificação da proteção jurídica dos direitos indígenas devido ao avanço da mineração nos seus territórios é uma proposição que deve ser cada vez mais discutida e ampliada no senso comum popular. O direito não se resume à atuação do Estado, para alguns direitos serem criados é necessário muita luta social, os movimentos sociais se tornam ainda mais importantes para efetivação desses direitos no momento que proporciona a abertura do diálogo.

Assim acontece com os direitos dos indígenas enquanto povos plurais e coletivos, ainda são direitos muito recentes na legislação pátria e só foram elaborados após muita luta e sobrevivência. Por outro lado, a aplicabilidade dessas normas ainda é limitada, o reconhecimento e o respeito a essa legislação é praticado somente por uma pequena parcela da sociedade civil. Esses povos sofrem diariamente com as mazelas que lhes foram impostas.

Com o crescimento econômico do extrativismo minerário dentro de territórios indígenas os direitos deles vêm sendo minimizados na mesma intensidade, em decorrência da lavra de riquezas minerais. Primeiro cometem um ecocídio que leva ao etnocídio e, por fim, ao genocídio dessas comunidades que são minoria étnica no país.

Esses direitos são violados em diversas dimensões subjetivas diferentes, pois a terra é uma redução objetificada da natureza para ser utilizada em detrimento do homem sob a visão econômica. Para os povos indígenas a terra é o elemento medular para sua reprodução social e cultural, mas é descaracterizada pelos mineradores e garimpeiros presentes nos seus territórios.

Desse modo, a inclusão desses povos no processo de interpretação da Constituição Federal é fundamental para que aumente a consciência social acerca das violações que ocorrem no dia a dia, para a construção jurisprudencial mais justa do poder judiciário. Assim, as lutas sociais desses povos vão se tornar mais vinculantes e, portanto, o direito, em sentido amplo, vai se tornar mais efetivo.

Dentre os agentes violadores encontra-se o próprio Estado, que possui interesse na viabilização da atividade minerária em terras indígenas. Diante desse contexto, a pesquisa propõe debater o papel contramajoritário do poder judiciário, com recorte no Supremo Tribunal Federal, para assegurar o respeito à soberania constitucional, por meio realização do controle judicial de constitucionalidade para legitimação material do Estado democrático de direito.

Então, considera-se oportuno problematizar como o Supremo Tribunal Federal pode exercer a função contramajoritária para proteger os direitos dos povos indígenas nos conflitos judiciais que versam sobre as territorialidades indígenas e atividades minerárias, mas sem ocasionar eventual ditadura judicial.

Sobre a metodologia utilizada, trata-se de uma pesquisa qualitativa a partir da interdisciplinaridade e teorização, com interpretação de teorias e formulação de definições. A revisão bibliográfica é fundamental para melhor compreensão da gênese da função contramajoritária no debate acadêmicos e todas as suas faces. Por fim, no segundo momento, a análise documental permite esboçar o cenário atual da mineração em terras indígenas e o porquê o contramajoritarismo ganha força nesse contexto.

1. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA NA ORDEM GLOBAL

O tema da função contramajoritária do poder judiciário entrou para os debates da academia norte-americana no final do século XIX, mais especificamente no ano de 1803, no julgamento do caso Marbury e Madison pela suprema corte norte-americana. A preocupação dos constitucionalistas acerca da atuação do tribunal constitucional nas revisões judiciais se dava por dois motivos.

A inquietação surgiu porque, além da suprema corte estadunidense ter a palavra final sobre o direcionamento da interpretação da constituição, a ela também era conferida o papel de declarar inconstitucional as leis que se contrapõe à Constituição, exercendo o controle de constitucionalidade. (VIEIRA, EMERIQUE & BARREIRA, 2018).

A questão é que as leis foram elaboradas pelo corpo político na qualidade de representante do povo e eleito por esse último. Outro ponto se refere ao denominado constitucionalismo popular, conceituado por Larry Kramer como a inclusão do povo na interpretação e efetivação da constituição, essa corrente retira a suprema corte da condição de intérprete supremo. (KRAMER, 2009)

Tendo em vista essa contextualização, a revisão judicial está relacionada ao contramajoritarismo, pois nada mais é do que o controle de constitucionalidade das leis, então ao invalidar uma lei editada pelo legislador, figura eleita pela maioria da população, a corte estaria exercendo o papel contramajoritário.

Ainda, os juízes teriam o poder de decidir os conflitos judiciais com base nas suas próprias interpretações da Constituição Federal na defesa das minorias, esse fator poderia ir contra aquilo o que o poder legislativo, eleito pelo povo na democracia representativa, já decidiu acerca de um determinado assunto.

O próprio Kramer defende que pode existir um conflito entre a corrente do constitucionalismo popular e as revisões judiciais, mas trata-se de um conflito dialogável e contornável a depender das peculiaridades de cada caso, principalmente pelas consequências negativas que algumas tendências majoritárias poderiam acarretar. (KRAMER, 2004)

Sobre o papel de intérprete supremo da constituição, alerta que há uma diferença entre supremacia judicial e soberania judicial, a primeira refere-se a característica da suprema corte ter a última palavra acerca de uma determinada interpretação, enquanto a última é a condição da corte ter a única palavra. A partir dessa concepção, entende-se que para solucionar algumas demandas a supremacia judicial seria uma via alternativa para sanar algumas questões históricas e jurisprudenciais. (KRAMER, 2001)

Por outro lado, Ronald Dworkin, na sua teoria de direito como integridade, defende que não há nenhum óbice para a aplicação da função contramajoritária e que deve ser exercida de qualquer maneira, uma vez não haver nenhuma tensão com o constitucionalismo popular. Para ele, os princípios da igualdade e liberdade estão diretamente ligados com a democracia, e a interpretação adequada desses princípios levam a conclusão de que o controle de constitucionalidade exercido pelo tribunal constitucional é um mecanismo de defesa da própria democracia. (DWORKIN, 2006)

Nesse sentido, segundo Dorwkin, o poder judiciário deve decidir as questões com base no aspecto material da lei, sem ficar restrito às questões procedimentais. O controle de constitucionalidade seria uma forma de proteger as minorias da opressão das maiorias, na interpretação jurídica de que todos os cidadãos são iguais e livres, assim merecem o mesmo respeito e consideração na construção de um projeto político comum a todos. (DORWKIN, 2006)

Há de discordar em parte da teoria do autor, dentro de uma sociedade complexa e plural não pode se aplicar uma regra independente das circunstâncias ou condições, de forma independente das características intrínsecas ao conflito em questão. Ser adepto ao exercício da função contramajoritária não significa defender que o poder o tribunal constitucional deve adotar postura autoritária e impositivo sobre tudo e todos, que ao exercer a função contramajoritária deve menosprezar a interpretação de outros posicionamentos mais democráticos.

1.1 O exercício da função contramajoritária na realidade brasileira

No ano de 1988 foi promulgada a constituição Federal, a qual possui um extenso rol de direitos fundamentais e uma variedade de garantias sociais. Esse novo paradigma jurídico colocou os juristas brasileiros em uma posição de insipiência, a cultura jurídica brasileira estava relacionada a um modelo de liberalismo individual, teria que aprender a lidar com os novos direitos de segunda e terceira dimensões.

Isso fez com os constitucionalistas nacionais adotassem teorias estrangeiras com apostas no protagonismo dos juízes, as quais Streck classifica como teorias alienígenas. Dentre as principais teorias, destaca-se o realismo norte-americano, com ênfase no ativismo judicial. (Streck, 2017)

Embora tenha reportado às referências teóricas colhidas na experiência constitucional norte-americana, a qual é exemplo do exercício da democracia a nível global, o Brasil possui uma organização estrutural, enquanto nação, distinta da estadunidense, bem como processo legislativo próprio. (STRECK, 2017)

No Brasil, não há um recorte temporal exato de quando o assunto se tornou alvo do debate acadêmico, presume-se que o termo ‘contramajoritário’ foi incorporado pela doutrina constitucionalista. Dentro da realidade brasileira, Luís Alberto Barroso afirma que na democracia contemporânea os tribunais

constitucionais possuem três funções, quais sejam: contramajoritário, representativo e iluminista. (BARROSO, 2018)

A função contramajoritária a ser exercida no país seria pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concentrado para invalidar as leis que se contrapõe à constituição e garantir que as relações jurídicas não sejam regulamentadas por normas inconstitucionais, independente de caso concreto.

Também há o controle de constitucionalidade difuso, seria exercido a partir de um caso concreto para verificar a compatibilidade de uma determinada norma com o texto constitucional. Caso não seja compatível, os efeitos da invalidação refletem somente na relação jurídica do caso concreto, mas a norma continua sendo válida para o restante da população.

O exercício do papel contramajoritário se legitima dentro do sistema democrático porque protege os direitos fundamentais que são o esteio para a estrutura de uma nação democrática, além de garantir que a ética e justiça a ser cumprido pelos atores políticos não sejam aniquilados pela deliberação política majoritária. Ainda, se fundamenta na proteção dos procedimentos democráticos e dos canais de participação política de todos. (BARROSO, 2018)

Os direitos fundamentais são essenciais para a dignidade da pessoa humana e são os pilares para estrutura organizacional do Estado, todos os poderes devem atuar no sentido de proteger esses direitos. Nos conflitos que versem sobre a violação de direitos fundamentais concomitante a letargia legislativa em alterar esse cenário, o papel contramajoritário do poder se faz imperativo. (DE VICO ARANTES & DE VICO ARANTES, 2019)

Assim, o controle de constitucionalidade a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal trará a ideia de que a democracia vai além do governo para maioria pelos simples motivo de ter sido eleito por esse, é necessário que se observe a incorporação de outros valores fundamentais.

Sobre discordância do exercício do contramajoritarismo a qualquer modo de Dorkwin, cumpre ressaltar que nas demandas que não envolvem os direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, o STF deve atender a liberdade do legislador no exercício da sua função e a discricionariedade do administrador. Isso porque se o “tribunal constitucional for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável.” (BARROSO, 2018)

Essas considerações são importantes porque caso contrário poderia gerar excesso de intervenção do poder judiciário na dimensão política, além do limite de suas atribuições, e configurar eventual ativismo judicial e inconveniente ditadura do judiciário na interpretação constitucional, o que levaria a uma situação de incongruência com o Estado democrático de direito.

Fundamental esclarecer que, quando exercida de maneira correta, a função contramajoritária não se trata de ativismo judicial, já que esse último é uma forma dos juízes, a partir da interpretação constitucional, “expandir o seu sentido e alcance”, enquanto o primeiro objetiva a legitimação material da lei a partir dos direitos fundamentais já previstos.

Sobre o Supremo Tribunal Federal possuir a condição de último interprete do texto constitucional, Streck faz apontamentos para evitar um fenômeno que ele denomina como pamprincipiologismo, isto é, quando os juízes utilizam de pseudoprincípios para julgar de forma discricionária, com fundamento frágil em álibis teóricos, uma determinada causa. Isso levaria a uma série de julgamentos contraditórios e consequente violação a isonomia, a qual fragilizaria a autonomia do direito. (STRECK, 2017)

Ele se refere a uma interpretação equivocada de conduzir os princípios quando aborda os álibis teóricos e, assim, transformá-los em meros álibis para agir de acordo com a própria vontade, seguido de orientação pessoal. Dessa forma, considera que os princípios “não são ornamentos e nem conceitos vazios que apontam para a direção que aprouver ao intérprete. Diferentemente, sua normatividade direciona sentidos que espelham a comum-unidade que pertencem.” (STRECK, 2017)

Isto significa que quando a suprema corte for exercer seu papel contramajoritário deve se atentar para os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito para proteger os direitos fundamentais, para isso a constituição federal deve ser o sustentáculo de sua decisão, pois

o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente - e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos - o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar, no limite e na inércia dos Poderes Públicos, no

garantidor dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia. (STRECK, 2011)

A constituição tem, perante uma estrutura democrática, o papel de estruturar o Estado em sentido amplo, pois norteia também o seguimento público e privado, ou seja, toda a sociedade. É por essa razão que Peter Haberle conceitua constituição como uma ordem jurídica essencial do Estado e da sociedade e nem mesmo a vontade da maioria pode se opor a ela. (HABERLE, 2007)

2. APLICABILIDADE DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA NA DEFESA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Em todo período republicano, nem sempre os direitos indígenas sobre suas terras foram reconhecidos nas constituições pretéritas. A constituição de 1981 sequer regulou o tema, mas a partir da constituição de 1934, com posterior repetição pela constituição de 1937, reconheceu a posse dos povos originários sobre suas terras e as tornou inalienáveis.

A constituição de 1946 alterou a redação, mas permaneceu com a mesma essência, foi respeitado a posse das terras onde estavam permanentemente localizados, sob a condição de não transferir para terceiros. Durante a ditadura militar foi publicado a constituição de 1967, emendada pouco tempo depois pela emenda constitucional número 1/1969, a qual assegurava, além da posse permanente das terras ocupadas, o direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades existentes na terra.

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, dita constituição cidadã, ampliou os direitos indígenas relativos ao uso da terra. De acordo com o artigo 231, §1º da referida lei, *“são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”*

Conclui-se pela leitura do dispositivo que a posse tradicional indígena vai além do conceito de posse dado pelos doutrinadores civilistas. Enquanto esses definem posse como um direito real propriamente dito, um desmembramento natural da propriedade (DINIZ, 2007), já que o indivíduo tem um domínio fático sobre a coisa, a posse indígena transcende essa definição no momento que a terra é o elemento medular para sua reprodução social e cultural.

Do mesmo modo, sob a ótica do liberalismo econômico, a terra é uma redução da natureza para ser utilizada como mercadoria, mas para os povos indígenas a terra é a própria natureza, sua casa. Tudo o que ela compõe, a fauna, a flora e todos os demais seres são elementos inseparáveis da mãe terra, então tudo nela deve ser preservado como fonte de vida.

Embora o constituinte tenha assegurado a proteção das terras ocupadas pelos povos indígenas, a terra continuou sendo um bem da União e foi possibilitado o aproveitamento dos recursos nela existentes, inclusive a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, desde que tenha autorização do congresso nacional e conseqüente participação dos indígenas nesse processo, além de uma lei regulamentadora.

Ainda, por força expressa do parágrafo quarto do artigo 231, o Estado não pode favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativa nas terras indígenas. No entanto, a efetividade da lei na prática é um desafio, e os próprios indígenas têm que fazer valer seus direitos por meio de reivindicações, uma vez que os interesses econômicos ainda teimam em ignorar suas próprias existências.

A economia segue o princípio majoritário, busca satisfazer o interesse geral da sociedade civil para alcançar o progresso do país. Por outro lado, a Constituição Federal foi a gênese do Estado democrático de direito, constituidora dos princípios da igualdade, liberdade, justiça, além de garantir a proteção dos direitos indígenas, seus modos de viver, ser e fazer.

Assim, tendo em vista esse cenário, cabe ao Supremo Tribunal Federal, por meio da função contramajoritária, a legitimação material constitucional para minimizar os impactos socioambientais causados pelas atividades extrativistas das riquezas minerais em territórios indígenas. Isso porque, esses impactos socioambientais geram danos irreversíveis para esses povos, o que fere uma série de direitos fundamentais, na esfera objetiva e subjetiva.

No caso dos direitos indígenas em específico, a adoção do contramajoritarismo não vai ocasionar uma interpretação extensiva da redação legal, os direitos já estão previstos na Constituição Federal e na legislação internacional em que o Brasil é signatário, mas por uma variedade de razões históricas estão sendo desrespeitados. Desse modo, os juízes vão efetivar o que já foi decidido pelo constituinte, no limite de suas atribuições.

2.1 Cenário nacional da mineração no século XXI

Primeiramente, é importante esclarecer que há diferença entre mineração e garimpo, a primeira depende de pesquisa prévia, que é registrado na Agência Nacional de Mineração – ANM, e está mais relacionada à industrialização e o uso da tecnologia por empresas mineradoras, sua atividade deve ser convalidada pelo órgão ambiental licenciador, além da empresa mineradora ser responsável pelos impactos socioambientais causados. Por outro lado, o garimpo busca de forma imediata o aproveitamento da jazida mineral, e são trabalhos mais individuais, em regra.

Em estudo realizado pelo Instituto Escolhas⁷⁰, foi possível identificar o interesse do setor privado pela exploração do ouro em terras indígenas na Amazônia Legal, que são consideradas áreas protegidas. Desde 2018, houve uma crescente nos pedidos de pesquisa para lavra do ouro nas terras indígenas, os pedidos cobrem uma área correspondente a 2,4 milhões de hectares.

As terras de maior interesse são a terra indígena Yanomami e a terra indígena Baú, respectivamente. Nas terras dos Yanomami, a área coberta por pedidos corresponde ao impressionante número de um milhão de estádios do maracanã.

Esses números se referem aos pedidos legais registrados na Agência Nacional de Mineração, mas atualmente estima-se que 16% da produção de ouro no país são extrações ilegais em áreas proibidas, sem nenhum tipo de controle e fiscalização. Na realidade, esse percentual pode ser ainda maior, pois não existe um sistema efetivo de rastreabilidade, que permita acompanhar a origem do ouro produzido no país, conforme a pesquisa do Instituto Escolhas.

A consequência é uma série de violações, até mesmo da vida. Em maio de 2021, os indígenas pertencentes a aldeia Palimiú na terra Yanomami sofreram ataques armados dos garimpeiros que invadiram suas terras, eles aproximaram em uma embarcação e efetuaram vários disparos de arma de fogo contra os indígenas que ali estavam. No mesmo local houve um avanço de 30% no garimpo

⁷⁰ Fonte: Instituto Escolhas. (2021). Áreas protegidas ou áreas ameaçadas? A incessante busca pelo ouro em Terras Indígenas e Unidades de Conservação na Amazônia. Recuperado de: <https://www.escolhas.org/wp-content/uploads/%C3%81reas-protegidas-ou-%C3%A1reas-amea%C3%A7adas-A-incessante-busca-pelo-ouro-em-Terras-Ind%C3%ADgenas-e-Unidades-de-Conserva%C3%A7%C3%A3o-na-Amaz%C3%B4nia.pdf>.

de ouro ilegal, foi enviado carta às autoridades com relatos das violências, mas nada foi feito.⁷¹

Concomitante ao crescimento dos pedidos de lavra minerária em terras indígenas, o governo federal apresentou em no ano de 2020 o projeto de lei nº 191, o qual buscava viabilizar a exploração econômica da atividade minerária e garimpeira nas terras indígenas da Amazônia. O projeto regulamenta questões específicas tanto para pesquisa, quanto para lavra.

Uma das principais alterações é a realização de estudo técnico prévio para avaliar o grau de exploração em determinada terra indígena, porém o estudo não depende de autorização do congresso nacional e nem consentimento dos povos indígenas, também poderia acontecer mesmo com processo de demarcação de terras em curso.

Nas áreas que os minérios para garimpo forem notórios, os locais a serem garimpados vão ser definidos pela Agência Nacional de Mineração – ANM independente do estudo técnico prévio. Toda essa flexibilização se torna perigosa, pois favorece os interesses das empresas mineradoras e diminui o direito que os povos indígenas têm sobre suas terras, os tornam agentes coadjuvantes de suas próprias existências. A especulação de suas terras aumenta e a pressão externa sobre eles também, de forma proporcional.

O projeto possui também outros aspectos que violam o direito à diferença inovados na Constituição Federal de 1988, como a criação de um conselho curador uno formado por, no mínimo três indígenas, esse conselho será responsável por receber os resultados da lavra e repassar aos demais, por representar os demais nas tomadas de decisões, dentre outras funções. O direito à diferença é ferido, pois os povos indígenas são característicos por suas diversidades étnicas e culturais, a formação desse conselho se opõe a forma que eles têm de se organizar socialmente e hierarquicamente dentro de cada comunidade.

Sobre a lavra garimpeira, o projeto 191/2020 permite o garimpo nas terras indígenas definidas pela Agência Nacional de Mineração, desde que haja consentimento das comunidades a serem afetadas pela lavra extrativista, essas comunidades teriam o prazo máximo de 180 dias para manifestarem interesse em realizar o garimpo de forma direta ou em parceria com não indígenas.

⁷¹ Fonte: Fundo Nacional da Amazônia. (2021). *Yanomamis pedem socorro*. Recuperado de: <https://www.famazonia.org.br/2021/05/31/yanomamis-pedem-socorro/>

Novamente, ressalta-se que a Constituição Federal, por força expressa do artigo 231, parágrafo quarto, veda o Estado favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativa nas terras indígenas. O projeto faz referência a uma série de protocolos técnicos que foram colocados para ter algum nível de compatibilidade com a Constituição Federal, mas que não se aproxima com a realidade dos povos indígenas.

Nesse contexto, por exemplo, o exercício da função contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal se legitima ao realizar o controle judicial de constitucionalidade para declarar inconstitucional a lei apresentada pelo chefe do poder executivo, eleito pela maioria dos votos, mas que se contrapõe à redação constitucional e condutora do Estado Democrático de Direito, pois viola direitos fundamentais.

A ausência de autorização do congresso nacional para realização do estudo técnico, a redução do protagonismo da comunidade indígena em debater sobre a viabilidade do prosseguimento da atividade extrativista em sua casa vai contra a sociedade aberta de intérpretes de Peter Haberle.

Segundo a teoria da interpretação constitucional do alemão, o processo de interpretação da constituição deve ser aberto às forças pluralistas ativas da sociedade, pois somente com a abertura do diálogo é que as decisões constitucionais vão ser fortalecidas. Entende-se por decisão constitucional, por exemplo, a aprovação de emenda constitucional pelo poder legislativo e até mesmo a decisão judicial do STF em uma ação de controle de constitucionalidade. (HABERLE, 2015)

Nesse formato, o poder judiciário consegue aplicar a norma ao caso concreto de maneira mais eficaz. A existência e independência funcional dos juízes e a vinculação à lei não afasta o fato de que interpretam a lei sob o aspecto jurídico e também sob as questões da realidade, a partir da necessidade fática dos outros intérpretes, já que todos aqueles que vivem uma norma ou são destinatários dela são sujeitos ativos do processo hermenêutico (HABERLE, 2015). Para ele,

O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. [...] Para o Legislador, existe o controle “técnico” da Corte Constitucional e o controle “não técnico” exercido por meio de eleições, para capacidade de sustentação de coalizões e pelo processo interno de formação da vontade po-

lítico-partidária. Para o juiz da Corte Constitucional não existe um controle técnico. Ele em sua conduta “regulada” pelo “espaço público” (“die Öffentlichkeit”). A esfera pública estrutura-se, porém, para ele, com fundamento em sua concepção profissional, sua socialização na ciência do Direito Constitucional, a expectativa de conduta profissional a que se encontra submetido. (HABERLE, 2015)

Em sua teoria da interpretação constitucional Haberle busca questionar sobre os objetivos da interpretação constitucional e sobre os métodos utilizados nessa hermenêutica. Propõe que em uma sociedade plural os critérios de interpretação devem ser amplos, no sentido de incluir de todos os cidadãos, todas as comunidades, órgãos estatais, e poderes públicos. Todas essas figuras compõem uma força produtiva de interpretação, são integrados enquanto sujeitos. (HABERLE, 2015)

Com essa teoria, busca-se adicionar valores pluralistas do sistema democrático na construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do acesso do cidadão na justiça. Isso porque a constituição federal tem função integrativa, na situação de divisão da opinião pública a suprema corte deve garantir o alcance dessa função, e ela vai fazer isso incluindo na sua decisão os interesses daqueles que não participaram do processo, isto é, os interesses não representados. (HABERLE, 2015)

2.2 Impactos socioambientais das atividades extrativistas predatória e violação dos direitos fundamentais

Os dados trazidos e projeto de lei 191/2020 mencionado demonstram a realidade da mineração no Brasil nos últimos anos. Esse cenário é marcado pelo alto interesse de todas as empresas, garimpeiros, forças políticas e, principalmente, estatais em viabilizar o extrativismo mineral em terras indígenas.

Assim, a relação entre a função contramajoritária e a sociedade aberta de Haberle consolida na ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve continuar restrito a aplicação dos direitos fundamentais que já estão previstos na legislação pátria, sem criar novos direitos ou princípios, e sem estendê-los nos seus sentidos. Entretanto, para uma melhor interpretação desses direitos, a proposta de Haberle agrega na direção de que esses direitos vão ser melhor aplicados se oportunizar a inclusão dos povos indígenas nessa discussão hermenêutica.

Isso porque a vivência indígena é muito complexa e foge do que o homem branco consegue entender dentro da sua concepção de sistema-mundo moderno. Entender as questões da realidade desses povos só é possível a partir do momento que dá voz ativa eles, principalmente entender quais camadas dos seus direitos que são violadas.

Por exemplo, a terra para o homem branco é só mais um bem disponível que pode ser objetificado e mercantilizado dentro da economia capitalista. Desse modo, a exploração minerária da terra é só mais uma atividade que é estudada sob a ótica financeira, pelo potencial que representa para o desenvolvimento do país, sem maior preocupação com as transformações ambientais e sociais no local, sobretudo no futuro.

Por outro lado, a terra para o homem indígena vai muito além, ela representa um lugar onde eles expressam todas as manifestações culturais, materiais e imateriais, conseguem perpetuar no tempo. Então, ouvir esses povos permite assimilar o porquê a mineração ofende o direito à vida, o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão, dentre outros. A resposta está na relação que possuem com a natureza, romper essa relação significa o desaparecimento dos seus modos de ser, fazer e viver. É essa relação que a sociedade civil não consegue compreender.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos basilares dos direitos fundamentais, e a dignidade humana está na necessidade de respeitar as necessidades materiais e imateriais do outro, as necessidades dos povos indígenas se concretizam na natureza. A partir do momento que a mineração é considerada uma atividade predatória porque contamina as águas, destrói as matas, mata espécies de animais e plantas, ou seja, transforma tudo em lama, os povos indígenas não vão conseguir suprir suas necessidades básicas.

De acordo com o recente Boletim Sirad Isolados⁷², do Instituto Socioambiental (ISA), o desmatamento em territórios de povos indígenas isolados aumentou 118% em relação a julho de 2020. Além das madeireiras, as empresas mineradoras são as maiores responsáveis pela invasão e derrubada das árvores.

72 Fonte: Instituto Socioambiental. (2021). *Desmatamento em terras com indígenas isolados cresce mais de 200% em julho*. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/desmatamento-em-terras-com-indigenas-isolados-cresce-mais-de-200-em-julho>

A principal forma de desmatamento ocorre por meios de incêndios criminosos, o que afeta a saúde desses povos.

Ainda, outro estudo publicado pelo Instituto Socioambiental (ISA) mostra que houve um aumento de 25% de internação dos indígenas com idade superior a cinquenta anos devido a fumaça causada pelas queimadas, no período correspondente a 2010 até 2019⁷³. Além da piora da qualidade do ar que ocasiona doenças respiratórias, como asma, pneumonia, influenza, bronquite aguda, bronquiolite aguda, há também outras doenças epidêmicas contagiosas que o homem branco leva para dentro desses territórios, como a malária e a covid-19.

Outro ponto importante é que os povos indígenas não possuem fácil acesso à medicina convencional, situação que torna ainda mais preocupante a proteção do direito à saúde dessas comunidades afetadas, já que é violado em vários níveis diferentes e isso se torna um problema muito complexo.

O direito à saúde, ao ar limpo e à água das populações que dependem do funcionamento correto do serviço ecossistêmico de suporte serão diretamente afetados. Além disso, as populações amazônicas, incluindo os povos indígenas isolados, também são violados em seus direitos à moradia, ao modo de vida, à alimentação e à cultura, uma vez que seus modos de vida estão intimamente conectados aos ritmos e ofertas da floresta.⁷⁴

Além do direito à saúde, o direito fundamental à vida também é colocado em risco, essas doenças ocasionam a morte de muitos indígenas que não resistem a elas. Também, o desmonte de políticas públicas que busquem frear esses dados, a omissão desses impactos no discurso governamental, e elaboração de um projeto de lei que busca viabilizar a mineração em terras indígenas, todos esses fatores geram o aumento da pressão fundiária nessas áreas, a crescente do fluxo migratório em busca de minérios para essas regiões.

⁷³ Fonte: Instituto Socioambiental. (2020). *Relatório: Impactos na qualidade do ar e saúde humana relacionados ao desmatamento e queimadas na Amazônia Legal brasileira*. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/fumaca-de-incendios-impulsiona-internacoes-de-indigenas-mostra-estudo>

⁷⁴ Fonte: Instituto Socioambiental. (2020). *Relatório “Ameaças e violação de direitos humanos no Brasil: Povos indígenas isolados”*. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/relatorio-do-isa-denuncia-na-onu-risco-elevado-de-genocidio-de-povos-indigenas-isolados>

Esses conflitos são marcados pelo uso da violência física e mortes de indígenas, pois são grupos mais vulneráveis e expostos a esse tipo de ação. Portanto, há um cenário de violação massiva de direitos fundamentais.

Em relação a liberdade de expressão e cultural, na terra conseguem manifestar suas crenças mediante rituais religiosos, conseguem exteriorizar suas expressões artísticas, como a dança, festas tradicionais, lendas, e suprir suas alimentações de acordo com as suas culturas culinárias. Todos esses elementos são imateriais e representativos de práticas e costumes, os quais compõem o patrimônio cultural brasileiro, protegido pelo artigo 216 da Constituição Federal e também pela convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Para começar, para muitos grupos indígenas e rurais, “a ‘cultura’ não fornece uma quantidade particular de objetos com os quais se possa manipular ‘a natureza’ [...] a natureza não se ‘manipula’”. A “natureza” e a “cultura” devem ser analisadas, portanto, não como entes dados e prósociais, e sim como construções culturais, se é que desejamos determinar seu funcionamento como dispositivos para a construção cultural, da sociedade humana, do gênero e da economia (ESCOBAR, 2005)

O esgotamento dos elementos naturais, como a intensificação massiva do desmatamento, conduz ao resultado de etnocídio, isto é, a destruição de uma cultura tradicional que deveria ser preservada. A disputa desigual pela terra já conduz ao genocídio e desaparecimento desses povos na história brasileira.

São circunstâncias essenciais para serem analisadas no momento de interpretar uma lei para realizar o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Essas circunstâncias pertencem ao grupo étnico minoritário no país, elas também não são passíveis de serem valoradas no capital, por essa razão o exercício da função contramajoritária para proteger esses direitos já normatizados é substancial.

Novamente, o direito à saúde, à vida, à liberdade de expressão, são exemplos de direitos fundamentais multifacetados que, para serem aplicados corretamente nos casos judiciais que envolvem essa temática, deve ser oportunizado a abertura do diálogo hermenêutico para os povos indígenas, pois são os destinatários da lei.

CONCLUSÃO

A função contramajoritária atribuída aos tribunais superiores surgiu no século XX, nos Estados Unidos. No Brasil, o tema ganhou destaque no debate acadêmico após o advento da Constituição Federal de 1988, quando foi inserido no sistema normativo novos direitos que, até então, não existiam, como os direitos de segunda e terceira dimensão. A partir de então, o Supremo Tribunal Federal - STF passou a exercer esta função, a forma que exerce é por meio da realização do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, ambos lhe é atribuído pela própria Constituição.

Quando o tribunal exerce essa função de forma correta não acarreta em ativismo judicial, pois o uso do contramajoritarismo não confere ao tribunal constitucional a permissão de estender o sentido da lei além do que já está positivado, com base em convicções de foro íntimo. Vai gerar um risco para o Estado Democrático de Direito se esse tipo de situação acontecer, pois pode ser uma via articuladora de usar o direito como elemento estratégico de poder, bem como pode consolidar a ideia de um tribunal seletivo.

Essa seletividade se concretizaria em posicionamentos políticos, mas não jurídicos. A exemplo do Supremo Tribunal Federal, há uma certa rotatividade de ministros no decurso do tempo, talvez daqui há muitos anos essa postura que já foi consolidada em momento anterior passe a ser utilizada de forma negativa. Por essa razão, é necessário delimitar a aplicabilidade da função contramajoritária na prática, dentro dos limites de atribuições do STF.

Pois bem. Conforme já foi explicado, há uma diferença entre soberania judicial e supremacia judicial. A soberania judicial se refere a condição do supremo tribunal possuir a única palavra a respeito de determinado assunto. Por sua vez, a supremacia judicial está na condição do STF ter a última palavra interpretativa desse assunto, e nesse caso a função contramajoritária pode sanar alguns descompassos históricos e jurisprudenciais.

Entretanto, não defende a ideia de que o STF deve ser contramajoritário a todo custo, ele não deve agir a favor de uma parcela da sociedade que não é deliberadamente representada na democracia representativa se os interesses dela se opõe ao que está previsto na Constituição. A função contramajoritária só é defensável quando está alinhada a proteção de direitos fundamentais já previstos na Constituição Federal. Ainda, em relação a característica de ter a condição de último intérprete, para evitar eventuais erros judiciais e para a devida legitimação material constitucional, sugere-se a teoria das sociedades abertas de Peter Habermas, a qual irá diminuir o protagonismo dos juízes.

Significa que, embora o STF dê a última palavra, circunstância que não há como ser alterada, já que não existe outro órgão judicial com hierarquia superior, essa palavra vai ser construída a partir de um debate democrático, com a presença de todos os interessados, todos os destinatários da norma. Propõe que em uma sociedade plural os critérios de interpretação devem ser amplos, no sentido de incluir de todos os cidadãos, todas as comunidades, órgãos estatais, e poderes públicos na discussão.

Ou seja, no caso dos conflitos entre povos indígenas e mineradoras ou garimpeiros, o contramajoritarismo não é defensável pelo simples fato de serem indígenas, uma minoria étnica, mas sim porque estão em uma situação de violação massiva aos direitos fundamentais. A inclusão desses povos no processo hermenêutico permite compreender o porquê os direitos fundamentais estão sendo feridos, bem como a aplicação de uma decisão constitucional mais justa.

Quando oportuniza espaços para esses povos falarem, descobre-se que vários direitos fundamentais estão desrespeitados, como o direito à moradia, pois o homem branco destrói a natureza que é a sua casa, o direito à saúde, já que são diariamente afetados por doenças humanas contagiosas que invadem seus territórios, o direito à vida, uma vez que muitas vezes eles morrem pelas consequências dessas doenças por não terem o devido acesso à medicina convencional, além dos homicídios cometidos contra eles na disputa desigual pela terra.

Na esfera mais subjetiva, aquilo que não é notório aos olhos do homem do sistema-mundo moderno, o direito à liberdade de expressão e a proteção do patrimônio cultural também não são respeitados. Isso porque os elementos culturais estão diretamente vinculados aos elementos naturais, a destruição desse último impede a manifestação do primeiro. Junto com a morte da natureza, morre a dança indígena, morre as religiões de matriz indígenas, morre a culinária indígena, morre as lendas indígenas, morre rituais festivos indígenas. Enfim, morre uma parte da história do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, G. (2012). STF VS. VONTADE DA MAIORIA: AS RAZÕES PELAS QUAIS A EXISTÊNCIA DO STF SOMENTE SE JUSTIFICA SE ELE FOR CONTRAMAJORITÁRIO. Revista dos Tribunais, 921, 1-13. Recuperado de: <https://sentidounico.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Georges-Abboud-STF-VS-VONTADE-DA-MAIORIA-AS-RAZ%C3%95ES->

PELAS-QUAIS-A-EXIST%C3%8ANCIA-DO-STF-SOMENTE-SE-JUSTIFICA-SE-ELE-FOR-CONTRAMAJORIT%C3%81RIO.pdf.

BARROSO, L. R. (2018). Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, 9(4), 2171-2228. doi: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

Dantas Soares Alves da Mota, F., & Oliveira Reis Cadó, R. (2018). A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF FRENTE A ATUAL SOCIEDADE PLURAL. *Revista FIDES*, 9(2), 23-36. Recuperado de <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/432>.

DE VICO ARANTES, C. M., & DE VICO ARANTES, M. A. (2019). JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPREMACIA. *Revista De Direito Da FAE*, 1(1), 6 - 26. Recuperado de <https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/33>

DINIZ, M. H. (2007). *Curso de direito civil brasileiro: Direito das coisas* (22^a ed.) São Paulo: Saraiva.

DWORKIN, R. (2006). A leitura moral e a premissa majoritária em M. B. CIPOLLA (trans), *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 1-59.

DWORKIN, R. (2006). *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: WMF Martins Fontes.

ESCOBAR, A. (2005). Lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pósdesenvolvimento. In E. LANDER (Org), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 69- 86.

Fundo Nacional da Amazônia. (2021). Yanomamis pedem socorro. Recuperado de: <https://www.famazonia.org.br/2021/05/31/yanomamis-pedem-socorro/>

Häberle, P. (2010). La Jurisdicción Constitucional en la Fase Actual de Desarrollo del Estado Constitucional. *Direito Público*, 3(11). Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1329>

Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

HÄBERLE, P. (2015). Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Direito Público*, 11(60), 25-50. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>

Instituto Socioambiental. (2021). Desmatamento em terras com indígenas isolados cresce mais de 200% em julho. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/desmatamento-em-terras-com-indigenas-isolados-cresce-mais-de-200-em-julho>

Instituto Socioambiental. (2020). Relatório: Impactos na qualidade do ar e saúde humana relacionados ao desmatamento e queimadas na Amazônia Legal brasileira. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/fumaca-de-incendios-impulsiona-internacoes-de-indigenas-mostra-estudo>

Instituto Socioambiental. (2020). Relatório “Ameaças e violação de direitos humanos no Brasil: Povos indígenas isolados”. Recuperado de: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/relatorio-do-isa-denuncia-na-onu-risco-elevado-de-genocidio-de-povos-indigenas-isolados>

KRAMER, L.D. 2009. Democracia deliberativa e constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘Interesse do Homem’. In A.C.A. BIGONHA; L. MOREIRA (orgs.), Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 85-147.

KRAMER, L.D. 2004. The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford, Oxford University Press, 363 p.

KRAMER, L. D. (2001, 01 de janeiro). The supreme Court 2000 Term Forward: We the Court. 115 Harvard Law Review, p. 4-169.

STRECK, L. L. (2020). HERMENÊUTICA, ANALÍTICA E ARGUMENTAÇÃO: DISTINTAS VISÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. *Novos Estudos Jurídicos*, 25(2), 371-387. doi: <https://doi.org/10.14210/nej.v25n2.p371-387>

STRECK, L. L. (2017). Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, BR: Letramento.

Streck, L. L. (2011). À guisa da apresentação: levemos os atos de decidir a sério. In G. Abboud Apresentação da obra de Georges Abboud (ed), *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais* (p. 25). São Paulo, SP: RT.

OMMATI, J. E. M. (2019). A função contramajoritária do judiciário: uma análise a partir da teoria do direito como integridade. *Revista de Direito e Desenvolvimento*, 2(1), 4-11. Recuperado de: <https://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/red/article/view/3512/01>.

VIEIRA, J. R., EMERIQUE, L. M. B., & BARREIRA, J. H. (2018). Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de investigações constitucionais*, 5(3), 277-302.

O QUE É O NÚCLEO 4.0 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO? UM LUGAR QUE SE VAI OU UM SERVIÇO A SER PRESTADO? UMA BREVE ANÁLISE DO MOVIMENTO DE VIRTUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOB O OLHAR GARANTISTA

Priscila Seifert

Universidade Federal Fluminense
prisciefert@hotmail.com

Simone Souza

Universidade Federal Fluminense
advsouzal@yahoo.com.br

Fernando Gama de Miranda Netto

Universidade Federal Fluminense
fernandojuris@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que territorialmente abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, foi o primeiro tribunal brasileiro a implantar o programa de justiça 4.0, nos moldes instituídos pela Resolução nº 345 do CNJ, que implementou o juízo 100% Digital, segundo dados divulgados em seu portal de justiça.

Em funcionamento desde maio de 2021, o programa é composto por 2 núcleos de justiça virtuais, que não estão atrelados a uma determinada localidade, mas abrangem todas as eventuais ações propostas na 2ª Região. Esses núcleos regionalizados cuidam apenas da matéria de saúde pública, processam ações e proferem julgamentos de forma remota, totalmente digital, dispensando integralmente o comparecimento das partes e de seus advogados à sede da justiça.

Para explicar aos jurisdicionados como esses núcleos funcionam, o TRF da 2ª elaborou uma cartilha, que pode ser encontrada no portal da instituição. O presente trabalho tem como objetivo problematizar o movimento de virtualização da justiça a partir da análise dessa cartilha.

Sem dúvida, tais núcleos são a materialização à brasileira do movimento de virtualização da justiça. Assim, nossa questão de fundo ao propor a análise da

cartilha elaborada pelo judiciário é investigar em que termos esse movimento coloca em cheque o conceito tradicional de acesso à justiça e como ele se relaciona com os direitos e garantias processuais fundamentais. A investigação é inspirada na provocação realizada pelo professor de Oxford, Richard Sussekind, que ao defender a existências de Cortes de Justiça Virtuais, indaga: “o que é a Corte? É um lugar para onde se vai ou um serviço a ser prestado?”⁷⁵

Considerando as características desse novo modelo de prestação da justiça, totalmente virtual, nos valeremos da doutrina chamada de garantismo processual dogmático para analisar se os novos núcleos da justiça atendem às garantias individuais fundamentais, sobretudo, a garantia do devido processo legal.

De maneira bem resumida, o garantismo dogmático não enxerga o processo como um simples instrumento de realização dos escopos da jurisdição, senão como uma garantia fundamental de liberdade dos cidadãos, em razão do estabelecido no art.5º, caput, e inciso LIV da Constituição.

Para dar conta da análise proposta, vamos percorrer o seguinte caminho: em primeiro lugar, contextualizaremos o movimento de virtualização da justiça. Em segundo, trataremos especificamente da cartilha criada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Em terceiro, cuidaremos das premissas da doutrina do garantismo processual dogmático e, por fim, problematizaremos o movimento da virtualização da justiça, analisando a cartilha à luz do garantismo.

1. DOS AUTOS FÍSICOS AO JUÍZO 100% DIGITAL

O movimento de virtualização do processo não é algo novo. Ele tem ocorrido de modo gradativo. Desde a década de 90, a tecnologia tem revolucionado a atuação do Poder Judiciário. As máquinas de escrever foram totalmente substituídas pelos computadores. As antigas fichas utilizadas para anotação manual dos andamentos processuais tornaram-se automatizadas. E, finalmente, por volta de 1995, os Tribunais brasileiros passaram a disponibilizar o andamento processual na rede mundial de computadores (LEITE, 2020:109).

De acordo com Lenine Munare Mariano da Rocha (2020:17), a Lei nº 8.245/91, conhecida como Lei do Inquilinato, foi a primeira a contemplar, ainda

⁷⁵ SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019

que de forma incipiente, o uso de meios telemáticos para a prática de atos processuais, ao prever, em seu art.48, IV, a possibilidade de citação, intimação ou notificação de pessoas jurídicas ou firmas individuais através de telex ou fac-símile.

Nessa mesma direção em 1999 foi promulgada a Lei do Fax (Lei nº 9.800/99), que passou a permitir, de modo geral a todas as partes do processo, a transmissão de dados para a prática de atos processuais dependentes de petição escrita, por meio de fac-símile ou outro similar (*idem*).

O avanço à virtualização dá mais um passo no ano de 2001, com a Lei nº 10.259, que regula os Juizados Especiais Federais, a qual se constitui em importante marco no desenvolvimento do que chamamos de processo judicial eletrônico (PJE). A referida lei previu a intimação e a protocolização de petições através de meios eletrônicos (art.8º, §2º), além de permitir videoconferência para reunião de juízes domiciliados em diferentes municípios (art.14, §3º), bem como, a autorização para criação pelos Centros de Estudos Judiciários e Escolas da Magistratura dos Tribunais Regionais Federais de “programas de informática necessários para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados” (art.24) (*ibidem*).

Já em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, previu o princípio da duração razoável do processo e garantiu o direito aos meios que assegurem a celeridade de tramitação dos atos processuais. A inovação constitucional⁷⁶ abrangia o uso dos meios tecnológicos. Essa abrangência, para Rafael Leite (2020:111), é significativa, pois oficializa a abertura do Poder Judiciário à Tecnologia.

É importante destacar também que a Emenda nº 45 criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pela implementação dos sistemas eletrônicos em todo o Brasil.

Em 2006, seguindo as diretrizes da Emenda Constitucional nº 45, são editadas três leis consideradas importantes na transição do processo físico para o processo eletrônico, quais sejam, a Lei nº 11.280, a Lei nº 11.419 e a Lei nº 11.382.

A Lei nº 11.280, introduziu o parágrafo único, posteriormente transformado em parágrafo primeiro, ao art. 154 do CPC de 1973, concedendo aos tribunais, no âmbito de sua jurisdição, o poder de disciplinar as comunicações dos

⁷⁶ Art.5º, LXXVIII, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

atos processuais às partes e seus procuradores, através de meio eletrônico, desde que respeitados os requisitos de autenticidade e validade jurídica estabelecidos pelo IPC-Brasil (ROCHA, 2020:20),

A Lei nº 11.419, por sua vez, introduziu o parágrafo segundo ao referido artigo, para disciplinar o processo eletrônico. Passa-se a admitir, expressamente e de maneira ampla, a forma eletrônica de organizar os atos processuais.

Considerado um divisor de águas no panorama de integração entre a tecnologia e a atuação jurisdicional, por conta do processo eletrônico, o envio de peças processuais e a extração de cópias dos autos passa a ser feito *on-line*, pelo sistema dos tribunais, mediante uso do certificado digital, sem necessidade de deslocamento até o fórum, permitindo o trabalho remoto de juízes, advogados e dos demais atores jurídicos.

O papel deixa de ser utilizado para formar os autos, tem-se um processo sustentável (ROCHA E VAUGHN, 2020:129). A prestação jurisdicional muda drasticamente: o processo passa a ser mais célere e mais transparente; a disponibilização de jurisprudência *on-line* trouxe uma maior previsibilidade quanto aos resultados do processo; algumas funções de secretaria, sobretudo as ligadas à movimentação processual, também passaram a ser automatizadas pelas versões mais modernas do processo eletrônico (FERRARI, 2020:38).

Finalmente, a Lei nº 11.382 alterou o CPC de 1973, vigente à época, introduzindo a “penhora *on-line*” (art.655-A do CPC de 1973) e o Leilão *on-line* (Art. 689-A do CPC de 1973), institutos que conferiram mais agilidade aos mencionados atos processuais.

Em 2015, o então novo Código de Processo Civil, promulgado pela Lei nº 13.105 prevê em 52 dispositivos a realização de procedimentos por meio eletrônico.

Tais avanços conferem maior liberdade aos operadores do direito, que, cada vez mais, deixam de exercer funções meramente burocráticas. Em outras palavras: não se tratam de mudanças meramente performáticas, mas que impactam diretamente sobre o modo de se dirigir ao Judiciário (ação), de exercer a jurisdição (jurisdição) e de se manifestar em juízo (processo). Com efeito, cuida-se de uma verdadeira “virada tecnológica do direito” (NUNES, 2020), com profundos impactos sobre o direito processual.

Dierle Nunes (2020) tem dividido a chamada virada tecnológica em três etapas. A primeira refere-se à digitalização ou virtualização da Justiça. Esta etapa diz respeito ao transplante do modelo não eletrônico de justiça (do papel) para o modelo *on-line*. Antes da pandemia, a tendência no Brasil era a de reproduzir o ambiente físico no ambiente *on-line*. No entanto, após a instalação da crise, começou-se a pensar na transferência de todas as atividades jurisdicionais para o modelo *on-line*.

A segunda etapa da virada consiste na automação, cujo objetivo é resolver o problema do tempo dispendido com as atividades repetitivas. Aqui, entram em cena o emprego de algoritmos decisórios, por meio da aplicação da ciência de dados (ROSA E GUASQUE, 2020:68) e a interoperabilidade dos sistemas, que consiste na capacidade de um sistema (informatizado ou não) se comunicar de forma transparente com outro sistema (semelhante ou não) (IWAKURA, 2020).

A automação e a interoperabilidade também já são realidades nos tribunais brasileiros. Destacaremos a seguir, a título exemplificativo, três experiências nacionais que podem ser situadas nessa segunda etapa.

A primeira refere-se ao programa Victoria, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que automatizou os trâmites processuais das execuções fiscais. Victoria, inicialmente, verifica a validade da citação e, se for o caso, renova o ato convocatório para novos endereços; na fase de penhora, atualiza o valor da dívida e efetua a ordem de bloqueio pelo sistema Bacenjud; ela também interpreta o valor do bloqueio, promovendo (i) o imediato desbloqueio em caso de valor irrisório, valores de poupança até 40 salários mínimos ou de verba salarial; ou (ii) a transferência dos valores para a conta indicada e cadastrada; e caso os valores sejam suficientes para quitar integralmente o débito, Victoria elabora minuta de sentença extintiva, que, posteriormente, deverá ser confirmada pelo juízo ou pelo servidor responsável. Caso contrário, ela dá continuidade ao processo com as buscas junto aos sistemas RenaJud e InfoJud.

De acordo com os relatos de Rosa e Guasque (2020:70), durante os três dias de testes realizados na 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, o sistema de automatização da penhora eletrônica bloqueou bens de devedores em 6.619 execuções, gerando uma arrecadação de R\$ 32 milhões de reais para o estado do Rio de Janeiro.

Esse resultado só foi possível por conta da interoperabilidade entre diversos sistemas. Victoria possui comunicação integrada com o sistema BacenJud, que possibilita a penhora de ativos em contas bancárias; com o sistema RenaJud, que permite a consulta e inclusão de restrições de veículos de propriedade dos devedores junto ao Detran; com o sistema InfoJud, que possibilita a consulta das declarações de imposto de renda e de declarações sobre operações imobiliárias (DOI), e, ainda, consulta o Registro Geral de Imóveis atrás de bens imóveis, permitindo a inclusão de restrição nos imóveis localizados.

A segunda experiência se refere ao Sócrates, sistema desenvolvido no Superior Tribunal de Justiça. Em apertada síntese, Sócrates tem por objetivo promover a automação das etapas iniciais dos recursos que chegam ao Tribunal. Já em operação na Secretaria Judiciária, o sistema efetua a leitura das peças relevantes a fim de detectar o assunto tratado e classificar o processo mesmo antes da distribuição (*idem*).

Cita-se, por fim, o Victor, projeto *pilot*, em operação desde 2018, no Supremo Tribunal Federal para fins de otimizar a análise da repercussão geral. O programa efetua primeiramente a conversão de imagens em textos. Na sequência, separa o começo e o fim dos documentos, analisa e classifica as peças processuais, seleciona as peças processuais que são necessárias para a análise de repercussão geral; lê apenas o necessário de cada peça, a fim de localizar o objeto tratado e, procura uma associação com um dos 860 temas de repercussão geral na base de dados do Supremo Tribunal Federal.

A terceira fase da virada, por sua vez, é a fase de transformação. Segundo Nunes (2020), nessa fase, a tecnologia deixa de ser empregada tão somente de modo instrumental. Cuida-se de uma fase bastante complexa, na qual ocorre a refundação de institutos processuais, a revolução gráfica do processo, uma nova propedêutica e novos modelos de dimensionamento de conflitos. Aqui, por exemplo, pode-se discutir se existem atos processuais sem declaração de vontade⁷⁷.

Essas fases, embora pareçam sucessivas, podem coexistir. No Brasil, por exemplo, vive-se ainda um intenso processo de digitalização dos processos. No

⁷⁷ Frise-se mais uma vez, para enfatizar a proximidade da virada, que até recentemente os votos de abstenção dos ministros no Supremo Tribunal Federal eram considerados como votos de adesão ao voto do relator.

entanto, como foi ressaltado, diversos tribunais brasileiros já se valem da automação e da inteligência artificial no desempenho das tarefas jurídicas.

O objeto do nosso estudo pode ser situado tanto na primeira fase da chamada virada tecnológica do direito, haja vista que os núcleos de justiça são 100% virtuais, como na terceira, uma vez que também implicam no refundamento de institutos processuais, dentre os quais pode-se citar, a competência e a produção de provas. Vejamos a seguir como surgiu o Juízo 100% e quais são as principais funções e características dos Núcleos 4.0 instituídos pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, através de um breve estudo da Cartilha informativa elaborada pelo referido Tribunal.

2. A CARTILHA 4.0



Acesse a cartilha do Núcleo da Justiça 4.0 por este QR CODE

Disponibilizada em junho de 2021 pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a cartilha informativa do Núcleo de Justiça 4.0 da Justiça Federal da 2ª Região, foi criada, de maneira geral, para estimular cidadãos e advogados a litigarem de forma 100% virtual, ou seja, sem a necessidade de terem que comparecer fisicamente aos fóruns, valendo-se dos Núcleos de Justiça 4.0.

Os Núcleos de Justiça 4.0 consistem em dois juízos 100% digitais, um no estado do Rio de Janeiro e outro no do Espírito Santo, por meio do qual duas equipes formadas por quatro juízes, com atribuição regionalizada, julgarão, exclusivamente de forma virtual, ações de saúde pública.

A criação desses núcleos, os primeiros do país, é fruto da Resolução nº 345, de outubro de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que autoriza os tribunais brasileiros a adotarem o “Juízo 100% Digital”. Fundamentada na promessa de concretização do princípio constitucional do amplo acesso à justiça (art.5º, XXXV, da CRFB), a mencionada resolução adota como premissa central a ideia de que a tramitação de processos em meio eletrônico promove o aumento da celeridade e da eficiência da prestação jurisdicional.

O que seria o Juízo 100% Digital? Depreende-se da Resolução nº 345 do CNJ que o juízo 100% digital é um juízo 100% virtual, no qual todos os atos processuais, sem exceção, deverão ser praticados exclusivamente por meio eletrônico, através do uso da rede mundial de computadores (Internet). Isso significa que as audiências e as sessões de julgamento vão ocorrer por videoconferência. Caso seja necessário, as partes poderão requerer ao juízo que a participação na audiência por videoconferência seja realizada em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário.

No entanto, caso seja inviável produzir meios de provas ou outros atos processuais de forma virtual, é possível realizá-los de forma presencial, sem prejuízo do tramite do processo no âmbito do Juízo 100% Digital (§2º, do art.1º). Em outras palavras: no juízo 100% digital, o trâmite totalmente remoto é a regra, excepcionalmente, no entanto, é possível praticar atos processuais de forma presencial.

Segundo o art.3º da Resolução nº 345 do CNJ, a escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. Uma vez adotado o juízo 100% digital, as partes poderão retratar-se dessa escolha, por uma única vez, até a prolação da sentença, preservados todos os atos processuais já praticados.

Nessa direção, o Núcleo 4.0 da Justiça Federal da 2ª Região pode ser definido como um Juízo 100% Digital especializado em saúde pública. As ações mais comuns nessa área dizem respeito a internações hospitalares e a realização de cirurgias, bem como fornecimento de medicamentos e realização de tratamentos.

Na mesma direção da resolução do CNJ, para que o processo seja distribuído ao núcleo da justiça 4.0, é necessário que a parte autora faça essa opção no momento do ajuizamento da ação, a qual deverá corresponder à matéria de competência especializada do núcleo.

Registre-se ainda que no ato do ajuizamento da ação, a parte e seu advogado deverão fornecer o endereço eletrônico (e-mail) e a linha móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts.193 e 246, V, do Código de Processo Civil.

É preciso observar, porém, que a parte ré deverá concordar com a tramitação do processo no Núcleo da Justiça 4.0 especializado, na primeira oportunidade que tiver que manifestar nos autos. Caso haja objeção da parte ré, o processo será redistribuído para unidade judiciária tradicional, com competência para a mesma matéria. A opção da parte autora e a não objeção da parte ré são irratáveis.

Os processos que tramitam no Núcleo 4.0 podem ser acompanhados de duas formas: é possível realizar as consultas sobre a movimentação processual através do sítio da Justiça Federal na Internet pelo número do processo; e também é possível ser atendido pelo balcão virtual, que consiste numa plataforma virtual de atendimento por videoconferência. O TRF da 2ª Região faz uso da plataforma *zoom*. Os links para atendimento no Rio de Janeiro e no Espírito Santo estão disponíveis na Cartilha. Há ainda a possibilidade de atendimento por e-mail.

A Cartilha fornece ainda o passo a passo para submeter uma ação aos Núcleos. Dentre os benefícios de se valer da Justiça 4.0 são elencados os seguintes: i) o oferecimento à população de um serviço totalmente digital; ii) maior agilidade no atendimento, em razão da especialidade por matéria; iii) ampla possibilidade de acesso por estarem atrelados a competência regional.

A ideia é muito boa, se pensarmos que os cidadãos, em geral, parecem não ter apreço por ter que comparecer fisicamente à justiça. Evita-se também que se perca tempo e dinheiro por conta do deslocamento, da ausência no trabalho e da espera para ser atendido ou para participar de uma audiência.

Não obstante, é preciso ressaltar que nem todos os cidadãos brasileiros têm acesso à rede mundial de computadores e que os serviços que disponibilizam o acesso ainda são bastantes ineficientes, apresentando quedas e falhas de conexão de maneira bem frequente. Ademais, a comunicação nessa espécie de juízo parece ser bastante pobre e limitada, pois não há contato direto entre os atores processuais. Por fim, é possível aventar-se que sejam criadas possíveis situações processuais prejudiciais aos direitos fundamentais das partes, como, por exemplo, a ausência de contraditório e a realização de perícias indiretas.

Assim, considerando as características desse novo modelo de prestação da justiça, totalmente virtual, nos valeremos da doutrina chamada de garantismo processual dogmático para analisar se os novos núcleos da justiça atendem às

garantias individuais fundamentais, sobretudo, a garantia do devido processo legal.

3. O GARANTISMO PROCESSUAL DOGMÁTICO

De maneira bem resumida, o garantismo processual dogmático não enxerga o processo como um simples instrumento de realização dos escopos da jurisdição, senão como uma garantia fundamental de liberdade dos cidadãos, em razão do estabelecido no art.5º, caput, e inciso LIV da Constituição.

O processo, dessa forma, é configurado como instituição de garantia a serviço dos jurisdicionados, dos cidadãos, afinal, é tratado no título “direitos e garantias fundamentais” (Título II da Constituição), não nos títulos sobre a “organização do Estado” (Títulos III e seguintes da Constituição).

Segundo Igor Raatz e Natasha Anchieta (2021), o principal mérito dessa afirmação é o de estabelecer uma distinção conceitual precisa entre processo e jurisdição. Para o garantismo, a principal função do processo consiste na limitação do poder jurisdicional. Dessa forma, o processo se apresenta como uma garantia das partes contra o arbítrio do Estado.

De acordo com Mateus Costa Pereira (2017:250), ao se apresentar como garantia, o processo não pode diminuir ou asfixiar os interesses individuais e os direitos subjetivos nele discutidos a pretexto de concretizar os fins sociais, a justiça estatal e/ou o direito objetivo; o embasamento constitucional de liberdade rechaça essa concepção, que, quando não se confunde à própria origem, está na base das teorias publicistas/ativistas.

Resumindo: os alicerces do garantismo estão fincados na Constituição de 1988. Nessa direção, a opção do constituinte de inserir o devido processo legal (art.5º, LIV, CF), assim como os seus componentes basilares, - contraditório, ampla defesa, publicidade entre outros -, no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição Federal), conduz à impossibilidade de atribuir ao processo a função de ferramenta do poder jurisdicional. Afinal de contas, sendo a jurisdição um poder, tal qual prevê a Constituição ao tratá-la no Título IV – Da organização dos poderes, ela deve ser, necessariamente, limitada e controlável, sob pena de desaguar em arbitrariedade (idem).

A alegação dos adeptos ao garantismo é bastante coerente e deveras interessante. De fato, o processo é tratado pelo constituinte brasileiro no rol dos

direitos fundamentais. Dessa forma, o constituinte trata primeiro do processo (art.5º) e, conseqüentemente, da liberdade, para somente depois regular os poderes do Estado, e assim, a jurisdição (art.44 e segts).

Nessa direção, esclarecem Igor Raatz e Natasha Anchieta (2021), o processo, mais propriamente, o devido processo legal, tem caráter constitucional e, portanto, realidade substantiva. É devido porque é o elo de comunicação obrigatório entre jurisdição e jurisdicionados; é legal porque só se pode regular em lei. Enfim, processo é garantia de liberdade contrajurisdicional, pois é procedimento legal rígido em contraditório tendente a proteger o cidadão contra eventuais excessos e desvios do Estado-juiz. Assim, integra o clube dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Pensar o processo como direito fundamental nessa perspectiva significa encarar os direitos processuais apenas como direitos subjetivos de liberdade frente ao Estado. Nessa direção, os direitos fundamentais são estabelecidos para assegurar, frente a ameaça estatal âmbitos importantes da liberdade individual e social que estão especialmente expostos, segundo a experiência histórica, à ameaça do poder do Estado. Não são, consideradas, portanto, normas objetivas de princípios ou dimensões axiológicas (*idem*).

Diferente da doutrina publicista, o garantismo dogmático não visualiza o processo numa perspectiva objetivista. Para os garantistas, o processo não é um valor ou um mandamento de otimização que estaria em constante conflito com outros valores ou princípios representativos de uma noção de efetividade do poder jurisdicional. Sob essa direção, intervenções legislativas na área de proteção de direitos fundamentais (como é o caso do direito fundamental ao devido processo legal, ao contraditório, etc) não são justificáveis mediante um simples juízo de ponderação. A proporcionalidade, sob a ótica da abordagem garantista do processo como direito fundamental, é, sobretudo, garantia contra o poder estatal (*ibidem*).

Firmes nas premissas do garantismo dogmático, nosso próximo passo consiste em problematizar os núcleos de Justiça 4.0 da Justiça Federal da 2ª Região, sobretudo no que diz respeito ao acesso à justiça, ao contraditório e a ampla defesa, para ao final, concluir a quem o movimento de virtualização serve: ao cidadão ou ao próprio Estado.

4. A JUSTIÇA 4.0 SOB O OLHAR GARANTISTA

Como vimos, de maneira geral, sob o olhar garantista, os direitos e garantias processuais fundamentais não devem ceder aos valores ou mandamentos de otimização como a celeridade, economicidade e efetividade na prestação da justiça. Nessa direção, problemas relacionados à gestão processual, como o tempo de tramitação do processo, não devem ser revolvidos à custa de sacrifícios ao devido processo legal.

Pautados por essa premissa, como fica a Justiça 4.0 à luz da doutrina garantista? Para responder a essa questão, vamos analisar, de forma breve e ainda embrionária, os núcleos da justiça 4.0 da justiça federal da 2ª Região a partir das informações expostas na Cartilha da justiça federal⁷⁸, sob três aspectos: i) o acesso à justiça; ii) a competência territorial regionalizada; iii) o devido processo legal, este último, especialmente, em relação ao contraditório e a ampla defesa e a produção de provas.

Assim, no que diz respeito ao acesso à justiça, os núcleos de justiça 4.0 são apresentados como mais uma opção de litigância em relação a matéria de saúde pública. Essa possibilidade de opção nos parece bem razoável e, pode, de fato, facilitar o ingresso no Judiciário. Nesses moldes, sem que haja imposição, o movimento de virtualização da justiça atente tanto ao jurisdicionado como ao Estado, pois permite testar, de maneira gradativa, o novo modelo de realização da justiça.

Em relação a competência territorial regionalizada, tem-se que a estrutura dos núcleos de justiça 4.0 não fica atrelada a uma sede física, cabendo a cada um deles atender a demandas especializadas que lhe forem encaminhadas de qualquer local do território sobre o qual o tribunal tiver jurisdição.

A princípio, não vemos maiores problemas quanto ao momento de ajuizamento da ação. No entanto, como se tratam de causas relacionadas à saúde pública, é possível que alguma ação, - uma que tenha como objeto, por exemplo, a realização de cirurgia, - demande necessidade de realização de perícia médica direta e, assim, presencial. Como esse ato processual poderá ser realizado? Por videoconferência? Se for necessário a presença física do autor, a qual foro ele terá que se dirigir?

⁷⁸Posteriormente, pretendemos aprofundar a análise verificando os processos que tramitam no núcleo.

No que se refere ao devido processo legal, é preciso destacar que, como direito processual fundamental, ele determina, basicamente, que todos são livres e iguais perante a Lei, e, que, assim, ninguém poderá perder seus bens e direitos sem o devido processo.

Por mais simples que essa afirmação possa parecer, é uma ideia revolucionária: significa que os cidadãos brasileiros, livres e com igual proteção perante a lei, tem no processo a garantia de que não perderão os seus bens arbitrariamente. Nessa direção, o devido processo legal não é um instrumento da jurisdição, mas uma garantia do jurisdicionado (Costa, 2021:137). Assim, sob essa perspectiva, indaga-se se os julgamentos não-presenciais das ações relacionadas à saúde pública estão de acordo com o devido processo legal?

Como já foi ressaltado, enquanto o jurisdicionado puder optar se quer demandar no juízo 100% digital, não visualizamos maiores problemas em relação ao contraditório e a ampla defesa.

Não obstante, aventa-se que o tramite totalmente remoto pode comprometer a qualidade do julgamento quando a demanda impuser a produção de provas. Primeiro porque o juiz não terá contato direto com ninguém, sejam partes, advogados, testemunhos ou peritos. Nessa direção, não há como negar que, de fato, há um empobrecimento da comunicação entre os atores jurídicos. Segundo, porque, como já ressaltamos, há casos de saúde que demandam a realização de perícia médica. Como esses casos serão solucionados? Se a parte tiver que ir até o fórum para ser periciada, perde-se, na nossa visão, a principal vantagem de se demandar virtualmente, que é a possibilidade de não comparecer aos tribunais. Percebe-se, quanto a esse aspecto, que o Juízo é 100% digital em relação ao Judiciário e aos órgãos estatais. O mesmo, no entanto, não se pode afirmar em relação ao jurisdicionado.

Segue-se ainda que o Judiciário, assim como os órgãos estatais que atuam na Justiça, dispõem de aparato tecnológico suficiente para litigar de forma remota. Por outro lado, o jurisdicionado brasileiro, ainda hipossuficiente tecnologicamente, possivelmente terá que se dirigir ao fórum para participar das audiências e sessões por videoconferência.

CONCLUSÃO

Sob o olhar garantista, nos parece que o núcleo da justiça 4.0, num primeiro momento, atende muito mais ao Poder Judiciário do que ao próprio jurisdicionado. A despeito de ter como principal fundamento a promoção ao acesso à justiça, o movimento de virtualização parece ignorar que a maioria dos litigantes brasileiros ainda é hipossuficiente tecnologicamente.

Segue-se que ainda não há dados concretos de que o juízo 100% digital representa uma efetiva melhora na qualidade da prestação da justiça. Ademais, nos parece que o juízo que julga sem ver as partes, sem ter contato físico com os advogados, peritos, testemunhas, tende a ser um juízo que decide com menos qualidade, pois tem menos munção sensorial para analisar a controvérsia que lhe foi submetida.

O tema é bastante novo, na nossa visão, importante, mas ainda pouco debatido no ambiente acadêmico. Embora seja mais econômico e célere, sobretudo para o Judiciário e os órgãos estatais, litigarem virtualmente, é preciso estudar com profundidade o movimento de virtualização da justiça e identificar suas fragilidades, para colocá-lo à serviço dos jurisdicionados, os verdadeiros motores da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NARDELII, Marcella Mascarenhas; SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. Limitação argumentativa que obsta a tese de legítima defesa da honra. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/limite-penal-limitacao-argumentativa-obsta-tese-legitima-defesa-honra>>. Acesso em 13 set.2021.

BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. As inconstitucionalidades dos julgamentos virtuais no STF. Antes, durante e depois da pandemia. Opinião e Análise. Publicado em 12.07.2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>.> Acesso em 25 ago. 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo e Garantia. Vol.1. Londrina/PR: Thoth Editora, 2021.

_____. Processo como instituição de garantia. Revista Consultor Jurídico, 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2LA5K0n>>. Acesso em 20 jul. 2020.

_____. Garantia: dois sentidos, duas teorias. Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>> Acesso em 20 jul. 2020.

DIDIER JR e CUNHA, Fredie e Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRARI, Isabela. Justiça Digital. Instituto New Law e Isabela Ferrari, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ, Diogo. STF, Julgamentos virtuais e a Matrix – parte 1. Opinião e Análise. Artigo publicado em 03.07.2020, disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020>> Acesso em 25 ago. 2020.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Legal design e acesso à justiça: criação de sistemas processuais eletrônicos acessíveis e ferramentas intuitivas no ambiente jurídico digital. Direito Processual e Tecnologia. Os impactos da virada tecnológica do direito no âmbito mundial. Coord. Diele Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Isadora Werneck. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, fls.137-166.

NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O avanço do Online Dispute Resolution e dos tribunais on-line em decorrência da pandemia da Covid-19: é correto afirmar que os tribunais são mero serviço? Direito Processual e Tecnologia. Os impactos da virada tecnológica do direito no âmbito mundial. Coord. Diele Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Isadora Werneck. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, fls.167-195.

PEREIRA, Mateus Costa. Da Teoria “Geral” à Teoria “Unitária” do Processo (bases): um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; uma resposta a Fredie Didier Jr. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 27, n. 105, p. 219-238, jan./mar. 2019.

_____. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n.98, p.247-265, abr./jun.2017.

PETER, Christine. Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do Futuro. Opinião. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>>. Acesso em 21 ago. 2020.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. #106 – Garantismo e Publicismo Processual na perspectiva dos Direitos Fundamentais. Publicado em 31.05.2021.

Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 12 set. 2021.

_____. Uma “teoria do processo” sem processo: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. “Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate”, Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/474/Ativismo%20e%20garantismo_Ramos.pdf?sequence=3>. Acesso em 20 jul. 2020.

ROCHA, Lenine Munari Mariano da. A virtualização do processo judicial. Processo e Tecnologia (recurso eletrônico). Org. Jonathan Carvalho Holz; Elaine Harzheim Macedo; Sérgio Augusto da Costa Gillet (Org) – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, fls.11-32.

ROCHA e VAUGHN, Caio Cesar e Gustavo Favero. Panorama geral sobre o julgamento virtual no STF, no STJ, no CNJ e no TST. Direito, processo e tecnologia. Coord. Erick Navarro Wolkart, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. fls. 127-145.

ROSSI e MALAFAIA, Júlio Cesar e Evie Nogueira. #29 Julgamentos virtuais: de como a excepcionalidade tornou-se regra e essa ganhou viés arbitrário. Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/29-julgamentos-virtuais-de-como-a-excepcionalidade-tornou-se-regra-e-essa-ganhou-vies-arbitrario>> Acesso em 24 ago.2020.

_____. Júlio Cesar e Evie Nogueira. ABDPRO # 129. As recentes mudanças nos julgamentos virtuais perante o STF não podem restringir direitos. Artigo. Coluna Garantismo Processual. Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-129-as-recentes-mudancas-nos-julgamentos-virtuais-perante-o-stf-nao-podem-restringir-direitos>>. Acesso em 24 ago.2020.

SANTOS, Carlos Vitor Nascimento dos. A Colegialidade nos Tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2017) 476 Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017.

SILVA, ALMEIDA e FONSECA NETO, Larissa Clare Pochmann da, Marcelo Pereira de e Ubirajara da. ABDPRO #142-A pandemia do COVID-19 e os julgamentos por videoconferência: a realidade brasileira e a galinha do vizinho. Coluna ABDPRO. Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-142-a-pandemia-do-covid>>

19-e-os-julgamentos-por-videoconferencia-a-realidade-brasileira-e-a-galinha-do-vizinho. > Acesso em 26 ago.2020.

STRECK, Lenio Luiz. Júri: soberania e reforma: por que a honra não está “entre as pernas”. Artigo. Coluna Senso Incomum. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-31/senso-incomum-juri-soberania-reforma-honra-nao-entre-pernas>> Acesso em 13 set. 2021.

SUSSKIND, Richard. Online Courts and the future of Justice. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TARUFFO, Michele. Processo Civil Comparado: Ensaio. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero – São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. Princípio da Colegialidade: fundamento constitucional e necessidade de sua observância nos processos judiciais e administrativos. Legitimidade/ilegitimidade de exceções. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v.8, nº8 (2011), Disponível em: <<https://www.epublicações.uerj.br/index.php/redp/article/view/20390/15098>>. Acesso em 15 nov. 2020.

PAINEL 3:
**Relações laborais,
empresariais e econômicas**

TECNOLOGIA E JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA

Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu-MG, Brasil
Vinculada ao grupo de pesquisa Cidadania, Direito e Democracia
fernandafranklin@id.uff.br

Daniel Fernandes Ferreira

Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu-MG, Brasil
Vinculado ao grupo de pesquisa Cidadania, Direito e Democracia
nielferreira471@gmail.com

Iago Martins Labanca

Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu-MG, Brasil
Vinculado ao grupo de pesquisa Cidadania, Direito e Democracia
iagomlabanca@gmail.com

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade transformou-se ao longo das décadas e séculos, havendo uma maior modernização, seja nos meios de produção, locomoção, ou até mesmo comunicação. Dentre os importantes fatores que possibilitaram a comunicação, destaca-se a internet.

A criação dessa ferramenta de comunicação está associada aos Estados Unidos, que, na década de 60, durante a Guerra Fria, pretendia, através do seu Departamento de Defesa, criar um meio que possibilitasse a comunicação entre os computadores, evitando assim, que no caso de um bombardeio ou outro meio que destruía uma de suas instalações, as informações do lugar destruído não seriam perdidas, mas estariam em computadores de outros locais (CÔRREA, 2013).

Inicialmente, a internet era chamada de Arpanet, batizado assim pela subdivisão do departamento de defesa estadunidense, que criou uma rede através de fios enterrados, para que não fossem destruídos, e, assim, era possível compartilhar grande volume de dados. Porém, ressalta-se que na época, a Arpanet não era para toda a população, sendo, restringida somente aos militares e cientistas dos EUA, que temiam as possibilidades do seu uso. Somente no ano de 1995 que o que hoje é conhecido como internet foi aberto para fins comerciais (CÔRREA, 2013).

Assim, surge a época dos meios digitais, ou melhor, surge a sociedade da informação, que foi facilitada devido ao uso da internet como meio de divulgação de informações, dados, notícias etc.

É notório que o aparelho estatal busca seguir as inovações tecnológicas e adequá-las para a utilização e maior acesso da população e, nesse sentido, o Poder Judiciário, influenciado pela Pandemia do Novo Coronavírus (COVID - 19), acelerou a sua utilização dos meios tecnológicos, buscando dar o efetivo acesso à justiça para a população.

Contudo, faz-se mister destacar as condições em que grande parte da população do Brasil encontra-se, devido a sua condição financeira, seja por falta de equipamentos, como celulares, computadores ou tablets, ou pela falta de acesso à internet. Desse modo, o presente trabalho buscará analisar a problemática da internet, associada ao Judiciário como ferramenta do acesso à justiça, analisando a problemática das condições precárias de grande parte da população e assim analisar a questão: Trata-se mesmo de um meio de acesso à justiça ou é somente mais uma ferramenta comum?

Assim, por meio de uma pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e do método analítico será abordado sobre a utilização da internet antes e durante a pandemia, verificando a possibilidade de algumas funcionalidades manterem-se no pós-pandemia. Para tanto, utilizar-se-á da Teoria Comunicativa de Habermas, com o intuito de analisar a comunicação do Judiciário com a população brasileira, e, como a tecnologia pode vir a facilitá-la, ademais, além de utilizar-se dos saberes de Maria Isabel Carvalho Sica Longhi et al., com o intuito de analisar as contribuições da tecnologia para o ramo jurídico em um panorama geral, e, acrescenta-se por fim que serão utilizados outros doutrinadores, artigos escritos, legislações e jurisprudências, no intuito de demonstrar os benefícios e problemas pelo uso da internet no ramo jurídico.

2. A TECNOLOGIA COMO FORMA DE INTERAÇÃO SOCIAL NA PANDEMIA

É cediço que cada vez mais é comum o uso da tecnologia, havendo um constante fluxo de dados, já que na realidade brasileira, os aplicativos de mensagens, em sua maioria, necessitam de uma conexão com a internet.

Esta pode ser definida, nas palavras de Joelson Ramos Eduvirges e Maria Nery dos Santos, como:

A internet é um grande conjunto de redes de computadores interligados pelo mundo inteiro. Cujas ligações ocorrem de forma integrada viabilizando a conectividade independente do tipo de máquina que seja utilizada, e para manter essa multi-compatibilidade utiliza-se de um conjunto de protocolos e serviços em comum, o que facilita aos usuários conectados usufruir de serviços de informação de alcance mundial (EDUVIRGES, SANTOS, 2011).

Outrossim, a Lei nº 12.965 de 2014 que determina sobre o uso da internet, sendo popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, em seu artigo 5º, inciso I, conceitua a internet como: “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (BRASIL, 2014, online). Assim, através dela é possível conectar-se por meio de vários dispositivos ao redor do globo, compartilhando e recebendo informações.

Para Steve Case (2017), o mundo já viveu 2 ondas da internet e estará, logo, vivenciando a terceira onda.

Segundo Case (2017), a primeira onda começou com desafios, já que o uso da internet ainda começava a ganhar impulso, não sendo tão difundida como na atualidade, nem possuindo a mesma velocidade ou meios para conectar-se, estando criando à época os meios, a base, a infraestrutura do acesso à internet, logo, a tecnologia estava desenvolvendo-se.

Noutro giro, em sua perspectiva: “durante a segunda onda, o aumento do uso da internet, combinado com a rápida adoção de smartphones, levou a uma explosão das mídias sociais e à criação de uma fértil economia de aplicativos” (CASE, 2017).

Assim, o atual cenário vivenciado hoje no mundo foi obra de uma evolução constante e perpassa por várias mudanças, utilizando vários aplicativos, seja para compartilhamento de fotos, vídeos, trocas de mensagens, seja para reuniões, plataformas digitais para realizar compras e vendas de produtos ou até mesmo aplicativos de bancos em celulares.

Destarte, cada vez mais é notório que as plataformas digitais têm ganhado espaço no cenário mundial, indo em sintonia ao que Steve Case (2017) determina como a terceira onda. Nesse sentido, aduz que:

A terceira onda será definida não pela internet das coisas, mas pela internet de tudo. Estamos entrando em uma nova fase de evolução tecnológica, um tempo em que a rede será completamente integrada a tudo o que se refere a nossa vida – como aprendemos, como nos curamos, como administramos nossas finanças, como nos locomovemos, como trabalhamos, e até como comemos (CASE, 2017).

Desse modo, é possível notar que cada vez mais a internet está sendo utilizada pelas pessoas, havendo vários modos, e, a cada dia, mais aplicações são apresentadas para ela, ganhando a aprovação do público e sendo incentivo para plataformas semelhantes. É nessa linha de raciocínio que Steve Case baseia-se, determinando que a tecnologia estará cada vez mais presente nas vidas das pessoas, auxiliando desde as tarefas mais simples até as mais complexas, inclusive, na medicina.

Para tanto, a pandemia do Coronavírus, conhecido como COVID-19, impulsionou o uso de tecnologias. Assim, desde o ano de 2020, após ser decretado o estado de calamidade pública, o uso da internet (G1, 2020, online), seja por plataformas de *streaming*, reuniões por videoconferência aumentou, sendo o meio no qual milhares de estudantes puderam continuar tendo aulas. Exemplo disso é que em países como Alemanha, Reino Unido, Itália, etc, o consumo de internet teve aumento de 40% (G1, 2020, online).

Do mesmo modo, no Brasil também ocorreu um aumento do uso da internet por parte das pessoas, havendo, inclusive, consultas médicas ou psiquiátricas de forma on-line. Nesse sentido, nota-se que a pandemia contribuiu para o aumento do uso da internet ao redor do globo, conectando as pessoas, que por conta do vírus, devem manter o distanciamento social.

Com isso, a internet foi fundamental, sendo ainda, já que muitas pessoas ainda continuarão usando a internet no pós-pandemia, já que a utilização da tecnologia proporciona um maior conforto, já que é possível fazer compras de lanches ou comidas sem sair de casa, realizar movimentações em contas bancárias ou conferir extratos sem a necessidade de deslocar-se à uma unidade bancária.

Porém, apesar de trazer várias vantagens e benefícios, é necessário haver constante controle sobre aquilo que é compartilhado, bem como as aplicações

que são utilizadas, já que podem ocorrer vazamento de dados, ataque de hackers em contas, etc.

Ressalta que, no Brasil, o Marco Civil da Internet, que regulamenta o seu uso, determina que: “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania[...]” (BRASIL, 2014, online), conforme disposição do artigo 7º, caput, e, assim, com o intuito de assegurar o exercício da cidadania, há alguns direitos e deveres, visando coibir o uso arbitrário da conexão para denegrir ou ofender a outrem, bem como violar os direitos de personalidade e dados pessoais. Do mesmo modo, é a Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, que busca, juntamente com o Marco Civil da Internet, proteger as pessoas e os seus dados pessoais e assegurar um melhor uso dos meios de comunicação.

3. AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE ACESSO À JUSTIÇA

É importante salientar que a Constituição Federal já aborda em seu artigo 5º sobre o acesso à justiça, determinando em seu artigo 5º que: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, online), sendo definido como o marco principal para tratar-se do acesso à justiça. Contudo, apesar de ser a base para tratar-se de acesso à justiça, determinando que o Poder Judiciário não pode eximir-se de apreciar uma lesão ou ameaça a direito, a Carta Magna não define o conceito de acesso à justiça.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

Assim, nota-se que nem sempre é possível definir a compreensão do termo analisado, já que haverá várias nuances a serem vistas. Para tanto, Cappelletti e Garth abordam que o termo acesso à justiça perpassa por 2 fatores e, nas suas palavras: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

Outrossim, destaca Maria Tereza Aina Sadek que:

Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos. Consequentemente, qualquer impedimento no direito de acesso à justiça provoca limitações ou mesmo impossibilita a efetivação da cidadania (SADEK, 2009).

Desse modo, nota-se a importância e a dimensão do acesso à justiça, sabendo que, como bem ressalta Sadek (2009), sem essa garantia, não há que se falar em efetiva aplicação dos demais direitos e de cidadania, já que acesso à justiça vai além da possibilidade de ingressar em juízo, atingindo também a questão de receber uma plena apreciação do pedido, com um juízo imparcial, havendo a aplicação e existência de todo o ordenamento jurídico, bem como os princípios constitucionais e processuais, para que, seja dada a melhor assistência Judiciária possível.

Ressalta-se por fim que, nas palavras de Gilvan Luiz Hansen, Fernanda Franklin Seixas Arakaki e Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes: Não basta “possibilitar os meios para que o cidadão tenha acesso à justiça, mas, é necessário possibilitar e assegurar os meios que a justiça possa ser efetiva” (HANSEN, ARAKAKI, ANTUNES, 2018), logo, além de ser garantido à população a garantia de ingressar em juízo, visando garantir o cumprimento dos direitos, deve-se também, assegurar-lhe o pleno exercício das garantias constitucionais e processuais, resguardando-lhe todos os princípios, como por exemplo, a ampla defesa, contraditório, juiz natural, bem como a imparcialidade do magistrado, dentre outros.

4. UMA NOVA FORMA DE ATUAR NA ADVOCACIA DEVIDO À UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA

Devido ao estado de calamidade pública em decorrência da pandemia, o ser humano teve que readequar a sua rotina e estilo de vida, alterando o seu cotidiano e algumas situações vivenciadas, como por exemplo, a rotina de trabalho. Para tanto, durante a pandemia, o uso da tecnologia foi e é essencial.

É notório que a tecnologia veio trazer um maior conforto à humanidade e, nessa linha de raciocínio, Maria Isabel Carvalho Sica Longhi, *et al*, determina que:

Nesse contexto, temos como grande elemento transformador o avanço vertiginoso e maximizado da tecnologia, que, embora exija esforço para

ser acompanhado, traz inegável conforto, comodidade e celeridade (LONGHI, *et al*, 2020).

Desse modo, é visível que a utilização dos meios tecnológicos em todas as áreas da vida humana tem se aperfeiçoado e avançado, buscando dar uma maior celeridade, conforto e facilidade às atividades desempenhadas, e no ramo do Direito, a tecnologia já vinha ganhando o seu espaço, havendo novos meios de peticionar em juízo, criar petições ou decisões judiciais através de programas para que fiquem acessíveis às pessoas leigas, enfim, novos meios para trabalhar no ramo jurídico.

Longhi ressalta que:

A justiça colocada em plano de mercado pode levar a uma euforia como se pudesse ocasionar um *boom* econômico. De fato, anunciam-se as *good news* para os operadores de Direito, apresentando a arquitetura das novas estruturas visionárias e a necessária transformação da atividade profissional, por novas regras a partir dos padrões tecnológicos, onde o Direito passa a ser quase um *business* (LONGHI, *et al*, 2020).

Nesse ínterim, frisa-se que as tecnologias vieram dar uma celeridade ao ramo jurídico, já que as peças são feitas através de computadores, todos os documentos ficam armazenados em drivers, evitando o acúmulo de papel, e, inclusive, ressalta-se o modo de peticionar, que antes era feito em autos físico e diretamente nos Tribunais, agora é eletrônico e pode ser feito em qualquer lugar, desde que possua acesso à internet.

O sistema utilizado, denominado Processo Judicial Eletrônico (PJE), segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, começou a ser construído em 2004, que foi criado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região com o nome de Creta, visando realizar o acompanhamento dos processos (CNJ, online).

No ano de 2009, o CNJ e o Conselho da Justiça Federal firmaram uma parceria juntamente com os 5 TRFs para modificar o Creta, criando uma nova versão, que ficaria conhecida como Creta Extensão. Importante frisar que enquanto tramitava e ia ganhando forma, essa ideia fora repassada para os Tribunais Estaduais, da Justiça Militar, Trabalhista e Eleitoral, que apoiaram e buscaram implementar tal *software* (CNJ, online).

Assim, no ano de 2010, o CNJ e 14 Tribunais de Justiça firmaram um acordo, e o Creta Extensão passou a se chamar Processo Judicial Eletrônico. Importante frisar que só em dezembro de 2013 que o Conselho Nacional de Justiça

publicou a Resolução que regulamenta o PJe, determinando as suas funções e, dentre elas, a possibilidade de iniciar uma ação judicial, peticionar em momentos posteriores ou realizar acompanhamento processual (CNJ, online).

Fato é que o Processo Judicial Eletrônico (PJe) veio facilitar a vida dos advogados, já que podem realizar atos processuais sem sair de seu conforto, não necessitando que se desloque de seu escritório até o Tribunal, facilitando ainda em atender clientes de outras localidades ou mesmo em peticionar em finais de semana ou feriados.

Ademais, na atualidade os advogados estão inovando, buscando novos meios para que seus clientes possam entender o jargão jurídico e o andamento do processo, utilizando-se de petições interativas, que contam com desenhos, figuras, textos em linguagem simples para uma maior compreensão do jurisdicionado, sendo um importante passo no acesso à justiça, proporcionando uma melhor comunicação entre advogado e cliente.

5. A TECNOLOGIA ASSOCIADA AO JUDICIÁRIO COMO FERRAMENTA DO ACESSO À JUSTIÇA

Como já disposto, a advocacia vem sofrendo mudanças devido ao uso da tecnologia, e, do mesmo modo, o Poder Judiciário, também já havia iniciado o seu procedimento de modernização, utilizando-se da tecnologia, como por exemplo o PJe.

Porém, em virtude da pandemia e das medidas de distanciamento social, a sua adequação ao uso da tecnologia teve que ser acelerada para que as ações não ficassem paradas durante a pandemia.

Exemplo disso são as audiências virtuais que estão ajudando com a celeridade processual, conforme respaldado no artigo 5º, inciso LXXVIII do Texto Máximo, que fora incluído pela Emenda Constitucional 45/2004: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988, online), pelo fato de conseguir ser realizada de forma *online*, não havendo a necessidade de se locomover ao Tribunal para que seja realizada a audiência e, ressalta-se aqui, que durante a pandemia, as audiências não podiam ser presenciais, devido ao distanciamento, e, realizá-las de modo virtual foi de suma importância para que os processos não ficassem parados.

Essa modernização do Judiciário veio facilitar, já que na atualidade grande parte das pessoas tem acesso à um celular ou computador com internet ou possuem vizinhos que os tem, sendo assim uma forma mais fácil para os advogados, e demais partes, comparecerem nas audiências, podendo ser acessadas em qualquer lugar, por videoconferência, desde que tenha um acesso à internet.

Ademais, tal modernização traz também uma acessibilidade e inclusão maior ao Judiciário, sendo forma de acesso à justiça para as minorias, buscando a inclusão social, conforme Sadek (2009), facilitando o acesso para pessoas deficientes, que possuem problemas de locomoção, idosos e até mesmo a população rural que não precisam se deslocar grandes distâncias para ter acesso à justiça, já que podem enviar documentos, receber documentos, acompanhar o andamento processual.

Nas palavras de Maria Isabel Carvalho Sica Longhi, *et al*: “Não há dúvida de que a tecnologia e a globalização trazem muitos benefícios, principalmente em desburocratizar e acelerar a administração da justiça, facilitando a atividade jurídica” (LONGHI, *et al*, 2020).

Logo, as audiências virtuais, o PJe para iniciar, dar andamento ou finalizar um processo, tornou tudo mais célere, já que tudo pode ser feito de qualquer lugar, a qualquer momento, estando em conformidade com o princípio do acesso à justiça, fundamentado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, assegurando que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2021, online).

Assim, a associação do Judiciário à tecnologia, além de benéfica, tornou-se necessária, devido a grande quantidade de processos existentes no Judiciário brasileiro e a quantidade de documentos existentes nesses processos, além da facilitação de localização de arquivos, essa digitalização também ajuda no arquivamento desses processos, pois, com o aumento do número de processos eletrônicos, os processos físicos acabarão extintos, finalizando aquelas incontáveis pilhas de papéis alocadas nos prédios do poder Judiciário brasileiro.

Ressalta-se que, a tecnologia ajuda aos cofres públicos, que teriam menos gastos, diminuindo o consumo de papel, tinta e afins necessários para manter processos físicos. Estes, por sua vez, não são necessários para manter os processos eletrônicos, já que os autos digitais são apenas arquivos salvos em rede, e,

desse modo, diminui os custos de toda a operação jurídica por detrás dos processos judiciais, tornando os vários gastos que eram essenciais em autos físicos, desnecessários em autos eletrônicos.(Kurier, 2021, online).

Outrossim, ressalta-se que, com a utilização da tecnologia pelo ramo jurídico, novas formas de trabalhar com o Direito surgiram, e, dentre elas está a utilização do *Legal Design/ Visual Law* e do *Design Thinking*, que ferramentas são utilizadas para fornecer e explicar informações complexas de uma maneira mais simples por meio de recurso visual, facilitando o entendimento, adequando o conteúdo para que ele seja entendido mais facilmente por pessoas leigas.

O *Legal Design*, dentro do Poder Judiciário, é uma forma de pensar diferente dentro do ramo do direito, havendo uma mudança de pensamento, trazendo uma simplificação da experiência judiciária. É uma forma usada para desenvolver de maneira simples e atrativa os atos processuais, visando que estes fiquem de fácil entendimento, e, para fazer essa simplificação, há o denominado *Visual Law*.

Essa forma de pensamento mais simplificada trazida pelo *Legal Design* teve seu surgimento nos Estados Unidos, na *Stanford Law School e d. School* (STARTUPI, online), e nada mais é do que, a forma utilizada para manifestar o pensamento do legal design, por meio de petições interativas, vídeos, petições com imagens, gráficos, resumo de sentenças ilustrativas, ícones e até mesmo slides para facilitar a apresentação da ideia e facilitar o entendimento.

Assim, os documentos mais comuns em que são aplicados o *Visual Law* são as petições, contratos e termos de uso. O Poder Judiciário Brasileiro já tem começado a utilizar dessa prática, e, exemplo disso foi sua utilização no Rito Ordinatório de uma Ação Trabalhista nº 0000545-56.2020.5.21.0003 que tramitava no TRT 21ª Região.

Do mesmo modo, o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região tem usado do *Visual Law*, utilizando essa prática no Recurso Ordinário 0000796-88.2020.5.06.0004. Importante ressaltar que a utilização dessa metodologia não dispensa a devida fundamentação das decisões ou demais, peças e, nesse sentido, destaca-se o disposto na certidão de julgamento: “[...] juntamente com o acórdão publicado (que mantém sua tradicional formatação e elementos legais indispensáveis), incluiremos um resumo na forma de esquema gráfico (Visual Law/Legal Design)”(TRT6 , 0000796-88.2020.5.06.0004, ROS. Relator: Des. Sergio Torres Teixeira. 1ª Turma. Publicação: DJE 05/08//2021). Acrescenta-se que há outros

julgados do TRT6, como exemplo os RO 000024-79.2021.5.06.0008 e o RO 0000476-15.2019.5.06.0023 que possuem o *Visual Law* para demonstrar o que foi abordado na decisão.

Jurgen Habermas, na obra Teoria da Ação Comunicativa sustenta que:

[...] sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. (HABERMAS, 1984).

Logo, é importante ressaltar que Habermas busca dizer que para haver esse entendimento entre os envolvidos, buscando a harmonização entre eles, é necessário que deixem o individualismo de lado, e, nesse sentido, pode-se associar a linguagem utilizada no ramo jurídico à questão do acesso à justiça.

A linguagem usada em petições, despachos, sentenças, recursos, acórdãos, etc seguem a regra formal e ainda, são dotadas de jargões jurídicos. Assim, utilizando-se do que Habermas aborda, para que haja a harmonização e o entendimento, faz-se necessário que os operadores do direito, sejam eles juízes, advogados, promotores os servidores dos Tribunais, adequem suas manifestações de modo que àqueles que são leigos possam entender, já que o principal interessado nas decisões são os jurisdicionados.

Ademais, é interessante ressaltar que o visual law está sendo usado na confecção de manuais que visam ensinar as pessoas a se conectarem em audiências virtuais, projeto criado na 13ª Vara do Trabalho do TRT 7 (TRT 7, 2020, online).

Ressalta-se que, o Conselho Nacional de Justiça publicou uma resolução em que aconselha ser utilizado o *Visual Law* sempre que possível, como citado no artigo 32, parágrafo único da Resolução 347/2020 do CNJ¹, que determina planos de comunicação do Poder Judiciário brasileiro com a população em geral.

¹Artigo 32. Compete aos órgãos do Poder Judiciário elaborar o Plano Estratégico de Comunicação para implementação dos ditames desta Resolução, que assegure, além do disposto na Resolução CNJ no 85/2009, os seguintes objetivos: [...] Parágrafo Único. Sempre que possível, deve-se utilizar recursos de visual law que tornem a linguagem de todos os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho mais claros, usuais e acessíveis. (CNJ, 2020, online).

Desse modo, ainda determina o Conselho Nacional de Justiça, no livro *Democratizando o Acesso à Justiça*, que a linguagem clara também é uma das facetas do acesso à justiça, e, logo, o *visual law* seria um meio, ainda que não tão difundido, para que mais pessoas possam entender as questões processuais.

Nas palavras de Humberto Eustáquio Soares Martins:

Democratizar o acesso à Justiça, entretanto, não significa apenas franquear à população o acesso aos tribunais. Como sabemos, a questão é mais abrangente. É possível, por exemplo, democratizar o acesso à Justiça [...] pela linguagem mais clara (CNJ, 2021).

Assim, nota-se que o *Visual Law* vem para auxiliar as partes, principalmente por serem leigas, sobre as decisões, explicando de uma maneira simples e acessível o conteúdo de petições iniciais, contestações, despachos, sentenças, mandados de penhora, etc, e reitera-se que a devida fundamentação das decisões, conforme dispõe a Carta Política em seu artigo 93, inciso IX (BRASIL, 1988, online), sendo os elementos visuais utilizados como resumos pelo pelo Poder Judiciário, que os anexam juntamente com arquivos contendo as fundamentações necessárias.

6. A PROBLEMÁTICA DO ACESSO A INTERNET VS ACESSO À JUSTIÇA

É notório que a internet e as várias tecnologias difundidas por ela foram e são essenciais durante a pandemia, porém, é salutar analisar os dados sobre a internet no cenário brasileiro, buscando, assim, realizar um comparativo entre acesso à justiça e tecnologia. Assim, nota-se que até então, a internet foi apresentada como um marco favorável, já que possibilitou a continuação do andamento dos processos, sendo possível a sua continuação no pós-pandemia, contudo, é necessário demonstrar a realidade do povo brasileiro para realmente chegar a uma conclusão.

Desse modo, o Brasil, no final do ano de 2019, tinha uma população de 39,8 milhões de pessoas sem acesso à internet (G1, 2020, online). Pesquisas apontam que na atualidade, esse número diminuiu, sendo um a cada 4 brasileiros que não têm acesso à internet (AGÊNCIA BRASIL, 2021, online). A nível mundial,

de acordo com estudo realizado pela Internet World Stats, 3 bilhões de pessoas não possuem acesso à internet (SOUZA, 2021, online)

Ademais, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2019, 12,6 milhões de casas não tinham acesso à internet, e, dessas casas que não possuíam acesso à internet, 32,9% não tinham acesso à internet devido à falta de interesse, 26,2% encontravam óbice no acesso à internet devido ao viés econômico, não havendo para essa porcentagem de pessoas a possibilidade de contratar com uma empresa o serviço de internet para suas residências e, nem mesmo se deslocarem à algum local que possam ter acesso, por não possuírem computadores e nem mesmo celulares para conseguir se conectar. Ademais, 25,7% não possuíam internet pelo fato de não havia nenhum morador na residência que soubesse sequer usar a internet, e 6% alegaram que não há nenhum serviço de internet disponível na área em que moram (AGÊNCIA BRASIL, 2021, online).

Mediante tais dados, cria-se a dúvida de, se essa modernização do Judiciário seria realmente um avanço do acesso à justiça, pois como afirma Sengik e Tiozzi: “a legitimidade do direito só será atingida se os direitos fundamentais dos cidadãos participantes forem realmente garantidos” (SENGIK, TIOZZI, 2013), já que existe uma grande quantidade de pessoas que não possuem acesso à esse meio, sendo assim, como essas pessoas irão ter acesso à justiça se não possuem conexão à internet?

Com isso, para garantir acesso à justiça para as pessoas que não possuem acesso à internet, já que no Brasil ainda existem pessoas que são digitalmente excluídas, e que nunca tiveram contato algum com internet, o atendimento presencial retornou de forma agendada, tendo em vista o cumprimento do princípio constitucional de acesso à justiça que está disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Porém, mediante a pandemia de Covid-19, há algumas restrições e para essas restrições serem cumpridas, desse modo, o atendimento ao público está sendo agendado para diminuir o fluxo de pessoas e não formar aglomeração.

É notável que os dados das pessoas que não possuem meios tecnológicos para conectar-se vem diminuindo, conforme já apresentado, porém, ainda assim, há aqueles que não possuem acesso à internet.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que, durante a pandemia, houve a aperfeiçoação da informatização do Poder Judiciário brasileiro, que passou e ainda passa neste momento pandêmico pelo processo de adequação da utilização da tecnologia.

Desse modo, em um momento pós-pandêmico, tal informatização, além de ter sido um grande passo, devido aos avanços que o mundo jurídico conquistou, como a implementação do Processo Judicial Eletrônico, como as petições interativas, a utilização de *visual law* e *legal design* para facilitar o entendimento dos atos processuais, as audiências virtuais, entre outros, como traz também CAPPELLETTI, o sistema deve ser igualmente acessível à todos, desse modo, é possível notar também que alguns pontos ficaram prejudicados devido a essa virtualização forçada, e, dentre eles, a garantia constitucional de acesso à justiça regida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já que o judiciário foi praticamente todo virtualizado e nem todos no Brasil tem acesso fácil à internet, tem pessoas que até mesmo não tem e nunca tiveram contato algum com internet.

Desse modo, nota-se que a utilização da tecnologia no ramo jurídico trouxe várias vantagens, sendo algo que deve ser mantido após o período pandêmico, pois como defendido por SADEK essa modificação no judiciário aumentou a acessibilidade. Porém devem ser observados também os pontos negativos, como a não alcançabilidade de toda a população, para que seja desenvolvida também maneiras de dar acesso à justiça à 39,8 milhões de pessoas que não possuem acesso a internet e tecnologias.

Desse modo, essa modernização ocorrida durante a pandemia foi apenas um importante passo nessa longa caminhada de evolução do Poder Judiciário, com informatização dos processos, modernização na maneira de serem feitas as audiências e até mesmo deixando a justiça mais acessível e compreensível para alguns, necessitando haver maiores adequações para conseguir efetivar o acesso à justiça para todos, como por exemplo, a implantação do Visual Law em todos os âmbitos, já que somente em comarcas maiores tem-se utilizado tal prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANET. IBGE: 40 milhões de brasileiros não têm acesso à Internet. Disponível em: <https://www.abranet.org.br/Noticias/IBGE%3A-40-milhoes-de->

brasileiros-nao-tem-acesso-a-Internet-3345.html?UserActiveTem-plate=site#.YZEhzWDMLIU. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

AGÊNCIA BRASIL. Sobe para 82,7% percentual de domicílios com internet, diz IBGE. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/sobe-para-827-percentual-de-domicilios-com-internet-diz-ibge>. Acesso em: 12 de nov. de 2021.

AGÊNCIA BRASIL. Um em cada quatro brasileiros não têm acesso à internet, mostra pesquisa. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em: 12 de nov. de 2021.

BRASIL, Cristina Indio do. Sobe para 82,7% percentual de domicílios com internet, diz IBGE. AgênciaBrasil, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/sobe-para-827-percentual-de-domicilios-com-internet-diz-ibge>. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de nov. 2021.

BRASIL. Lei Nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 18 de nov. de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça . Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988

CASE, Steve. Terceira onda da internet : a reinvenção dos negócios na era digital / Steve Case ; tradução de Lizandra Magon de Almeida. --São Paulo : HSM, 2017.

CNJ. Processo Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/historico/>. Acesso em: 19 de nov. de 2021.

CNJ. Resolução 347 de outubro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518>. Acesso em: 17 de nov. de 2021.

Conselho Nacional de Justiça Democratizando o acesso à justiça / Conselho Nacional de Justiça, Flávia Moreira Guimarães Pessoa, organizadora – Brasília: CNJ, 2020.

CÔRREA, Fabiano Simões. Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da internet. Ribeirão Preto, 2013.

COUTINHO, Rodrigo. Visual Law e a efetividade da comunicação em petições e documentos jurídicos. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342197/visual-law-e-a-efetividade-da-comunicacao-em-peticoes-e-documentos>. Acesso em 19 de nov. de 2021.

EDUVIRGES, Joelson Ramos; SANTOS, Maria Nery dos. A contextualização da internet na sociedade da informação. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/moci/article/view/17450/14233>. Acesso em 22 de nov. de 2021.

G1. Em 2019, Brasil tinha quase 40 milhões de pessoas sem acesso à internet, diz IBGE. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/04/14/em-2019-brasil-tinha-quase-40-milhoes-de-pessoas-sem-acesso-a-internet-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 12 de nov. de 2021.

G1. Pandemia aumenta o uso de internet no planeta. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/especial-publicitario/novadc/check-in-technova-dc/noticia/2020/11/30/pandemia-aumenta-o-uso-de-internet-no-planeta.ghtml>. Acesso em: 22 de nov. de 2021.

G1. Pandemia aumenta uso de internet do planeta. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/especial-publicitario/novadc/check-in-technova-dc/noticia/2020/11/30/pandemia-aumenta-o-uso-de-internet-no-planeta.ghtml>. Acesso em 18 de nov. de 2021.

GOVERNO FEDERAL. Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet. Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>. Acesso em: 22 de nov. de 2021.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Vol 1. Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo, Martins Fontes, 1984.

HANSEN, Gilvan Luiz; ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas; ANTUNES,, Rosana Maria de Moraes e Silva . A Mediação Na Resolução De Conflitos, Os Direitos Humanos E O Princípio Da Busca Da Felicidade. Disponível em: <https://seminarioduff.blogspot.com/2019/03/anais-ivsindhf.html>. Acesso em: 25 de nov. de 2021

JUSBRASIL. Visual Law: o que você precisa saber. Disponível em: <https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/804292299/visual-law-o-que-voce-precisa-saber>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

KREDER, Sabrina. O que falta para o visual law dominar o mercado jurídico?. Disponível em: <https://analise.com/opiniao/o-que-falta-para-o-visual-law-conquistar-o-mercado-juridico>. Acesso em 15 de nov. de 2021.

KURIER. O uso de tecnologia na Justiça brasileira, uma questão a ser discutida. Disponível em: <https://blog.kuriertecnologia.com.br/o-uso-de-tecnologia-na-justica-brasileira-uma-questao-a-ser-discutida/>. Acesso em 13 de nov. de 2021.

LAVADO, Thiago. Com maior uso da internet durante pandemia, número de reclamações aumenta; especialistas apontam problemas mais comuns. G1, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/06/11/com-maior-uso-da-internet-durante-pandemia-numero-de-reclamacoes-aumenta-especialistas-apontam-problemas-mais-comuns.ghtml>. Acesso em 17 de nov. de 2021.

NYBO, Erik Fontenele. Legal Design e Visual Law? O que significa cada termo?. STARTUPI, 2020. Disponível em: <https://startupi.com.br/2020/07/legal-design-ou-visual-law-o-que-significa-cada-termo/>. Acesso em 19 de nov. de 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

SENGIK, TIOSSI. Democracia, Autonomia E Ação Comunicativa: A Teoria Do Discurso De Jürgen Habermas E A Tutela Da Dignidade Da Pessoa Humana. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24842/a-dignidade-da-pessoa-humana-como-pressuposto-para-a-legitimidade-do-direito-democratico>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. A tecnologia vai melhorar o acesso à justiça para alguns, mas não para todos. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/a-tecnologia-melhora-o-acesso-a-justica-para-algumas-nao-para-todos/>. Acesso em 12 de nov. de 2021.

STAUT, Karelina. Um novo projeto jurídico está surgindo no Brasil - Entenda sobre Legal Design e Visual Law. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82908/um-novo-projeto-juridico-esta-surgindo-no-brasil-entenda-sobre-legal-design-e-visual-law>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

TOKARNIA, Mariana. Um em cada 4 brasileiros não têm acesso à internet, mostra pesquisa. AgênciaBrasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em 23 de nov. de 2021.

TRT7. 13ª Vara do Trabalho de Fortaleza disponibiliza manual sobre audiências por videoconferências. Disponível em: https://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4185:justica-do-trabalho-do-ceara-disponibiliza-manual-sobre-audiencias-por-videoconferencia-&catid=232&itemid=1081. Acesso em 20 de nov. de 2021.

LEI DAS ESTATAIS E SUAS INOVAÇÕES: O COMPLIANCE NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Patrícia Maria Barreto Bellot De Souza

Universidade Candido Mendes (UCAM) Centro RJ, Brasil

E-mail: patriciabellotdesouza@gmail.com

Sandra Filomena Wagner Kiefer

Universidade Estácio de Sá (UNESA) RJ, Brasil

E-mail: msckiefer@globo.com

Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro

Universidade Candido Mendes (UCAM) Niterói RJ, Brasil

E-mail: jeanditzz@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar os resultados do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), concluído e apresentado pela primeira autora em Dezembro de 2019, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito. Por meio dele, versou-se sobre as inovações da Lei nº 13.303/162, (Lei das Estatais), e do Decreto nº 8.945/163, relacionadas ao compliance nas sociedades de economia mista (SEM).

Outrossim, a escolha do tema justificou-se por seu ineditismo, pela diminuta produção sobre o assunto pela comunidade científica, e principalmente devido ao tempo de vigência da Lei.

² BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

³ BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de Dezembro de 2016. *Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

Como metodologia, referiu-se a um estudo descritivo qualitativo, obtido através de pesquisa bibliográfica a partir de artigos on-line publicados na íntegra, em português, inglês e espanhol, e da doutrina de renomados autores.

Posto isso, as questões de pesquisa foram: “Quais as principais alterações trazidas pela Lei das Estatais relacionadas ao compliance nas sociedades de economia mista? E de que forma a implantação de tais regras de compliance contribuirão para a manutenção da eficiência na gestão de riscos e controle interno das sociedades de economia mista?”.

Como referenciais teóricos buscou-se os ensinamentos de Fran Martins e Fábio Ulhoa, precipuamente pela correlação das regras de compliance e governança de controle interno das SEM, preconizados na lei em comento. Enfatizou-se na pesquisa a tríade: compliance, gestão de riscos e boas práticas de governança e integridade corporativa como pontos fundamentais da Lei das Estatais, com fim de fomentar a credibilidade e eficiência das relações jurídicas das SEM no mercado de capitais, nacional e internacional.

Em relação à sua estrutura, este artigo foi organizado em cinco partes. Na primeira, estão as considerações iniciais, evidenciando-se o objetivo do estudo, a metodologia utilizada, as questões de pesquisa e os referenciais teóricos, compondo estes os elementos essenciais de sua base teórico-metodológica.

Na segunda parte, foram apresentadas importantes questões sobre o compliance no plano internacional e no Brasil, ressaltando-se a criação de normas em defesa da livre concorrência de mercado e ao combate à atos ilícitos, além de reflexões específicas sobre o compliance e a governança corporativa.

Na terceira e quarta parte deste artigo, buscou-se a análise da Lei das Estatais relacionadas ao compliance nas SEM, ressaltando-se suas principais inovações e contribuições, imprescindíveis para a manutenção sustentável destas empresas no mercado de capitais. E, por fim, são descritas as considerações finais da pesquisa, destacando-se as principais conclusões e resultados.

2. SOBRE O *COMPLIANCE* NO PLANO INTERNACIONAL E NO BRASIL

Francisco Schertel Mendes (2017) comenta, que mundialmente nas últimas décadas, esforços foram demonstrados pelos países visando o crescimento da economia e preocupação com a proteção do mercado de capitais. Revela que

várias ações foram criadas, tanto por organismos governamentais como não governamentais, em defesa da livre concorrência e do combate à corrupção, destacando-se dentre essas ações, a adoção de normas voltadas à promoção da concorrência nos mercados e a punição de ilícitos cometidos contra a Administração Pública (p. 11-13).

Nas palavras de Emerson Ademir de Oliveira (2020), “o Brasil é um país signatário de Convenções Internacionais de combate à corrupção capitaneadas pela Organização das Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico”. Sendo assim, sua “postura perante a ordem internacional, bem como a influência de países que passaram a adotar leis mais rígidas de combate à corrupção, como os Estados Unidos e a Inglaterra, conduziram o país no inafastável caminho da prevenção e repressão aos atos corruptivos” (p. 367-368).

Ademais, no plano internacional, destaca-se a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada “Convenção de Mérida”, realizada no México em 2003⁴. Decorrente da Resolução 55/ 61, de 04 de dezembro de 2000, da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), ela foi ratificada pelo Brasil em 2005 e promulgada conforme Decreto nº 5.687, em 31 de Janeiro de 2006⁵.

No art. 12 desta Convenção (2015), é declarado que cada Estado-Parte, observando-se os princípios fundamentais de sua legislação interna, deverá adotar medidas para prevenir a corrupção, elaborar estratégias para evitar a ocorrência de atos lesivos contra a Administração Pública e criar entidades capacitadas para esta finalidade, assim como compromissadas com a promoção da transparência na gestão e utilização da coisa pública (p. 821).

Importante destacar, que a Convenção de Mérida consta como um dos instrumentos mais importantes utilizados pela comunidade internacional no controle à corrupção, contando com o apoio de vários Estados signatários. Mendes

⁴ MÉXICO. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (2003) – CONVENÇÃO DE MÉRIDA IN: Coletânea de direito internacional, Constituição Federal/ organização Valerio Oliveira Mazzuoli. 13ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de Janeiro de 2006. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de Dezembro de 2003*. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

(2017) informa ainda, que o Brasil, inserido como Estado-Parte e devido à força normativa expressa e obrigatória, como norma supralegal prescrita na Constituição Federal de 19886 (art. 5º, § 2º, CRFB/ 1988), no âmbito dos direitos fundamentais, ela representou um considerável marco legal (p. 12).

No ambiente doméstico, aludidos esforços aconteceram através da Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 20137 e do Decreto nº 8.420 em 20158 que a regulamentou, denominada “Lei Anticorrupção”, criada para atender estas obrigações assumidas pelo país. Carla Veríssimo (2017) diz que tais normas levou a responsabilização das pessoas jurídicas, dentre elas as empresas estatais, por atos lesivos cometidos contra a Administração Pública tanto nacional, quanto estrangeira. Apesar de não prover a responsabilização criminal, esta lei previu a responsabilização, nas esferas administrativa e civil, com destaque para a imposição de multas e a possibilidade de acordos de leniência às pessoas jurídicas que vierem colaborar efetivamente com os processos administrativos e com as respectivas investigações (p. 16).

Deste modo, Renilda Bragagnoli (2017) informa, que cotejado às definições da Lei nº 12.846/13, o compliance, surgiu como incentivo para que tais empresas buscassem investimentos para implementar programas de políticas de controle interno e boas práticas de gestão, com vistas ao cumprimento de normas e regulamentos estabelecidos de forma eficiente (p. 7-8).

Então o compliance⁹, termo que deriva do inglês *to comply*, o qual etimologicamente refere-se ao cumprir, concordar ou consentir; pode ser entendido como a maneira de agir segundo alguma regra, instrução ou pedido. Pelo seu

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de ABR de 2019.

⁷ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 de ABR de 2019.

⁸ BRASIL. Decreto nº 8.420, de Março de 2015. *Regulamenta a Lei nº 12.8466, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 de ABR de 2019.

⁹ OXFORD DICTIONARIES. *English Dictionary, Thesaurus, & grammar help, Oxford Dictionaries*. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com>. Acesso em: 07 JUL 2018.

significado mais específico, remete-se ao dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir as leis, os atos normativos, os regulamentos e as diretrizes institucionais estabelecidas.

Daniel Cavalcante Silva (2015) infere, que no cenário corporativo, sabe-se que o compliance não existe somente para assegurar o cumprimento de normas legais e regulamentares, bem como de políticas e de diretrizes institucionais. Segundo o autor apresenta função mais abrangente e relevante, provendo assistência à alta administração das empresas para detectar, tratar e evitar qualquer desvio ou inconformidade dentro da organização, servindo como estrutura regulatória para a adoção de melhores práticas nos processos decisórios, com ênfase na observância dos princípios da ética e da integridade corporativa (p. 3).

Já Tiago Fachini (2019) informa que o compliance, portanto, “é a criação de uma cultura empresarial que faça com que todos os setores da empresa estejam alinhados para desenvolver práticas que não só correspondem às legislações vigentes, mas que também geram informações seguras a respeito de sua atuação”. Comenta ainda, que “uma empresa está em conformidade quando atende a todas as exigências legais relativas às atividades que desenvolve, através de uma adaptação da cultura da organização em todos os seus setores” (p. 2).

Sendo assim, FACHINI (2019) ainda complementa refletindo, que:

A legislação impõe diversas responsabilidades às companhias e seus gestores. Em razão disso, o *compliance* tem um papel fundamental de prevenir a aplicação de sanções decorrentes do descumprimento da lei. Hoje, boa parte das empresas expandiu o escopo de suas atividades tornando-as mais complexas. Por conta disso, é necessário enfrentar um complicado ambiente regulatório, sujeito a mudanças constantes. Por isso, é fundamental que as organizações mapeiem cuidadosamente as atividades da empresa, para que se possa agir de forma eficaz com relação às adequações de suas atividades, sistematizando essas mudanças dentro dos processos de cada setor. O sistema de conformidade também possibilita que diversas formas de boas práticas sejam implementadas internamente, auxiliando a empresa a construir uma boa imagem no mercado e entre seus consumidores. Dessa forma, o *compliance* não apenas facilita a fiscalização de todos os setores da empresa a respeito do cumprimento das legislações vigentes para o negócio, como também pode ser utilizado por ela como diferencial competitivo (p. 3).

Posto isto, sobre as boas práticas de governança corporativa no Brasil, destaca-se que foram desenvolvidas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)¹⁰, mediante reiterados casos de fraudes e desvios de conduta nas organizações societárias. Elas tiveram o fim de otimizar o desempenho destas companhias, protegendo não só os investidores e credores, mas também os empregados, facilitando também o acesso ao seu capital, e na mesma perspectiva, tornando as empresas cada vez mais íntegras e competitivas a nível mundial, possibilitando a implementação e aprimoramento do *compliance* (SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto, 2015, p. 2).

3. O MARCO LEGAL DA LEI Nº 13.303/ 2016 – A “LEI DAS ESTATAIS”

A Lei nº 13.303/2016, denominada como a Lei das Responsabilidades das Estatais, ou tão somente, Lei das Estatais foi criada a partir da Emenda Constitucional nº 19 (EC nº 19/1988), de 04 de Junho de 1998¹¹. A aludida Emenda estabeleceu significativas alterações ao disposto no § 1º, do art. 173, da Constituição Federal de 1988¹², sobretudo, designando, que o estatuto jurídico das estatais e de suas subsidiárias deveria ser estabelecido por lei.

Desta forma, destaca-se que no art. 173, da Magna Carta¹³ é prescrito que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Complementando referido artigo, no seu parágrafo 1º, é dito, que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública,

¹⁰ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) site: <https://www.ibgc.org.br/>.

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de Junho de 1988. *Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências*. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 173, § 1º. *Institui que a criação do estatuto jurídico das estatais e suas subsidiárias deve ser autorizado por Lei Ordinária com registro de seus atos constitutivos para exploração direta da atividade econômica como sociedade empresária, somente permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo*. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 10 de ABR de 2019.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 10 de ABR de 2019.

da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”.

Sendo assim, Maria Tereza Fonseca Dias (2016) cita, que publicada no DOU de 1º de julho de 2016, data de sua entrada em vigor, a Lei das Estatais, aguardada por quase duas décadas (desde a promulgação da EC nº 19/1988) objetivou (re)estruturar o estatuto jurídico das empresas estatais que explorassem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços especificamente, propondo que o estatuto deveria dispor sobre: a função social das estatais e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime próprio das empresa privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observadas os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários e, por fim, sobre os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (p. 1-4). Ademais, ressalta-se pela referida autora “a excessiva procrastinação do legislador ao disciplinar tal tema, o que poderia ter afastado o desgoverno de muitas estatais” (p. 4).

Marcelo de Siqueira Freitas e Maurilio Guignoni (2017) comentam, que foi estabelecido um prazo máximo de dois anos para que as estatais, constituídas anteriormente à vigência da norma em comento (conforme art. 173, § 1º, CRFB/1988), promovessem as adaptações necessárias à sua adequação, assim como ao Decreto nº 8.945/16, que a regulamentou. À vista disso, vale reforçar que o presente artigo analisa estas significativas contribuições e inovações, especialmente relacionadas ao *compliance* e às novas práticas de governança corporativa, tendo como escopo a transparência, a ética, a eficiência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa na administração pública. Elas acabam tornando, deste modo, mais rígidos os requisitos tanto profissionais, quanto pessoais de seus administradores e colaboradores, o disciplinar de suas relações com os entes políticos que as controlam e a promoção do fortalecimento de seus órgãos estatutários (p. 1-2).

E pela mesma perspectiva, de forma bastante relevante, Fran Martins (2018) contribui informando, que a Lei nº 13.303/2016 em comento foi promulgada para representar “a repaginação da metodologia das estatais, funcionando como um verdadeiro estatuto anticorrupção”. O autor informa que tal

norma contém fundamentais orientações à revisão dos princípios que regem as estatais, a instituição de regras e de diretrizes relacionadas à governança corporativa, à responsabilização dos atos cometidos pelos controladores, administradores e responsáveis afins, objetivando trazer à baila a nomeação de pessoas realmente experientes, por intermédio do seus méritos. Desta maneira, o autor ainda complementa informando, que a norma objetivou criar, na gestão pública, o que ele denominou de “responsabilidade civil securitária”, elaborada com a finalidade de prevenir e reduzir o impacto dos prejuízos causados nas empresas estatais, diante da adoção de eventuais e inadequadas práticas (p. 487).

Sendo assim, Renilda Bragagnoli (2017) diz, que além de contribuir e inovar nas disposições da função social das estatais, sob o prisma do conceito de interesse público da sociedade de economia mista, aludida lei foi cotejada também à motivação de autorização legislativa para sua criação, à conformidade aos seus objetivos e aos estabelecidos pelas políticas públicas constitucionais estabelecidas (p. 8). Importante especificar, que os arts. 1º, § 3º e § 7º; art. 6º, 8º e 9º, § 1º, sem prejuízo dos demais, complementados pelo Decreto nº 8.945/ 16, nos arts. 13, 15 e 16, a Lei das Estatais trouxe importantes inovações à comunidade empresarial como um todo, ao versar sobre os requisitos mínimos de transparência, de gestão de riscos e de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, monitoramento e verificação do cumprimento de obrigações, regras de condutas e aplicação efetiva de códigos de ética, política e diretrizes, objetivando a detecção antecipada e a possibilidade de sanar possíveis desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Então, complementa Bragagnoli (2017), que a área de *compliance* nas companhias estatais foi criada com a responsabilidade de verificar o cumprimento e a eficiência de regras de gestão de riscos e de controle interno supramencionados, fornecendo subsídios ao seu controlador e aos demais administradores para a identificação e a resolução de possíveis irregularidades com a adoção de medidas necessárias a estas situações. E sobretudo, analisa a autora, tornou expressa a necessidade de implantação e de sistematização de práticas de governança corporativa com vistas ao monitoramento de decisões e do relacionamento entre sócios, membros do conselho de administração, da diretoria, de órgãos de fiscalização e de controle com as partes interessadas, sendo estas ações em destaque, cruciais para o favorecimento de crescimento e funcionamento das empresas estatais de forma sustentável (p. 8-9).

4. INOVAÇÕES DA LEI DAS ESTATAIS RELACIONADAS AO COMPLIANCE NAS SEM

Importante destacar, que o presente estudo refere-se às SEM, sociedades anônimas integrantes da Administração Pública Indireta, compostas de natureza jurídica complexa, por serem dotadas de personalidade jurídica de direito privado, inseridas no Direito Público. Nas lições de Carvalho Filho (2017), elas são criadas por autorização de lei ordinária e pelo registro de seus atos constitutivos no momento de sua criação, o que possibilita sua atuação como sociedade empresária. Assim, permite-se a exploração de atividade econômica e de prestação de serviços pelas mesmas, sendo portanto, possuidoras de um regime jurídico híbrido ou parcial, pois estão submetidas tanto ao regime jurídico administrativo e/ ou público, como também ao regime jurídico privado, cabendo à lei ordinária definir suas áreas de atuação (p. 528).

Assim, Pablo Malheiros (2021) complementa informando, “como o regime jurídico das sociedades estatais é híbrido, deve-se focar na maior liberdade de atuação possível às empresas no que elas necessitarem para atuarem com eficiência no mercado, mas sem descuidar de mecanismos que evitem que essa liberdade seja desviada”, ou que ao menos “não correspondam ao mero retorno, ou fortalecimento da Administração Pública tradicional” (p. 1).

Posto isso, Leonardo Barém Leite (2015) evidencia três pilares básicos da Lei das Estatais e do seu Decreto Regulamentador: o *compliance*, sua correlação com as boas práticas de governança corporativa pela necessidade de adequação de regulamentos internos e externos à previsão legal, e a gestão de riscos. Afirmar então, que estes são conceitos de gestão empresarial que possibilitam a qualidade, ao atuar com ética e com segurança jurídica, na tomada de decisões e das práticas empresariais por seus administradores, sendo preceitos de suma importância para as SEM (p. 1).

Relacionadas às inovações da Lei de Responsabilidade das Estatais (2016), é expresso no art. 1º, § 3º e 7º¹⁴:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. *Idem*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

(...) § 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.

(...) § 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes.

Rodrigo Fontenelle Miranda (2017) comenta sobre as atividades preconizadas pelo IBGC cotejadas às regras de gestão de risco, como ponto primordial da governança corporativa e de *compliance*, nos processos de gestão das organizações do setor público. Para ele, tais atividades devem contribuir para que os gestores públicos mantenham a eficiência no seu desempenho, pela identificação prévia dos riscos e pela manutenção prioritária do interesse público. Sendo assim, torna-se importante que todo o processo venha agregar valor à empresa, contribuindo para a realização de suas metas, seja na exploração da atividade econômica de produção ou comercialização de bens, ou seja na prestação de serviços das SEM (p. 27-28).

Posto isto, preconiza-se, visando fortalecer todos os aspectos de um programa de integridade e de gerenciamento de risco, que tais empresas precisam identificar, monitorar e analisar, sistemática e cotidianamente, todo processo do programa de conformidade, governança e gerenciamento de avaliações de risco, com a alocação de recursos apropriados e adaptados aos riscos, com atualizações e revisões periódicas, assim como a documentação de possíveis desvios e condutas de ilicitude (KAPLAN, 2019, p.1).

Analisa-se, deste modo, uma das principais inovações da Lei das Estatais, que foi tornar o *compliance* compulsório, em que as boas práticas do sistema de integridade das SEM deverão ser estabelecidas conforme seu estatuto social, garantindo que a empresa cumpra sua função social adequadamente, mantendo uma imagem e credibilidade favoráveis no mercado de capitais, assim como sua sobrevivência de forma fidedigna (BRAGAGNOLI, 2017, p. 7).

Relacionado ao estatuto social, foi prescrito na Lei das Estatais (2016), o art. 6^o¹⁵, que diz:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Já relacionado aos deveres de transparência, a Lei da Responsabilidade das Estatais¹⁶ (2016) impõe às sociedades de economia mista, prescrevendo o que vem expresso em seu art. 8º e incisos, tais como:

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos; II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas; V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente

¹⁵ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. *Idem*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. *Idem*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

e aprovada pelo Conselho de Administração; VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III; IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

Sobre tais normas de transparência e de gestão, e de minimização dos riscos da administração destas empresas, Fran Martins (2018) observa que o legislador coloca o *compliance* e a governança de práticas de controle interno a um alto nível de cuidado e atenção por parte da alta administração destas empresas. Destaca-se a necessidade de relatórios anuais sobre suas atividades financeiras, medidas de fiscalização e de controle interno, atividades gerais desenvolvidas, avaliação dos administradores sobre políticas e práticas de governança corporativa, com maior transparência na gestão e nas demonstrações financeiras das empresas, privilegiando, deste modo, o Princípio da Publicidade na Administração Pública, previsto no art. 37, da Constituição Federal de 1988¹⁷ (p. 488).

É comentado ainda, por Scott L. Fredericksen e Jaime B. Guerrero (2019), que atualmente no cenário corporativo é necessário que as empresas empreguem metodologias personalizadas de avaliação e de divulgação das políticas e de procedimentos de conformidade por escrito, conforme preconizado na Lei das Estatais, sendo importante sua ampla divulgação, e sobretudo, que se faça de forma clara para todos os funcionários e terceiros que com estas estabeleçam relações jurídicas (p. 2).

Portanto, ressalta-se o art. 9^a da Lei n^o 13.303, de 2016¹⁸, que cuida das regras de gestão e de controle interno das SEM, é preconizado que:

Art. 9^o A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. § 1^o Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de ABR de 2019.

¹⁸ BRASIL. Lei n^o 13.303, de 30 de Junho de 2016. *Idem*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

- princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Cabe dizer ainda, que Fábio Ulhoa (2017) destaca que as SEM devem ter Conselho de Administração e Conselho Fiscal em funcionamento permanente e obrigatório, sendo necessária a implementação de regras que a administração destas empresas deve observar, principalmente: (a) a possibilidade específica de ser administrador aquele que tiver experiência profissional ou acadêmica na sua área de atuação por período que varia de 4 a 10 anos; (b) a existência de conselheiro independente no Conselho de Administração; (c) o compromisso que devem assumir os diretores em atingir metas e resultados específicos e (d) a existência obrigatória do Comitê de Auditoria na sua estrutura societária (p. 233).

Logo, pelas orientações internacionais sobre Diretrizes dos Programas de *Compliance* Corporativo, recomenda Kristy Gran-Hart (2019) alguns requisitos que devem ser observados, visando sua eficácia, dentre os quais: a adequação de recursos com pessoal e orçamento, para auditar, documentar, analisar e agir; o acesso independente do Conselho de Administração ou do Comitê de Auditoria; a integração a outras funções, especialmente auditoria interna, compras e gerenciamento de fornecedores terceirizados; a adoção da gestão de riscos; o controle rigoroso com terceiros, monitoramento e comunicação; o estímulo à denúncia, com aplicação de medidas corporativas que incentivem a participação dos funcionários, sem medo de retaliação e, por fim, as avaliações da eficácia do programa de forma continuada, com intuito de não tornar-se obsoleto (p. 1-5).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacou-se, em conclusão, que as regras de gestão e os procedimentos éticos e legais proporcionados pelo sistema de compliance e pelas práticas de

governança corporativa tornarão legítimas a adequação das SEM às normas constitucionais e legais ora vigentes, como também contribuirão eficazmente para a sua segurança jurídica e credibilidade no mercado de capitais.

Salienta-se, desta forma, que esta pesquisa possibilitou a análise de relevantes alterações e inovações trazidas pela Lei das Estatais relacionadas ao compliance nas sociedades de economia mista, assim como importantes reflexões evidenciando seus três pilares fundamentais: o compliance, cotejado às boas práticas de governança corporativa e a indispensabilidade de adequação dos regulamentos internos e externos das SEM à previsão legal, e a gestão de riscos (Leonardo Barém Leite, 2015, p. 1).

Ademais, Felipe Dal Belo (2019), contribuindo sobre os aspectos de governança e compliance da Lei das Estatais, diz “tratar-se de mais um instrumento inovador, que busca a conformidade com as melhores práticas de mercado e maior nível de excelência para as empresas estatais de controle direto da União, dependentes ou não”. Relata que “é percebido com bons olhos o desenvolvimento das boas práticas de governança corporativa, gestão de riscos e integridade na esfera pública, representando também um momento oportuno para transformar essas organizações positivamente, promovendo processos mais ágeis, eficientes e com melhor desempenho” (p. 3).

Ao preconizar a observância de valores como a ética e a integridade corporativa e, sobretudo a probidade administrativa, ressalta-se que estas são questões fundamentais para a valoração positiva da conduta das SEM no mundo empresarial.

À vista disso, espera-se com estes escritos, ter contribuído eficazmente para a reflexão da comunidade científica e da doutrina a respeito dos relevantes temas nele abordados e analisados, primordialmente em virtude do pouco tempo de vigência da Lei das Estatais, e da diminuta produção científica até os dias atuais.

REFERÊNCIAS

BRAGAGNOLI, Renilda. A lei nº 13.303/ 2016 e o (velho) compliance das empresas estatais. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5228, 24 out 2017. Disponível em: [https:// jus.com.br/ artigos/ 61227](https://jus.com.br/artigos/61227). Acesso em: 26 de ABR de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 10 de ABR de 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de Janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de Dezembro de 2003. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de Março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.8466, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 26 de ABR de 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de Dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de Junho de 1988. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 26 de ABR de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 de FEV de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Novo Manual de direito comercial: direito de empresa. 29ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DAL BELO, Felipe. Aspectos inovadores de governança e compliance. Disponível em: <https://www.granthornton.com.br/insights/artigos-e-publicacoes/lei-das-estatais-aspectos-inovadores-de-governanca-e-compliance/>. Acesso em: 14 de NOV de 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. O estatuto jurídico das empresas estatais (LEI 13.303/ 2016) sob a ótica da Constituição da República de 1988. Ano 2016, nº 223. Disponível em: <https://www.direitodoestado.com.br/colunistas>. Acesso em: 18 de SET de 2018.

FACHINI, Tiago. Compliance: o que é, benefícios e dicas de como fazer. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/o-que-e-compliance/>. Acesso em: 14 de NOV de 2021.

FREDERICKSEN, Scott L; GUERRERO, Jaime B. DOJ Announces Updated Guidance on Evaluating Corporate Compliance Programs. Disponível em: <https://www.natlawreview.com>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

FREITAS, Marcelo de Siqueira; GUIGNONI, Maurilio. Novo papel das estatais. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa>. Acesso em: 07 de JUL de 2018.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. As sociedades estatais e a aplicação imediata da Lei 13.303/16 aos contratos pactuados anteriormente ao vigor da Lei das Estatais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/335050/as-sociedades-estatais-e-a-aplicacao-imediata-da-lei-13-303-16-aos-contratos-pactuados-anteriormente-ao-vigor-da-lei-das-estatais>. Acesso em: 14 de NOV de 2021.

GRANT-HART, Kristy. 10 critical lessons for compliance officers from the new DOJ evaluation guidelines. Disponível em: <https://complianceandethics.org>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

LEITE, Leonardo Barém. Governança corporativa, compliance e as empresas – Aspectos Práticos. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/225889>. Acesso em: 27 de AGO de 2018.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 41ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MÉXICO. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (2003) – CONVENÇÃO DE MÉRIDA IN: Coletânea de direito internacional, Constituição Federal/ organização Valerio Oliveira Mazzuoli. 13ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. Implementando a gestão de riscos no setor público. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Compliance e Lei Anticorrupção. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2020v23n45p367-384>. Acesso em: 14 de NOV de 2021.

OXFORD DICTIONARIES. English Dictionary, Thesaurus, & grammar help, Oxford Dictionaries. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com>. Acesso em: 07 JUL 2018.

KAPLAN, Jeff. DOJ's Risk Assessment Expectations in "Evaluation of Corporate Compliance Programs". Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com>. Acesso em: 10 de MAI de 2019.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. Compliance como boa prática de gestão de ensino superior privado. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva. 2017.

A ESCRAVIZAÇÃO NOS DIAS ATUAIS É UMA QUESTÃO DE RAÇA OU DE POBREZA?

Shirley Silveira Andrade

Universidade Federal de Sergipe; Aracaju, Brasil; direitoshumanospe@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Os dados históricos nos revelam que a escravização negra no Brasil se inicia por volta da segunda metade do século XVI, mas uma imposição do mercado internacional, já que o labor escravista não se adequava à lógica do capitalismo industrial, uma dívida moral e as resistências dos negros e negras escravizadas no Brasil imperial impuseram sua dissolução legal no século XIX. Isso não teve como consequência natural o fim das práticas de escravização, ou impediu sua remodelagem.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) revela que em 2016 mais de 40 milhões de pessoas no mundo foram escravizadas (OIT, 2021). No Brasil, os dados da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), integrante do Ministério da Economia, registra que de 1995 até junho de 2021, 56.061 libertações de escravizados foram realizadas. Em 2020, houve 942 libertações, onde 362 foram em situações de Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC) urbano (SIT, 2021).

O perfil destas pessoas resgatadas, baseado nos dados do seguro-desemprego, em 2020, foi:

89% eram homens; 64% tinham entre 18 e 39 anos; 70% residiam nas regiões sudeste ou nordeste; 44% tinham nascido na região nordeste e **77% se autodeclararam negros ou pardos**, 18% brancos e 5% indígenas. Quanto ao grau de instrução, 21% declararam possuir ensino médio completo, 20% haviam cursado do 6º ao 9º ano e outros 20% até o 5º ano. Do total, 8% dos trabalhadores resgatados em 2020 eram analfabetos (KLASSMANN, 2021).

Essas informações parecem demonstrar que a população escravizada no Brasil contemporâneo é negra e parda. Em contraponto a esses dados, há autores que defendem que essa indignidade nos dias atuais não tem uma raça escolhida.

Este trabalho se originou da inquietação da pesquisadora com a análise do fenômeno da escravização humana nos momentos atuais, a qual, adjetivamos como contemporânea (TEC), das discussões de Kevin Bales (2001), um autor norte-americano que tem influenciado uma geração de pesquisadores e pesquisadoras no Brasil. Em sua obra, *Gente descartável*, defende que a nova escravização seria uma violência ou ameaça de violência com o objetivo da exploração econômica. Nesse ponto, chegamos ao objeto deste trabalho que é analisar o conceito de escravização contemporânea a partir de elementos raciais. Essas reflexões têm importância à medida que a definição de TEC é importante para a identificação de formas de exploração antigas que vão se resignificando no âmbito do capital. A exclusão do elemento racial pode invisibilizar ainda mais esses processos de exploração.

Este artigo é parte de nossa pesquisa de pós-doutorado desenvolvida junto ao programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense que analisa a escravização das empregadas domésticas no Brasil. Iremos utilizar entrevistas semiestruturadas de 15 empregadas domésticas, como pesquisa documental e bibliográfica para seu desenvolvimento. Na pesquisa bibliográfica, autores decoloniais que fazem uma reflexão a respeito do racismo estrutural foram uma fonte importante. O artigo está dividido em três partes: em um primeiro momento, iremos debater o conceito de Kevin Bales (2001), depois as reflexões dos autores decoloniais para analisar os dados das entrevistas.

2 TRABALHO ESCRAVIZADO X TRABALHO LIVRE

Quando Patterson (2008, p. 13) inicia seu livro, associando a escravização à morte social, ele deixa claro a relação entre escravização e liberdade. O autor começa levantando paradoxos a respeito da escravização no ocidente. Primeiro, que ela é associada ao desenvolvimento de economias avançadas, com as mais louváveis ideias e crenças da tradição ocidental. É nesse ponto que o autor chama a atenção de que escravização e liberdade sempre estiveram lado a lado, pois há uma correlação necessária entre a sua própria liberdade e a negação da dos outros. Essa relação não foi acidental, mas uma necessidade histórica. O desconforto que sentimos de pessoas abolicionistas como Thomas Jefferson e George Washington possuírem escravizados é porque partimos de premissas equivocadas e reificamos as ideias. Não conseguimos ver lógica na contradição. Nosso desconforto advém de não compreendermos a essência da dinâmica da

escravização, da nossa ignorância acerca da escravização e da liberdade, defende Patterson.

Esse caminho trazido pelo autor, explica uma série de fatos que tem ocorrido no mundo. Ajuda a compreender que a escravização é um processo de dominação que objetiva assegurar a liberdade do escravocrata. Por isso, a necessidade de refletirmos o conceito de escravização a partir de elementos multifacetados. Somente uma reflexão legal sobre as regulações contemporâneas não é suficiente para demonstrar a complexidade desse instrumento de dominação. O fenômeno da escravização é complexo, multifacetado, diferente e igual em diversos períodos históricos, e com instrumentos diversificados de dominação. Por isso, vamos trazer alguns conceitos transdisciplinares para a partir deles pensarmos a legislação aplicada no Brasil. Afinal, como estamos também analisando a política pública, é fundamental o conceito legal ser analisado.

Patterson (2008) trabalha em seu livro um conceito de escravização a partir de pesquisas que se utiliza de um determinado autor. Sua preocupação não tem como foco a análise das sociedades contemporâneas, mas ele é um referencial importante para pensarmos o conceito contemporâneo, que por vezes, é defendido nos moldes tradicionais, ou dentro de um modelo mais contemporâneo.

Segundo ele, a escravização é uma das formas de relação de dominação mais extremas, chegando ao poder total do senhor e de impotência total do ponto de vista do escravizado (PATTERSON, 2008, p. 20). Todavia, ela difere de outras esferas de poder. A visão de Peterson sobre o que é escravização é difícil de ser aplicada tanto aos dias atuais, como nos moldes antigos. A ideia de que o escravizado é um morto social, com poucas ou nenhuma reação a essas relações é pouco crível. A experiência brasileira demonstra isso. No nosso país, tivemos muitos instrumentos de coerção, mas também muitas formas expressas e sutis de reação à dominação.

O sistema brasileiro de escravização era muito qualificado nas premiações para manter o escravizado sob domínio. Por outro lado, os quilombos demonstram a vivacidade das reações contra a opressão escravagista. A visão de Patterson pode ser enquadrada em uma análise mais tradicional, conservadora do conceito e da ideia das ações dos escravizados. Essa limitação à ideia de coerção, de honra, de desenraizamento, são conceitos que não conseguem explicar a pluralidade de fatos que ocorreram na escravização legal brasileira, quiçá nos moldes contemporâneos onde a coerção, na maior parte das vezes, não é clara. Kevin Bales (2001) afirma que o conceito do autor norte-americano talvez seja mais

adequado para pensarmos o que ele chama de escravidão antiga, mas não a dos tempos atuais.

A luta contra a escravidão contemporânea também exige como estratégia a utilização de conceitos gerais que possam refletir os processos de exploração no mundo. Essa ideia de controle total nas relações sociais para identificar a escravidão, são ideias difíceis a se adequarem as situações concretas. Quando Bales (2001, p. 14) tenta conceituar, definir a escravatura através de situações aonde há a violência ou a ameaça de violência para a exploração econômica é possível visualizar várias situações no mundo nesse sentido.

Para detalhar seu conceito e sua preocupação em comparar a velha com a nova escravatura, Bales (2001) vai trazendo em seu livro categorias que nos ajudam a compreender a sua teoria. Primeiro, não se procura afirmar a posse legal do trabalhador ou trabalhadora escravizadas, apesar de estarem sob ameaça de violência e, por vezes, fisicamente encarcerados.

Outra questão, bem levantada pelo autor (BALES, 2001, p. 85-87), é o fato de que, apesar de ser ilegal a prática de escravidão no mundo, de forma hegemônica, há produção legislativa e políticas públicas que legitimam esses processos. Ao analisar o sistema de escravidão sexual da Tailândia, o autor afirma que há um sistema de proteção e de imposição de leis que tornam a escravidão possível. As leis proíbem o tráfico de mulheres, a prostituição, o abuso sexual das mulheres, o trabalho forçado, a servidão por dívidas e a escravatura. Todavia, é criado um sistema não oficial de escravidão com uma disponibilidade de poder nas mãos dos escravocratas a partir do próprio poder público, já que o autor levanta que há auxílio da polícia e de demais autoridades. Como em 1992, que o Ministro Tailandês Chuan Leekpai afirmou que se o problema não pode ser resolvido, não ordenaria às autoridades que o atacassem. E o autor segue demonstrando a presença da escravidão em países como Suíça, Alemanha, Japão, EUA.

Clarissa Alves (2016 SARASWATHI apud 2021, p.86) traz a questão de que no Reino Unido, um dos países símbolos da defesa da liberdade, um grupo de empregadas domésticas indianas fugiu de seus empregadores em busca de abrigo em instituições de caridade, relatando não pagamento de salários, sem descanso, com restrição de liberdade, confisco de passaportes, privações de alimentos, etc. Todavia, após a fuga elas ficaram mais vulneráveis ainda, pois, neste país a lei proíbe a mudança de empregador ou empregadora pela política do visto vinculado. No Brasil, temos uma larga legislação que proíbe o tráfico de pessoas e o trabalho escravizado, mas se por um lado temos auditores fiscais do trabalho

que realizam constantes resgates de escravizados, temos um poder judiciário que legitima a escravização à medida que há um baixo índice de punições no Brasil a respeito. Neste momento da pesquisa, há somente uma pessoa presa Brasil por esse crime (HADDAD, MIRAGLIA, SILVA, 2020).

Outro ponto é o barateamento da escravização moderna, como o autor chama. Há uma redução de custos, já que é o próprio escravizado que se mantém; caso seja impróprio para o trabalho, por doenças ou outras razões, pode ser descartado pelo seu dono. Os escravizados e escravizadas custam tão pouco que não valem mais a pena garantir sua posse, são descartáveis. Por isso, é mais lucrativo que sirvam por um curto período de tempo. Além disso, os lucros podem ser diretos ou indiretos. Com a redução de custos da mão de obra, é possível o barateamento de toda cadeia produtiva. Por exemplo, a escravização na produção do carvão, barateia os custos de produção do aço. Que por sua vez reduz os custos de produção de automóveis, peças de automóveis, e de tudo que se utiliza do aço (BALES, 2001, p. 24-26, 36).

Quanto a esse ponto, acreditamos que depende muito do tipo de atividade. Bales não analisou o serviço doméstico que é diferente do serviço rural ou do serviço sexual. Entrevistamos várias empregadas que foram escravas infantis. Elas passaram muitos anos sendo escravizadas e isso era muito vantajoso para a empregadora. Até porque esse tipo de exploração é invisibilizado.

Idade/anos	Até 10	Entre 11 e 15	Entre 16 e 22	Total
Números	4	6	5	15
Porcentagem	27%	40%	23%	100%

Tabela 1- Início no trabalho doméstico remunerado¹⁹

Pelos dados apontados na tabela, 67% das entrevistadas iniciaram o trabalho doméstico, considerado assim aquele realizado no ambiente externo ao seu lar, com menos de 16 anos. Há relatos muito fortes de exploração e escravização

¹⁹ Todas as tabelas que serão colocadas no texto que se referam às entrevistadas têm como fonte as entrevistas e foi elaborada pela autora deste trabalho.

infantil por tempo razoável. E-8 foi abandonada pelos pais aos 08 anos de idade, início de suas atividades no trabalho doméstico. A primeira casa em que trabalhou foi a da mãe de um preso por tráfico de drogas. Além de todo o serviço que tinha que realizar na casa, ela tinha que ir ao presídio três vezes ao dia levar os alimentos do filho de sua patroa. Ela trabalhou nesse ambiente por três anos sob condições de trabalho escravocratas²⁰.

Pra dormir não tinha hora, eu acordava 5 porque 7 tinha que tá no presídio, aí como eu não sabia cozinhar eu só levava a comida, mas lavava prato, varria a casa, só não fazia cozinhar nem passar ferro porque eu era pequena e não sabia fazer, com o tempo foi que eu aprendi. Eu dormia as 23h ou 23:30. Eu nunca tive direito de descanso, nunca, eu só ia descansar quando eles ia dormir porque eu tinha que deixar a cozinha limpa, aí é que eu ia descansar, mas eu tinha pouco tempo de descanso porque eu tinha que acordar no dia seguinte cedo.

Eu não podia mexer nas panelas dela, eu tinha que dormir com fome, as vezes eu comia, e as vezes quando tinha gente eu não podia mexer nas panelas, aí ia dormir com fome.

Só saia pra comprar pão, eu não tinha o direito de ir passear, tinha direito de nada, porque não tinha como, eu era de menor, ela dizia que tava tomando conta de mim, mas não era, ela tava me explorando, o nome certo que eu dava era esse, porque eu não recebia dinheiro no final do mês, eu tava ali por uma dormida e por uma comida.

Importante pontuarmos que entrevistamos mulheres com um período produtivo bastante grande. A tabela abaixo demonstra que 66,7% das entrevistadas têm a idade entre 40 a 60 anos. Portanto, o serviço doméstico infantil teria ocorrido há algumas décadas atrás. Todavia, isso não retira o fato deles terem sido escravizadas, dentro do âmbito da contemporaneidade abordada pelo autor. Bales (2021) estuda casos que ocorreram no século XX, exatamente o momento que essas mulheres foram escravizadas. Portanto, é fundamental perceber as atividades desenvolvidas para concluir pelo tempo de escravização. Quando a atividade é lucrativa por muito tempo e se consegue invisibilizar os processos de escravização isso ocorre por períodos longos.

²⁰ Outras pesquisas também demonstram que a escravização infantil doméstica pode durar muitos anos. Ver BRITO, 2018.

Idade/ anos	28 a 39	40 a 49	50 a 59	60 a 69	Não consta	Total
Nº	2	6	4	2	1	15
%	13,3	40	26,7	13,3	6,7	100

Tabela 2 Perfil etário das entrevistadas

Para Bales (2001), a escravização moderna também não teria questões étnicas, já que o foco é a exploração econômica. No passado, essas diferenças étnicas e raciais foram fundamentais para a utilização de cativos nas atividades laborais. Religião, tribo, cor da pele, língua, costumes ou classe econômica eram critérios usados para fundamentar o uso da violência. No momento atual, seriam motivos econômicos os mobilizadores da escravização. O autor excepciona o caso do país africano Mauritânia que ainda se utilizaria da raça como critério de escravização, mas isso não se aplicaria como regra universal. O foco central seria a vulnerabilidade dos sujeitos, ao invés da raça (BALES, 2001, p. 20, 21).

Diante dessas observações, a nova escravatura seria com posse legal evitada, muito baixo preço custo, lucros muito elevados, excedente de escravizados, temporários (que não acreditamos a se aplicar a todas as atividades, há empregados e empregadas domésticas que ficaram escravizadas por mais trinta anos na atualidade), dispensáveis e sem importância de diferenças étnicas e raciais (BALES, 2001, p. 26). A maioria dos pontos levantados pelo autor são muito relevantes para compreender o que estamos chamando nesse trabalho de escravização contemporânea. Todavia, a exclusão da raça como critério diferenciador da escravização colonial é um ponto que precisa de uma reflexão mais profunda.

3. AFINAL, A ESCRAVIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA TEM RAÇA?

A Walk Free Foundation (WFF) emitiu relatório com os seguintes dados da escravização no mundo.

24,9 milhões de homens, mulheres e crianças vivem na escravidão moderna na Ásia-Pacífico, ou 62% da estimativa global de 40,3 milhões. A região tem o maior número de vítimas em todas as formas de escravidão

moderna, respondendo por 68% daqueles forçados a trabalhar pelas autoridades estaduais e 64% daqueles em exploração de trabalho forçado (FÓRUM DE GOVERNO E PROCESSOS DE BALI, 2020).

Quando analisamos a realidade brasileira, os dados e seus equívocos nos fazem refletir a visão de Bales. Pelos dados da *Smartlab*, de 1995 a 2020, foram encontrados 55.712 trabalhadores e trabalhadoras em situação de escravidão. De 2003 a 2020, que é o lapso temporal previsto no *Smartlab* para análise do perfil dessas pessoas profissionais laborais, somamos um total de 38.376.

Complementando a ideia de Bales (2001), o nível de escolaridade poderia indicar que essa população com baixa escolaridade a mais vulnerável, portanto, o foco seria a vulnerabilidade, não a raça, o elemento que levaria a escravidão contemporânea. 30% dos resgates foram com pessoas analfabetas, mais 37% não tinham completado a 5ª série, apenas 4% tinham terminado o ensino médio. Quando analisamos o percentual da raça conforme tabela 3, 58% dos resgates foi com pessoas que se declararam pardas ou negras no Brasil. Será que os dados confirmam as conclusões do professor estadunidense? Mais que a raça, seria a vulnerabilidade a característica da escravidão contemporânea?

Raça	Parda 45%	Branca 23%	Amarela 16%	Preta 13%
Atividade	Agropecuário 70%	Servente 3%	Pedreiro 2%	Cozinhar, carvoaria, confeção... 25%
Escolaridade	Analfabeto 30%	Até 5º ano Incom. ²¹ 37% Com. 4%	6º ao 9º Incom. 15% Com. 5%	Ensino médio Incom. 4% Com. 3%

Tabela 3 Perfil escravizados encontrados no Brasil entre 2003 a 2020 ²²

²¹ Com abreviação de completo; Incom. Abreviação de incompleto

²²Fonte: *Smartlab*

Fanon (2020, p. 49) nos dá algumas pistas para pensar essas questões. Ele mostra em sua obra como a vulnerabilidade do negro (e é do negro mesmo porque sua análise é muito do masculino) vai sendo criada tanto economicamente como psicologicamente. A vulnerabilidade é construída estruturalmente a partir da variável racial. Partimos de um autor antilhano, que viveu na França para pensarmos que as estruturas racistas são universais, elas não são localizadas no território brasileiro.

O livro *Pele negra, máscaras brancas*, foi escrito em 1952, quando o autor, nascido na ilha francesa de Martinica, no Caribe, em 1925, estava fazendo sua residência em psiquiatria no hospital de Saint-Alban na França. Um negro no meio de brancos europeus, ainda ocupando o lugar que eles acham serem deles. Em 1960, essa obra foi censurada em Portugal sob o argumento que havia sido escrito por um negro comunista, uma “diatribe contra a civilização ocidental, uma pseudodefesa das civilizações negra, oriental e índia” (FANON, 2020, p. 15).

O livro desse autor é muito impactante. Ele se preocupa com a construção da relação entre brancos e não brancos, especificamente negros, a partir da psicanálise para auxiliar o negro a se libertar do “arsenal complexual” advindo da situação colonial. Como há construção na consciência de ambos da inferioridade de um e superioridade do outro. O livro é uma tentativa de compreender essa relação narcísica entre as duas raças e suas motivações (FANON, 2020, p. 23, 45).

Vamos selecionar para nosso debate dois pontos tratados pelo autor: o uso da linguagem e a construção do complexo de inferioridade do negro. Quanto ao primeiro ponto, o foco é a análise da relação inter-racial a partir da linguagem. O ato de falar é assumir uma cultura, carregar o peso de uma civilização. O negro quando se relaciona tem um comportamento com os brancos diferente que tem com outro negro. Quando o antilhano ingressa na França, o negro muda para que haja uma sensação de igualdade com o europeu, para que haja uma clivagem, um deslocamento com a comunidade que o viu nascer. O autor afirma que nas Antilhas, havia um processo de construção para que o antilhano negasse sua negritude. Negro seria o senegalês, o antilhano seria mais evoluído que ‘o pessoal da África. O senegalês estaria mais próximo da floresta, o selvagem, o que está distante do branco (2020, p. 41). Portanto, é preciso se aproximar do modelo branco e o crioulo seria um dialeto abaixo do francês. A inferioridade já vem

sendo construída a partir da negatização de uma característica tão forte como é a língua de um povo.

O branco se dirige ao negro como se fosse um adulto perante um menino; falar com o negro em outra língua é tentar humilhá-lo, é estabelecer o seu lugar. É estabelecer que não tem cultura, não tem civilização, nem um longo passado histórico (FANON, 2020, p. 48). Isso lembra bem o esclarecimento feito por Lélia González (1984) sobre o fato de que algumas populações no Brasil trocam o l (ele) pelo r (erre). Isso é categorizado como um erro da língua portuguesa, além de ser um indicador de que classe social a pessoa se origina. O que a autora demonstra é que ignorante é o branco que não tem conhecimento que na língua de alguns povos africanos não existe a letra L, por isso se fala ‘framengo’, ao invés de flamengo.

O debate sobre o complexo de inferioridade vem com a análise do livro “psicologia da colonização” de Octave Manoni. Este autor defendeu, na época, que haveria um complexo de inferioridade no negro antes da colonização. Manoni defendeu que nem todos os povos estão aptos a serem colonizados, apenas os que têm necessidade. Os povos que se deixaram colonizar foram aqueles que tiveram necessidade, que até desejaram no inconsciente serem súditos. Por esse raciocínio, o branco obedeceria a um complexo de autoridade e o malgaxe o de dependência, havendo uma satisfação com a colonização (Apud FANON, 2020, p. 113).

É no combate a esses argumentos que Fanon esclarece como é realizada a construção estrutural do complexo de inferioridade do negro e que essa formação é realizada pelo racista. Apesar de respeitar o autor, Fanon defende que Manoni não compreendeu as coordenadas da colonização. Ao invés deste autor sentir a recepção dos Malgaxe aos europeus colonizadores como cordialidade, humanidade, benevolência, isso é visto como inferioridade. Com a chegada do europeu, o povo que ali existia, deixou de existir. O branco subverteu os horizontes e os mecanismos psicológicos. A construção da identidade se faz a partir da relação com o outro, antes dos brancos chegarem, a alteridade era o próprio negro. Portanto, questões de inferioridade não eram apresentadas, mas com a chegada do branco, o malgaxe passou a existir a partir da referência do branco. Ele foi levado a se perguntar se era ou não homem, essa sua realidade foi questionada a partir dessa chegada. É o racista quem cria o inferiorizado. As reações, comportamentos surgidos com os europeus não vieram a se somar a condições preexistentes (FANON, 2020, P. 109).

Daí o desejo de ser branco, para reconhecimento de sua humanidade. “Se há um desejo de ser branco, é porque o negro vive em uma sociedade que torna possível seu complexo de inferioridade, que extrai de sua consciência a preservação desse complexo, uma sociedade que afirma uma superioridade de raça” (FANON, 2020, p.114). Daí a necessidade de negar sua língua, negar sua origem, negar sua raça.

Kilomba (2021) ao refletir as ideias de Fanon, defende que a pessoa negra é usada como tela de projeção para medos e fantasias brancas. Por isso, ela é por vezes desejáveis e depois hostilizadas. Esse duplo processo de projeção e repressão assegura que o branco construa uma identidade de civilizado em contraponto ao do incivilizado, do animal. A autora categoriza como é que o **sujeito negro é percebido em uma sociedade branca**: infantilizado- personificação do dependente, não poderia sobreviver sem o branco; primitivo- o selvagem, o atrasado; incivilizado- personificação do outro violento e ameaçador; animal- do animal, do selvagem; erotizado - sexualizado, com apetite sexual violento: a prostitua, o cafetão.

Fanon conclui que o negro não deve se colocar mais no dilema de desaparecer ou se branquear, ele deve tomar consciência de sua possibilidade de existir. Deve ser colocado em condições de escolher a ação ou a passividade diante da verdadeira fonte conflito, diante das estruturas sociais.

As ideias de Fanon nos fazem perceber que a construção da inferioridade vem da comparação com outros modelos de vida. Sempre somos diferentes ou inferiores a algo ou a alguém. E o mito do branco, de sua forma de falar, de construir o conhecimento, de governar é o da superioridade. As demais formas de vida humana devem se submeter a essa lógica. Uma estrutura econômica, política e social é criada nessas bases, os demais devem se adequar ou desaparecerem.

Fanon (2020) esclarece para entendermos a construção da inferioridade do negro é preciso compreender as realidades econômicas. Os negros imbecis seriam produto de uma estrutura econômico-psicológica. Ela seria resultado de um duplo processo: econômico e por interiorização dessa inferioridade. A civilização branca e a cultura europeia impuseram ao negro desvio existencial. A alma negra é uma construção do branco.

Quando iniciamos a leitura desse livro, perguntei-me se ele seria ainda aplicado nesse momento. Um caribenho escrevendo um livro na década de 1950, século passado, como podem suas ideias auxiliarmos a pensarmos as relações

raciais atualmente. Todavia, no debate sobre a ideia da inferioridade do negro, como isso é construído a partir de uma análise da estrutura, não temos dúvida da aplicabilidade dessas ideias, isso entra completamente no debate da meritocracia. Se os dados no Brasil mostram que os negros e negras são os mais pobres, os menos escolarizados, os mais resgatados da escravização, os mais vulneráveis, como os dados mais à frente vão confirmar em relação as entrevistadas, parece que seria por sua incompetência, pela sua inferioridade. E o que Fanon demonstra é como essa inferioridade é construída e como os brancos e não brancos acabam assimilando essa questão.

A maioria das pessoas que foi resgatada da escravização no Brasil entre 2003 e 2020 é preta e parda conforme tabela. Os sergipanos e sergipanas chegam a estar acima dos dados nacionais, já que a população preta e parda encontrada escravizada chega a ser 70% em contraponto aos 60% dos brasileiros e brasileiras.

Cor	Parda	Negra	Morena	Branca	Total
Nº	7	5	2	1	15
%	46,7	33,3	13,3	6,7	100

Tabela 4 Perfil étnico das empregadas entrevistadas

Quando realizamos as entrevistas, fizemos perguntas diretas sobre a cor de cada uma das mulheres. A tabela mostra que somente 6,7% se denominou como branca, ou seja, somente uma empregada dentro do total das 15. Pelos dados do DIEESE (2021), mais de 60% dos empregados e empregadas domésticas no Brasil é negra. Isso seria coincidência ou há uma estrutura que empurra essas mulheres para atividades invisibilizadas e com relações precárias, pois a renda mensal da empregada doméstica no Brasil é abaixo do salário-mínimo.

Tivemos respostas muito reveladoras a respeito desse ponto. Houve trabalhadoras que não oscilaram em dizer que eram negras. Pela tabela, há um número significativo de mulheres que admitem estarem inseridas nessa raça. Tivemos um caso, por exemplo, de E-15 que revela que em seu registro de nascimento consta como parda, mas que ela se considera como negra. E assim a contabilizamos na tabela acima como negra.

Ainda encontramos trabalhadoras que fazem uma diferenciação entre pretas e pardas. E-9 diz ser parda porque não é branca nem negra; E-1 respondeu que era parda porque: “o pardo é uma cor mais clara, o negro é uma cor mais escura”, todavia ela tinha cabelo crespo.

Essas foram as palavras de E-3 quando questionamos sua cor:

Entrevistadora: E a senhora acha que a senhora é parda por que? **E-3:** Porque eu nem sou branca e nem sou preta de verdade; é mais puxado pro lado mais claro ne, mas como meu cabelo é ruim é preto também; o meu cabelo é ruim porque o seu cabelo parece ser liso e o meu é crespo.

É muito importante pontuarmos que E-3, já aposentada, tem 67 anos, ela faz parte de uma outra geração de trabalhadores e trabalhadoras. As cinco domésticas que responderem serem negras, são entre 28 a 48 anos. Essa resposta de E-3 revela a falta de clareza que ainda temos em relação a essa diferenciação que foi implementada pelos dados oficiais, resultado da ausência de um debate mais profundo sobre raça, que acabam induzindo a que as pardas neguem a raça negra. Além disso, acreditamos que temos ainda uma lacuna a ser debatida sobre os casos de pessoas resultantes de casamentos inter-raciais. Essa divergência entre as mulheres é resultado ainda dessa falta de clareza que temos a respeito dos debates de raça no Brasil.

Quando verificamos a escolaridade dessas mulheres parece que a ideia de Fanon vai se cristalizando. Pois vai sendo forjada uma realidade que estabelece os locais sociais dos sujeitos. Nenhuma cursou o ensino superior, apesar de 33,3% terminaram o ensino médio.

Série	Nº	%
Analfabeta	1	6,7
Até a 5ª	Com. 1	6,7
	Incom.3	20
6ª a 8ª	Com.0	0

	Incom.1	6,7
Ensino médio	Com. 5	33,3
	Incom.1	6,7
Magistério	1	6,7
Não Consta	2	13,3
Total	15	100

Tabela 5 Escolaridade das entrevistadas

A profissão dos pais e mães dessas mulheres vai mostrando uma geração de pessoas que vivem num processo de precarização social. Observamos que são todas profissões dignas, mas que são remuneradas com baixos salários. Quando perguntamos sobre se os pais e mães dessas mulheres eram felizes em suas atividades algumas disseram que sim, mas muitas revelaram que eles e elas se queixavam muito das dificuldades com suas atividades. Que eram muito explorados e exploradas pelos seus patrões e que a vida era ‘muito dura’. Portanto, negras, mulheres, filhas de pais e mães com atividades precarizadas foram sendo submetidas a processos graves de exploração. Como isso é uma coincidência?

Profissão	Mãe	Pai
Agricultores	6	8
Alambique	0	1
Do lar	6	0
Doméstica	2	0
Merendeira	1	0
Motorista	0	2

Pescador	0	1
Tratorista	0	1
Vaqueiro	0	1
Serv. gerais	0	1
Total	15	15

Tabela 6 Profissão do pai e da mãe das entrevistadas

Por viver nesse ambiente precarizado foi que a grande maioria ou quase todas migraram dos interiores para a capital de Sergipe, Aracaju, onde a pesquisa foi desenvolvida. Muitas fizeram migração interna porque não havia empregos em suas cidades. E4 veio morar em Aracaju para ser trabalhadora infantil doméstica; E5 veio aos 18 anos para realizar trabalho doméstico; E12 migrou aos 15 anos para acompanhar os pais em 1980, pois eles queriam que ela tivesse uma vida melhor, ela sofreu porque gosta do Campo; E 13, em 2010, veio com 18 anos para Aracaju em busca de trabalho, por indicação das amigas, foi laborar em casa de família, como buscar cursos, pois havia terminado o segundo grau.

Todavia, além de problemas financeiros, essas mulheres vinham, por vezes, de lares desequilibrados em virtude da pobreza e da precarização que viviam. E11 migrou com 15 anos de Riachão para Aracaju porque a mãe bebia, fumava, maltratava. Uma amiga foi lá querendo alguém para trabalhar e ela saiu escondida. E10 migrou com 12 anos, em 1980, de Itaporanga D'Ájuda porque a mãe faleceu e o pai começou a colocar madrasta dentro de casa, mas esta a maltratava muito, inclusive escondendo comida. A irmã veio trabalhar em Aracaju e ficaram na casa paterna somente ela e uma outra irmã mais nova. Daí decidiu vir embora morar com a irmã e trabalhar como doméstica.

Importante observamos ainda que o local de moradia atual dessas mulheres corresponde ao que Mbembe (2018) chamou de colonização. Existem bairros específicos que são destinados ao lugar social que essas mulheres ocupam. Mesmo que algumas ficassem morando em Aracaju, residem em bairros afastados e com componentes da população mais empobrecida e racializada. Ou moram em cidades vizinhas, como Socorro, mas em bairros também que abarcam essa população como o Marcos Freire.

Naturalidade	Nº	Moradia atual
Socorro	2	Socorro/Marcos Freire Socorro/Marcos Freire
Riachão do Dantas	2	-Aracaju/Siqueira Campos -Aracaju/Centro
Aracaju	1	Aracaju/Bairro América
Estância	1	Estância
Glória	1	Socorro/Conjunto Jardim
Itaporanga D'ajuda	1	Socorro/Marcos Freire III
Laranjeiras	1	Aracaju/Santa Maria
Malhada dos Bois	1	Socorro/Guajará
Maruim	1	Aracaju/Santos Dumont
Muribeca	1	Lamarão
Propriá	1	Propriá
Santa Luzia	1	Socorro/Guajará
Siriri	1	Socorro/ Marcos Freire

Total	15	15
-------	----	----

Tabela 7 Naturalidade e moradia atual

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assinatura da carteira de trabalho (CTPS) no Brasil é muito simbólica do lugar onde o trabalhador e trabalhadora ocupam. Além disso, é muito importante para adquirir direitos, proteção no trabalho, que ausências de um contrato de trabalho teria. Todavia, a maioria dessas mulheres passou grande parte de sua vida trabalhando na informalidade. Há pessoas como E8 que somente aos 31 anos teve seu primeiro emprego com a CTPS e há trabalhadora como E10 que apesar de ter 45 anos, nunca trabalhou de CTPS assinada como doméstica ou teve um contrato de trabalho que formalizasse suas atividades.

Desde o governo de Getúlio que há norma expressa, até na ditadura empresarial-civil-militar de 1964, havia norma expressa com a Lei 8572/1972 que seria obrigatória a assinatura da CTPS de empregada doméstica, mas até hoje elas vivem na informalidade. Importante ressaltarmos que algumas já começaram como empregadas domésticas com CTPS assinada, mas como vimos é uma realidade de poucas. Portanto, foi sendo estruturada uma realidade para essas mulheres que ficaria muito difícil de saírem de seu lugar social. Baixa escolaridade, trabalho explorado com pouca proteção, sem CTPS assinada, vivendo em bairros periféricos e a grande maioria sendo preta e parda, como isso é uma coincidência?

Quando Silvio Almeida (2021, P.47) nos traz o conceito de racismo estrutural essas ideias ficam ainda mais esclarecidas. Para transcender ao debate do racismo institucional, que seria aquele onde as instituições conferem uma dinâmica que aplica vantagens e privilégios, ainda que indiretamente, com bases raciais, o autor afirma que essas instituições reproduzem a realidade social. Como a instituição está condicionada a uma estrutura social previamente existente, ela reproduz o racismo já existente nessas relações. Como ele é parte da ordem social, ele é reproduzido pelas instituições.

Kilomba (2021, p. 76-78) defende que racismo é a construção da diferença a partir da raça ou pertença religiosa; diferenças ligadas a valores hierárquicos (desonra, inferioridade, estigma); combinação do preconceito com o poder histórico, político, social e econômico. O racismo é revelado a partir de referências globais como o acesso à educação, saúde, representação política, mídia, emprego, educação, habitação, não é a indicação de diferença, mas a desigualdade

entre as pessoas. Portanto, o racismo seria: **estrutural**- quando a maioria das pessoas de cor está excluída da maioria das estruturas sociais e políticas; **Institucional**- pelo tratamento desigual nas operações cotidianas como em sistemas e ações educativas, mercado de trabalho, justiça criminal... brancos em clara vantagem; **Cotidiano**- através de vocabulários, discursos, imagens, gestos ações, e olhares que colocam o sujeito negro como uma personificação dos aspectos oprimidos na sociedade branca; uma constelação de fatos, experiências de vida que buscam colocar o negro ou a negra como outro, mas dentro de uma relação de hierarquia com um padrão contínuo de abuso.

Regras, vantagens devem ser aplicadas para se definir quem é importante e quem não é. Daí Mbembe (2018) defender um novo conceito de soberania que é a capacidade de ditar quem pode viver e quem pode morrer. Soberania é ocupação, relegar o colonizado a uma terceira zona, entre o estatuto de sujeito e objeto. Esse filósofo camaronense, trouxe inovações importantes no debate da raça para analisarmos as relações contemporâneas. E traz alguns conceitos importantes que nos auxiliam a compreender os processos de racismo estrutural.

Um ponto importante para delimitar quem pode morrer e quem pode viver é a ocupação colonial. Está em si era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico dos sujeitos– inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais. Isso proporcionou a criação de hierarquias, classificação de pessoas, extração de recursos e a produção de uma ampla reserva de imaginários culturais. O autor afirma que essa experiência de controle da morte não está no passado, **a colonização é ocupação, implica divisão do espaço em compartimentos, bairros, quarteis**; a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, **quem é descartável e quem não é** (MBEMBE, 2018). Inclusive quem mereceria as vantagens e benefícios das estruturas sociais. Através do Necropoder e da Necropolítica se faz uma dinâmica de fragmentação territorial.

Dentro dessa perspectiva não temos como defender que a escravização contemporânea foge do racismo estrutural. Não levar em conta a raça como elemento importante na seletividade da escravização dificulta olhar o espelho da realidade e impede a implementação de políticas públicas específicas para enfrentar a situação. Há estruturas econômicas, políticas e sociais que vão forjando a vulnerabilidade a partir da raça. Em relação à empregada doméstica, um lugar social de inferioridade já vinha sendo forjado desde o período da escravização legal e permanece até os dias atuais, com mulheres negras e precarizadas. Como

percebemos, a escolha de grupos específicos para isso não é somente uma realidade brasileira, mas mundial quando verificamos pelos dados apresentados que a Ásia oceano pacífico é o centro da escravização no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio (2021). Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra (feminismo plural).

ALVES, Clarissa Cecília Ferreira (2021).. O trabalho reprodutivo sob o capital: mulheres, classe e raça no trabalho doméstico e no cuidado. Belo Horizonte: Letramento.

ALVES, Raissa Roussenq (2019). Entre o silêncio e a negação: trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra. Belo Horizonte; letramento.

BALES, Kevin (2001). Gente descartável: a nova escravatura na economia global. Tradução de António Pescada. Lisboa: editorial caminho.

BRITO, Karina Oliveira (2018). Rosa, Margarida, Dália: oralidade, apadrinhamento e trabalho doméstico no município de cárceres/MT(1960-2000). Dissertação de mestrado pelo programa de pós-graduação em história da Universidade Federal de Mato Grosso. Cuiabá, 2018.

FÓRUM DE GOVERNO E PROCESSOS DE BALI (2020). Disponível: <https://www.minderoo.org/bali-process-government-and-business-forum>. Acesso em: 10 /08/ 2020.

GONZALEZ, Lélia (1982). E a trabalhadora negra, cumé que fica? Mulherio, ano 2, nº 7, maio-junho,1982, p. 9.

GONZALEZ, Lélia (2020). A mulher negra na sociedade brasileira: uma abordagem político-econômica. Por um feminismo afro latino americano: ensaios intervenções e diálogos. Organizado por Flávia Rios e Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar. P 49-68.

GONZALEZ, Lélia (2020). Racismo e sexismo na cultura brasileira. Por um feminismo afro latino americano: ensaios intervenções e diálogos. Organizado por Flávia Rios e Márcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar. P 73-93.

GRAHAM, Sandra Lauderdale. Uma certa liberdade. IN: Mulheres negras no Brasil escravista e do pós-emancipação. Organizado por XAVIER, Giovanna, FARIAS, Juliana Barreto, GOMES, Flávio. São Paulo: Selo negro, 2012. P.134-148.

HADDAD, Carlos H. B.; MIRAGLIA, Livia M. M.; SILVA, Braulio F. A. da Silva (2020). Organizadores. Trabalho escravo na balança da justiça [recurso eletrônico] 1.ed – Belo Horizonte (MG).

MBEMBE, Achile (2018). Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Traduzido por Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições.

OIT (2021). Organização Internacional do Trabalho. Trabalho forçado. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/lang-pt/index.htm> .

PATTERSON, Orlando (2008). Escravidão e morte social.: um estudo comparativo. Tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: Edusp.

PRETA-RARA (2019). Eu, empregada doméstica: a senzala moderna é o quarto da empregada. Belo Horizonte: Letramento.

PRUDENTE, Wilson (2006). Crime de escravidão: uma análise da Emenda Constitucional 45 de 2004, no tocante às alterações da competência material da Justiça do trabalho, e do novel status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen juris.

SMARTLAB (2021). Observatório do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo> .

SOUZA, Escravas do lar: as mulheres negras e o trabalho doméstico na corte imperial. IN: Mulheres negras no Brasil escravista e do pós-emancipação. Organizado por XAVIER, Giovanna, FARIAS, Juliana Barreto, GOMES, Flávio. São Paulo: Selo negro, 2012. P.244-260.

SOUZA NETO, Edvaldo Alves de (2016). Ô levanta nego, cativo se acabou: Experiências dos libertos em Sergipe pós-abolição (1888-1930). Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História pela Universidade Federal de Sergipe, na Área de Concentração Cultura, Memória e Identidade. Orientador: Prof. Dr. Petrônio José Domingues. São Cristóvão.

SIT (2021). Subsecretaria de Inspeção do Trabalho. Trabalho Escravo. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/> .

WFF (2020). WALK FREE FOUNDATION. Protecting people in a pandemic: urgent collaboration is needed to protect vulnerable workers and prevent exploitation. Disponível em: <https://cdn.minderoo.org/content/uploads/2020/04/30211819/Walk-Free-Foundation-COVID-19-Report.pdf> .

AS RUPTURAS LEGISLATIVAS TRABALHISTAS E A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E ITÁLIA ACERCA DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DURANTE A CRISE SANITÁRIA

Gerlis Prata Surlo

Faculdade de Direito de Vitória/ES, Brasil, gerlisprata@yahoo.com.br

Cássius Guimarães Chai

Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e Faculdade de Direito de Vitória/ES, Brasil, cassius.chai@fdv.br

1. INTRODUÇÃO

A reestruturação do modo de produção capitalista no século XXI caracteriza-se pela revolução tecnológica digital com grande impacto nas relações trabalhistas. Os empregos formais são reduzidos, tornando-se predominante os vínculos precários típicos de plataformas por aplicativos e contratos temporários, uma romantização sob o eufemismo do empreendedorismo.

Com a declaração de emergência em saúde pública internacional pela Organização Mundial da Saúde – OMS, desde janeiro de 2020, em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (COVID-19), os impactos no mundo do trabalho se intensificaram.

Os governos se viram imersos na crise sanitária, econômica, social, em meio a efeitos como restrições de circulação e confinamentos, desemprego. Diversas reformas legislativas foram implementadas no âmbito das relações de trabalho, tendo como objeto deste trabalho as mudanças ocorridas no Brasil e na Itália durante a pandemia de coronavírus.

A hipótese do presente trabalho considera que as transformações nas relações de trabalho e suas rupturas paradigmáticas não significam, necessariamente, mais liberdades aos trabalhadores, mesmo diante de avanços tecnológicos no desenvolvimento do Estado Neoliberal.

Adota-se o referencial da teoria do desenvolvimento econômico em sua dimensão espacial, não sendo a modernização tecnológica considerada isoladamente. A revolução digital ou 4.0 é uma das consequências das transformações tecnológicas que influenciam com grande intensidade nas relações de trabalho.

No entanto, não representa por si só melhoria nas condições de vida dos trabalhadores. Ao contrário, as condições de trabalho em plataformas por aplicativos caracterizam-se pela submissão a longas jornadas, ausência de instalações sanitárias, deficiência na proteção mínima decorrente de acidentes de trabalho diante de riscos e incertezas. Além disso, a perspectiva de renda é insuficiente para avaliá-la na sua completude a qualidade de vida de uma pessoa.

Em tempos de crise sanitária mundial é fundamental a análise acerca da eleição dos bens jurídicos fundamentais trabalhistas protegidos considerando as múltiplas consequências e intersecções das determinantes sociais da pandemia.

A realidade brasileira e italiana de constitucionalismo formal possibilita uma análise comparada capaz de demonstrar o tratamento dos países em face dos desafios de uma crise sanitária global com impactos em todos os setores da sociedade.

Assim, o presente trabalho busca analisar as mudanças legislativas ocorridas no Brasil e na Itália durante a pandemia de coronavírus sob a perspectiva da proteção de bens jurídicos fundamentais mínimos capazes de proporcionar, no viés da dignidade humana, o exercício de liberdades aos trabalhadores em face das transformações das relações trabalhistas no desenvolvimento da revolução digital.

2. REFORMAS TRABALHISTAS NO BRASIL E NA ITÁLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

O paradigma de estado neoliberal, característico do modelo globalizado, propôs, principalmente a partir da década de 1970, diretrizes a serem seguidas pelos países, na economia e nos investimentos sociais, tendo como líderes políticos mundiais os governos de Margaret Thatcher na Grã-Bretanha e Ronald Reagan nos Estados Unidos. Na América Latina, o Consenso de Washington determinou a implementação de ajustes macroeconômicos como condição para obtenção de recursos na forma de empréstimos aos países do mundo periférico. Dentre as medidas impostas, caracterizaram-se a flexibilização das legislações trabalhistas, desregulamentação e diminuição dos investimentos em direitos sociais em detrimento das políticas de prestação positiva, típicas do Estado Social de Direito.

No Brasil, desde a década de 1990, várias reformas impactaram o modelo de relações de trabalho com desregulamentação do mercado e um conjunto de

medidas legais a fim de garantir a flexibilização do uso da força de trabalho mediante implementação de banco horas e contrato tempo determinado. A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) aprofundou as mudanças com formas alternativas de contratação, redução garantias empregatícias, flexibilização nas despedidas, enfraquecimento de sindicatos, trabalho intermitente sem fixar renda mínima e nem tempo de contratação, desregulamentação quanto a normas de saúde e segurança no trabalho.

A cidadania assalariada, base do Estado Social de Direito, perde espaço em meio a novas formas de contratação, incrementadas e agravadas pela revolução tecnológica digital e o exercício de atividades por meio de plataformas por aplicativos.

No Brasil, durante a pandemia mundial de coronavírus não se efetivou nenhuma alteração formal na Constituição Federal Republicana de 1988, mas o ordenamento jurídico infraconstitucional sofreu mudanças no contexto da pandemia do coronavírus, principalmente por meio de medidas provisórias, decretos legislativos e atos normativos municipais.

Em 20 de março de 2020, o Decreto Legislativo nº. 06²³, reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, no país. A Lei 13.979/2020²⁴ dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, com restrição de liberdades individuais de circulação, isolamento social, quarentena e uso obrigatório de máscaras.

Os municípios e Estados também editaram atos administrativos e legislações específicas a fim de estabelecer procedimentos de enfrentamento à crise sanitária, tendo sido reconhecida, inclusive, a competência concorrente dos entes federados para tomada de providências normativas e administrativas em tema relacionado à saúde pública²⁵, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341²⁶.

²³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

²⁵ CF/88: Art. 23.

²⁶ STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. Em sessão realizada por videoconferência, o Plenário, por unanimidade,

Em matéria trabalhista, cuja competência para legislar é privativamente da União²⁷, o Executivo Federal editou medidas provisórias para enfrentamento do estado de calamidade pública com incidência direta nos direitos trabalhistas. No ano de 2020, destacam-se as medidas provisórias 927 e 936 com alternativas aos empregadores na execução do contrato do trabalho para enfrentamento do estado de calamidade pública e a instituição do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, respectivamente.

A Medida Provisória 927/2020, durante o estado de calamidade pública, buscava a preservação do emprego e da renda, possibilitou a celebração de acordos individuais com o empregador, o teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, a antecipação de feriados, o banco de horas, o direcionamento do trabalhador para qualificação e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (art. 3º).

Já a Medida Provisória 936/2020 teve como objeto medidas trabalhistas complementares com propósito de preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública (art. 2º). As medidas do programa emergencial de manutenção do emprego e da renda foram: I) o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; II) a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e III) a suspensão temporária do contrato de trabalho (art. 3º), sendo custeado com recursos da União (art. 5º). Referida medida provisória foi convertida na Lei 14.020/2028.

A vigência das medidas provisórias se limitou ao ano de 2020, tanto a MP 927 que não foi convertida em lei, com vigência limitada a 120 (cento e vinte) dias²⁹, quanto a MP 936 que, embora convertida na Lei 14.020/20, a vigência limitava o programa até dezembro de 2020.

referendou medida cautelar deferida em março pelo relator, ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>>. Acesso em 17.08.2020.

²⁷ CF/88, Art. 22.

²⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

²⁹ CF/88. Art. 62, § 3º.

Em 2021, até o mês de abril, nenhuma atitude concreta foi adotada pelo Executivo Federal quanto às medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Somente em 27 de abril de 2021, a Presidência da República editou as medidas provisórias 1045 e 1046, com os mesmos objetos dos atos normativos editados em 2020. A medida provisória 1045/2021, no mesmo parâmetro da 936/2020, instituiu o novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, tendo na exposição dos motivos³⁰ a necessidade de continuidade de políticas públicas diante de novas ondas de contaminações e o agravamento da crise sanitária.

Já a medida provisória 1046/2021 representa propostas de medidas trabalhistas disponíveis aos empregadores para a preservação do emprego, a sustentabilidade do mercado de trabalho e para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, considerando que a Medida Provisória 927/2020 não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional e teve o prazo de vigência encerrado em julho/2020.

Referidas medidas provisórias renovaram, na prática, as regras de pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, de redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, bem como de suspensão temporária do contrato de trabalho. O objetivo é a tentativa de garantir a preservação dos empregos formais aos trabalhadores e o custeio da atividade econômica do setor empresarial por parte do poder público.

Na Itália, no governo do primeiro-ministro Matteo Renzi, houve reformas significativas nas relações de emprego em meados da década de 2010³¹, com objetivo de facilitar despedidas, fragilizar a organização dos trabalhadores, instituir novas formas de trabalho (temporário, intermitente), bem como a flexibilização e fragmentação nas relações de trabalho, no intuito de criar mecanismos de enfrentamento da estagnação econômica.

A reforma trabalhista italiana reconfigurou o Código do Trabalho e favoreceu a proliferação de empregos temporários, facilitou demissões em grandes empresas e, conseqüentemente, reduziu a proteção dos trabalhadores. Ou seja, o

³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1045-21.pdf. Acesso em 20 de jun. 2021.

³¹ BALESTRETTI, Giuliano. Jobs Act, da oggi addio all'articolo 18: il contratto a tutele crescenti è in vigore. La Repubblica, Milano, 07 Marzo 2015. Disponível em: <https://www.repubblica.it/economia/2015/03/07/news/jobs_act_articolo_18_gazzetta_ufficiale-108965931/>. Acesso em 27 de jun. 2021.

modelo reformista italiano é idêntico ao parâmetro adotado pelo legislador brasileiro em 2017 no contexto da reestruturação capitalista neoliberal.

A Itália foi um dos primeiros países europeus a ser fortemente afetado pela pandemia de coronavírus. A exemplo do Brasil, a proteção da saúde possui estatura constitucional na Itália. Nos termos do art. 32 da Constituição da República Italiana, a saúde é tutelada como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade³².

A competência legislativa é concorrente para a tutela da saúde, conforme art. 117 da ordem constitucional, cabendo ao Estado italiano determinar os princípios fundamentais e, às Regiões, a tarefa da produção legislativa. Na Constituição Federal Republicana Brasileira de 1988, art. 24, a atividade legiferante de proteção e defesa da saúde também é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, tendo a União a competência de estabelecer normas gerais e os Estados a competência suplementar ou plena (inexistindo lei federal sobre normas gerais).

No âmbito da competência constitucional concorrente do art. 117, o Estado italiano tutelou, desde o início da pandemia, a proteção da saúde e segurança do trabalho, tendo a expedição de Decreto-legge como instrumento normativo típico de atribuição do Presidente da República, nos termos do art. 87³³, o Presidente da República é o chefe de Estado, promulga as leis e emana os decretos com valor de lei e os regulamentos.

O Decreto-legge (DL) nº 6/2020³⁴, de 23/02/2020, reconheceu o surto COVID-19 de emergência de saúde pública de importância internacional declarado pela Organização Mundial da Saúde, bem como a necessidade extraordinária

³² COSTITUZIONE ITALIANA, EDIZIONE IN LINGUA PORTOGHESE. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 21 de jun. 2021.

³³ Idem.

³⁴ DECRETO-LEGGE 23 febbraio 2020, n. 6. Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Entrata in vigore del provvedimento: convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13 (in G.U. 09/03/2020, n. 61). Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-02-23&atto.codiceRedazionale=20G00020&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=02d524aa-bdc6-467c-824f-d5a014b52389&tabID=0.3226784139346195&title=lbl.detttaglioAtto>>. Acesso em 21 de jun. 2021.

e urgência de emissão de disposições para combater a emergência epidemiológica.

A exemplo das medidas provisórias no Brasil, o Decreto-legge italiano é atribuição do Poder Executivo, editado em situação extraordinária, impregnado de força de lei, submetido à análise do legislativo e perde a eficácia na hipótese de não conversão em lei, conforme art. 77³⁵ da Constituição.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho³⁶, a Itália foi fortemente afetada pela disseminação do novo coronavírus, tendo a emergência sanitária rapidamente se transformado em uma emergência econômica e social. Dentre as medidas trabalhistas adotadas pela Itália durante a emergência COVID-19, destacam-se: o teletrabalho, a proteção da saúde e segurança e medidas de combate ao COVID-19 no local de trabalho, a proibição de demissões durante a crise do COVID-19, a licença remunerada e uso de férias durante a crise do COVID-19, as medidas de apoio à renda, as medidas financeiras e fiscais para apoiar as empresas e as proteções para profissionais de saúde.

Para reduzir os impactos sociais e econômicos, o governo italiano implementou diversas intervenções junto as atividades produtivas e serviços com o objetivo de garantir a continuidade do emprego e da renda dos trabalhadores. A rede de proteção não se limitou aos trabalhadores subordinados, mas também se estendeu aos autônomos e aos vários setores da economia (turismo, agricultura, comércio, artesanato).

As medidas implementadas pelo governo italiano se caracterizaram pela amplitude, diversidade e redes de segurança social. Além da proibição de despedidas dos trabalhadores na fase de emergência por motivos econômicos, os empregadores puderam suspender ou reduzir a atividade laboral tendo, em contrapartida, a complementação dos salários perdidos pela iniciativa governamental. Além disso, a cobertura atingiu trabalhadores formais e informais.

A busca pela continuidade da garantia do emprego e da renda também levou o governo italiano a prever medidas financeiras e fiscais para reduzir o

³⁵ COSTITUZIONE ITALIANA, EDIZIONE IN LINGUA PORTOGHESE. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 21 de jun. 2021.

³⁶ Disponível em: <https://www.ilo.org/rome/approfondimenti/WCMS_741783/lang-it/index.htm>. Acesso em 21 de jun. 2021.

impacto das restrições de atividade econômica das empresas, principalmente quanto às obrigações tributárias e a regulamentação normativa da rede de segurança social de enfrentamento à crise pandêmica nos termos do Decreto-lei n. 18, de 17/03/20, convertido em Lei 24 de abril de 2020³⁷.

Dentre as medidas então previstas, é possível destacar: a) indenização para trabalhadores autônomos; b) criação de fundo econômico protetivo para os trabalhadores informais; c) licença remunerada (50%) paterna com crianças menores de 12 anos ou com deficiências; d) suspensão das contribuições previdenciárias; e) suspensão dos procedimentos de demissão coletiva.

A manutenção das medidas protetivas foi sucessivamente reiterada por decretos-leis, principalmente o Decreto 28 de outubro de 2020³⁸, n. 137, com proteção da saúde, apoio aos trabalhadores e empresas, bem como a Lei 27 de novembro de 2020³⁹, n. 159, contendo medidas urgentes relacionadas com a prorrogação da declaração do estado de emergência epidemiológico da COVID-19 e a Lei 18 de dezembro de 2020⁴⁰, n. 176, com outras medidas urgentes no domínio da proteção à saúde, apoio ao trabalhador e às empresas.

³⁷ DECRETO-LEGGE 17 marzo 2020, n. 18. Disponível em: <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-03-17&atto.codiceRedazionale=20G00034&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=0c3fb96f-ca8a-40af-a7b9-470d69b96947&tabID=0.3226784139346195&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em 27 de jun. 2021.

³⁸ DECRETO-LEGGE 28 ottobre 2020, n. 137. Disponível em: < https://www.google.com/search?q=tradutor+italiano+para+portugu%C3%AAs&source=hp&ei=44bPYOziA7jU1sQPo7m5-Ag&iflsig=AIN-FCbYAAAAAYM-U81TTXHfE8Pu0GLdVEIWTT8wMG2-T&oq=tradutor+ita&gs_lcp=Cgndnd3Mtd2l6EAMYATIFCAAQsQMMyAggAMgUIABCxAzICCAAyAggAMgIADICCAAyAggAMgIIADICCAA6CAgAELEDEIMBOggIABDHARCvAToECAAQQzoICC4QsQMgQgwE6CwgAELEDEMcbEK8BUicFWPsUYOsgaABwAHgAgAGIAYgBoguSAQQwLjEymAEAoAEBqgEHZ3dzLXdppeg&scient=gws-wiz>. Acesso em 20 de jun. 2021.

³⁹ LEGGE 27 novembre 2020, n. 159. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-12-03&atto.codiceRedazionale=20G00182&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=4c4d84f5-b448-488d-aff7-c3fea7253903&tabID=0.3226784139346195&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em 21 de jun. 2021.

⁴⁰ LEGGE 18 dicembre 2020, n. 176. Disponível em: < <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-12-24&atto.co>

Pela análise comparada entre Brasil e Itália, constata-se que as medidas editadas no âmbito trabalhista possuem convergências e divergências. Os pontos em comum são basicamente a adoção de programas governamentais com proteção aos trabalhadores e às empresas custeadas pelo poder público. O Estado desempenha, portanto, tarefa preponderante no custeio da crise sanitária. Já as divergências se concentram, principalmente, na amplitude de atuação concreta do Estado italiano na intervenção econômica e social para enfrentamento a crise emergencial e implementação de rede de segurança aos trabalhadores e proibição expressa de despedidas.

Enquanto no Brasil as medidas se caracterizaram pela atuação estatal no sentido de tentar proteger empregos mediante acordos individuais entre empregados e empregadores, com financiamento público. Mas, as divergências de atuação dos Estados brasileiro e italiano também se verificam no tratamento da negociação coletiva e no reconhecimento dos trabalhadores por plataformas de aplicativos durante a pandemia de coronavírus.

3. A PREVALÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O RECONHECIMENTO DOS TRABALHADORES POR APLICATIVO DURANTE A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS NO BRASIL E NA ITÁLIA

No Brasil, a negociação coletiva é um direito social constitucional, cabendo aos sindicatos a legitimidade de celebrar instrumentos normativos (acordos e convenções coletivas) para a defesa, preservação e conquista de direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8, III e VI, da CF/88). É uma garantia fundamental coletiva assegurada aos trabalhadores urbanos e rurais, com objetivo de melhorar as condições sociais (art. 7, caput, da CF/88), enquanto instrumento de diálogo social nas relações de trabalho.

No entanto, durante a pandemia de coronavírus no Brasil, a normatividade de crise sanitária privilegiou as negociações individuais na Medida Provisó-

diceRedazionale=20G00197&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=3c355fcc-2879-4f00-86e4-e43ab61d027f&tabID=0.3226784139346195&title=lbl.dettaglioAtto>. Acesso em 21 de jun. 2021.

ria 936/2020, inclusive com ratificação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363⁴¹ que manteve a eficácia da regra que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria.

Na Itália, a Constituição estabelece como princípio fundamental uma república democrática, baseada no trabalho (art. 1), determina a remoção dos obstáculos que impeçam a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País (art. 3). No âmbito coletivo, os sindicatos podem, desde que representados unitariamente na proporção dos seus associados, estipular contratos coletivos de trabalho com eficácia obrigatória para todos os pertencentes às categorias de que trata o contrato (art. 39).

Diferentemente do Brasil, a Itália privilegiou a participação dos sindicatos nas negociações durante a pandemia de coronavírus, tendo as entidades sindicais do país firmado acordo com o governo italiano, em abril de 2020, para estabelecer medidas de controle e restrição da disseminação do COVID-19 no local de trabalho e a consequente proteção dos trabalhadores em tema de saúde pública diante da crise sanitária global, segundo a OIT. Por iniciativa do primeiro-ministro da Itália, Giuseppe Conte, o governo italiano, sindicatos/confederações e associações comerciais do país assinaram um protocolo de segurança para o ambiente de trabalho em decorrência da emergência do novo coronavírus⁴².

Enquanto no Brasil, a opção foi o afastamento dos sindicatos das negociações coletivas em tempos de crise pandêmica, o governo italiano celebrou

⁴¹ O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (ADI 6363 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278. PUBLIC 24-11-2020).

⁴² Agência ANSA, Época Negócios, 14 Mar 2020. Itália fecha acordo trabalhista devido à pandemia de vírus. Sindicatos e associações concordaram com protocolo de segurança. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/03/italia-fecha-acordo-trabalhista-devido-pandemia-de-virus.html>>. Acesso em 21 de jun. 2021.

acordos formais com as entidades representativas para tratar, sobretudo, de questões de medidas profiláticas de contágio.

Durante a pandemia de coronavírus, Brasil e Itália também adotaram posicionamentos antagônicos quanto aos trabalhadores que exercem atividades por plataformas de aplicativos. São novas formas de trabalho inseridas na reestruturação econômica do capitalismo financeiro e na revolução digital com profundas transformações nas relações de trabalho.

Um novo modelo de negócios, com trabalhadores individuais e informais, independentes, caracterizadores da economia dos “bicos” (*gig economy*). A segurança do emprego formal cede espaço à precariedade de prestações ocasionais, a exemplo dos transportes por aplicativos em plataformas. São “os *crowdworkers* não têm férias, não tem seguro-saúde, não tem auxílio maternidade, nem benefícios da aposentadoria e nem via institucionalizada de comunicação e de resolução de conflitos” (AFONSO, 2020, p. 205).

No Brasil, os trabalhadores de plataformas por aplicativos não encontram reconhecimento de vínculo empregatício, nem dispõem de regramento trabalhista específico. Em decisões recentes das Cortes Superiores no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que os motoristas desempenham prestação de serviços intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia, cujo contrato firmado com empresa detentora de aplicativo é de cunho eminentemente civil que permite uma nova modalidade de interação econômica⁴³. O Tribunal Superior do Trabalho⁴⁴, corte suprema trabalhista brasileira, também

⁴³ (...) 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. 4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência Nº 164.544/MG. Relator Min. Moura Ribeiro. Segunda Seção, julgado em 28/08/2019, publicação 04/09/2019).

⁴⁴ "RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. (...).

tem reconhecido a autonomia e flexibilidade entre motorista de aplicativo e plataforma incompatíveis como vínculo empregatício.

Diferentemente das decisões das cortes superiores brasileiras, na Itália, o sistema de justiça considerou que as plataformas por aplicativos não são meros intermediários, mas empresas prestadoras de serviços e, por isso, os trabalhadores devem ser considerados assalariados e não autônomos, com as vantagens trabalhistas consequentes.

Com a grave crise econômica e social durante a pandemia de coronavírus, aumentou consideravelmente o exercício de atividade laborativa por meio de plataformas de aplicativos no mundo, principalmente, diante do desemprego ou da necessidade do complemento de renda básica mínima familiar.

Investigação realizada na Itália⁴⁵ determinou que empresas operadas por aplicativos (Foodinho-Glovo, Uber Eats, Just Eat e Deliveroo) contratassem oficialmente milhares de trabalhadores e, ao mesmo tempo, efetuassem o pagamento de multa milionária em euros, após constatação de condições de trabalho inadequadas, acidentes rodoviários sem assistência básica, deficiência normas saúde e segurança.

O Decreto-Legge n° 101/2019⁴⁶ é considerado o primeiro regulamento na Itália especificamente sobre plataformas adaptadas para motociclistas, com objetivo de proporcionar proteção mínima trabalhista, mas considerados autônomos. Após determinação do sistema de justiça, os trabalhadores passaram a

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, Relator Min. Breno Medeiros, DEJT 07/02/2020).

⁴⁵ PARODI, Emilio. Milan prosecutors order food delivery groups to hire riders, pay 733 million euros in fines. Reuters, Milan, February 24, 2021. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-italy-prosecutors-riders-idUSKBN2AO2FG>>. Acesso em 22 de jun. 2021.

⁴⁶ DECRETO-LEGGE 3 settembre 2019, n. 101. Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali. (19G00109). Entrata in vigore del provvedimento: 05/09/2019

Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 2 novembre 2019, n. 128 (in G.U. 02/11/2019, n. 257). (Ultimo aggiornamento all'atto pubblicato il 31/12/2020). Disponível em:

<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2019-09-04&atto.codiceRedazionale=19G00109&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo=10&qId=5142234a-c6a9-45f5-a0a2-648e99461557&tabID=0.3226784139346195&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em 22 de jun. 2021.

ser considerados parassubordinados, com benefícios e proteções, a exemplo, de salário-mínimo, da previdência social e da licença médica.

Enquanto no Brasil a uberização é considerada modalidade de contratação por prestação de serviços em meio a crise de saúde pública internacional, a justiça italiana reconheceu a relação empregatícia entre motoristas de entrega e as plataformas por aplicativos, além disso, determinou a adequação formalização dos contratos, com remuneração fixa e todos os benefícios inerentes ao vínculo.

4. A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA DE CORONAVÍRUS NO BRASIL E NA ITÁLIA

As mudanças ocorridas nas legislações trabalhistas brasileira e italiana durante a crise epidemiológica do COVID-19 possibilitam a análise do alcance da proteção de bens jurídicos fundamentais mínimos capazes de proporcionar o exercício de liberdades aos trabalhadores em face das transformações das relações trabalhistas no desenvolvimento da revolução digital.

Inegáveis as consequências na geopolítica global dotadas de imprevisibilidade, que exige do modo de produção capitalista sua reorganização, face a multiplicidade de demandas em meio à crise pandêmica. As alterações nas legislações trabalhistas, flexibilizações e desregulamentações ocorridas nos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, favoreceram o crescimento de uma nova classe social nos países: o precariado. São vários indivíduos que passam a integrar essa categoria, desde imigrantes, portadores de vínculos de curta duração e, principalmente, trabalhadores desprovidos de garantias mínimas de proteção empregatícia.

Com a pandemia de coronavírus, as oportunidades de renda e salário se reduziram drasticamente no Brasil, sobretudo porque o desemprego avançou⁴⁷ e

⁴⁷ ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. Desemprego sobe para 14,7% no 1º trimestre e atinge recorde de 14,8 milhões de brasileiros. É a maior taxa e o maior contingente de desocupados já registrado pela série histórica do IBGE, iniciada em 2012. Número de subutilizados chegou a 33,2 milhões e também atingiu nova máxima. Os chamados 'desalentados', que não são computados no número de desempregados, somaram 6 milhões. G1, 27 de mai. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/05/27/desemprego-atinge-147percent-no-1o-trimestre-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em 19 jun. 2021.

a concentração de renda aumentou consideravelmente⁴⁸. Além disso, as garantias de emprego foram fragilizadas, principalmente com a ausência de reconhecimento do vínculo de emprego dos trabalhadores com plataformas de aplicativo, em desacordo com tendências mundiais que asseguram direitos sociais na uberização do trabalho. As possibilidades de manutenção no emprego são cada vez mais reduzidas, tendo nas normas de saúde e segurança do trabalho limitações severas.

Os prejuízos aos trabalhadores se acentuaram com as novas formas de relações trabalhistas caracterizadas pelos vínculos de curta⁴⁹ duração, sem garantia de uma renda mínima básica existencial, como no trabalho intermitente sem contraprestação garantida na Reforma Trabalhista brasileira.

Embora a crise pandêmica tenha atingido gravemente a Itália desde o início, a projeção de desemprego⁵⁰ é bem menor quando comparada com o Brasil. Além disso, a continuidade das medidas econômicas adotadas pelo governo

⁴⁸ Trisotto, Fernanda. Pandemia ampliou desigualdades de renda e diminuiu indicador de felicidade no Brasil. Análise da FGV Social aponta para salto da desigualdade social no país no ano da pandemia, com impactos mais fortes na diminuição de renda e bem-estar na população mais pobre. O Globo, 14 de jun. 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/pandemia-ampliou-desigualdades-de-renda-diminuiu-indicador-de-felicidade-no-brasil-25060563>>. Acesso em 19 de jun. 2021.

⁴⁹ “(...) o ingrediente crucial da mudança múltipla é a nova mentalidade de “curto prazo”, que substituiu a de “longo prazo”. Casamentos “até a morte nos separe” estão decididamente fora de moda e se tornaram uma raridade: os parceiros não esperam mais viver muito tempo juntos. De acordo com o último cálculo, um jovem americano de nível médio de educação espera mudar de emprego 11 vezes durante sua vida de trabalho – e o ritmo e frequência da mudança deverão continuar crescendo antes que a vida de trabalho dessa geração acabe. “Flexibilidade” é o slogan do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do “emprego como o conhecemos”, anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas “até nova ordem”. A vida de trabalho está saturada de incertezas”. (BAUMAN, 2001, p. 169).

⁵⁰ ALVARENGA, Darlan. Brasil deve ter a 14ª maior taxa de desemprego do mundo em 2021, aponta ranking com 100 países. Em 2020, país ficou na 22ª colocação. Levantamento da Austin Rating, a partir das projeções do último relatório do FMI, aponta que desemprego no Brasil deve subir para 14,5% neste ano, ultrapassando a taxa de países como Colômbia e Peru. G1, 11 de abril de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/11/brasil-deve-ter-a-14a-maior-taxa-de-desemprego-do-mundo-em-2021-aponta-ranking-com-100-paises.ghtml>>. Acesso em 22 de jun. 2021.

italiano contribuiu para reduzir os prejuízos do período, mesmo com aumento do índice de pobreza⁵¹.

As transformações das relações de trabalho durante a pandemia de coronavírus e o incremento do exercício de atividades por meio de plataformas de aplicativos representam uma realidade comum no Brasil e na Itália. Em meio a pandemia cresce uma nova categoria social denominada “precariado” desprovida de garantias mínimas em substituição ao modelo constitucional brasileiro de 1988 centralizado na cidadania assalariada, ou seja, no vínculo formal de emprego.

Enquanto no Brasil, os tribunais superiores afastam o reconhecimento de vínculo empregatício entre trabalhadores que exercem atividade por plataformas de aplicativos, na Itália, embora com legislação própria que previa autonomia, a Corte de Cassação aplicou a disciplina do trabalho subordinado e estabeleceu que se trata de empregados e não trabalhadores autônomos.

Da análise comparada, a Itália caminhou no sentido de regulamentar as relações dos trabalhadores por plataformas de aplicativos. Mas, no Brasil, inexistente normatização específica e as decisões dos tribunais superiores consideram relação de prestação de serviços autônomo.

O tratamento conferido pelos países aos trabalhadores durante o enfrentamento da pandemia de coronavírus possibilita eleger o alcance dos bens jurídicos fundamentais protegidos nos ordenamentos jurídicos dos países em análise.

Segundo Roxin, o conceito de bens jurídicos é “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. (2013, p. 18-19). E acrescenta: “Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem defini-

⁵¹ Torna a crescere la povertà assoluta Nel 2020, sono in condizione di povertà assoluta poco più di due milioni di famiglie (7,7% del totale da 6,4% del 2019) e oltre 5,6 milioni di individui (9,4% da 7,7%). Dopo il miglioramento del 2019, nell'anno della pandemia la povertà assoluta aumenta raggiungendo il livello più elevato dal 2005 (inizio delle serie storiche). Per quanto riguarda la povertà relativa, le famiglie sotto la soglia sono poco più di 2,6 milioni (10,1%, da 11,4% del 2019). (Istituto Nazionale di Statistica. Comunicato stampa. Le statistiche dell'Istat sulla povertà. Disponibile em: <<https://www.istat.it/it/archivio/258632>>. Acesso em 22 de jun. 2021).

tivamente ao cidadão do Estado em particular”. (2013, p. 19). Portanto, o conceito de bens jurídicos é dinâmico e está intimamente relacionado com o exercício das liberdades individuais e com a garantia de direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico de um país, cujos destinatários são os cidadãos inseridos naquela comunidade política.

A garantia de uma vida com segurança e liberdade não se resume a perspectiva de valor monetário percebido. Esse aspecto instrumental de liberdade é duplamente reducionista, pois “a utilidade é apenas uma de tantas interpretações do bem individual e negligencia toda e qualquer informação sobre as condições que constituem a vida que alguém leva” (SEN, 2001, p. 14), e “as oportunidades não são limitadas apenas por seu conjunto orçamentário e outros fatores de riqueza ou renda. Existem circunstâncias individuais e sociais cujas variações afetam substancialmente a conversão de características de bens e serviços que uma pessoa dispõe para realizar coisas que considera valiosas”. (SEN, 2001, p. 15).

A perspectiva de renda é insuficiente para avaliar a qualidade de vida de uma pessoa se observada isoladamente. Inclusive, a relação entre liberdade e desenvolvimento⁵² não é encontrada simplesmente na busca tradicional de bem estar ligado ao domínio de bens e serviços.

Ou seja, reforçar as condições de autonomia que supere a perspectiva reducionista de igualdade formal insuscetível condição para assegurar liberdade. Amartya Sen adverte que, historicamente, “(...) toda teoria normativa do ordenamento social que tenha afinal resistido ao teste do tempo parece exigir a igualdade de algo”. (SEN, 2001, p. 43), ou seja, a igualdade é buscada sob a perspectiva de algum parâmetro, algum espaço. É exatamente o que deve ser igualado em cada momento histórico nos circuitos inferior e superior, nos locais de vida, capazes de relacionar desenvolvimento e liberdade.

Ao recuperar as promessas da modernidade com a Revolução Francesa, Wallerstein, propõe uma relação direta e simbiótica entre liberdade e igualdade:

El eslogan de la Revolución Francesa nos resulta muy familiar a todos. Parece hacer referencia a tres fenómenos diferentes, cada uno de ellos situado en tres ámbitos en los que acostumbramos a dividir nuestro análisis social: libertad en el terreno político, igualdad en el terreno económico y

⁵² “(...) o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”. (SEN, 2000, p. 29).

fraternidad en el terreno sociocultural. Y nos hemos acostumbrado asimismo a discutir su importancia relativa, en particular entre la libertad y la igualdad. La antinomia entre libertad e igualdad me parece absurda. De veras que yo mismo no alcanzo a entender cómo puede uno ser "libre" si existe la desigualdad, puesto que quienes tienen más siempre disponen de opciones que no están al alcance de quienes tienen menos, y por consiguiente estos últimos son menos libres. De manera análoga, tampoco alcanzo a comprender cómo puede haber igualdad sin libertad, dado que en ausencia de libertad algunos gozan de mayor poder político que otros, y de ello se desprende que hay desigualdad. No trato de proponer un juego de palabras, sino un mero rechazo de la distinción. Libertad e igualdad forman un único concepto. (WALLERSTEIN, 2007, p. 116).

É a possibilidade de as pessoas realizarem seus objetivos de acordo com oportunidade reais relacionadas ao bem-estar na construção de vida boa, nas escolhas genuínas em que ninguém seja obrigado a viver de forma predeterminada, a partir da dimensão espacial do desenvolvimento econômico que considere a centralidade da proteção de bens jurídicos fundamentais.

Trata-se de abordagem extremamente importante para o paradigma de Estado Democrático de Direito sob a perspectiva de igualdade, o desenvolvimento e a liberdade. Para além do debate de uma igualdade formal ou substancial, existe a inclusão no conceito de igualdade as capacidades pessoais e circunstanciais de cada indivíduo como condição de aferição para o exercício de liberdades em situação de paridade, pois “ter uma renda inadequada não é uma questão de ter um nível de renda abaixo de uma linha de pobreza fixada externamente, mas de ter uma renda abaixo do que é adequado para gerar os níveis especificados de capacidades para a pessoa em questão”. (SEN, 2001, p. 174), e os “recursos são importantes para a liberdade, e a renda é crucial para evitar a pobreza. Mas se nosso interesse diz respeito, em última instância, à liberdade, não podemos – dada a diversidade humana – tratar os recursos e a liberdade como sendo a mesma coisa”. (SEN, 2001, p. 175).

As transformações no mundo do trabalho, principalmente com as novas formas de exercício das atividades laborativas por meio de plataformas algorítmicas por aplicativos saturadas em tempos de crise sanitária global, favorecem condições de labor extremamente precarizadas. As deficiências são desde a remuneração, instalações sanitárias e proteção previdenciária.

Considerando a ausência de regramento normativo no Brasil, o trabalho por plataformas de aplicativo não proporciona uma renda mínima fixada previamente de forma estável, logo, não há garantia de renda fixa básica mínima mensal.

A revolução digital ou 4.0 é uma das consequências das transformações tecnológicas que influenciam com grande intensidade nas relações de trabalho. No entanto, não representa, por si só, melhoria nas condições de vida dos trabalhadores. Por isso, desenvolvimento tecnológico não significa, automaticamente, mais liberdade ou igualdade aos trabalhadores.

A ausência de uma remuneração básica mensal fixa dificulta a sobrevivência e proporciona, muitas vezes, incapacidades de exercício de liberdades mínimas de vida. Em um cenário de privação de renda pode gerar outras restrições consequenciais, pois “a privação relativa no espaço de rendas pode produzir privação absoluta no espaço das capacidades”. (SEN, 2001, p. 179). A exemplo da experiência vivida com Kader Mia, um trabalhador diarista muçulmano, esfaqueado após sair de casa para trabalhar em uma comunidade conflagrada por conflitos entre etnias, tendo a privação da liberdade econômica como causa primária de assassinato, diante da necessidade de adquirir renda para sobrevivência familiar:

“(…) a privação da liberdade econômica, na forma da pobreza extrema, pode tornar a pessoa mais presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade. Kader Mia não precisaria ter entrado em uma área hostil em busca de uns míseros trocados naquela época terrível se sua família tivesse condições de sobreviver de outra forma. A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”. (SEN, 2000, p. 23).

Diante das privações, não é papel do estado a manutenção do *status quo* e nem da legitimação das desigualdades⁵³, principalmente em países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, que convive ainda hoje com trabalhos degradantes:

Contudo, embora o combate efetivo e a libertação dos trabalhadores sejam primordiais e urgentes, a mera garantia da liberdade do sujeito não extingue o seu contexto de miserabilidade. Em verdade, ao encontrar-se livre da situação de trabalho degradante, o trabalhador se vê no mesmo desalento e condição que o possibilitou ser aliciado. Portanto, surge o fenô-

⁵³ O Estado contemporâneo, em suma, deve mediatizar os conflitos entre capital e trabalho – e isso tanto em termos de estabilização do processo de acumulação capitalista, evitando-se crises permanentes do sistema e garantindo que o processo de produção e de acumulação da riqueza aconteça num crescendo, sem sobressaltos graves (...). (DANNER, 2014, p. 575).

meno da reincidência do trabalhador à exploração. No contexto da pandemia enfrentada pelo mundo em 2020, o Brasil inaugura índices preocupantes no tocante ao combate ao trabalho escravo. Aumento do desemprego, aumento da fome e da extrema vulnerabilidade social coloca mais trabalhadores em situação propícia ao aliciamento e exploração. Em sentido igualmente preocupante, o Grupo de Fiscalização está sem fazer fiscalização das denúncias de trabalho escravo contemporâneo. (MORAES; CHAI; 2020, p. 77).

Todas as vezes que há omissão de intervenção estatal na proteção do bem jurídico, legitima-se o *status quo* e inviabiliza o exercício de um direito fundamental, pois não se garante o exercício de liberdades por parte dos trabalhadores, como ocorre no Brasil na ausência de normatização em plataformas por aplicativos, por exemplo.

A garantia do exercício de liberdades nas relações trabalhistas somente é assegurada com a proteção dos bens jurídicos fundamentais trabalhistas, não sendo prioridade no Brasil para os poderes legislativo, executivo e judiciário, face a inexistência de condições de segurança e liberdade, principalmente quanto aos trabalhadores que exercem atividade em plataformas por aplicativos.

Em tempos de pandemia mundial, o crescimento econômico não garantiu, necessariamente, mais liberdade e igualdade aos trabalhadores e nem impediu a proliferação de crises, sejam elas econômica ou sanitária. Também não significou melhoria das condições de vida, a ponto de se conviver com a automação e a substituição do trabalho humano por plataformas.

Durante a crise sanitária de COVID-19, em meio a reestruturação do capitalismo financeiro, transfere-se riscos e incertezas aos trabalhadores, tendo clara a deficiência de atuação do Estado brasileiro na proteção de bens jurídicos fundamentais sob a perspectiva Roxiana, afinal, a rede de segurança social se mostrou limitada, principalmente nas garantias trabalhistas violadas.

5. CONCLUSÃO

As transformações das relações de trabalho foram diretamente impactadas pela reestruturação do capitalismo produtivo, principalmente na era do desenvolvimento da tecnologia digital no cenário brasileiro e italiano.

Os impactos no mercado de trabalho se intensificaram com as reformas legislativas neoliberais caracterizadas por vínculos temporários, longas jornadas

de trabalho, redução protetiva regulamentadora e diminuição das garantias trabalhistas com a emergência de uma nova classe social denominada precariado.

Com a declaração de emergência mundial em saúde decorrente da pandemia de coronavírus, as medidas desregulamentadoras foram ativadas de forma mais intensa na tentativa de reduzir os impactos da crise pandêmica na economia e no mercado de trabalho.

Diante da diminuição dos empregos formais resultado das políticas neoliberais macroeconômicas de desregulamentação, intensificada pela crise sanitária mundial, ocorre aumento significativo do exercício de atividades por meio de plataformas de aplicativos em busca de renda básica de sobrevivência, como realidade comum no Brasil e na Itália.

Os trabalhadores de plataformas por aplicativos não encontram reconhecimento de vínculo empregatício e não dispõem de regramento trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerados prestadores de serviços autônomos de natureza civilista. Já a Corte Suprema da Itália reconheceu vantagens trabalhistas aos trabalhadores com direito a salário-mínimo, previdência social e licença médica.

No Brasil, as reformas legislativas afastaram os sindicatos representativos das negociações em tempos de pandemia sanitária, já o governo italiano privilegiou a participação das entidades sindicais com a formalização de acordo na tentativa de controle da proliferação do COVID-19 nos locais de trabalho e a consequente proteção dos trabalhadores.

Constata-se que as medidas implementadas pelo governo italiano se caracterizaram pelo alcance da rede de segurança social para trabalhadores formais e informais, proibição de despedidas dos trabalhadores na fase de emergência por motivos econômicos, reconhecimento de direitos expressos aos trabalhadores por plataformas de aplicativos e participação dos sindicatos nas negociações e proteção das categorias representadas, em plena consonância com o art. 38⁵⁴ da Constituição italiana.

⁵⁴ Art. 38. Todos os cidadãos, impossibilitados de trabalhar e desprovidos dos recursos necessários para viver, têm direito ao próprio sustento e à assistência social. Os trabalhadores têm direito a que sejam previstos e assegurados meios adequados às suas exigências de vida em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário. Os incapacitados e os deficientes têm direito à educação e ao encaminhamento profissional. Às tarefas previstas neste artigo proveem órgãos e instituições predispostos ou integrados

Tradicionalmente, os parâmetros econômicos são avaliados pela renda das pessoas, ou seja, o domínio sobre bens e serviços e, com isso, o nível de renda condiciona o tamanho do exercício das liberdades pela extensão do conjunto de oportunidades representadas por bens e serviços (Cf. SEN, 2001, p.14).

Todavia, em tempos de pandemia sanitária, o acesso a renda, por si só, revelou-se um desafio constante para a classe trabalhadora, sobretudo quando as relações trabalhistas são precarizadas na forma de contratos temporários, na forma de contratação de autônomos ou intermitentes sem remuneração fixa, no privilégio a negociação individual em detrimento a participação sindical na garantia de procedimentos protetivos. A adoção dessas medidas revela que os bens jurídicos selecionados não foram capazes de proporcionar uma vida segura e livre que pudesse garantir aos trabalhadores os direitos fundamentais mínimos de uma sociedade.

Cabe por fim anotar que dentre as consequências pandêmicas, na intersecção trabalho/educação, os impactos sentidos na relação ensino-aprendizagem, emergem sintomaticamente aos alunos da rede educacional pública, notadamente das cidades periféricas, bem como das periferias das grandes cidades, por suas atuais vulnerabilidades sociais, a descontinuidade do processo de aprendizagem, cuja repercussão, histórica, no processo de ingresso no mercado de trabalho agravará as desigualdades.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. Coordenador. Trabalho 4.0. São Paulo: Almedina, 2020.

AVELÃS NUNES, António José. O capitalismo e suas máscaras. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar: 2001.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

pelo Estado. A assistência privada é livre. (Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 21 de jun. 2021).

CHAI, Cassius Guimarães; SOUSA, Maria do Socorro Almeida de. (Org.). **MEDIAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS INDISPONÍVEIS: Trabalho, Saúde, Educação e Meio Ambiente** **MEDIATION AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: Labor, Health, Education and Environment**. 1. ed. São Luís: IIAMA/Jornal da Justiça/Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2015. v. 9. 364p.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.02.2021.

BRASIL. Medida Provisória nº. 927, DE 22 DE MARÇO DE 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº. 936, DE 01 DE abril DE 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº. 1045, de 27 de abril de 2021. Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº. 1046, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm>. Acesso em 20 de jun. 2021.

CARELLI, Rodrigo. Coronavírus e a regulação do trabalho: a urgência, o risco e a oportunidade. Blog do Rodrigo Carelli. Disponível em<<https://rodrigocarelli.org/2020/03/21/coronavirus-e-a-regulacao-do-trabalho-a-urgencia-o-risco-e-a-oportunidade/>>. Acesso em 22.3.2020.

COSTITUZIONE ITALIANA, EDIZIONE IN LINGUA PORTOGHESE.

Disponível em:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 21 de jun. 2021.

DANNER, Leno Francisco. Habermas e a ideia de continuidade reflexiva do projeto de Estado de bem-estar social. *Análise Social*, 212, XLIX (3º), 2014, p. 568-597.

DE STEFANO, V., DURRI, I., STYLOGIANNIS, C., WOUTERS, M. 2021. Platform work and the employment relation-ship, ILO Working Paper 27 (Geneva, ILO).

GAIA, Fausto Siqueira. Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Tradução: Paulo Geiger. 1 edição: Companhia das Letras, 2018.

Instituto Nazionale di Statistica. Comunicato Stampa. IL MERCATO DEL LAVORO. Disponível em: <<https://www.istat.it/it/archivio/258485>>. Acesso em 22 de jun. 2021).

MARCELINO, Fernando. Coronavírus e a nova geopolítica global. Curitiba: Mimesis, 2020.

MARTINS, Flávio. Direitos sociais em tempos de crise econômica. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEIRELLES, Davi Furtado. Negociação coletiva em tempos de crise. São Paulo: LTr, 2018.

MORAES, Vitor Hugo Souza; CHAI, Cássius Guimarães. PANDEMIA E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: repensando a reinserção do trabalhador resgatado a partir de uma política emancipatória. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, v. 6, p. 76-96, 2020.

MOREIRA, Luiz. A constituição como simulacro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

OIT. As normas da OIT e a COVID-19 (coronavírus). Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf>. Acesso em 01.02.2021.

Organizzazione Internazionale del Lavoro. Scheda curata da ADAPT in collaborazione con l'Ufficio per l'Italia e San Marino dell'Organizzazione internazionale del lavoro. Disponível em:

<https://www.ilo.org/rome/approfondimenti/WCMS_741781/lang-it/index.htm>. Acesso em 21 de jun. 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, enero de 2021. Proteger la vida y la salud de los trabajadores durante la pandemia de COVID-19: Panorama general de las respuestas nacionales en materia legislativas y de política. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_769753.pdf>. Acesso em 21 de jun. 2021.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. In. Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. Org. Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. “A ascensão neoliberal e a desconstrução dos direitos fundamentais trabalhistas”. 2017. 280 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Disponível em: (<<http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/marcelo-tolomei-teixeira.pdf>>) acesso em 23.04.2020.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal, 2013.

RUBIO, David Sánchez. Elementos preliminares para uma análise crítica do poder constituinte. Revista Jurídica (FURB). ISSN 1982-4858, v. 24, n.º. 54, mai./ago. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Gerlis/AppData/Local/Temp/9327-33242-1-PB-2.pdf. Acesso em 30.01.2021.

SEN, Amartya Kumar. Desigualdade reexaminada. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Tradução: Cristina Antunes. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

WALLERSTEIN, Immanuel. Geopolítica y Geocultura: ensayos sobre el moderno sistema mundial. Traducción: Eugenia Vázquez Nacarino. Kairós: Barcelona, 2007.

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA

Gilvan Luiz Hansen

Universidade Federal Fluminense - UFF
Vinculado ao grupo de pesquisa Cidadania, Direito e democracia
gilvanluizhansen@id.uff.br

Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Doutoranda em Direito (PPGDIN/
UFF), Niterói, Brasil
Vinculada ao grupo de pesquisa Cidadania, Direito e democracia
fernandafranklin@id.uff.br

Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes

Doutoranda em Direito (PPGDIN/ UFF),
Niterói, Brasil
Vinculada ao grupo de pesquisa Cidadania, Direito e democracia
rosanadvogada@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

As práticas escravagistas, apesar de existirem desde o início da civilização humana, ainda se mantêm na atualidade, mesmo diante sua ilegalidade e das situações bastantes primitivas em que são submetidos seres humanos.

O trabalho escravo contemporâneo diferencia-se das demais práticas escravagistas pelas formas e condições normativo-jurídicas das condições de liberdade as quais estão compreendidas, mas não deixam de se manter como uma forma extrema de exploração, nunca tendo sido de fato eliminada, apenas se reestruturando e adaptando.

No Brasil, apesar da escravidão clássica ter sido extinta com a Lei Áurea em 1888, a transição para uma verdadeira libertação nunca foi verdadeiramente alcançada, mesmo diante da consolidação do Estado Constitucional Democrático e da consagração dos direitos fundamentais por meio da Constituição Federal, sendo o trabalho degradante e abusivo uma infeliz realidade cujas raízes afetam as estruturas das relações sociais e do trabalho.

Diante deste cenário, marcado de um lado pela democratização, cidadania e justiça social, institucionalmente defendidos e do outro por extremas desigualdades sociais e econômicas, efetivamente e estruturalmente estabelecidos,

faz-se necessária a criação de instrumentos que garantam a concretização dos direitos mínimos instituídos, possibilitando verdadeiro acesso à justiça.

Desta feita, a presente pesquisa objetiva analisar a necessidade da criação de todo um sistema de justiça especializada, integrado por delegacias, varas e mecanismos legais especializados para o amparo e enfrentamento à exploração do trabalho escravo no Brasil. Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa cujo método será o hermenêutico-analítico, tendo como fundamento as proposições de Habermas e de Kant na busca dos parâmetros ético-morais de responsabilidade do discurso. Ao final, entendeu-se pela necessidade da criação de um sistema especializado que proporciona dignidade e verdadeiro acesso à justiça.

2. O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO SOB O ASPECTO ECONÔMICO, SOCIAL E MORAL

O trabalho escravo, apesar de ser uma prática utilizada desde o início das civilizações (SILVA, 2009, p. 16-18), ainda assim persiste na contemporaneidade, mesmo diante sua ilegalidade e de seu combate pelas legislações atuais, sucumbindo a dignidade da pessoa humana e afrontando o desenvolvimento econômico e sustentável.

A escravização nunca deixou existir, apenas foi se reestruturando e amoldando às condições que o mercado e as legislações lhes iam impondo, diferenciando-se da escravização moderna devido a disposição em que a restrição da liberdade se apresenta, mas, mantendo-se enquanto uma extremada forma de exploração moral, social e econômica, subjugando o trabalhador e sua dignidade por diversas formas.

A dignidade humana para os Estados Democráticos é um bem jurídico de extrema relevância, devendo ser entendido como a verdadeira razão e fundamento da existência do direito. Segundo Kant, dignidade é o valor maior que o ser humano pode ter, sendo o que diferencia o homem e sua racionalidade de outras criaturas:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2003, p. 77).

Lecionando ainda Kant que:

[...]aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade (KANT, 2003, p. 77).

Nesta vertente, segundo a concepção kantiana, só existe uma condição capaz de fazer um fim em si mesmo: a moralidade, pois, só nela é possível ser legislador no reino dos fins: "[...] a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade." (KANT, 2003, p. 77-78).

Desta forma, o homem é uma existência com valor absoluto e não está sujeito à materialização, porque é o portador da moralidade e portanto imprescindível a autonomia da vontade, que constitui o princípio supremo da moralidade, habilitando as pessoas a obedecerem às leis morais livremente por meio da razão. Portanto, o respeito pela natureza humana existe primeiro na própria razão, pois seja qual for a lei e / ou as normas religiosas, a existência da razão já tem princípios em sua legislação moral. Assim, é certo que a liberdade, a razão e a moralidade constituem a base da dignidade humana e, portanto, contrário a qualquer anulação da autonomia da vontade.

Nesta vertente, apesar do ordenamento jurídico brasileiro trazer como fundamento a dignidade da pessoa humana e como princípios basilares a igualdade e a liberdade na própria Constituição Federal, o problema da escravização contemporânea e seu combate são questões bastantes complexas, vez que, conforme SILVA (2008), está enraizado no processo de formação da sociedade brasileira, sendo uma questão que vai para além das relações raciais, tratando-se também de um fator da constituição social do trabalho (CARDOSO, 2008), considerando-se como a base produtiva na acumulação do capitalismo mercantil no Estado Brasileiro, forjada pelo sangue e suor dos escravos, numa verdadeira “dialética escravo e senhor no curso da história do mundo moderno” (IANNI, 2004).

[...] a história do mundo moderno é também a história da questão racial, um dos dilemas da modernidade. Ao lado de outros dilemas, também fundamentais, como as guerras religiosas, as desigualdades masculino-feminino, o contraponto natureza e sociedade e as contradições de classes sociais, a questão racial revela-se um desafio permanente, tanto no limite, a questão racial, em todas as suas implicações sociais, políticas, econômicas, culturais, ideológicas, pode ser vista como uma expressão e um desenvolvimento fundamentais do que tem sido a dialética escravo e senhor no curso da história do mundo moderno. A dialética do escravo e do senhor

pode ser tomada como uma das mais importantes alegorias do mundo moderno, fundamental na filosofia, nas ciências sociais e nas artes (IANNI, 2004, p. 21-30)

O modelo de produção no Brasil no período da colonização seguiu os da monarquia agrária das Capitânicas Hereditárias possuindo como objetivo essencial o abastecimento do mercado externo por meio da monocultura, que exportava todo o produto produzido. Desta feita, não existia qualquer importância no desenvolvimento interno de mercado e, por isso, menos ainda necessidade de trabalhadores bem remunerados para fomentar o consumo (GREMAUD, 1997).

Para gerar uma produção exportável, com trabalho livre e terras abundantes, seria necessário o pagamento de salários muito elevados (para atrair o trabalhador diante da alternativa de se tornar um pequeno produtor independente), o que, por sua vez, limitaria o excedente a ser transferido para a metrópole. Daí a necessidade de formas de trabalho compulsório para atender ao próprio sentido da colonização – promover a acumulação primitiva (GREMAUD, 1997, p. 17).

Tal perspectiva, derivada da relação entre escravos e senhores, apoiou o modelo escravagista que se cumpriu no Brasil, incentivando a imobilização das estruturas de trabalho e formação social. Segundo Gorender a particularidade com que se formou as relações de trabalho no Brasil por meio da escravidão, traduziu a natureza do modo de produção dominante, se tornando a base de uma nova formação social na história (GORENDER, 1985). Desta feita, a estrutura econômica do Brasil é baseada na escravidão colonial, traduzindo-se, portanto, nas principais evidências de que a escravidão é uma fonte potencial de problemas nas raízes sociais no Brasil.

Para Gorender, nas estruturas de formação da sociedade e das relações de trabalho no Brasil, diferentemente do sistema feudal, “[...] a função econômica não é a propriedade da terra [...], mas a propriedade dos escravos” (GORENDER, 1985). Essa lógica acabou por seguir a raiz da industrialização no Brasil, que não é a adaptação do método de produção da manufatura à máquina, mas a adaptação da máquina ao trabalho escravo, que deu origem ao chamado método colonial de produção escravista com refinamento industrial (GORENDER, 1985).

Esta lógica seguiu as relações sociais no Brasil até os dias atuais, mesmo aquém da legalidade, subjulgando o trabalhador e se mantendo por meio da extrema exploração da classe dominante no País. Assim, a escravidão é bem descrita

como a fonte potencial de problemas sociais na formação da sociedade e das relações de trabalho no Brasil, inclusive no que se refere as relações entre o Estado, lei e sociedade.

Desta feita, o enfrentamento de tais problemas possuem grande complexidade, vez que todas as mudanças sociais, especialmente as transformações que estão estabelecidas em estruturas já solidificadas na sociedade, são processos que demandam tempo e diálogos constantes nos espaços públicos e nas arenas políticas, exigindo do Estado uma postura mais ativa, porque apenas a legislação não possui o condão de “derreter” essas estruturas tão bem estabelecidas na sociedade.

3. TRABALHO ESCRAVO E ACESSO À JUSTIÇA

Na contemporaneidade, o trabalho escravo assume várias formas, desde as mais clássicas de restrição de liberdade, como as que ocorrem em áreas rurais e nos sistemas de carvoarias; até formas mais silenciosas, como nos porões de fábricas, nas indústrias e nos edifícios civis em grandes capitais e áreas industriais.

Apesar de toda a gama legislativa posta à disposição da proteção dos indivíduos no Brasil, possuindo como base constitucional a dignidade da pessoa humana, bem como a primazia do princípio da igualdade e de todo o complexo rol dos direitos sociais, também estampados na magna carta, individualmente, o cidadão trabalhador dificilmente consegue se proteger do poder do capital, agravando-se ainda mais tal situação, quando se trata de um indivíduo hipervulnerável, como o trabalhador escravo, destacado por Correia como “as limitações que a abordagem legal das relações individuais é capaz de construir” (CORREIA, 2010, p. 151).

No plano internacional, diversos organismos e documentos buscam integrar e pressionar o maior número de países do globo a cumprirem e efetivarem os direitos humanos, porém, trata-se de apenas uma das etapas em que tais direitos são verdadeiramente aplicáveis (VIEIRA, 1999).

A grande luta, na verdade, está na implementação dos dispositivos legais no mundo fenomênico, especialmente na efetivação dos direitos sociais, individualmente e coletivamente considerados, diante a gigantesca e brutal força do capital.

Tal batalha requer uma atuação mais ativa de órgãos fiscalizadores, como Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público, e o setor público, bem como da participação das organizações não governamentais e de toda a sociedade, vez que essa espécie de subjugação, além de desastrosa para as relações humanas, também o são sob o ponto de vista da economia política mundial, especialmente para os teóricos keynesianos, que sustentam suas ideias na intervenção estatal da economia na busca do pleno emprego⁵⁵, posto que, o crescimento da demanda, alcançado pela boa renda e qualidade de vida, em paridade com a capacidade produtiva, sem excesso, é suficiente para garantir o pleno emprego, mantendo o mercado sustentável. (ÁLVARES; ARAKAKI, *et. al*, 2021).

Desta forma, apesar dos esforços legislativos, tanto no plano interno, quanto internacional, as ações de combate ao trabalho escravo estão sendo insuficientes para pôr termo a esse tipo de exploração individualmente considerada no plano fático, exigindo implementação de recursos humanos e técnicos em prol da extinção dessa triste realidade, como a necessária tutela individualmente e coletivamente consideradas na proteção desses trabalhadores hipervulneráveis, que possuem apenas mão de obra na cadeia produtiva, longe dos métodos de produção e do controle sobre os produtos e do poderio econômico que essas relações possuem.

Assim, o problema da prática escravista que ainda persiste até a contemporaneidade, parece residir na validade e efetividade dos direitos já garantidos aos cidadãos, se não houver forma de recorrer verdadeiramente à justiça. Não basta proporcionar aos cidadãos a abertura de portas para dar o acesso ao judiciário, mas é necessário permitir e garantir que a justiça seja realmente eficaz, concedendo verdadeiro acesso à justiça, inclusive com os devidos apoios psicológicos e assistenciais às vítimas resgatadas.

Nesse sentido, se faz necessário medidas que possibilitem maior acesso à justiça dessas pessoas hipervulneráveis, dentre elas investimento para aumentar e equipar o sistema de proteção ao trabalhador no próprio poder judiciário.

Segundo CAPPELLETTI e BRYANT GARTH:

A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver

⁵⁵ As teorias keynesianas influenciaram na renovação das teorias clássicas e na reformulação da política de livre mercado.

seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988. p. 8).

Nesse mesmo sentido, BEDAQUE (2007) sustenta que:

[...] processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo (BEDAQUE, 2007. p. 49-50).

Para Barroso validade significa “a realização do direito, a manifestação concreta de sua função social”. Representa o direito à concretização das normas no mundo factual e simboliza a aproximação o mais possível entre as normas e a existência da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 82).

Desta forma, não basta a possibilidade de recorrer-se à justiça, que deve ser rápida e imparcial no conteúdo da decisão, mas, deve haver efetividade da justiça e das normas, em tempo hábil. Assim, a efetividade e validade são consideradas duas faces de uma mesma moeda, de suma importância na proteção jurisdicional desses trabalhadores, aproximando as obrigações normativas da realidade.

4. NORMATIVIDADE, MOTIVAÇÃO E RESPONSABILIDADE DA AÇÃO EM UMA JUSTIÇA ESPECIALIZADA COMO FORMA DE ENFRENTAMENTO AO TRABALHO ESCRAVO

O processo de abolição da escravatura no Brasil aconteceu de modo gradual. Ele se inicia com a Lei Eusébio de Queirós de 1850, passa pelas Leis do Ventre Livre de 1871, dos Sexagenários de 1885, para culminar na Lei Áurea em 1888. No ordenamento jurídico contemporâneo, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLVII, veda, de forma absoluta, a pena de trabalhos forçados e ainda prevê a expropriação sancionatória em caso de constatação de trabalho escravo. Não obstante, como meio de combater a escravização, há, ainda, mecanismos internacionais, como a Convenção nº. 29 da OIT sobre o trabalho forçado; a Convenção nº. 105 da OIT – abolição do trabalho forçado. Todos esses instrumentos delineiam as políticas internas para combater o trabalho escravo.

Contudo, no mundo fenomênico, conforme já mencionado, a prática escravagista é ainda uma realidade, sendo muito comum notícias veiculadas nas mídias sociais denunciando episódios de trabalhadores submetidos às condições análogas de escravo, o que demonstra a necessidade desenvolvimentos de políticas públicas específicas e concentrações de esforços políticos, que dêem robustez a normatividade do direito.

Desta forma, se essa prática ilícita não cessa, o Estado tem por obrigação constitucional e legal, criar agendas e promover debates públicos, para a elaboração e concretização de políticas públicas de forma garantir os direitos dos trabalhadores.

Utilizando ideias apresentadas por Habermas, em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, (2003b), a esfera pública é o espaço com natural vocação para discussão de questões relevantes socialmente:

[...] a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensar em opiniões públicas enfeixadas em temas (HABERMAS, 2003b, p. 92).

Assim, a esfera pública tem a vocação para formar a opinião pública, acerca dos temas debatidos, para então exercer sobre o sistema político e jurídico a pressão necessária para tomada de decisões a respeito das questões que foram problematizadas, isso ocorre a partir de exposição de opiniões individuais construída por argumentos racionais, informações e debate ampliado, surgindo um consenso, uma opinião pública. Segundo Habermas:

Se uma lei é pública e que determina a todos o que juridicamente deve ou não ser permitido, ela é um ato de uma vontade pública, da qual emana todo o direito e que, portanto, não deve ser injusta com ninguém (...) Essa vontade não pode ser nenhuma outra vontade senão a do povo; todos decidindo sobre todos e, com isso, cada um sobre si mesmo (...) Precisa haver em cada sistema comunitário um espírito de liberdade, já que cada um, no que tange ao dever universal humano, quer ser convencido através da razão e que essa coação seja de acordo com a lei, para que ela não caia em contradição consigo mesmo (...) Limitar a publicidade seria a causa desencadeadora das sociedades secretas, pois é uma vocação natural da humanidade a intercomunicação em tudo quanto diga respeito aos homens (HABERMAS, 1984, p. 131-2).

A opinião pública, é, portanto, um importante motor propulsor para as mudanças necessárias das patologias sociais. A submissão do trabalhador em

condições análogas às de escravos, é uma patologia social extremamente degradante, uma vez que não afronta unicamente o princípio da liberdade, mas como também a legalidade, o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, e por isso digna de ações especializadas.

Nesse cenário, é possível perceber que a efetivação de direitos, vai além da previsão normativa. Ele precede de debates racionais públicos, que devem resultar em proposições legislativas, alinhadas com políticas públicas, para culminar nas execuções das políticas e dos programas exigidos de forma consensual, e, também, aplicação de sanções pedagógicas, quando as circunstâncias assim exigirem. Sem a aplicação da efetiva sanção, todo o trabalho de construção, motivação e normatividade restam esvaziados.

No que diz respeito à aplicação das sanções, no caso de descumprimento da legislação, temos como certo que, um dos fatores que tornam a punição mais difícil são as barreiras encontradas quando da judicialização das condutas típicas do crime. Se é assim, os obstáculos enfrentados no Poder Judiciário, quando da análise dos crimes ligados ao trabalho escravo, devem ser repensados para que seja possível a transposição das barreiras, uma vez que a entrega da prestação jurisdicional é um ponto crucial para o enfrentamento e para erradicação do crime.

Uma das barreiras mais marcantes do Poder Judiciário brasileiro é a morosidade nas suas decisões. A morosidade resulta na não efetividade do ordenamento jurídico, uma vez que, as sentenças, pelo efeito perverso do tempo, não alcançam a sua plena concretização, ou seja, a satisfação cabal dos interesses materiais reconhecidos .

Sabe-se que para a efetivação das normas jurídicas, ou seja, para que ela produza seus efeitos jurídicos, é necessário que nela esteja prevista a hipótese, disposição, sanção, podendo produzir efeitos quando respeitada ou violada; ou socialmente, quando a sociedade, a reconhece como Direito fruto de amplo debate, e que consequentemente há amplo cumprimento dos preceitos normativos.

Barroso, em breve síntese afirma que:

[...] a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 1993, p. 79).

Assim, é necessário a conexão entre as normas e os fatos sociais, bem como a conjugação de esforços e mobilização da comunidade para que a sociedade e os Poderes Públicos trabalhem em benefício da efetivação de programas e objetivos sociais.

Nesse contexto, a busca pela efetividade da prestação jurisdicional, se torna fator preponderante, já que o Poder Judiciário é o Órgão, com a função de materializar o direito, aplicando a lei ao caso concreto.

A efetivação das decisões judiciais tem seu nascedouro na compreensão da jurisdição conjugado com os objetivos do Estado brasileiro tendo em vista a Constituição Federal. Nos termos do Art. 3º da Constituição Federal, são objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. Segundo José Afonso da Silva:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (SILVA, 1993, p.93)

Assim, com a definição dos objetivos fundamentais do Estado, passa a Jurisdição a ter um caráter finalístico. As garantias constitucionalmente reconhecidas por meio dos princípios fundamentais do Estado é uma importante conquista para que a jurisdição busque sempre a efetividade na sua prestação. Contudo, a efetivação e a qualidade da prestação jurisdicional, é um dos maiores desafios contemporâneos. Isso fica bem claro quando da apuração e punição das condutas criminosas perpetradas, quando os atingidos pertencem a classes vulneráveis, típico do que acontece com os trabalhadores quando são submetidos a condições análogas à de escravo. Os processos tramitaram por longos anos até que seja concluída a prestação jurisdicional por meio de sentença ou acórdãos. Muitas vezes essa demora se traduz em ineficácia da prestação jurisdicional.

Em um plano para erradicar o trabalho escravo, dentre várias ações, destaca-se a necessidade de especialização da justiça, como forma de buscar-se efetiva jurisdição, conjugada com as diversas ações que devem ser desenvolvidas. Logo, para erradicar o trabalho escravo é necessário constante fiscalização em

primeiro plano nas relações de trabalho, para que seja possível punir rigorosamente aos que insistem em desrespeitar o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, criar uma rede de proteção eficaz para a assistência ao trabalhador retirado da condição de escravo. Essas ações devem ser muito bem articuladas, e, para que tudo isso ocorra, há necessidade de especialização de atendimento, exigindo que o Poder Judiciário se especialize para que o efeito transformador do sistema de justiça se alinhe com a realidade brasileira, e como os objetivos do Estado brasileiro, ou seja, para que a Jurisdição atinja seu objetivo finalístico.

Dois são os critérios que podem nortear a criação de varas especializadas. O primeiro deles, é a análise do próprio Poder Judiciário frente a sua morosidade da prestação da tutela jurisdicional eficaz. O segundo critério, é como a maior especificidade das varas com competência exclusiva, em contato próximo com tudo que vem sendo estudado em relação às políticas setoriais focadas no trabalhador, em especial aqueles mais vulneráveis, pode ser um fator de efetivação dos direitos reconhecidos.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo desenvolvimento de políticas judiciárias, em abril de 2021, começou a monitorar mais de perto os processos relativos ao trabalho escravo. O tema ganhou um tópico específico na tabela processual unificada, passando a monitorar as ações relativas a trabalho escravo que tramitam na justiça. Esse monitoramento tem como objetivo a criação de políticas públicas judiciária que viabilizem maior celeridade aos julgamentos.

A tabela unificada processual proporciona cálculo estatístico, um levantamento cirúrgico, dos dados dos processos em trâmite, e, com isso, busca meios de fortalecer a atuação do Poder Judiciário. Antes da normalização das tabelas processuais, instituídas pela resolução nº 46 do Conselho Nacional de Justiça, às Varas davam nomes diferentes para ações judiciais similares, o que dificultava as estatísticas da movimentação processual do crime. A ausência de um padrão mínimo para cadastro processual entre os Órgão do Poder Judiciário, importava na dificuldade de gerenciar e aprimorar os relatórios gerenciais. Essa política judiciária desenvolvida pelo CNJ, já aponta no sentido da necessidade de um olhar mais atento para os processos em trâmite, que tenham como objeto a análise do crime de trabalho escravo, uma vez que é um crime que atinge pessoas com poder de reação reduzido.

As ações relativas ao trabalho escravo estão intimamente ligadas às pessoas mais vulneráveis, no âmbito individual, e que ganham relevância no direito

difusos e coletivos, sendo a inclusão do tema na tabela processual, conforme a resolução nº 46 do CNJ, uma demonstração de que não se pode tratar tal tema de forma generalista.

A função mais relevante do sistema de justiça brasileiro é, sem dúvida, a promoção, defesa e garantia dos interesses daqueles que estão em situação de maior vulnerabilidade. A defesa dos direitos humanos, reconhecida na Constituição Federal de 1988, com a adoção de proteção integral do trabalhador, em consonância aos compromissos internacionais assumidos, exige contínua reflexão e superação das fórmulas que habitualmente são aplicadas no Poder Judiciário em suas práticas jurídico-processuais.

Assim, a especialização dos operadores do direito estruturados em varas especializadas, pela unicidade da temática, e com auxílio de equipes técnicas para suporte, é uma condição para efetivação da garantia de direitos de todos os trabalhadores expostos a condição análoga à de escravo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eliminação do trabalho escravo constitui condição básica do Estado Democrático de Direito, assim, as agendas, debates e delimitação das principais prioridades para erradicação da escravidão contemporânea são de extrema importância.

O modelo escravagista instaurado no Brasil, desde a colônia, estabeleceu-se pela relação entre escravos e senhores, o que incentivou no país uma imobilização das estruturas de trabalho, formação social e especialmente econômica, adaptando-se tais estruturas ao método de produção escravista ao longo dos anos, sendo portanto uma fonte de problemas sociais, especialmente nas relações entre o Estado, lei e sociedade.

O rompimento dessa lógica nas estruturas solidificadas na sociedade brasileira demandam investimentos, tempo e diálogos constantes nos espaços públicos e nas arenas políticas, vez que apenas às fiscalizações, às "listas sujas" e até mesmo a legislação, enquanto letra morta, não possuem o condão de "derreter" essas estruturas estabelecidas, exigindo vontade política, articulação, planejamento de ações e definição de metas objetivas, necessitando-se do desenvolvimento de políticas específicas para o enfretamento da escravidão.

O Poder Judiciário, como Órgão que tem o dever constitucional de efetivar todos os direitos já conquistados e reconhecidos no ordenamento jurídico, precisa atuar de forma finalística, ou seja, as decisões judiciais precisam ser efetivas. As barreiras impostas àqueles que precisam de uma tutela jurisdicional efetiva precisam ser roídas, e as execuções das sentenças devem ocorrer dentro de um tempo que se mostre razoável.

Assim, qualquer plano que for traçado para a radicação da escravidão contemporânea no Brasil, será necessário contemplar, além de fiscalização contínua das relações capital e trabalho, por meio do aparelhamento estatal; fixação de condenações rigorosas aos escravocratas; maior assistência ao trabalhador retirado da condição de escravo e ainda criação de Varas especializadas. Isso porque, precebe-se que as sentenças proferidas não conseguem tutelar os direitos humanos que são violados pela submissão ao escravidão contemporâneo. As decisões muitas vezes sem muita efetividade, na prática, julgam os casos que lhe são apresentados, como meros problemas internos, quando na verdade já são reconhecidos como crimes contra a humanidade.

Assim, o panorama atual que a escravidão contemporânea se impõe no Brasil, enquanto uma estrutura solidificada, demonstra a necessidade de todo um sistema de justiça especializada para tratar com maior efetividade tal patologia. Isso porque é indiscutível que a especialização proporciona uma aproximação maior com o tema, e, conseqüentemente, a efetividade da tutela do Estado, estabelecendo maiores chances de se concretizar, de forma material, direito fundamentais para todos os trabalhadores e trabalhadoras expostos a essa forma degradante de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. L. F. ; ARAKAKI; F. F. S.; MENDES, A. A.; OLIVEIRA, L.M.M.M. Emprego e economia sustentável. Uma revisão desde as teorias econômicas. Instituciones político-jurídicas y desarrollo sostenible. 2 ed. Galícia. Espanha: Dykinson 2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, pág 318/330.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasi-

leiro. In: BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-50.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988.

CARDOSO, A. Escravidão e sociabilidade capitalista: um ensaio sobre inércia social. Novos Estudos, São Paulo, n. 80, p. 71-88, mar. 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (coord). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

GORENDER, Jacob. O escravismo colonial. 4. ed. São Paulo: Ática, 1985.

GREMAUD, Amaury Patrick. Formação econômica do Brasil. São Paulo: Atlas, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b

IANNI, Octavio. Dialética das relações raciais. Estud. av. [online]. 2004, v.18, nº 50 [cited 2012.11.18], p. 21-30 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100003&lng=en&nrm=iso.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2003

SILVA, Ivone Maria Ferreira da. Questão social no Brasil: fundamentos sócio-históricos. Cuiabá: EdUFMT, 2008.

SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino Gazola. Do escravismo colonial ao trabalho forçado atual: a supressão dos direitos sociais fundamentais. São Paulo: LTr, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 7.ed. São Paulo: RT, 1993, p.93

O DESAFIO DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO NO BRASIL

Solange de Holanda Rocha

Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso.

INTRODUÇÃO

No contexto da legislação brasileira derivada da pandemia de Covid-19, foi editada a Lei nº 14.176/2021, que promoveu alterações na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993), inclusive para dispor sobre o auxílio-inclusão previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Segundo a lei, em vigor desde 01/10/2021, o benefício visa ampliar a participação no mercado de trabalho de pessoas com deficiência moderada ou grave, cuja renda familiar atenda aos critérios de manutenção do benefício de prestação continuada (BPC/LOAS). Neste norte, o desafio da nova política assistencial, combinada com outras medidas contempladas na legislação, é avançar na concretização de direitos sociais das pessoas com deficiência.

O presente artigo foi dividido em três partes e abordará, na primeira, os principais aspectos normativos do novo benefício, na segunda, as demais medidas previstas na legislação para promoção da inclusão de deficientes no mercado de trabalho e, na terceira, outros mecanismos que deveriam ser incorporados ao ordenamento jurídico para criar incentivos à qualificação profissional e à contratação de trabalhadores com deficiência.

Na perspectiva jurídica, o principal referencial para os temas abordados é a proibição constitucional de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência [CF/88, art. 7º, XXXI], combinada com o dever imposto aos Poderes Públicos de promover a integração ao mercado de trabalho, bem como a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, por meio das políticas públicas da assistência social [CF/88, art. 203, III e IV].

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, desenvolvida a partir da pesquisa bibliográfica orientada para a literatura especializada e pesquisa de dados estatísticos, tendo sido adotado o método dedutivo.

1. REGULAMENTAÇÃO DO AUXÍLIO-INCLUSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O auxílio-inclusão foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), como se extrai de seu art. 94, incisos I e II:

Art. 94. Terá direito a auxílio-inclusão, nos termos da lei, a pessoa com deficiência moderada ou grave que: I - receba o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 , e que passe a exercer atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do RGPS; II - tenha recebido, nos últimos 5 (cinco) anos, o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 , e que exerça atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do RGPS.

Na referida lei, também foi criado o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), que consiste em registro público eletrônico, sob administração do Poder Executivo federal, a ser utilizado com o fim de “coletar, processar, sistematizar e disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como das barreiras que impedem a realização de seus direitos” (art. 92 da Lei nº 13.146/2015).

A efetiva concessão do auxílio-inclusão dependia de regulamentação legal específica, o que veio a ocorrer por meio da Lei nº 14.176/2021, que promoveu diversas alterações na Lei Orgânica da Assistência Social, conhecida como LOAS (Lei nº 8.742/1993), inclusive ao inserir os artigos 26-A a 26-H, que tratam do novo benefício, com vigência a partir de 01/10/2021.

O § 2º do art. 20 da LOAS considera pessoa com deficiência quem “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Em consonância com os regramentos inseridos pela Lei nº 14.176/2021, o auxílio-inclusão será concedido à pessoa com deficiência moderada ou grave em duas hipóteses: a primeira, quando o beneficiário da assistência social passe a exercer atividade, com remuneração de até dois salários-mínimos, que o enquadre como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou de regime próprio de previdência social de servidores públicos dos entes federativos, além de atender outros critérios previstos para o benefício de prestação

continuada (BPC/LOAS), tais como o enquadramento da renda familiar per capita e a inscrição regular no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico); e a segunda, quando o beneficiário da assistência social tenha recebido o BPC/LOAS, por um período de cinco anos anteriores ao exercício da atividade remunerada, que tenha dado causa à suspensão do benefício.

Veja-se que a regulamentação legal ampliou o acesso ao benefício, em comparação com as disposições originais do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao incluir, além do exercício de atividade remunerada na iniciativa privada, que gera filiação ao RGPS, a prestação de serviço público remunerado, mediante filiação aos regimes próprios, desde que observado o limite remuneratório de dois salários-mínimos.

O benefício será devido a partir do requerimento e corresponde a meio salário-mínimo, ou seja, 50% (cinquenta por cento) do valor do benefício de prestação continuada em vigor. Ao requerer o auxílio-inclusão, o beneficiário autoriza a suspensão do BPC/LOAS, o qual poderá ser restabelecido, em caso de cessação do exercício da atividade remunerada.

O auxílio-inclusão, da mesma forma que o benefício de prestação continuada da assistência social, não gera direito a abono anual (13ª prestação), nem pode ser acumulado com qualquer outro benefício previdenciário, inclusive seguro-desemprego.

A nova legislação autoriza que mais de um membro da família beneficiário do BPC/LOAS tenha acesso ao auxílio-inclusão. Para tanto, não serão considerados para cálculo da renda familiar as remunerações obtidas pelo requerente até 2 salários-mínimos, tampouco a renda oriunda de contrato de estágio ou aprendizagem.

Compete ao Ministério da Cidadania a gestão do auxílio-inclusão, e ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a sua operacionalização e pagamento, em conformidade com os procedimentos gerais para requerimento, análise, concessão e indeferimento do benefício fixados na recente Portaria DIRBEN/INSS nº 949, de 18/11/2021.

A Lei nº 14.176/2021, ao incluir o art. 26-H na Lei nº 8.742/1993 (LOAS), estabeleceu a revisão do auxílio-inclusão no prazo de 10 (dez) anos, para fins de seu aprimoramento e ampliação.

Também incluiu o art. 40-C na LOAS para autorizar que eventuais débitos do beneficiário decorrentes de recebimento irregular do benefício de prestação continuada ou do auxílio-inclusão sejam consignados no valor mensal desses benefícios, nos termos do regulamento. Quanto a este aspecto, é interessante observar que o art. 21-A da LOAS, incluído pela Lei nº 12.470/2011, prescreve que o benefício de prestação continuada deverá ser suspenso quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempendedor individual. Não se aplica a suspensão do benefício apenas em caso de contratação como aprendiz, por um período de 2 (dois) anos (art. 21-A, § 2º). Por isso, situações de recebimento concomitante de remuneração e do BPC/LOAS acabaram gerando débitos em nome do beneficiário.

No contexto da nova legislação, esse beneficiário, cujo benefício foi suspenso, caso continue exercendo atividade remunerada, com renda de até dois salários-mínimos, poderá se habilitar para receber o auxílio-inclusão, bem como regularizar os débitos gerados quando houve recebimento irregular do BPC/LOAS, mediante consignação de percentual do novo benefício.

Denota-se que o auxílio-inclusão visa incentivar o ingresso e a permanência da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, pois, além da remuneração oriunda do exercício da atividade laborativa, continuará recebendo a metade do seu benefício assistencial.

Conforme dados da Pesquisa Nacional de Saúde (IBGE, 2013), estima-se que 6,2% da população brasileira possui pelo menos um de quatro tipos de deficiências (intelectual, física, auditiva e visual). Por outro lado, dados do Ministério da Economia (RAIS, 2018) informam que apenas 1% dos empregos formais são atribuídos a pessoas com alguma deficiência. A redução da atividade econômica e consequente aumento do desemprego provocados pela pandemia da Covid-19, certamente, acentuaram as barreiras impostas ao ingresso e permanência de deficientes no mercado de trabalho, agravando as desigualdades sociais.

Acertadamente, o legislador brasileiro, diante do incremento de pessoas em situação de miserabilidade social na pandemia, purgou sua mora legislativa ao promover a regulamentação do auxílio-inclusão, que estava pendente deste a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, autorizando um acréscimo na renda de pessoas deficientes, que se habilitam ao recebimento do BPC/LOAS, mas pretendem iniciar o exercício de atividade remunerada, ou que já tenham ingressado no mercado de trabalho e, por isso, tenham sofrido a suspensão do benefício.

Trata-se de importante instrumento legislativo para a concretização de políticas públicas focadas na incorporação de um contingente expressivo de pessoas com deficiência à mão de obra ativa, proporcionando sua participação ativa e direta no desenvolvimento do País, como se infere da lição de Pozzoli (2010, p. 149):

Atualmente, o Estado caminha no sentido de estabelecer uma legislação própria, segura e de acordo com a existente no âmbito internacional. No Brasil este fenômeno ocorre em todos os campos e, não é diferente na área de direitos e garantias da pessoa com deficiência (...). Com isto, tende o Estado para uma estimulação da participação através de um direito promocional, garantindo o pleno exercício de direitos, sob a égide da equiparação de oportunidades. São indícios que apontam seguramente para um reconhecimento total de direitos e garantias que este segmento da sociedade constantemente reivindica.

É certo que a legislação brasileira estabelece outras ações afirmativas para garantir à pessoa com deficiência o direito ao trabalho, as quais serão analisadas na sequência.

2. RESERVA DE VAGAS EM FAVOR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ações afirmativas ou sistema de cotas são adotados com o objetivo de proporcionar a inclusão social em vários segmentos, entre os quais se inclui o acesso da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho. Tais políticas afirmativas costumam ser chamadas pelos economistas de *reserva de mercado*, resultado da composição da norma que garante o direito à livre iniciativa e à propriedade com a norma que garante à pessoa com deficiência o direito ao trabalho.⁵⁶

Em sede constitucional, além de enfatizar a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência [CF/88, art. 7º, XXXI], houve por bem o constituinte, no art. 37, inciso VIII, estabelecer verdadeira ação afirmativa visando à promoção da igualdade das pessoas com deficiência ao determinar à Administração Pública, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal, que reserve às pessoas com deficiência parte das vagas destinadas aos concursos para preenchimento de cargos e empregos

⁵⁶ Pozzoli (2010, p. 150) explica não ser incompatível o direito constitucional à propriedade privada com as reservas de emprego para pessoas com deficiência, pois tal composição é um passo na trilha da função social da propriedade.

públicos, cabendo ao legislador infraconstitucional estabelecer os percentuais e critérios a serem observados para tanto.

Sobre o assunto, leciona Rocha (1996, p. 95):

O que se tem pela regra do art. 37, inc. VIII, da Constituição da República, é a expressão ou a revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desiguada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desiguando, agora, positiva, afirmativamente. (...)

Ademais, a Constituição Federal, em dispositivo que trata da assistência social, enquanto parte integrante do sistema de seguridade social, refere ao dever do Estado de promover a integração de pessoas necessitadas ao mercado de trabalho, bem como a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência [CF/88, art. 203, III e IV].

Acerca dos serviços de habilitação e reabilitação profissional, Araújo (2001, p. 50) explica:

Dois são os benefícios do artigo 203. O primeiro, referente à habilitação, entendida como o direito de obter preparo para o trabalho, para o lazer e para a educação. A habilitação deve ser ministrada àquelas pessoas portadoras de deficiência, que necessitam de treinamento para ingressar na vida social ou, mesmo, que do mesmo necessitem para diminuir sua dificuldade de integração. A educação especial, as oficinas protegidas de trabalho e o tratamento fisioterápico representam exemplos de habilitação. A reabilitação tem a finalidade de cuidar dos que, alguma vez, tiveram habilitação e a perderam por qualquer motivo. Além do direito à habilitação e à reabilitação, está assegurada a obrigação de o Estado promover a integração das pessoas portadoras de deficiência na vida comunitária.

É evidente que a habilitação ou a reabilitação da pessoa com deficiência é essencial para viabilizar o exercício de qualquer das modalidades de atividade laborativa e, conseqüentemente, o seu ingresso no mercado de trabalho.

Além dos dispositivos constitucionais, o legislador ordinário tratou da proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência em veículos normativos diversos.

Com relação ao setor público, a Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e fundações públicas federais, em seu art. 5º, § 2º, reserva até 20% (vinte por cento)

das vagas oferecidas em concurso público para provimento de cargos nas instituições federais, a pessoas com deficiência, desde que as atribuições dos cargos sejam compatíveis com os impedimentos de tais indivíduos.

Tendo em vista que o dispositivo legal prevê uma margem percentual para a reserva de vagas, não fixando um percentual exato, coube, inicialmente, ao Decreto nº 3.298/1999 estipular o percentual mínimo, o qual, atualmente, está determinado no § 1º do art. 1º do Decreto nº 9.508/2018, que reserva às pessoas com deficiência, no mínimo, 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

A ausência de fixação de um percentual exato pode gerar incertezas, como aponta Gugel (2006, p. 76):

A fixação aleatória do percentual da reserva de vagas em cada concurso público pelo administrador, deixando margem de liberdade para a decisão do mínimo de 5%, cujas soluções estão entre 5% e 20%, continua gerando grave instabilidade. Embora alegue estar observando os critérios de oportunidade, conveniência e equidade, fortemente justificado pelo princípio da discricionariedade, tal princípio, diante do comando constitucional da reserva de cargos públicos, deve ser relativizado. No mais, sempre se desconhece o parâmetro que foi seguido para a tomada de decisão sobre determinado percentual: se efetivamente foi levado em conta o número de pessoas com deficiência já existentes no quadro de pessoal do respectivo órgão; se foram considerados os dados estatísticos sobre o número de pessoas com deficiência habilitadas ou qualificadas, consideradas as informações das áreas de educação, formação profissional e mercado de trabalho para aquela região, por exemplo. (...).

No setor privado, a reserva de vagas foi definida na Lei nº 8.213/1991, que instituiu o Plano de Benefícios do RGPS, em favor de trabalhadores com deficiência e reabilitados perante a Previdência Social nas empresas com 100 (cem) ou mais empregados, conforme consta do art. 93 e parágrafos:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados.....2%;
- II - de 201 a 5003%;

III - de 501 a 1.000.....4%;

IV - de 1.001 em diante.5%.

§ 1^a A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 2^o Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3^a Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1^a de maio de 1943.

Quanto à qualificação do trabalhador beneficiário das cotas, o §2^o do art. 36 do Decreto nº 3.298/1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, traz a seguinte definição:

Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Registre-se que a reserva de vagas prevista na legislação previdenciária abrange as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, uma vez que, embora sob a égide da regra constitucional da realização de concurso público para admissão de seus empregados (art. 37, inciso II), por força do art. 173, § 2^o, inciso II, estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive no que diz respeito às obrigações trabalhistas. Também se se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos.

Cumprir destacar, ainda, que § 1º do art. 93 supratranscrito cria algo semelhante a uma estabilidade, não como garantia ao próprio trabalhador, mas sim ao posto de trabalho preenchido por pessoa com deficiência. Deixa claro que o empregado com deficiência, quando contratado sem prazo ou mediante pacto a prazo com duração superior a 90 (noventa) dias, somente pode ser dispensado imotivadamente quando outro trabalhador com deficiência já tiver sido contratado para substituí-lo.

A inobservância do percentual de cotas pode ser objeto de determinação judicial com fixação de multa diária, além das penalidades administrativas aplicáveis à espécie. Quanto às penalidades pecuniárias, a Portaria nº 1.199, de 28/10/2003, do Ministério do Trabalho e Emprego, fixa os parâmetros para a graduação da multa administrativa fixada pelo art. 133 da Lei nº 8.213/91, em decorrência de infração aos seus dispositivos, incluído o art. 93, sendo esta proporcional ao tamanho da empresa e ao número de trabalhadores com deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados.

Para dar efetividade à reserva legal de vagas de trabalho, Leal (2008, p. 205) reforça a necessidade de maior intervenção estatal:

É bastante usual as empresas alegarem que têm dificuldade, ou efetivamente não conseguem trabalhadores com deficiência para o preenchimento das cotas.

Para a superação de tal obstáculo deve haver um esforço maior por parte dos órgãos governamentais responsáveis pela matéria em fazer acontecer o encontro, ou seja, a intermediação entre o trabalhador com deficiência e o empregador com cota a preencher.

Atualmente, mesmo que de forma incipiente, tal tarefa é efetuada pelos postos de atendimento do Sistema Nacional de Empregos (SINE), que devem manter cadastro de candidatos com deficiência para a inserção no mercado de trabalho. Por outro lado, os Centros e Unidades Técnicas de Reabilitação Profissional do INSS têm dados de trabalhadores reabilitados, podendo estes ser utilizados para tal fim. Outra alternativa é a consulta a entidades representativas das pessoas com deficiência, já que algumas delas dispõem de cadastro de candidatas a emprego.

Pozzoli (2010, p. 151/152) adverte que a política pública caracterizada pelo sistema de cotas, em favor do trabalhador com deficiência, “tem demonstrado que ajuda no processo de inclusão social, mas não resolve o problema do desemprego”. Para o autor, a solução passa pelo processo de conscientização do cidadão, “sem o qual fica difícil crer na efetividade da norma constitucional que

coloca no seu preâmbulo o objetivo a ser alcançado pelo Estado Brasileiro como sendo a realização de uma sociedade fraterna”.

Com a participação da sociedade, Pozzoli (2010, p. 150) afirma ser possível obter avanços e cita, como parâmetro exemplificativo, a Associação para Valorização de Pessoas com Deficiência (AVAPE), a qual se define como organização filantrópica de assistência social, atuante no setor de terceirização e offshoring, para promoção da inclusão, reabilitação e capacitação de pessoas com todo tipo de deficiência e de pessoas em situação de risco social.⁵⁷

Além dos citados diplomas normativos, há outros instrumentos legais que tratam do trabalho da pessoa com deficiência.

A Lei nº 9.867/1999 prescreve que nas hipóteses de deficiência grave ou severa, a inserção da pessoa com deficiência no mundo do trabalho poderá ser efetivada mediante a contratação das cooperativas sociais. As cooperativas em questão foram criadas com a finalidade de inserir no mundo econômico, por meio do trabalho, pessoas consideradas em desvantagens, aí incluídas as pessoas com deficiência, e atuam basicamente na “organização e gestão de serviços sociossanitários e educativos” e no “desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços” (incisos I e II do art. 1º da Lei 9.867/99).

Já a Lei nº 11.180/2005 alterou a redação dos artigos 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre o contrato de aprendizagem, a partir de 14 (quatorze) anos e sem limite de idade, de pessoas com deficiência. Em tal contrato, o empregador se compromete com o aprendiz - que deve estar inscrito em programa de aprendizagem - a fornecer-lhe formação técnico-profissional metódica compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, enquanto o aprendiz obriga-se a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

Em reforço, a Lei nº 11.788/2008, que dispõe sobre o contrato de estágio, em seu art. 17, § 5º, assegura às pessoas com deficiência o percentual de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio. Também prevê, em seu art. 11, que a duração máxima do estágio na mesma parte concedente é de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário deficiente. De modo semelhante, o art. 19 da referida lei alterou a redação do § 3º do art. 428,

⁵⁷ Disponível em: <https://www.linkedin.com/company/avape-associa-o-para-valoriza-o-de-pessoas-com-defici-ncia>. Acesso em: 25 nov. 2021.

da CLT, excetuando do limite bienal a duração do contrato de aprendizagem, em caso de aprendiz deficiente.

3 NOVOS MECANISMOS PARA AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Além das medidas contempladas na legislação, existem outros mecanismos que podem estimular a inclusão e ampliação da participação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Neste sentido, foi apresentado perante a Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados o recente Projeto de Lei nº 407/2021, o qual prevê a criação de estímulos fiscais ou creditícios para as empresas que contratarem pessoas com deficiência em número superior aos percentuais a que estiverem obrigadas pela legislação. O projeto também prevê a aplicação de uma multa às empresas que não respeitarem os direitos das pessoas com deficiência, equivalente a pelo menos 60% do valor do salário médio pago pelo empregador. As multas formarão um fundo especial destinado ao financiamento de entidades de formação profissional desses trabalhadores.

A proposta é de inclusão de novos dispositivos na Lei nº 7.853/1989, que trata da integração social das pessoas com deficiência. O autor do projeto justifica ser necessário modernizar a legislação para “remover obstáculos e criar estímulos à verdadeira integração dessas pessoas nos processos produtivos”.⁵⁸

Cabe observar, ainda, que a Lei nº 9.029/1995 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros. A Lei nº 13.146/2015, que aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, promoveu alterações no art. 3º do diploma normativo em questão, a fim de fixar multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado

⁵⁸ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/760206-proposta-preve-criacao-de-incentivos-a-empresas-que-contratarem-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

em cinquenta por cento em caso de reincidência e proibir a obtenção de empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais, em caso de infrações aos dispositivos que vedam as referidas práticas discriminatórias.

Entretanto, a imposição dessas penalidades mais severas e das restrições de acesso a incentivos creditícios às empresas que não cumprirem o percentual legal de reserva de vagas de trabalho para pessoas com deficiência carece de concretização, em razão da insuficiência do aparato de fiscalização estatal e da falta de mecanismos de controle para que tais medidas sejam efetivadas.

Por outro lado, é fundamental ressaltar o papel desempenhado por entidades civis, que se utilizam da ação civil pública para pleitear na Justiça do Trabalho que empresas conhecidas do público em geral, inclusive por seus faturamentos em constante ascensão, cumpram algumas medidas para aumentar a diversidade nos seus quadros de colaboradores, mediante a contratação de negros, mulheres e indígenas presentes na sociedade brasileira, além de respeitar cotas para pessoas com deficiência, sem prejuízo do pagamento de indenização por dano social e moral coletivo.

Exemplo de medida judicial dessa natureza foi proposta perante a Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul por organizações não governamentais representativas da sociedade civil, em face da Ável e XP Investimentos, após a empresa ter publicado, em suas redes sociais, uma foto de sua equipe, com mais de 100 (cem) funcionários, formada, quase que exclusivamente, por homens jovens e brancos.

A empresa alegou, em contestação, que o seu quadro de empregados é “mero reflexo de dados objetivos” sobre o mercado financeiro. Para o Ministério Público do Trabalho, o argumento não é válido porque “o mercado financeiro é historicamente instrumentalizado por posturas discriminatórias, em especial com relação às mulheres, aos negros e aos idosos”. O órgão ministerial defende que a empresa empreenda esforços “para que mais trabalhadores dos grupos sub-representados se interessem pela área, mediante estratégias de qualificação e incentivo ao ingresso”.⁵⁹

É interessante observar que a referida ação judicial ganhou importante repercussão na imprensa brasileira, o que acaba despertando para um novo olhar

⁵⁹ Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/11/01/mpt-se-manifesta-a-favor-de-acao-contra-xp-por-falta-de-diversidade.htm>. Acesso em: 25 nov. 2021.

do público em geral sobre determinadas empresas, a fim de valorizar aquelas que optem pela adoção de políticas internas que respeitem a diversidade social e rejeitem práticas discriminatórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo globalizado é resultado do processo de intensificação das interações econômicas, sociais, políticas e culturais ocorrido nas últimas três décadas. Corresponde à consolidação do modelo econômico capitalista, aliada ao estabelecimento de um sistema mundial de comunicações e ao desenvolvimento tecnológico, que promoveu uma nova organização do mercado mundial e uma nova divisão internacional do trabalho.

Diante de tantos avanços econômicos e tecnológicos, o mercado de trabalho precisa respeitar a diversidade social, abandonar práticas excludentes e discriminatórias.

Neste contexto, o êxito da política assistencial que implementou o auxílio-inclusão, aliada às demais ações afirmativas contempladas na legislação, depende da incorporação de novos mecanismos ao ordenamento jurídico, tanto para incentivar a qualificação profissional e a contratação de trabalhadores com deficiência, quanto para impor penalidades mais severas às empresas que não cumprirem o percentual legal de reserva de vagas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 2001.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 nov. 2021.

_____, Leis federais. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/> Acesso em 10 nov. 2021.

_____, Portaria DIRBEN/INSS nº 949, de 18/11/2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-dirben/inss-n-949-de-18-de-novembro-de-2021-360542713>. Acesso em 20 nov. 2021.

_____, Portaria MTE nº 1.199, de 28/10/2003. Disponível em: <http://www.usp.br/drh/novo/legislacao/dou2003/mteport1199.html>. Acesso em 20 nov. 2021.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. Da UCG, 2006.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2013*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em 08 out. 2021.

LEAL, Carla Reita Faria. *Proteção Internacional do Direito ao Trabalho da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: PUC, 2008.

ME – MINISTÉRIO DA ECONOMIA. RAIS, 2018. Disponível em: <http://www.rais.gov.br/sitio/tabelas.jsf>. Acesso em 08 out. 2021.

POZZOLI, Lafayette. *Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade*. In: MACHADO, Edinilson Donisete; PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina (coord.). *Gramática dos direitos fundamentais: Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 15, 1996.

SÍNDROME DE BURNOUT: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM NO CONTEXTO DE CAPITALISMO PANDÊMICO BRASILEIRO

Lucilene Rodrigues Do Nascimento Da Silva

Aluna do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense
Mesquita, Brasil lucilene.rodrigues7@gmail.com

Carla Appollinario De Castro

Professora do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, Brasil
carla_appollinario@id.uff.br

1. INTRODUÇÃO

A síndrome de *burnout* se configura como um esgotamento ou cansaço emocional, que pode manifestar-se física ou psiquicamente. *Burnout* é uma composição das palavras inglesas *burn*, queima, e *out*, exterior, que significa aquilo que deixou de funcionar por completa falta de energia. O profissional que desenvolve a Síndrome de *Burnout* apresenta falta de energia e esgotamento emocional, e isso causa impacto em todas as áreas da vida do trabalhador. A síndrome de *burnout* tende a refletir também no ambiente familiar e social deste trabalhador.

O trabalho consome seus elementos materiais, seu objeto e seu meio; ele os devora e é, assim, processo de consumo. Esse consumo produtivo se diferencia do consumo como meios de subsistência do indivíduo vivo, ao passo que o primeiro os consome como meios de subsistência do trabalho, da força ativa de trabalho do indivíduo, (MARX, 2013, p.261).

A pesquisa tem como tema a Síndrome de *Burnout* em profissionais de enfermagem no contexto de capitalismo pandêmico. A importância desse tema parte das condições degradantes, potencializadas na pandemia decorrente da Covid-19, bem como da sua relação com a Síndrome de *Burnout*. Nota-se ser de alta relevância trazer o tema à pauta acadêmica, sobretudo nos momentos atuais, em que se experimenta algo raro, como é o caso de uma pandemia mundial, em meio ao contexto brasileiro, ou seja, da conjuntura de um capitalismo tardio.

O objetivo geral consiste em analisar em que medidas as declarações colhidas por meio de resposta voluntária ao questionário aplicado permite identificar a ocorrência da síndrome de *burnout*. O problema consiste na seguinte indagação: de que forma são manifestados os indicadores relativos ao *burnout* ocupacional na perspectiva dos trabalhadores? O quadro metodológico foi desenhado a partir de um estudo de caso com aplicação de questionário pelo Google Forms, de maneira online, com profissionais de enfermagem de um hospital privado no Rio de Janeiro que prestou atendimento a pacientes de Covid-19. Interessa-nos verificar o grau de percepção dos trabalhadores acerca da importância do seu trabalho em contraste com o cansaço, o esgotamento e a valorização da função.

Entende-se que a prevenção é o meio mais eficaz de minimizar os danos que *burnout* pode causar. Salienta-se que a **melhor forma de prevenir danos à saúde do trabalhador** são estratégias que diminuam o estresse e a pressão no trabalho, isso porque embora exista o Direito do Trabalho para proteger o trabalhador, ainda assim são encontrados profissionais que desempenham seu trabalho em ambientes com condições precárias. A falta de prevenção e de mecanismos que evitem a doença, associadas ao desestímulo geral de atenção com a situação de saúde dos profissionais de enfermagem, apresenta resultados desastrosos.

2. SÍNDROME DE BURNOUT, OS IMPACTOS DA PANDEMIA E O TELETRABALHO

A Síndrome de Burnout teve um surto no seu crescimento durante a pandemia de covid-19, a exposição do trabalhador decorrente do elevado aumento das tarefas desempenhadas o tornou ainda mais vulnerável. A saúde mental das pessoas sofreu um desgaste em decorrência deste tempo de isolamento, medo de morrer e perda.

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho que se destacou de uma mais visível neste período de pandemia, mas vale ressaltar que essa forma laboral só contemplou algumas categorias profissionais. Apenas uma parte da população teve a possibilidade de trabalhar sem sair de suas casas, ainda assim os que tiveram as suas casas transformadas em ambiente de trabalho não conseguiram separar a hora do lazer da hora do trabalho.

Conforme pesquisa realizada pelo Ipea tem com base dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2021), somente 11% dos trabalhadores fizeram home office ao longo de 2020. Nota-se que o trabalho à distância não contemplou todos os profissionais, pois alguns serviços que foram classificados como essenciais precisavam permanecer funcionando com o deslocamento dos funcionários até o local em que as atividades eram desempenhadas normalmente.

Os dados (IPEA, 2021), indicam que os trabalhadores do Brasil que desempenharam suas atividades laborais de forma remota nos meses de maio e novembro de 2020 chegaram a 8,2 milhões de pessoas, apenas 11% dos 74 milhões de profissionais que continuaram a trabalhar durante a pandemia de covid-19.

Ainda sobre a pesquisa realizada (IPEA, 2021) os dados revelaram que (56%) mulheres, brancos (65,6%) e profissionais de nível superior (74,6%) foram a maioria dos trabalhadores em *home office*. O estudo do IBGE mostra que o perfil da população em trabalho remoto diverge da composição da população brasileira, que é formada por 51,1% de mulheres, 54,7% de pretos ou pardos e 13,1% de pessoas com nível superior.

A pesquisa (IPEA, 2021) ao observar a faixa etária percebeu que os trabalhadores de 30 a 39 anos responderam por 31,8% daqueles que declararam estar em *home office*. Entretanto, comparando o setor público com o setor privado, o último concentrou 63,9% do total de profissionais em trabalho remoto.

Quando a pesquisa (IPEA, 2021) se debruça sobre cada setor da economia, nota-se que a educação privada foi a que atingiu o maior percentual de trabalhadores em teletrabalho: 51%. Esse percentual foi de 38,8%, no caso do setor financeiro privado, e de 34,7% na atividade de comunicação privada. Por outro lado, os menores percentuais estavam nas atividades de agricultura (0,6%), logística (1,8%) e alimentação (1,9%).

Entre os funcionários públicos os dados (IPEA, 2021) revelaram que na esfera federal teve 40,7% dos trabalhadores em regime de *home office*, enquanto a estadual, 37,1%, e a municipal, 21,9%. No setor público como um todo, 52,2% dos trabalhadores em home office eram profissionais de ensino. Os menores percentuais foram verificados entre policiais (0,5%) e profissionais de saúde (2,1%). Por fim, a maior parte dos trabalhadores em home office em 2020 era da Região Sudeste (58,2%). O Nordeste (16,3%), o Sul (14,5%), Centro-Oeste (7,7%) e o Norte (3,3%) completam a lista.

Os dados servem para revelar o quanto a pandemia serviu para acender a diferença social que existe, tendo em vista que em um momento de crise que refletiu em tantos setores da sociedade apenas uma parcela pequena teve condições de ficar menos exposta aos riscos que foram ocasionados pela pandemia de Covid-19.

3. DO DIAGNÓSTICO DA SÍNDROME DE BURNOUT A EMISSÃO DA COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO

O método mais aceito internacionalmente para o diagnóstico da Síndrome de *Burnout* foi criado pela psicóloga e estudiosa do fenômeno Christine Maslach, denominado “Maslach *Burnout* Inventory (MBI), com três versões aplicáveis a categorias profissionais específicas. É autoaplicável e avalia as três dimensões do *Burnout* (exaustão profissional, despersonalização e diminuição da realização profissional), (VÁLIO, 2018, p.78).

As autoras Maslach e Jackson definiram a síndrome de *Burnout* desta forma, (VÁLIO, 2018, p. 69). Maslach e Jackson definem *burnout* como o cansaço emocional que leva à perda da motivação com tendência a sentimentos progressivos de inadequação e fracasso. De acordo com as autoras, o *burnout* é o resultado de uma discordância entre os ideais individuais e a realidade de vida laboral diária incluída nas três dimensões:

1. Cansaço ou esgotamento emocional, que se caracteriza pela perda contínua de energia, fadiga, desgaste e/ou falta de recursos emocionais. É componente primordial da Síndrome de *Burnout* que pode ter consequências físicas e psicológicas.
2. Desumanização ou despersonalização, sendo que as suas principais características são o desenvolvimento de atitudes negativas, irritação, cinismo e insensibilidade para com os outros usuários (doentes ou clientes)
3. A falta de realização profissional em que o indivíduo afetado avalia negativamente o seu desempenho profissional, percebe a falta de autorrealização no seu trabalho, diminuindo, desse modo, as suas expectativas pessoais e de autoavaliação, o que conduz a uma autoimagem negativa. Demonstra rejeição de si próprio e das suas realizações pessoais, apresentando ainda sentimentos de fracasso e de baixa autoestima. (VÁLIO, 2018, p. 69).

Na citação acima as autoras e psicólogas descrevem alguns sintomas que tendem a surgir em pacientes que sofrem da síndrome de burnout. O cansaço

emocional é capaz de fazer com que o empregado perca a sua motivação, fique descontente com a vida e acabe entrando em um quadro depressivo.

Pesquisando os trabalhos na base de dados Scielo - Scientific Electronic Llibrary Online referente a síndrome de Burnout, identifica-se que a psicóloga social Christina Maslach foi quem estudou o fenômeno e constatou que o ambiente de trabalho estava associado a eclosão do problema. Maslach e Leiter (1995) relacionaram o Burnout com as características do trabalho, incluindo alto volume de responsabilidade e falta de apoio.

Com o diagnóstico de Burnout, a empresa fica obrigada a emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) para o trabalhador. A tendência observada, porém, é a de que o empregador comumente não atende ao procedimento da emissão do CAT para evitar um ônus pecuniário. Em tese, buscam esquivar-se de indenização por danos morais, indenização por danos existenciais, indenização correspondente, sendo possível o empregado pleitear estabilidade no emprego e até cogitar no direito à pensão mensal vitalícia, dependendo das circunstâncias.

Em termos práticos somente a não concessão do auxílio-doença acidentário pela ausência do CAT irá acarretar a concessão do auxílio-doença que prejudicará o trabalhador em pelo menos três aspectos, quais sejam:

- 1.O valor do benefício previdenciário de auxílio-doença obedece a um percentual menor, observando-se o salário contribuição.
- 2.Durante o período de afastamento, a concessão do auxílio-doença, não gera ao empregador a obrigação de recolher o FGTS.
- 3.No retorno do auxílio-doença não há que se falar em nenhuma estabilidade provisória, tendo em vista que tal direito somente é assegurado na hipótese de auxílio-doença acidentário, segundo o artigo 118, Lei 8213/91.

Segundo Valio (2018), o psicanalista Freudenberg foi quem verificou que os trabalhadores mais vulneráveis para desenvolverem a Síndrome de *Burnout* eram os que, ao desempenharem suas funções laborais, tinham serviços relacionados ao trato de pessoas.

Restou claro, portanto, que a não emissão da CAT causa inúmeros reflexos negativos na vida do trabalhador, culminando, por vezes, com a não percepção do benefício previdenciário, razão pela qual é possível a responsabilização civil do empregador.

Caso a empresa não queira abrir a Comunicação de Acidente de Trabalho, é possível que o próprio trabalhador faça pela internet. Vale ressaltar que em caso de omissão da empresa, a pessoa pode fazer o registro pela internet e será válido perante o INSS.

Ocorre, todavia, que muitos empregadores se furtam do fato de emitirem a CAT, tentando com isso, evitar ônus para a empresa. Além do mais, quando as empresas demoram ou se recusam a abrir a CAT, tem a finalidade de fazer com que o auxílio-doença seja do tipo previdenciário, pois assim o trabalhador não terá direito a doze meses de estabilidade.

Embora a pessoa possa registrar a CAT pela internet, é dever da empresa fazer isso. À luz do artigo 22 da Lei 8.213 de 1991, o acidente de trabalho deve ser comunicado pela empresa a Previdência Social até o primeiro dia útil a que o fato tenha ocorrido.

4. O TRABALHO E AS FORMAS DE TRANSFORMAÇÕES

O mundo capitalista fez com que as formas de trabalho fossem sendo gradativamente alteradas, desta forma a saúde do trabalhador começou a ficar comprometida. Esse comprometimento teve como origem as altas metas, produção em série, jornadas excessivas de trabalho, ambiente em condições precárias, dentre tantos outros fatores que visavam simplesmente os lucros crescentes e à expansão do sistema capitalista.

Antunes (2020), menciona o quanto é necessário entender que a noção marxista, desenvolvida por Mészáros, repete uma questão vital, em sua íntima dimensão relacional: o sistema de metabolismo social do capital destrói o trabalho, destrói a natureza e, conseqüentemente a humanidade. É preciso inventar um outro sistema de metabolismo verdadeiramente social.

Segundo Válido (2018), produção em série, característica do desenvolvimento do capitalismo, evidenciou a fragilidade humana em relação as máquinas. O trabalhador, parte que em uma relação de trabalho oferece a sua mão de obra, passou a ter a sua saúde prejudicada. De um lado, lucros crescentes e expansão

do sistema capitalista, porém de outro, miséria, doentes, mutilados, mortos, viúvas sem assistência do Estado ou dos empregadores.

Assim, o que diferencia as épocas econômicas não é "o que" é produzido, mas "como", "com que meios de trabalho". Estes não apenas fornecem uma medida do grau de desenvolvimento da força de trabalho, mas também indicam as condições sociais nas quais se trabalha. (MARX, 2013, p.257).

Na visão do professor José Paulo Netto (2015), Marx desenvolveu uma concepção nitidamente antropológica e prática do capitalismo e do trabalho. Trabalho só existe sendo feito pelo ser humano, e essa atividade que funda o conjunto das objetivações. Essa atividade que realiza a essência humanaque é um conjunto de atributos, qualidades, conjunto de possibilidades que esse ser vem desenvolvendo ao longo da sua trajetória. Para Marx, segundo Netto (2015), o trabalho é a realização do homem, trabalho é condição de humanidade e se constrói no contexto do sistema de objetivações sociais.

O caráter da antropologia, caráter do *anthropos*, é dignificado paradigmaticamente pelo trabalho. Para Marx o trabalho não é uma obrigação, o trabalho não é uma penitência e não é algo fortuito. O trabalho é aquela objetivação privilegiada que garante a condição humana, a condição da humanidade é o trabalho. Segundo Marx (2013), um valor de uso não se troca pelo mesmo valor de uso. Com o trabalho, o empregado fornece a sua força e habilidade e em troca recebe valores econômicos para atender todas as suas necessidades essenciais. Entretanto, o bem-estar social não pode ser suprido apenas com dinheiro.

5. A PANDEMIA E SEU REFLEXO NA VIDA DOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM

Segundo a Central Única dos Trabalhadores (CUT), 87% de trabalhadores desenvolveram a Síndrome de *Burnout* durante este período de pandemia. Hoje existe um tipo de trabalho tão precarizado a nível de transformar as pessoas em doentes, matá-las, é um trabalho que acaba com a existência do trabalhador. A Organização mundial de saúde incluiu a síndrome de *burnout* na 11ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11), segundo a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS-BRASIL), 2019.

Nota-se com a pandemia o quanto o capital pandêmico possui um grande e claro caráter discriminatório em relação as classes sociais, ao gênero e à

raça, pois para quem depende do próprio trabalho para sobreviver ele é mais desumano, feroz. O número de profissionais de saúde que sofrem dessa síndrome já era alto, mas neste período pandêmico teve um crescimento abrupto. A grande questão é: quanto tempo isso vai durar? Pode levar mais de um ano, e quanto mais o tempo passa, mas desvalorização haverá, mesmo para a força de trabalho. (ANTUNES, 2020, p.17).

De acordo com os resultados da pesquisa Condições de Trabalho dos Profissionais de Saúde no Contexto da Covid-19, realizada pela Fiocruz (2021) em todo o território nacional, os profissionais da área da Saúde estão esgotados, tendo em vista que se encontram há mais de um ano trabalhando na linha de frente, (FIOCRUZ, 2021).

Estudos revelam que a pandemia alterou a vida de 95% desses trabalhadores. Quase 50% admitiram excesso de trabalho ao longo desta crise mundial de saúde, com jornadas de trabalho além 40 horas semanais, e 45% deles necessitam de mais de um emprego para sobreviver. Nos casos em que os profissionais de enfermagem trabalham em mais de um hospital tendem a ser mais expostos aos desgastes que são ocasionados pelo excesso da jornada laboral.

Ao analisar o perfil dos profissionais da saúde percebeu-se que a força de trabalho durante este período de pandemia 77,6% correspondia a força de trabalho feminina (FIOCRUZ, 2021). As mulheres são a classe profissional que predomina nos ambientes hospitalares. No que se refere as mulheres, existem outros fatores que vêm sendo associados para o desenvolvimento da síndrome de *burnout* que não corresponde somente ao trabalho. As mulheres vivem uma jornada dupla, isso porque exercem tarefas de cuidado com a casa, os filhos, marido e pessoas com quem convive no seu círculo social.

A divisão sexual do trabalho é desigual e as mulheres sempre desempenharam na sociedade esta responsabilidade de cuidado. Mesmo após o ingresso das mulheres no mundo econômico não houve um equilíbrio nas funções que foram atribuídas, ao contrário, reforça as desvantagens vividas pelas mulheres que atualmente compartilham o mesmo ambiente que muitas das vezes não foi ocupado por elas.

Os dados (FIOCRUZ, 2021) indicam também que 43,2% dos profissionais de saúde não se sentem protegidos no trabalho de enfrentamento da Covid-19, e o principal motivo, para 23% deles, está relacionado à falta, à escassez e à

inadequação do uso de EPIs (64% revelaram a necessidade de improvisar equipamentos). Os participantes da pesquisa também relataram o medo de se contaminarem no trabalho 18%, a ausência de estrutura adequada para realização da atividade 15%, além de fluxos de internação ineficientes 12,3%. O despreparo técnico dos profissionais para atuar na pandemia foi citado por 11,8%, enquanto 10,4% denunciaram a insensibilidade de gestores para suas necessidades profissionais.

Gonzalez (2020) aponta que existe uma divisão racial e sexual do trabalho, não sendo difícil concluir sobre o processo de triplíce discriminação sofrido pela mulher negra (enquanto raça, classe e sexo), assim como sobre seu lugar na força de trabalho, somada ao recorte de gênero. A posição ocupada pelas trabalhadoras mulheres negras nas funções da enfermagem podem ser capazes de denotar tópicos ainda mais específicos da opressão do capital, especialmente no contexto brasileiro, ou seja, do capitalismo tardio. A pior forma de desperdício jaz no mau uso das forças de produção humanas e materiais existentes; em vez de serem usados para desenvolvimento de pessoas livres são cada vez mais empregadas na produção de coisas inúteis e perniciosas (MANDEL, 1973, p.152).

No que tange aos processos do capital face aos direitos dessas mulheres, o privilégio racial é uma característica marcante da sociedade brasileira, uma vez que o grupo branco é o grande beneficiário da exploração, especialmente da população negra. E não estamos nos referindo apenas ao capitalismo branco, mas também aos brancos sem propriedade dos meios de produção que recebem seus dividendos do racismo. Quando se trata de competir no preenchimento de posições que implicam recompensas materiais ou simbólicas, mesmo que os negros possuam a mesma capacitação, os resultados são sempre favoráveis aos competidores brancos. E isso ocorre em todos os níveis dos diferentes segmentos sociais. O que existe no Brasil, efetivamente, é uma divisão racial do trabalho (GONZALEZ, 2020, p. 39 e p.40).

No mesmo sentido, entre as mulheres trabalhadoras e aquelas que vinham de prósperas famílias de classe média, as primeiras certamente tinham motivos mais evidentes para se comparar às escravas. Embora fossem nominalmente livres, elas eram tão exploradas em suas condições de trabalho e em seus baixos salários que a associação com a escravidão era automática. Isso denuncia a posição inferiorizada das mulheres, inclusive nos direitos trabalhistas (DAVIS, 2016, p. 51).

As mulheres, sobretudo as negras, nesse contexto, estão ainda mais fortemente associadas aos ideais sociais de cuidado. Nos primeiros tempos de “cidadãos iguais perante a lei”, coube à mulher negra arcar com a posição de viga mestra de sua comunidade. Foi o sustento moral e a subsistência dos demais membros da família. Isso significou que seu trabalho físico foi decuplicado, uma vez que era obrigada a se dividir entre o trabalho duro na casa da patroa e as suas obrigações familiares. Nos dias atuais, a situação não é muito diferente (GONZALEZ, 2020, p.33).

As mulheres são comumente associadas à figura materna de proteção e, quando realizam ofícios laborais na área de cuidados com a saúde, como a enfermagem, tornam-se duplamente mais exigidas tanto no seio familiar quanto no ambiente profissional. Isso tende a ser ressaltado por conta dos diversos papéis que a mulher tem a responsabilidade de exercer na sociedade

Carlotto (2011), menciona que como a equipe de enfermagem tende a ser responsável pelo maior contingente da força de trabalho nos hospitais é quem mais sofre com as inadequadas condições de trabalho e com a insalubridade do ambiente.

Carlotto e Palazzo ao analisarem as dimensões da Síndrome de *Burnout* constataram que quanto mais elevada a carga horária, maior o sentimento de desgaste emocional e menor o sentimento de realização com o trabalho.

A responsabilidade civil do empregador referente ao profissional que desenvolve a síndrome de *burnout* surge quando fica constatado que ocorreu o descumprimento de uma obrigação que tinha sido preestabelecida, mas que em determinado momento foi violada. Entende-se que havia uma regra que tinha sido estabelecida em um contrato, porém, pela falta de obediência a essa norma, surge o dever de responsabilizar a outra parte.

A falta de observância ao dever legal gera o descumprimento do exercício de um direito que foi garantido aos trabalhadores pela Carta Magna. A Constituição Federal proporciona ao trabalhador meios que visem à melhoria de sua condição social.

Conforme Válio (2018), quando a vítima for diagnosticada com *Burnout* deverá demonstrar o nexo causal com o trabalho e a existência da doença. Assim o empregador será responsabilizado e deverá indenizar o empregado.

5.1 Análise do estudo de caso realizado com profissionais de enfermagem de um hospital particular do rio de janeiro

O quadro metodológico dessa pesquisa foi desenhado a partir de estudo de casos e com a aplicação de questionário pelo Google Forms, de maneira online, com profissionais de enfermagem de um determinado hospital da rede privada no Estado do Rio de Janeiro que prestou atendimento a pacientes de Covid-19 durante este período de pandemia mundial.

A pesquisa foi realizada com profissionais que no exercício das suas funções desempenhavam as funções de Técnico de enfermagem, Enfermeiro e Enfermeiro chefe, conforme consta na tabela abaixo segue os quantitativo de profissionais de voluntariamente responderam ao questionário.

Técnico de enfermagem	Enfermeiro	Enfermeiro Chefe
13	9	2

Tabela 1. Total de profissionais de enfermagem que responderam ao questionário.

Conforme a tabela acima foi constatado que a equipe de profissionais de enfermagem é composta em grande parte por técnico de enfermagem. A força de trabalho cujo contingente recruta mais trabalhadores são técnico. O grau de escolaridade exigido para o preenchimento desse cargo é nível médio técnico, e isso corresponde ao maior coletivo de mão-de-obra dos profissionais de saúde.

Os dados foram analisados com base no questionário que foi respondido pelos profissionais de enfermagem, o questionário foi assinalado de acordo com o quadro de frequência cuja opções de respostas foram estas nunca, uma vez ao ano ou menos, uma vez ao mês ou menos, algumas vezes durante o mês, uma vez por semana, algumas vezes durante a semana, todos os dias. A frequência serviu como parâmetro para verificar o nível de profissionais com exaustão física e emocional. Abaixo constam as perguntas que foram utilizadas:

1)Qual função você desempenha?	2)Sinto-me emocionalmente esgotado com meu trabalho	3)Sinto-me esgotado no final de um dia de trabalho
---------------------------------------	--	---

4)Sinto-me cansado quando me levanto pela manhã e preciso encarar outro dia de trabalho	5)Trabalhar o dia todo é realmente motivo de tensão para mim	6)Sinto-me acabado por causa do meu trabalho
7)Só desejo fazer o meu trabalho e não ser incomodado	8)Tornei-me menos interessado no meu trabalho desde que assumi o cargo	9)Tornei-me menos entusiasmado com o meu trabalho
10)Tornei-me mais descrente sobre se o meu trabalho contribui para algo	11)Duvido da importância do meu trabalho	12)Sinto-me entusiasmado quando realizo algo no meu trabalho
13)Realizei muitas coisas valiosas no meu trabalho	14)Posso efetivamente solucionar os problemas que surgem no meu trabalho	15)Sinto que estou dando uma contribuição efetiva para essa organização
16)Na minha opinião, sou bom no que faço	17)No meu trabalho, me sinto confiante de que sou eficiente de capaz de fazer com que as coisas aconteçam faço	

Tabela 1. Maslach Burnout Inventory (MBI). O questionário foi assinalado de acordo com o quadro de frequência

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo a pesquisa ficou evidenciado que o grau de percepção dos trabalhadores acerca da importância do seu trabalho em contraste com o cansaço, esgotamento e a valorização da função dificulta que os profissionais de enfermagem percebam o seu adoecimento. Isso porque, eles têm ciência que desempenham uma atividade de cuidado com a saúde dos pacientes, tendem a não notar o quanto a sobrecarga de trabalho tem contribuído para o seu desgaste e adoecimento.

Observou-se que mesmo os profissionais de enfermagem trabalhando excessivas horas por dia, 52% responderam que não se tornaram menos interessado pelo trabalho desde quando assumiram ao cargo. Eles alegam que por entenderem que estão contribuindo para algo valioso, tais como a saúde, vida e bem-estar dos pacientes não se importam com as longas jornadas de trabalho.

Destaca-se que 68% dos profissionais que foram entrevistados responderam que nunca duvidaram da importância do seu trabalho e que quando podem realizar algo para a organização a qual pertencem, se sentem entusiasmado. Os profissionais sentem prazer em saber que estão contribuindo para algo de valor e isso faz com que eles priorizem mais o bem-estar dos pacientes do que o seu próprio bem-estar.

Como os profissionais de enfermagem desempenham uma função importante na vida dos pacientes, eles acreditam que estão realizando um serviços de alto valor que é o seu trabalho. Salienta-se que 60 % desses profissionais sentem que estão dando uma contribuição efetiva para a organização a qual trabalham. Com isso os profissionais acabam confundindo o seu valor quanto profissional para a organização com o valor que ele tem pelo seu trabalho para o empregador.

Vale pontuar que 72% dos profissionais de enfermagem consideram-se bons no trabalho que desempenham. A forma que estes trabalhadores enxergam a importância do seu trabalho na vida dos pacientes, faz com que se dediquem cada vez mais para alcançar a excelência no cuidado que é desempenhado. Estudos apontam que a síndrome de *burnout* tende a ser desenvolvida em profissionais dedicados, competentes, atenciosos, quanto mais o profissional procura ser melhor na função que exerce mais vulnerável se torna.

O que se pretende, a partir dos dados coletados, é construir a teoria envolvida no problema da pesquisa. Ou seja, compreender como tendo diversas leis que regulamentam o trabalho e visam proteger o trabalhador ainda existe um

índice tão alto de profissionais que adoecem ao desempenhar o seu trabalho. Nesse processo racional de descolar-se do imediato, do dado, e pelo movimento que nos leva para além do dado, pretende-se identificar os processos que são tão sinalizados por aquela forma factual, empírico- fenomênica.

É através do movimento da abstração que se inicia o que constitui o essencial do método de Marx, que é a elevação do abstrato ao concreto, conforme percebe Netto (2016). O pensamento partiu de um dado fático, abstraiu-se desse dado, identificou, localizou os processos que esse dado sinaliza, vinculou-se a outros processos e agora retoma ao domínio da empiria. O pesquisador retoma a forma factual, empírica de onde partiu.

A pesquisa objeto do presente projeto, na linha do materialismo histórico-dialético, pode ser classificada, no tocante à forma de abordagem do problema, pelo método indutivo. Parte-se da demonstração factual do problema colocado para, então, elevar as abstrações teóricas que dele exsurtem. E, no movimento do conhecimento, voltar à realidade de forma propositiva, objetivando-se apresentar uma resposta factual para administrar o problema colocado.

Entende-se também que a pesquisa científica possui o papel de denunciar as condições desumanas de produção do trabalho, especialmente o trabalho dos profissionais de enfermagem no ofício da saúde, nas camadas de base, como são as que compõem o grupo que atua como técnicos de enfermagem, enfermeiros e enfermeiros chefes.

Assim, a viabilidade da pesquisa encontra-se relacionada, em primeiro lugar, com o acesso à revisão literária sobre os temas específicos tratados na investigação, consideradas as categorias de análise precarização do trabalho dos profissionais de enfermagem e as condições de trabalho degradantes no capitalismo pandêmico. A pesquisa é viável, ainda, tendo em vista a existência de levantamentos quantitativos e qualitativos já previamente realizados no campo científico, inclusive médico, sociológico e jurídico, que são as bases para a construção desse trabalho proposto. Assim, a viabilidade da pesquisa encontra-se relacionada, em primeiro lugar, com o acesso à revisão literária sobre os temas específicos tratados na investigação, consideradas as categorias de análise precarização do trabalho dos profissionais de enfermagem e as condições de trabalho degradantes no capitalismo pandêmico. A pesquisa é viável, ainda, tendo em vista a existência de levantamentos quantitativos e qualitativos já previamente realizados no campo científico, inclusive médico, sociológico e jurídico, que são as bases para a construção desse trabalho proposto.

Além disso, a pesquisa foi viabilizada por instrumentos metodológicos empíricos, como a pesquisa de campo. Assim, objetivou-se tornar viável a coleta direta de dados, por intermédio da aplicação de questionários o que se mostra como um relevante reforço para a construção do argumento científico em torno do problema proposto.

A pesquisa tem a finalidade de promover a discussão interdisciplinar, no âmbito do direito do trabalho, da sociologia jurídica e da teoria médica, sobre a Síndrome de *Burnout*. Para Marx, na visão de Netto (2016), conhecimento teórico é uma reprodução ideal, conhecimento é uma reprodução ideal na cabeça do homem do objeto real desse conhecimento. Pesquisador para Marx tem como objetivo reproduzir idealmente, ou seja, na sua cabeça, no mundo das ideias, o movimento efetivo real do objeto que cuida esse pesquisador. É isso que para Marx é teoria. Teoria não é um retrato da realidade, teoria quer extrair da realidade um movimento efetivo dela.

O pesquisador tem como plano de pesquisa aquilo que é dado imediatamente, aquilo que ele constata. O ponto de partida de Marx é sempre um conjunto de fatos, pois para Marx o conhecimento é alguma expressão fática, empírica. A aparência para Marx, ou seja, a expressão fática mostra, sinaliza e revela, mas ela também esconde, mistifica e oculta. Por isso, para conhecer um objeto é preciso negar a aparência, negar a fatualidade, negar a empiria. Negar não é cancelar, não é ignorar, é considerá-la em outros termos.

O conhecimento parte da aparência, mas a ultrapassa. É indispensável para o conhecimento teórico pensável, para reconstrução teórica um conhecimento minucioso, rigoroso e circunstanciado. O primeiro passo do conhecimento teórico, como diz Netto (2016) é tomar a fatualidade como indicadora de processo e cabe a razão identificar esses processos. A identificação do processo de que ela é a aparência. Caso da pesquisa histórico social esse negar a empiria passa obrigatoriamente pelo recurso da abstração. Sem processos abstrativos, sem a capacidade de abstrair-se do fato dado é impossível a construção teórica. Refletir sobre a fundamentação teórica em torno do trabalho não pode, porém, ignorar as interseções que ocorrem com outros vieses da vida humana em sociedade e os seus possíveis reflexos jurídicos

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Ricardo. Coronavírus: O trabalho sobre fogo cruzado. -1 edição. São Paulo:Boitempo, 2020.
- BRASIL. Central Única dos Trabalhadores. 87% dos enfermeiros apresentam sintomas de esgotamento, aponta estudo. São Paulo, 2020.
- BRASIL. Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde. Rio de Janeiro, 2021.
- BRASIL. Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Estudo inédito traçará o perfil dos profissionais invisíveis no enfrentamento da Covid-19. Rio de Janeiro, 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Síndrome de Burnout: o que é, quais as causas, sintomas e como tratar. Brasília, 2019.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA). Ipea: 11% dos trabalhadores fizeram home office ao longo de 2020. Rio de Janeiro, 2021.
- BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. CID: burnout é um fenômeno ocupacional. Brasília, 2019.
- MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital; [tradução de Rubens Enderle]. - São Paulo: Boitempo, 2013.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto Comunista. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo:Boitempo Editorial, 2005.
- MANDEL, Ernest. O Capitalismo Tardio. 1ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- NETTO, José Paulo – Introdução ao método de Marx (Primeira parte). Youtube. Publicado em 18 de maio de 2016 Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=2WndNoqRiq8&t=17s> >. Acesso em 30 de março de 2021. 2:50:01
- NETTO, José Paulo – Introdução ao método de Marx (Segunda parte). Youtube. Publicado em 19 de maio de 2016 Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Dl3Yocu-1oI&t=10449s> >. Acesso em 31 de março de 2021. 4:19:04
- NETTO, José Paulo – O que é trabalho para Marx?. Youtube. Publicado em 28 de dezembro de 2015. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=jWamCheyxKM&t=972s> >. Acesso em 31 de março de 2021. 20:47
- NETTO, José Paulo – Método de Marx (Dialética do Concreto). Youtube. Publicado em 09 de outubro de 2016 Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=OoyqbVF7JmI> >. Acesso em 31 de março de 2021. 31:24.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador. São Paulo: LTR, 2018

LIMA, Amanda de Souza et al. Análise da prevalência da Síndrome de Burnout em profissionais da atenção primária em saúde. *Trab. educ. saúde* vol.16 no.1 Rio de Janeiro Jan./Apr.2018 Epub Dec 11, 2017, <http://dx.doi.org/10.1590/1981-7746-sol00099>. Disponível em:< https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462018000100283&lng=p t&tlng=pt >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

TRIGO, Telma Ramos et al. Síndrome de burnout ou estafa profissional e os transtornos psiquiátricos. *Rev. psiquiatr. clín.* vol.34 no.5 São Paulo 2007, <https://doi.org/10.1590/S0101-60832007000500004>. Disponível em:< https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832007000500004&lng=pt&nrm=iso&tlng=en >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

VIEIRA, Isabela et al. Burnout na clínica psiquiátrica: relato de um caso. *Rev. psiquiatr. RioGd. Sul* [online]. 2006, vol.28, n.3, pp.352-356. ISSN 0101 8108, <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-81082006000300015>. Disponível em:. Acesso em: 05 de março de 2021.

AUTONOMIA PRIVADA NAS RESCISÕES IMOTIVADAS DOS CONTRATOS DE TRABALHO E A INCIDÊNCIA DO ART. 477-A DA CLT

Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
cibelecarneiro@id.uff.br

Fernanda Pontes Pimentel

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
fernandapimentel@id.uff.br

1. INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista, que alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) através da Lei 13.467/2017, supervalorizou a autonomia privada individual nos contratos de trabalho, especialmente no tratamento dado pela CLT aos trabalhadores hipersuficientes, qualificados no parágrafo único do seu artigo 444. Essa valorização se evidencia na previsão do artigo 447-A, que dispensou a negociação coletiva e a intervenção das entidades sindicais nas suas demissões coletivas imotivadas.

Desde 2009, o Tribunal Superior do Trabalho reconhecia a necessidade de intervenção sindical nestas demissões, em razão do impacto socioeconômico por elas gerados. Contudo, o Supremo Tribunal Federal instalou divergência no julgamento do tema de Repercussão Geral 638 (RE 999435), por voto do Ministro Marco Aurélio, pela liberdade de negociação demissional, sem fixação de limites para o poder potestativo do empregador de desligar sem justa causa seus empregados. No mesmo feito, a Procuradoria da República argumenta que o Brasil participa de Tratados Internacionais que não admitem a dispensa em massa sem negociação coletiva prévia, o que suscitou divergência na Suprema Corte, ressaltando a dignidade do trabalhador e sua efetiva proteção por parte do Estado.

As alterações na CLT se deram antes da pandemia da COVID-19, sendo inimagináveis os efeitos trazidos por ela sobre todas as relações intersubjetivas. Em relação ao mercado de trabalho, exemplos de grandes empresas demonstram a redução de suas atividades e, conseqüentemente, demissões em massa e sem

negociação prévia com os sindicatos. As manifestações do Ministério Público do Trabalho não impediram a supressão das negociações prévias.

Este artigo tratará da vulnerabilidade do trabalhador e a necessidade de revisão dos limites da autonomia negocial no momento das demissões especialmente no cenário de crise instalado pela pandemia da COVID-19. Para demonstrar o pretendido, o presente trabalho adotará a metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. AUTONOMIA PRIVADA E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEAS

2.1. Da “*Pacta sunt servanda*” à proposição de pactos justos

A história foi marcada pela busca de um ideário de felicidade, definida pelos valores de cada época. A ideia de felicidade já foi compreendida como uma forma de harmonia interna, de uma paz existencial, da busca de poder ou da dominação do outro. Contudo, especialmente em uma sociedade marcada pelo consumo, estabeleceu-se uma busca febril por *safety*⁶⁰ e, visando tal segurança, há a clara tentativa de se ancorar a existência humana na proteção material. Neste sentido, resgata-se o conceito aristotélico de que

[A] felicidade necessita igualmente de bens exteriores, pois é impossível, ou pelo menos não é fácil, praticar ações nobres sem os devidos meios. (...) O homem feliz parece necessitar deste tipo de prosperidade, e é por isso que algumas pessoas identificam a felicidade com a boa fortuna, embora outros a identifiquem com a virtude (ARISTÓTELES, 2001, p. 32).

Mas, no modelo atual, houve uma clara sobrevalorização dos bens materiais, a partir da fixação de novos parâmetros de ideais de uma “vida melhor”.

Essa possibilidade de uma “vida melhor” chega a partir da formação de uma classe trabalhadora que se firma no século XIX com um papel de “agente histórico de emancipação social” (BAUMAN, 2008, p. 210). Contudo, em um contexto do crescente capitalismo, se nota uma busca intensa pelos bens da vida, perdendo-se como classe capaz de transformar a história e marcando-se pela

⁶⁰Palavra da língua inglesa que evoca principalmente os aspectos pessoais – materiais, corporais – da segurança (BAUMAN, 2008, p. 180).

mais-valia, identificando-se por acordos subservientes para a aquisição dos bens da vida⁶¹.

A formação da classe trabalhadora e a sua inserção em um mercado de consumo se intensifica ao longo do Século XX, especialmente diante das transformações sofridas pelo mundo ocidental, assolado pelas duas grandes guerras no continente europeu neste período. Nesse cenário, a Europa inicia um processo de transmutação do modelo econômico do Estado Liberal para o Estado Social, movimento que teve início após a Primeira Guerra Mundial, e que trouxe a consolidação dos denominados direitos sociais, que buscam garantir a todos os cidadãos um mínimo de bens culturais, materiais e sociais, que se refletiram em grande parte das Constituições dos Estados Nacionais situados naquele continente. Com o segundo pós-guerra daquele século, buscou-se uma efetivação dos direitos humanos e a construção de constituições em que o Estado assumira o compromisso político de servir ao homem e não o homem existir para suprir as necessidades do Estado (GRECO, 2008, p. 42).

Tais pactos, na trajetória cumprida pelas pessoas ao longo do Estado Liberal, eram compreendidos como relações entre particulares e foram pautados sobre uma presunção inexorável. Essa conjectura era a noção de que a autonomia da vontade garantiria a preservação dos interesses das partes envolvidas e criaria um equilíbrio natural nas relações negociais, fruto de um conceito de liberdade individual que é marcado no direito privado como “uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não intervenção” (SILVA, 2006, p. 139).

⁶¹ Para Adam Smith, pode-se identificar no comportamento humano uma “propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra. O homem, entretanto, tem necessidade quase constante da ajuda dos semelhantes, e é inútil esperar esta ajuda simplesmente da benevolência alheia. Ele terá maior probabilidade de obter o que quer, se conseguir interessar a seu favor a autoestima dos outros, mostrando-lhes que é vantajoso para eles fazer-lhe ou dar-lhe aquilo de que ele precisa. É isto o que faz toda pessoa que propõe um negócio a outra. Dê-me aquilo que eu quero, e você terá isto aqui, que você quer — esse é o significado de qualquer oferta desse tipo; e é dessa forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos serviços de que necessitamos”. (SMITH, 1996, p. 73).

Desse ideal de liberdade⁶², assegurado pela não intervenção do Estado, surgem a liberdade de agir e de estabelecer pactos⁶³ como a tônica destas relações jurídicas entre particulares. Ao longo deste tempo, se percebe a prevalência do ideal de autonomia da vontade, expressão maior da subjetividade do interesse humano, que vem revelar o seu “querer” em essência, adquirindo um conteúdo psicológico com efeitos jurídicos capazes de gerar obrigações entre as partes, dentro da expressão máxima da liberdade contratual, a cláusula *pacta sunt servanda*. Sob esse viés, “o princípio da autonomia da vontade foi cristalizado como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade do indivíduo o papel de causa primeira das relações jurídicas” (MEIRELES, 2009, p. 66).

Instaura-se, a partir daí, uma reinterpretação necessária dos valores inerentes aos pactos privados, passando-se do paradigma do direito formal burguês para o direito materializado do Estado Social. Deixa-se de lado a noção de igualdade formal adotada a partir dos ideais liberais e percebe-se nitidamente um largo passo das legislações em busca de uma igualdade material. É outorgado ao ser humano a liberdade de querer e buscar seus objetivos em idênticas condições. Determinismos como condição social, nascimento ou gênero sexual deixam, ou ao menos deveriam deixar, de ser determinantes para o alcance de uma vida digna e plena (FERRAZ, 2003, p. 88-89).

2.2. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária?

⁶² Na concepção de Rousseau (2009, p. 25), renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homens, de direitos da humanidade, aos nossos próprios deveres, sendo tal renúncia incompatível com a condição humana.

⁶³ O comportamento humano foi marcado pela percepção de que estando só, a aquisição dos bens necessários à sobrevivência é extremamente árdua e por isso, desenvolveu-se gradualmente a noção da necessidade de estabelecer acordos com seus semelhantes para a aquisição dos bens da vida. Para Adam Smith, se pode identificar no comportamento humano uma “propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra. O homem, entretanto, tem necessidade quase constante da ajuda dos semelhantes, e é inútil esperar esta ajuda simplesmente da benevolência alheia. Ele terá maior probabilidade de obter o que quer, se conseguir interessar a seu favor a autoestima dos outros, mostrando-lhes que é vantajoso para eles fazer-lhe ou dar-lhe aquilo de que ele precisa. É isto o que faz toda pessoa que propõe um negócio a outra. Dê-me aquilo que eu quero, e você terá isto aqui, que você quer — esse é o significado de qualquer oferta desse tipo; e é dessa forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos serviços de que necessitamos”. (SMITH, 1996, p. 73).

A autonomia da vontade é considerada como um fundamento da relação contratual, que deve ser prova do “querer” de cada sujeito de direito, devendo haver uma coincidência entre o “querer interno” e a vontade exteriorizada, sendo causa para a produção dos negócios jurídicos. A distinção apontada por AMARAL (2006, p. 22-23) divide a liberdade, no campo do direito privado, em dois aspectos: (i) no aspecto subjetivo, autonomia da vontade, sendo a faculdade de e (ii) no aspecto objetivo, como um poder jurídico normativo, capaz de criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes o respectivo conteúdo e disciplina, denominando-se autonomia privada⁶⁴.

Com tais transformações, a valorização dos “quereres” protegida pela autonomia da vontade cede lugar à compreensão da autonomia privada como um poder emanado da ordem jurídica, conferido aos particulares para que sejam capazes de autorregular os seus interesses na medida de valores existenciais que preservem toda a integridade do sistema jurídico, mantendo-se como uma expressão privada da liberdade jurídica. Pode-se identificar um poder de autodeterminação e de auto vinculação das situações jurídicas nas quais se inserem, constituindo um estatuto jurídico “pessoal”, ou, seja, cláusulas que regerão determinadas situações jurídicas existenciais ou patrimoniais (STEINMETZ, 2004, p. 190-191).

Tal poder de autodeterminação se funda no interesse das partes em acrescerem bens da vida ao seu patrimônio e na existência de um vínculo de confiança entre os negociantes. A confiança se vincula a uma série de resultados contingentes – sejam relacionados à ação de indivíduos ou à operação de determinados sistemas – estabelecendo-se que “toda confiança é num certo sentido confiança cega”, pois são depositadas uma série de expectativas e presunções em relação ao outro. O sujeito se condiciona a acreditar em mecanismos e engrenagens de um sistema abstrato viabilizadores da vida social moderna, em um “distanciamento tempo-espaço” e das grandes áreas de segurança da vida cotidiana (GIDDENS, 1991, p.44/153). Migrou-se da crença no outro para uma segurança

⁶⁴ A autonomia privada como princípio norteador da relação entre particulares começa a se firmar desde o direito romano. Contudo, chega a seu ápice com a Revolução Francesa, em 1789 e, após, com o liberalismo econômico que se consolidou ao longo dos séculos XVIII E XIX. A partir do Código Civil de Napoleão, a autonomia privada passa a ser princípio informador do sistema jurídico de direito privado (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203).

ontológica em condições de modernidade que se constitui através de rotinas pre-estabelecidas com a finalidade propiciarem conforto e confiança.

2.3 - A autonomia privada e a liberdade de contratar nas relações entre particulares

Celebrados a partir de uma autonomia negocial pautada por princípios e regras constitucionalmente estabelecidos, os contratos passaram por um redimensionamento, deixando de serem simplesmente expressões da autonomia privada e passando a uma “estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes⁶⁵” (GOMES, 2009, p. 17).

Assim, pactos celebrados sob o exercício da autonomia privada devem ser albergados sob o manto dos direitos fundamentais. Essa possibilidade hermenêutica objetiva demonstrar que a pessoa humana deve ser o elemento finalístico da proteção estatal, destinatária principal da tutela emanada do direito positivo, aplicando ao *fattispecie*⁶⁶ a cláusula geral de tutela da pessoa humana (CRFB, art.1º, III).

Em paralelo, novas relações econômicas surgem, trazendo inclusive inéditas categorias de bens, redimensionando-se a propriedade privada a partir de novas formas de titularização de bens corpóreos e incorpóreos. Ainda, redefinem as categorias do trabalho e o seu valor, reorganizando-se as formas de produção e o advento de complexas relações de produção onde não existe mais o limite das fronteiras político-geográficas para a ingerência dos Estados (FARIA, 2010, p. XII).

O processo econômico contemporâneo é determinado e impulsionado pela atividade empresarial e visa coadunar os interesses na obtenção de lucros

⁶⁵ Na polarização dos contratos se podem identificar interesses contrapostos por categorias contratantes, tais como produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos.

⁶⁶ Situação em concreto que devem ser solucionados à luz da ordem jurídica vigente (PERLINGIERI, 2007, p. 18).

com comportamentos capazes de congregarem simultaneamente os valores constitucionais da livre iniciativa⁶⁷ e a finalidade de assegurar a todos uma vida digna, conforme os direitos sociais garantidos a todos⁶⁸.

Emerge da constituição dessas entidades empresárias a necessidade de celebração de pactos de caráter impessoal, onde os vínculos entre as partes são marcados predominantemente por interesses de ordem econômica e patrimonial. Além disso, fortalecem o conceito de empresa como uma atividade econômica organizada, erigida a partir da manifestação de vontade de seus criadores, qualquer que seja o modelo empresarial adotado.

Nessa transversalidade, faz-se necessário pensar a autonomia negocial sob uma perspectiva republicana que transponha o individualismo, para que sejam assegurados direitos subjetivos que possibilitem e garantam a integridade de um convívio equitativo, autônomo e baseado no respeito mútuo. Procura-se que as relações negociais decorram de uma construção racional a partir da intersubjetividade, com o condão de trazer um reconhecimento do “outro” e a valorização da alteridade contida no encontro das vontades, à luz da funcionalidade dos pactos firmados, uma vez que a

[F]unção econômico-social do contrato foi reconhecida como *razão determinante* de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil (GOMES, 2009, p. 23/24).

Contudo, cabe lembrar que a Codificação Civil, fonte subsidiária do Direito do Trabalho, conforme disposto no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, foi alterada pela Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019. De modo bastante contundente, tal reforma propõe um retorno à soberania dos contratos paritários, como se pode depreender da redação atual do art. 421 da mencionada Codificação:

⁶⁷ Que pode ser compreendido como o aspecto econômico do direito individual de liberdade (OSMO, 2006, p. 261)

⁶⁸ Em decorrência destes valores sociais, extrai-se da norma constitucional uma proteção ao mínimo existencial, que está diretamente ligada aos direitos econômicos e, conforme Torres, “está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana” (2009, p. 134).

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (grifou-se). (2002, doc. online)

Tais dispositivos do Código Civil reforçam a natureza privada dos contratos e preveem uma intervenção mínima, mas também impõem limites a essa contratação. A autonomia da vontade não pode ser vista de maneira absoluta, uma vez que as relações privadas transcendem aos pactos individuais e devem ser interpretadas à luz de sua função social.

As entidades empresárias devem ser encaradas, dentro de um modelo de sociedade capitalista e fundado na livre iniciativa, como detentoras de um papel fundamental, qual seja o de agrupar diferentes quantidades de capitais e pessoas com o objetivo de viabilizar e maximizar o exercício das atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços com intuito lucrativo (PIMENTA, 2008, p. 247). Por outro lado, surge no exercício da empresa a fundamental aplicação do princípio da função social, saindo do papel de mero agente econômico e passando a ocupar a posição de propulsora da produção e do desenvolvimento econômico da sociedade. Deve ser considerada como coração da sociedade contemporânea (MACHADO, 2003, p.9) e que deve fugir ao ideal de livre regulamentação vigente no estado liberal para se tornar um vetor de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, impõem-se interpretar o atual artigo 477-A da CLT à luz dos princípios da função social e da livre iniciativa, o que traz uma forte predisposição à declaração de sua inconstitucionalidade.

3. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA E OS CONTRATOS CELEBRADOS APÓS A SUA VIGÊNCIA.

A reforma trabalhista, introduzida pela Lei 13.467/2017, alterou aproximadamente 200 dispositivos da CLT para atender aos interesses do empresariado. Isso sob a alegação de que a flexibilização das regras de proteção ao trabalhador proporcionaria contratos de trabalho mais ágeis e voltados para as demandas das relações contemporâneas, o que geraria mais empregos. Como vaticinado por muitos, isso não se concretizou e o País está mergulhado em números de desemprego alarmantes, com grande desalento na classe trabalhadora, fato agravado pela crise econômica que já estava instalada e pela pandemia da COVID-19⁶⁹.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5766, onde reconheceu a inconstitucionalidade de alguns dispositivos inseridos pela referida reforma, que tratava sobre as despesas processuais de honorários advocatícios e periciais para os beneficiários da justiça gratuita.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

A questão da necessidade de negociação coletiva para a demissão em massa está pendente de julgamento no STF, em sede de repercussão geral, de um

⁶⁹ Neste sentido, cabe trazer matéria jornalística recuperada de: <https://www.istoedinho.com.br/reforma-trabalhista-completa-4-anos-sem-conseguir-estimular-a-criacao-de-empregos/>.

caso concreto ocorrido em 2009 na empresa EMBRAER, onde o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região acolheu a tese do sindicato dos empregados e entendeu como necessária a negociação coletiva prévia para a demissão coletiva. Não que ela fosse proibida, mas diante de sua repercussão social e econômica para além dos contratos individuais, ela deveria ser debatida e discutidos outros mecanismos para enfrentar a crise ou compensações para minimizar os prejuízos dela decorrentes. Esse caso chegou ao Tribunal Superior do Trabalho (RODC 309/2009-000-15-00.4) que entendeu que naquele caso concreto, não haveria necessidade da negociação coletiva, mas que a partir de então, no caso de futuras demissões coletivas, seria necessária a negociação coletiva com os sindicatos, que são legitimados, pela Constituição Federal – artigo 8º, inciso III. Assim vem se posicionando o TST em diversos julgados sobre a necessidade de negociação coletiva.

A questão da EMBRAER chegou ao STF (RE 999.435) e, em 2021, está em pauta para julgamento. Os Ministros Marco Aurélio, Nunes Marques e Alexandre de Moraes entendem que não há exigência de tal negociação na Constituição Federal e em nenhum outro texto normativo vigente, razão pela qual ela não seria necessária. Em sentido contrário, os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

A tese que defende a necessidade da negociação coletiva traz os seguintes pontos: (i) a Constituição Federal, artigos 7º, caput e incisos I e IV; 8º, III, 170; (ii) a Convenção 158 da OIT, além de outras que protegem a relação de emprego; (iii) a dignidade humana do trabalhador; (iv) a vedação do retrocesso social; (v) o valor social do trabalho, dentre outros.

A regra constitucional prevista no caput do artigo 7º⁷⁰ não admite retrocessos como o inserido pela reforma trabalhista no artigo 477-A da CLT. Ademais, o inciso I, que ainda não foi regulamentado pela lei complementar, não pode servir de salvo conduto para prejudicar o trabalhador em face de sua vulnerabilidade na relação de emprego. A proibição do retrocesso social impõe que, quando se atinge determinada efetivação dos direitos sociais, eles passam a integrar os direitos subjetivos e não podem ser violados. Soma-se a esse argumento

⁷⁰ Dita o art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;” (CRFB, 1988, doc. online).

o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Assim, a única conclusão plausível é a de que tal dispositivo deve ser declarado inconstitucional também (ADI 6142).

O inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal proíbe a redução salarial, salvo negociação coletiva. Tal dispositivo permite concluir que situação que prejudiquem demasiadamente a classe trabalhadora, exige espaço de debate e discussão. Se há essa exigência para alterar as condições do contrato, também deve haver para a sua rescisão em circunstância que extrapole o interesse individual, como é o caso.

Quando o artigo 477-A da CLT equiparou a demissão individual, a plúrima e coletiva, violou a Constituição Federal em seu conjunto que exige negociação coletiva em situações especiais, como a do inciso IV do art. 7º. Não se pode admitir que a postura mais drástica de rescisão coletiva pode dispensar a atuação dos sujeitos coletivos para tentar equilibrar as partes nos contratos individuais.

Essa proteção aos direitos trabalhistas na Constituição é chamada por Maurício Godinho Delgado de patamar civilizatório mínimo (2020). Ou seja, trata-se de condições mínimas para que o trabalho seja prestado com dignidade, afastando-se da condição análoga ao trabalho escravo.

Cumprе ressaltar que a proteção que se pretende dar às dispensas coletivas não é no sentido de impedi-las, uma vez que o empregador tem o direito de rescindir os contratos com seus empregados. O que se pretende é contrabalançar esse direito com os efeitos que advêm quando ele é exercido dessa forma.

A negociação coletiva prévia mitiga o direito potestativo do empregador dispensar, em função da relevância social que possuem as dispensas em massa. Por meio dessa negociação, será possível verificar se há medidas alternativas à dispensa, como a redução de jornada, a concessão de férias coletivas, a suspensão do contrato de trabalho, todas já previstas no ordenamento jurídico pátrio como forma de desonerar a empresa em momentos de crise. E ainda, caso as medidas alternativas se mostrem insuficientes para a superação da crise, a negociação coletiva garante que da dispensa decorram prejuízos menores aos trabalhadores, instituindo medidas de caráter compensatório (SANTOS & SILVA, 2018, p. 509/510).

Há regiões, e até municípios inteiros, que giram em torno de uma grande empresa que ali se estabelecem. A ruptura coletiva dos contratos de trabalho com essas comunidades gera um abalo na economia e na organização da sociedade

que não se pode ignorar em nome do direito potestativo que não possui regulamentação por lei complementar como prevê o inciso I do artigo 7º da Constituição. O artigo 477-A se revela materialmente inconstitucional por ir na contramão da efetivação dos direitos fundamentais já alcançado em sede de jurisprudência. Esse dispositivo desequilibrou ainda mais os sujeitos do contrato de trabalho e acentuou a vulnerabilidade dos trabalhadores, considerados em grupo em face do exercício do direito potestativo e unilateral que todo empregador tem de dispensar seus empregados.

A própria Organização Internacional do Trabalho – OIT – veda a mercantilização da força de trabalho como um de seus princípios fundamentais – ressalta-se que o Brasil participa dessa Organização. Não há como dissociar o valor social do trabalho e a dispensa arbitrária, sobretudo a coletiva. É preciso proteger os direitos sociais dos trabalhadores contra os abusos do poder econômico do empregador.

4. AS DEMISSÕES COLETIVAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Durante a pandemia instalada em razão do coronavírus, identificado por COVID-19, diversas empresas se viram forçadas a encerrar suas atividades e, conseqüentemente, dispensar seus empregados. Como já estava em vigor o atual artigo 477-A da CLT, tais demissões de setores inteiros ou de todos os empregados da empresa prescindiram da negociação coletiva. Isso acabou ensejando algumas Ações Coletivas, bem como Ações Cíveis Públicas, promovidas pelo Ministério Público do Trabalho, como por exemplo, Ação Cível Pública Cível 0100413-12.2020.5.01.0052⁷¹, proposta pelo MPT/RJ em face da Churrascaria Fogo de Chão Barra LTDA e outro, cuja decisão foi no sentido de reintegrar os trabalhadores e necessidade de diálogo com o ente sindical para a dispensa coletiva⁷².

O Ministério Público do Trabalho emitiu Nota Técnica Conjunta n. 09/2020 – PGT/CONALIS, tratando sobre o diálogo social, negociação coletiva

⁷¹ É possível ter acesso à Inicial dessa ação no site https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/d542ceb6394d76_documento_407da2f.pdf

⁷² Em sentido contrário, o TRT da 10ª Região, entendeu que a dispensa coletiva da empresa situada naquela localidade era legítima sem a necessidade de negociação coletiva prévia. Processo n. 0000522-13.2020.5.10.0005

e adoção de medidas de proteção ao emprego e ocupação diante da pandemia da doença infecciosa COVID-19⁷³. De acordo com essa Nota, entendeu-se ser necessário o diálogo com as entidades sindicais para se adotar medidas de proteção ao emprego e às ocupações, consoante preconizado pela OIT e ratificado pela Constituição Federal. Em especial quanto às demissões assim se pronunciou:

VI. PRIORIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS PRÉVIOS A QUALQUER PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (OU EQUIVALENTE) OU DISPENSA DE TRABALHADORES, com privilégio da negociação coletiva e/ou do diálogo com as entidades sindicais, para análise e adoção de medidas de redução de impacto na manutenção do emprego e da renda dos trabalhadores, observando-se o princípio da irredutibilidade salarial, com a obrigatoriedade de adoção gradativa de medidas de menor impacto aos trabalhadores, como: a. Adoção de trabalho remoto (teletrabalho/home office); b. Flexibilização de jornada; c. Redução de jornada e adoção de banco de horas; d. Concessão imediata de férias coletivas e individuais; sem a necessidade de pré-aviso de 30 dias de antecedência e/ou notificação de com 15 dias de antecedência para o Ministério da Economia, cientificando-se a entidade sindical representativa, antes do início das respectivas férias; e. Concessão de licença remunerada aos trabalhadores; f. Suspensão dos contratos de trabalho (lay off), com garantia de renda; g. Outras medidas passíveis de adoção pela respectiva empresa ou setor de atividade econômica, com especial para a garantia de renda e salários.

VII. PRIMAZIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E/OU DIÁLOGO COM AS ENTIDADES SINDICAIS PARA INSTITUIÇÃO DE QUALQUER PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA OU EQUIVALENTE; DISPENSA PLÚRIMA OU COLETIVA; devendo referidas medidas Documento assinado eletronicamente por múltiplos signatários em 22/03/2020, às 12h07min44s (horário de Brasília). Endereço para verificação: https://protocoloadministrativo.mpt.mp.br/processoEletronico/consultas/valida_assinatura.php?m=2&id=4556473&ca=3SHTGX8S7J33QJY3 7 somente ser implementadas na insuficiência das demais medidas anteriormente citadas e de outras que sejam passíveis de adoção pela respectiva empresa ou setor;

Assim, embora a Reforma Trabalhista não tenha previsto nem de longe a possibilidade de ocorrer uma pandemia como a que a assola o mundo desde

⁷³ Tal nota pode ser acessa no seguinte site: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nt-6-2020-conalis-mpt.pdf>

2020, a alteração de diversos dispositivos, dentre eles o artigo 477-A revelou-se altamente prejudicial ao equilíbrio dos contratos de trabalho existentes.

As decisões contrárias que foram citadas, por exemplo, de um lado pretendem aplicar o novo dispositivo celetista, como se não tivesse o agravamento pela pandemia; e de outro lado resistem à inconstitucionalidade material já revelada antes mesmo da atual conjuntura.

Soma-se a tudo isso o aguardo do pronunciamento do STF sobre o tema de repercussão geral 638, que embora não trate especificamente do dispositivo reformado, o seu conteúdo é equivalente, qual seja, a necessidade, ou não de negociação coletiva para as dispensas em massa, conforme a Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Parte-se da concepção de que se faz necessária uma nova percepção dos limites da vontade e da intervenção do Poder Judiciário como ente atuante na efetivação da dignidade da pessoa humana e da proteção aos bens da vida necessários a uma existência plena. Pode-se indicar que, ao contratante, deve ser assegurada a autonomia privada, contudo, sempre balizada por interesses supraindividuais que devem transpor a liberdade historicamente inerente às declarações volitivas entre particulares em nome da preservação de princípios norteadores do direito atual, especialmente o conceito de segurança, tanto no plano existencial quanto patrimonial.

Em que pese o contrato de trabalho se localizar no âmbito das relações privadas onde a liberdade e autonomia contratual devem prevalecer, em um Estado Democrático de Direito, tais valores não são absolutos, ainda mais se contrastados com interesses transindividuais, de natureza coletiva. Os valores sociais do trabalho e da própria propriedade inseridos na Constituição Federal apresenta limites ao exercício dos direitos individuais, dentre eles o de demissão pelo empregador. A omissão legislativa ao não regulamentar do inciso I do artigo 7º não significa dizer que tais valores não precisam ser observados.

O desprezo do legislador reformista ao papel dos sindicatos também precisa ser revisto, uma vez que tanto a Constituição no artigo 8º, como a OIT, privilegiam sua atuação quando se trata de representação dos trabalhadores com o objetivo de garantir equilíbrio às relações contratuais.

Muito importante foi a preocupação do Ministério Público do Trabalho ao editar a nota técnica de apoio ao papel dos sindicatos na efetivação dos direitos trabalhistas e proteção ao emprego durante a pandemia da COVID-19. Tal manifestação, somada à realidade trazida pelo grave desequilíbrio destes contratos trazem uma premente necessidade de avaliação da constitucionalidade desses contratos de trabalho.

Portanto, é enorme o anseio da sociedade pelo pronunciamento do STF, na expectativa que também considere inconstitucional o artigo 477-A, como se pronunciou acerca de outros dispositivos na ADI 5766, para que se resgatem nos contratos de trabalho valores de probidade, boa-fé e equilíbrio contratual e viabilizem pactos mais justos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, F. (2006). *Direito Civil: Introdução*. (6ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar.
- ARISTÓTELES. (2001). *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret.
- AZEVEDO, A. J. (2000). *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. (3ª ed. rev.). São Paulo: Saraiva.
- BARROSO, L. R. (2011). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. (3ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- BAUMAN, Z. (2008). *Medo líquido*. São Paulo: Jorge Zahar Editor.
- BOBBIO, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone.
- BOBBIO, N. (2007). *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. (14ª ed.). São Paulo: Paz e Terra.
- Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil*. Recuperado de: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>.
- CORREIA, H. (2021). *Curso de Direito do Trabalho*. (6ª ed.). Salvador: Juspodivm.
- DELGADO, M. G. (2020). *Curso de Direito do Trabalho*. (18ª ed.). São Paulo: LTr.
- FARIA, J. E. (2010). *Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*. (2ª ed.). São Paulo: Saraiva.

FERRAZ, T. S. (2003). Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. (2ª. ed.). São Paulo: Atlas.

GIDDENS, A. (1991). As consequências da modernidade. São Paulo: Editora Une.

GOMES, O. (2009). Contratos. (26ª ed.). Rio de Janeiro: GEN/Forense.

GRECO, L. (2008). Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Revista de Processo (ano 33, n. 164, p. 29/56). São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.

GRUNDMANN, S. (2014). Qual a unidade do direito privado? In: BAUDUS, C. et al. Direito Privado, Constituição e Fronteiras: Encontros da Associação Luso-alemã de Juristas no Brasil (2ª ed., p. 233/261). São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEITE, C. H. B. (2021). Curso de Direito do Trabalho. (13ª ed). São Paulo: Saraiva.

Ley 26994. (2014). Código Civil y Comercial de La Nación. Buenos Aires. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ver-Norma.do?id=235975>.

LORENZETTI, R. L. (1998). Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MACHADO, D. C. (2003). O novo Código Civil Brasileiro e a teoria da empresa. In: Revista de Direito Privado (nº 15). Brasília: Revista dos Tribunais.

MARTINS-COSTA, J. (2000). A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELES, R. M. V. (2009). Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar.

MOLINARO, C. A. (2016). Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia. In: BERTOLDI, M. R.; GASTAL, A. F.; CARDOSO, S. T. Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social – Em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet. (p. 17/33). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

NERY, N., Jr.; ANDRADE, R. M. (2017). Código Civil Comentado. (livro eletrônico, 2ª ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NERY, N., Jr.; ANDRADE, R. M. (2020). Código de Processo Civil Comentado. (livro eletrônico, 5ª ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

- OSMO, C. (2006). Pela máxima efetividade da função social da empresa. In: NERY, R. M. de A. (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. (2007). (Tradução de CICCO, M. C., 3. ed.). Rio de Janeiro: Renovar.
- PIMENTA, E. G. (2008). A disciplina legal das sociedades empresárias sob uma perspectiva de Direito & Economia. In: TIMM, L. B. (org.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- ROUSSEAU, J. J. (2008). *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM.
- SANTOS, F. H. F.; SILVA, L. M. (2018). O novo regramento jurídico da dispensa coletiva e dos planos de demissão voluntária: uma análise crítica. In: COSTA, Â. F. F.; MONTEIRO, A. C. R. B; NETO, S. B. (Coord.). *Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho*. (p. 505/530). Salvador: Juspodivm.
- SILVA, D. F. (2006). O princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In: MORAES, M. C. B. (Coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar.
- SMITH, A. (1996). *A Riqueza das Nações*. (vol. I). São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda.
- STEINMETZ, W. (2004). *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- Tepedino, G.; Menezes, J. B.; MENDES, V. C.; CASTRO E LINS, A. P. (2019). *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum.
- TORRES, R. L. (2009). *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar.

PAINEL 4:
**Gestão de conflitos, segurança
pública e violência social**

OS CRIMES CIBERNÉTICOS REFLETIDOS PELO MARCO CIVIL E PELO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Sara Elizabeth da Silveira

Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, Rio Poma - MG
sarasilveirass4@gmail.com

Rafael Bitencourt Carvalhaes

Universidade Federal Fluminense – PPGDIN, Niterói – RJ
Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, Rio Poma – MG
rafael.carvalhaes@ifsudestemg.edu.br

1. INTRODUÇÃO

A partir de 1990, houve uma mudança na forma de relacionamento entre as pessoas. O conceito de distância tornou-se nitidamente uma forma abstrata de suprir a incapacidade física de outrem em algum campo composto pelo cenário social. Com isso, a informação e a forma da disposição desta foi se alterando, ao renovar hábitos e modos de se relacionar. Nesse cenário, tanto o fluxo de informações como a forma de ampliar o panorama disseminador mudou e, se instalou uma vertente globalizadora e sistematizada em redes com oportunidades abertas aos veículos de comunicação (CASTELLS,2001).

Diante dessa nova realidade, cada vez mais o espaço *online* foi se ambientando de modo real na vida dos usuários. Compras, relacionamentos, reuniões, ligações e transações de negócios eram viabilizadas por essa nova ferramenta. Entretanto, desafios se iniciaram, uma vez que o conglomerado de informações sensíveis não tinha nenhuma proteção no contexto legislativo.

No Brasil, a primeira reação à proteção de dados foi marcada pelo Marco Civil da *Internet*. A supracitada foi elaborada no sentido de abranger a regulação do uso desta de modo a garantir princípios, deveres e garantias para o público da internet, e ainda propor diretrizes para o usufruto legal desta ferramenta.

É sabido que um dos pilares dos direitos humanos fundamentais é a legitimidade do direito à intimidade. Ao amparar nesta prerrogativa basilar, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18) apresenta-se como uma tentativa de garantir a integralidade do usuário frente às redes computacionais.

Segundo Teffé (2020), diante desta legislação todo dado é retratado por um princípio de importância e valor. Assim, hodiernamente, consagra-se dado pessoal em conceito amplo na esfera do dado pessoal, atendendo aos requisitos do modelo regulamentário europeu (*General Data Protection Regulation*).

A relevância do assunto se justifica pela importância no âmbito brasileiro, uma vez que desde o Marco Civil da *Internet*, houve uma consagração de fundamentos amplamente reconhecidos no cenário digital, e ainda, um foco específico na neutralidade da rede (ou seja, no anonimato), para a proteção da identidade e segurança dos usuários.

Diante desse contexto, o presente trabalho consagra um viés exploratório de pesquisa bibliográfica e qualitativa, focando objetivamente no Marco Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados e Leis de Crimes Cibernéticos e seus vieses frente às garantias fundamentais, a qual foi implementada juntamente ao Direito Penal e a perspectiva criminológica.

Por fim, para a produção deste trabalho foram usadas fontes bibliográficas e dados qualitativos e quantitativos, no intuito de desenvolver um texto explicativo. Nesse diapasão, a justificativa deste tema se dá pela relevância de sua necessidade em período pandêmico.

2. O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU evocava que nenhum cidadão poderia estar sujeito a alterações em sua vida privada. Nesse sentido, havia a relevância e necessidade de se estabelecerem leis que protegessem esse ínterim para evitar interferências ou ataques (FONSECA, 2021).

Nos anos 90, diversos provedores de serviços ligados à internet montaram suas redes e estabeleceram seus serviços em bases comerciais. A partir de então, houve um crescimento exponencial de da rede mundial de computadores. A pioneira no assunto foi a Arpanet, que instigou protocolos de comunicação abertos. Assim, pôde se desenvolver com a adição de novas configurações para se acomodar com as necessidades de comunicação que pretende ofertar (CASTELLS, 2001).

Embora muito se falasse de *Internet Freedom*, ou seja, a prerrogativa de uma internet sem nenhuma normatividade. Entretanto, essa falsa liberdade base-

ada na inexistência de leis fez justamente que se determinasse a necessidade destas. Nesse sentido, a necessidade de criação de novas normativas que implementasse segurança ao usuário aumentou. Nos anos noventa, John Perry Barlow manejou a “Declaração de Independência do Ciberespaço”. Assim, declarou o engodo da existência de um espaço virtual para o fluxo liberto de informações. Diante disso, o autor pedia para que os Estados não interferissem no desenvolvimento da rede através de regulações de qualquer espécie. Com a implementação massiva de computadores nos ambientes domésticos desde os anos 2000, os costumes e cotidianos mudaram. No início de 2001, muitas ações das empresas do setor de tecnologia perderam investidores (SOUZA E LEMOS, 2016).

Nessa esteira, em 2011 o projeto do Marco Civil da Internet foi realizado inicialmente em meio a uma parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Desde o princípio, a ideia era que houvesse uma visão de proteção, e não de restrição de liberdades. Desse modo, havia preocupações concernentes a possíveis criminalizações excessivas aos usuários da internet. A plataforma da Cultura Digital foi eleita para a primeira rodada de debates, que em um primeiro momento houve discussões preliminares sobre o texto preliminar produzido pelo Ministério da Justiça. Posteriormente, houve uma discussão sobre o projeto de lei. Essa ferramenta online de debates contribuiu fortemente para o aperfeiçoamento do Marco Civil (BARRETO, 2016). Sobre o debate, Stipp assevera:

Aparentemente um número pouco significativo se comparado com a quantidade de usuários brasileiros que poderiam ter participado, entretanto a qualidade das argumentações e debates civilizados que se verificou naquele contexto contribuíram de forma significativa para 106 o rumo das diretrizes normativas e, além disso, retratou o início e fomento de um novo espaço para debates e efetivação da democracia deliberativa (STIPP, 2017; p. 106-107).

O projeto passou por debates em diversas comissões legislativas. Não obstante, a neutralidade da rede, ou seja, a prerrogativa do tratamento dos dados de forma igual, e os direitos autorais foram assuntos muito debatidos e discordantes (SOUZA E LEMOS, 2016).

Em setembro de 2013, houve um novo e fundamental eixo que alavancou a necessidade de regulação na internet: o ex-agente da CIA (*Central Intelligence Agency*), Edward Snowden deu seu testemunho sobre casos de espionagem dentro da agência. O fato da interceptação de mensagens e dados da presidente Dilma Rousseff e da Petrobras fez com que houvesse uma urgência ainda mais

clara da tramitação do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet na Câmara dos Deputados. Inclusive este foi um motivo de obstrução na casa legislativa (ANDRADE, 2014).

Com essa nova urgência, lembrou-se que já havia alguns projetos de lei que procuravam dar manejo a algo semelhante ao que seria uma lei geral de proteção de dados. Tendo em vista que o Marco Civil seria a alternativa mais célere, algumas disposições do projeto de lei que foi realizado em 2013 migraram para o corpo do Marco Civil (SOUZA E LEMOS, 2016).

Foi levantada a necessidade de uma maior preparação para o projeto, entretanto, isso acarretaria mais tempo. Diante do interesse quanto à celeridade, havia a prerrogativa de sancionar a nova lei na abertura do Encontro Global Multissetorial sobre o Futuro da Governança da Internet-NET Mundial, em abril de 2014. No entanto, foi somente em 23 de junho de 2014 (*após 60 dias de vacatio legis*), que o Marco Civil da Internet entrou em vigor (BARRETO, 2016).

2.1. Aplicação do Marco Civil da Internet

A influência na forma basilar do Marco Civil da Internet veio do próprio corpo constitucional. A preservação e o respeito à liberdade de expressão foram fundamentais. Isso se deu porque esses princípios regulam alguns dos preceitos de grande relevância como o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e cidadania nos meios digitais, a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede (SOUZA E LEMOS, 2016).

Ainda que o Marco Civil seja baseado em consultas públicas e o senso comum acredite que ela foi pensada somente para proteção aos usuários, a demora em sua votação provém da tentativa de ajuste do projeto aos interesses comerciais de grandes empresas (BEZERRA, 2014).

Uma das questões mais discutidas, foi a aplicação da legislação às empresas estrangeiras que tinham sites no Brasil, estarem cerceadas pelo Marco Civil. No entanto, este assunto produziu efeito em inúmeras batalhas judiciais, uma vez que as oportunidades sem precedentes para a comunicação e os negócios trazem incertezas sobre as atividades que são realizadas por meio da internet (BARRETO, 2016).

Essa questão está respaldada pelo princípio constitucional da territorialidade, uma vez que se tratando do território nacional, as pessoas físicas e jurídicas devem ser reguladas pelas normativas pátrias.

3. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O motivo primordial que evocou a proteção de dados surgiu em meados de 1990 que passou a depender mais fortemente dos fluxos internacionais de base de dados, focados em pessoas, nos avanços tecnológicos e na globalização. Nesse sentido, em 2016, a União Europeia adquiriu o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu (GDPR) n.679. O intuito era a proteção de pessoas físicas em meio ao “*free data flow*”, ou seja, à livre circulação de dados (PINHEIRO, 2020).

Faz-se *mister* indagar que a GDPR foi uma tentativa de fortalecimento da legislação europeia para a proteção de dados, uma vez que o aumento da capacidade de processamento de dados e também os avanços tecnológicos advindos da globalização fez com que houvesse relevância na substituição da Diretiva 95/46/CE. Esta diretiva foi promulgada na Europa em 1995, no intuito de proteger os dados pessoais. Assim, a GDPR é considerada um texto que trata com minúcia no contexto da globalização, e ainda retrata seu corpo legislativo em 173 considerandos e 99 artigos (FONSECA, 2021)

Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil foi inspirada na GDPR. No entanto, no contexto brasileiro, essa legislação foi pensada também a abranger o contexto extraterritorial.

Nesse sentido, a importância da proteção de dados se dá no contexto dos fundamentos normativos da LGPD especialmente quanto às questões que envolvem os dados pessoais. Os dados pessoais, segundo Monteiro (2020), podem ser fragmentados em meio às informações, ou ainda agrupados. Podem ainda, ser disciplinados ou não, e relacionando-se diretamente ou indiretamente com a identificação do usuário. Desse modo, Almeida aponta que:

Dados anonimizados ou agregados não são considerados dados pessoais por leis de proteção de dados porque protegem a identificação dos indivíduos. Contudo, mesmo sem fazer referência a qualquer indivíduo, podem prejudicar grupos em virtude de informações sobre locais, etnicidade, situações de saúde e condições socioeconômicas, por exemplo requerendo escrutinamento ético sobre os potenciais benefícios gerados por tais evidências (ALMEIDA, 2020; p 2.490).

Com as mudanças de comportamento permeadas pela globalização e vinculadas à era digital, há um constante monitoramento pelos diversos vértices de comunicação. Assim, o uso do celular, *tablet*, ou câmeras de entrada e saída de prédios ficam sob posse de diversas instituições públicas ou privadas. Os dados são transmitidos e armazenados por empresas que antes da LGPD não tinham nenhuma manobra de proteção e confidencialidade (RIBEIRO, 2020).

Outra questão mormente ao assunto, se encontra na constituição de uma ANDP (Agência Nacional de Proteção de Dados), que ainda não se encontra totalmente concluída. Esse fato, se torna relevante uma vez que não há possibilidade de maiores manifestações por este órgão fundamental.

Nesse encaixo, a proteção dos usuários no mundo da internet foi uma questão a qual se dispõe como cerne da Lei Geral de Proteção de Dados. Entretanto, com a sua implementação em meio a pandemia do coronavírus, muitos entraves foram impostos.

4. OS CRIMES CIBERNÉTICOS NA PANDEMIA COVID 19

Conforme analisado anteriormente, o advento da tecnologia de informação, e com a inclusão frequente e massiva de milhões de usuários na internet de forma mundial, houve uma interligação de indivíduos em diversas nações. Assim, há um alargamento entre os conflitos que emergem entre as diferentes legislações concernentes no âmbito das liberdades e das operações comerciais, fiscais e financeiras (SANTOS, 2018).

Segundo Pereira (2021) crimes cibernéticos, também podem ser denominados de virtuais ou eletrônicos. Esses crimes praticados no meio virtual são atos ilícitos que tem como principal meio, o uso de computadores ou ainda, algum outro aparelho conectado a rede de internet. Diante disso, pode atingir um ou vários usuários simultaneamente, possuindo como principal finalidade o lucro obtido de maneira criminosa.

Os crimes do ciberespaço podem ser classificados como: “delitos informáticos”, em que se conjugam como delitos perpetrados “redes cerradas ou de acesso restringido”; e os “cibercrimes”, que caracterizariam uma segunda fase de crimes perpetrados no meio informático e girariam em torno a redes telemáticas abertas, fechadas ou de acesso restringido (CASABONA, 2006 apud. SANTOS,

2018). Sobre essa Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), cabe ressaltar:

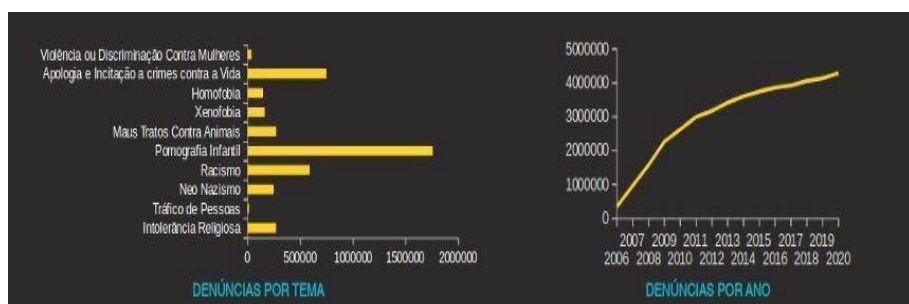
Com tal disseminação de uso das TIC, os recursos eletrônicos não estão sendo apenas empregados pelas empresas, mas também sendo mais utilizados na prática de diversos crimes, como estelionato, furto mediante fraude e pornografia infanto-juvenil, entre outros. Não é nenhuma novidade que os computadores, smartphones, tablets, GPS, câmeras digitais, e outros dispositivos eletrônicos são utilizados e estão envolvidos em crimes e ações ilegais. Surge então um diferente modelo, que é a necessidade de lidar adequadamente com a análise e as investigações que envolvam o uso desses novos recursos tecnológicos utilizados na prática criminosa (CAIADO, 2018;p.10).

Diante disso, é tácito que na pandemia da COVID 19, os crimes provocados pelos métodos de tecnologia e comunicação sofreram um drástico aumento, tem um motivo social rizomático: a taxa de desempregos alarmante, atrelada à falta de auxílio governamental na renda dos mais pobres.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no primeiro trimestre de 2021 a taxa de desemprego no Brasil atingiu os 14,7% no primeiro trimestre deste ano, o que aduz um novo recorde histórico. Entremedio a isso, o último censo da organização governamental Safernet já aduzia um aumento significativo de crimes cibernéticos.

Diante dos números exorbitantes e da taxativa de que os crimes aumentaram durante o período pandêmico, faz-se necessário a análise do gráfico da Organização Safernet:

Figura 1- Denúncias referentes ao ano e ao tema dos cibercrimes.



Fonte: Organização Safernet, *online*.

Diante dos números, vê-se que os crimes de pornografia infantil foram os mais frequentes. A pornografia infantil é um crime e está tipificada no Estatuto da Criança e do Adolescente¹, e também no Código Penal².

Segundo Landini (2000), a pornografia infantil é preocupante, em vista que seu aspecto está ligado às questões muito mais complexas. De acordo com a estudiosa, a pornografia de menores está intrinsecamente ligada à prostituição infantil, à venda e tráfico de crianças.

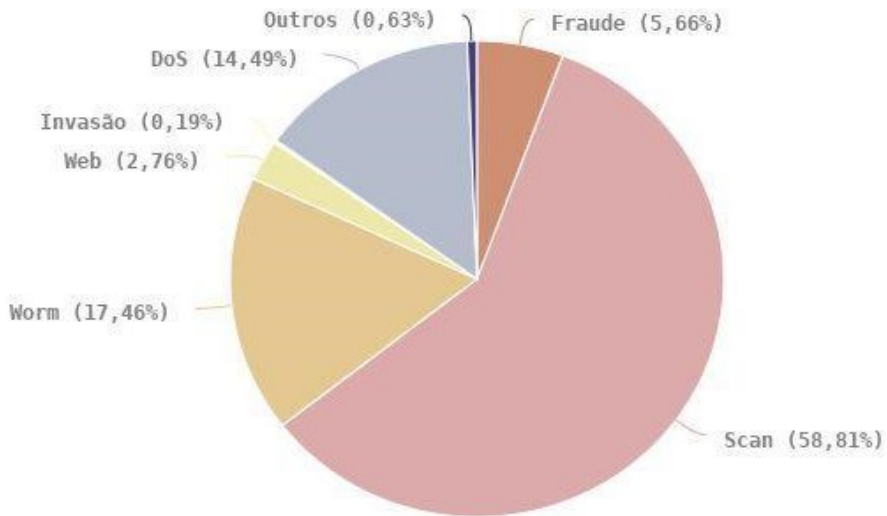
Nesse diapasão, nota-se que os crimes de apologia e incitação a crimes contra a vida, bem como racismo são prismas de grande notoriedade. O racismo por meio das redes é explicado por Kettrey e Nicole (2014), como um fato de que a internet oferece aos usuários que atacam um senso de anonimato. Assim, essas pessoas sentem-se livres para expressar-se de maneira que não fariam de forma presencial.

Por outro lado, a incitação quanto a crimes contra a vida, são um paradigma de grande discussão. Isso se dá, porque a mídia pode ser um fator influenciador para aqueles que começam a enxergar a possibilidade de suicídio como um estilo de vida (GOMES, 2014).

Figura 2- Tipos de crimes mais comuns no período de janeiro a junho de 2020.

¹ ECA - Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: “Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.” (BRASIL, 1990)

² Código Penal- Lei nº 11829 de 13 de julho de 1990: “Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”. (BRASIL,1990)



Fonte: Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil.

É tácito que a Lei Geral de Proteção de Dados coloca em voga a proteção de dados sensíveis. Entretanto, todos os ataques elencados na figura 2, elencam alguma forma de espionagem ilícita na rede do usuário, uma vez que a prática de “scan” configura-se como:

(...) notificações de varreduras em redes de computadores, com o intuito de identificar quais computadores estão ativos e quais serviços estão sendo disponibilizados por eles. É amplamente utilizado por atacantes para identificar potenciais alvos, pois permite associar possíveis vulnerabilidades aos serviços habilitados em um computador (CERT, *online*).

Ao perceber o uso massivo da rede mundial de computadores e pelo massivo volume de usuários em escala mundial, criminosos se adaptaram a cometer as fraudes de modo eletrônico. Para tanto, se aproveitam do isolamento social, e do medo e da ansiedade causados pela pandemia (MARTINS, 2020).

Dados do da Kaspersky Lab os quais analisaram que em 2020 houve um aumento de 124% de ataques a dispositivos móveis. Ainda, o Brasil é o país mais afetado com crimes causados por ataques de *malware* frequentes durante o último

ano na América Latina, tendo 64,4% em proporção a sua população e esse aumento nos ataques cibernéticos, a maioria deles utilizando o COVID-19 como tema (COSTA, 2020).

Dentro os crimes mais evidentes no Brasil durante a pandemia, tem-se o estelionato, o *phishing* (roubo de identidade online), crime utilizando *malwares* e os crimes de ciberpedofilia (a comercialização de conteúdo sexual infantil) e extorsão sexual (chantagem de conteúdo econômico envolvendo conteúdo sexual). (PEREIRA, 2021).

Diante disso, constata-se que o ataque cibernético mais frequente denominado “*scan*”, infringe muitos dos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados, tais como o princípio da transparência, e inconfundivelmente também o princípio da privacidade. Veloso (2020) elenca que a Privacidade de Dados é uma consequência do direito fundamental de privacidade e deve ter as mesmas proteções e garantias no mundo virtual.

5. OS CRIMES CIBERNÉTICOS E O DIREITO PENAL

Em 2008, houve a aprovação da Lei 11.829/2008 que foi resultado de um imenso trabalho de combate à pedofilia. Nesse sentido, verificou-se a necessidade de criar um aparato jurídico que se abarca as condutas criminosas relacionadas à internet (SOUZA E LEMOS, 2016).

A Lei 12.737/12 foi o primeiro texto o qual se preocupou em tipificar os crimes cibernéticos com foco em proteger os dispositivos que atuam de forma *online*. Outrossim, em 2012 foi proposta a Lei 12.737 de 2012, popularmente conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, em virtude da invasão da privacidade e vazamento da intimidade da atriz à época, acrescentando os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal. Essa lei foi o paradigma de tipificação de delitos informáticos no Brasil (SOUZA E LEMOS, 2016).

Hodiernamente, os crimes cibernéticos podem ser classificados como puros quando o sistema informacional é atacado por criminosos por meio de programas maliciosos ou engenharia social. Neste tipo, o foco principal dos criminosos é o dispositivo informatizado ou seu conteúdo. Os impuros ou impróprios, por sua vez, são aqueles online o dispositivo tecnológico é utilizado por meio de alguma prática ilícita e assim, há um gerador de execução ou resultado. Dessa forma, nesse tipo, somente o crime que é praticado envolve a tecnologia

o que faz diversas figuras típicas no Código Penal ou ainda, em leis penais (BARRETO, 2016).

Embora haja previsibilidade para os crimes elencados, alguns destes não estão dispostos de forma direcionada ao meio digital, como é o caso do art. 138 do Código Penal que trata a calúnia, ou art. 147 do mesmo código, que retrata ameaça.

No entanto, ainda há a necessidade de se estabelecer um controle penal que direciona as leis infringidas ao controle de conjunto de preços pelo delito no meio digital. Dessa forma, poderia haver um controle de variáveis a determinar a prestação repressiva para o possível criminoso (LIMA, 2020).

Ainda que se tente acreditar na previsibilidade da lei regulamentar futuras condutas criminosas, infelizmente, não haveria como prever o exponencial crescimento de usuários em meio a uma pandemia global. Nesse sentido, os operadores do direito precisam fazer malabarismo com a hermenêutica jurídica disponível para tentar adequar a norma a realidade vivida.

Segundo análise feita por Lima (2020), a questão desses crimes estaria atrelada ao agente que se comporta por meio de uma digressão analítica racional. Nesse viés, haveria uma análise feita pelo agente acerca do custo-benefício do crime. Diante disso, a escolha prática do crime se torna um cerne racional, em que a análise econômica abarca os reflexos punitivos, uma vez que se trata de um crime não violento que auferir ganhos maiores sem um risco direto para o agente. Para Maues (2018), a ausência de normas específicas para os casos de crimes cibernéticos fomenta uma ideia de impunidade. Isso se dá, porque as peculiaridades dos crimes ficam sem tipicidade e, portanto, sem penalização. Apesar de ser quase impossível aplicar o princípio da taxatividade penal em relação aos crimes virtuais.

Desse modo, tem-se que ao não ter uma política legislativa restrita e direcionada à essas modalidades de crimes, em situações como uma pandemia global, o agente tenta estabelecer e adequar suas ações em meio as legislações ainda não consolidadas e bem definidas. O que corrobora justamente com a ideia de impunidade estabelecida por Maues.

Assim, observamos que houve uma adaptação das práticas criminosas no período pandêmico, principalmente em momentos de isolamento social com maior exposição ao mundo virtual. Por conseguinte, as redes sociais são válvulas

de escape para transtornos de ansiedade, depressão, solidariedade e outros sentimentos que são desencadeados em tempos de crise. Essa necessidade de buscar conexão virtual expõem as pessoas, tornando-as vítimas de criminosos anônimos (SANTOS, 2020).

6. ANÁLISE DA LEI N° 14.155, DE 27 DE MAIO DE 2021

São muitos os motivos que podem evidenciar o aumento exponencial de determinada tipicidade penal. Para Garrido (2006), vários fatores podem determinar o aumento de criminalidade, podendo ser listados: problemas no sistema econômico, pobreza, miséria, subprodutos de sociedades desumanas, fatores culturais, e ainda o desemprego. Quando se trata dessa modalidade criminosa, o ministro Humberto Martins (2021) elenca que os crimes cibernéticos foram substitutos dos crimes típicos de iniciativa presencial, tais como furtos e roubos.

No entanto, é indiscutível que o anonimato dos agentes é um fortuito contribuinte aos crimes cibernéticos. Neste sentido, com aumento crescente deste crime³ é que nasce a lei n° 14.155 de 27 de maio de 2021 (BRASIL), atualizando ⁴ às penalidades dos crimes cibernéticos. O quadro abaixo, evidencia um parâmetro de abordagem referente à lei anterior e a mais atualizada em seus aspectos mais importantes:

SITUAÇÃO	LEI 12.737/2012	LEI 14.155/2021
Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar	reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.	reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

³ Por exemplo, em São Paulo o aumento foi cerca de 265%, e no Distrito Federal foi de 347%, segundo dados da CEACrim (Coordenadoria de Estatística de análise criminal) da Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP).

⁴ Segundo Lon Fuller (1964), um dos grandes requisitos para a efetividade da lei é consistência e perspectiva, o que torna as atualizações de leis deveras relevantes para segurança jurídica.

<p>ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.</p>		
	<p>Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.</p>	<p>Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resultar prejuízo econômico.</p>
		<p>A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.</p>
		<p>A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas</p>

		pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.
		A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.

A proposta é que com o aumento das penalidades ocorra uma diminuição desses crimes, adaptando a tipicidade penal as novas modalidades de crimes que antes não existiam, como é o caso da abordagem pelas redes sociais, ou ainda, a majorante referente aos vulneráveis.

Consoante a isso, esta lei veio com a finalidade de tornar o tipo penal mais adaptado as recentes mudanças sociais, a fim de cumprir algum dos princípios basilares do Direito penal, tal como a legalidade, taxatividade e a proibição da analogia, em um viés de proteção ao usuário (SANTANA, 2021). No entanto, as legislações referentes aos crimes cibernéticos ainda demonstram uma alta abstração e generalidade em relação às condutas, características que as tornam ineficazes para regulamentar e coibir o crime e as tornam meramente simbólicas, sem um eixo de fiscalização, divulgação e implementação de uma política de segurança digital acessível e efetiva.

6.1 A criticidade embasando-se nos crimes cibernéticos

Mormente, é evidente que as leis acerca de crimes cibernéticos não são apenas prerrogativas demandadas de um contexto pandêmico. Prova disso, é que mesmo antes da pandemia já havia a lei nº 12.737/2012. Entretanto, a regulamentação dos cibercrimes possui um contexto simbólico, conforme Anjos elenca de forma didática:

Fim simbólico seria aquele pelo qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a sociedade. Como o Direito Brasileiro sustenta que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, qualquer efeito simbólico da pena é considerado ilegítimo. De forma acrítica, tais efeitos da pena são frequentemente execrados ou simplesmente ignorados pela doutrina penal brasileira (ANJOS, 2007).

O Direito Penal simbólico tenta resolver os imbróglios da criminalidade e da proteção ao indivíduo de forma ilusória, produzindo uma opinião pública que na verdade é uma ilusão. Ela possui um efeito tranquilizador, produzindo uma aparência de “legislador atento” (DE OLIVEIRA TOLEDO, 2015), sem dar conta da questão da amplitude dessa proteção. É sabido que inquestionavelmente um conteúdo simbólico não consegue abranger uma eficácia uniforme de proteção ao indivíduo, tornando a norma penal ineficaz e de aplicação desigual.

A sociedade contemporânea é consagrada como separatista e excludente, na medida que se encontra cada vez mais entremeada em um contexto sinuoso de incertezas. É evidente que o moralismo que permeia a cidadania não deve apenas ser vínculo de direitos legais e políticos, mas também dos direitos sociais, tais como: emprego, renda, educação, saúde e habitação (YOUNG, 2002).

No entanto, a realidade encontra-se defasada nesse sentido, uma vez que a ordem social é vista como absolutista, e na prática deveria abranger a todos. O criminoso é visto como um indivíduo determinista de ameaça maior permeado de ausência civilizatória/socializadora o que impõe ideais punitivistas e questões cruciais são ignoradas: a exclusão social que o infrator sofre desde o início de sua vida civil até o final (criando até uma crise de identidade), uma vez que não há inserção em nenhum momento de sua vida. E essa não inserção é atribuída como culpa ao próprio agente, e não a uma sociedade exclusivista. O que parece, até então, um julgamento permeado pelo sonho americano da meritocracia (YOUNG, 2002).

Mas a pergunta que se instala é: Por quê excluídos? As desigualdades de renda, as riquezas concentradas, as desigualdades de gênero e a falta de igualdade

dentro do próprio sistema fizeram com que essa privação relativa aos pobres desse aumento à criminalidade, na medida que propõe intolerância ao que descumprem a lei. Nessa nuance, as leis referentes aos cibercrimes em tese propõem a resolução desses crimes em face da conduta delituosa do agente. No entanto, o cerne do problema possui maior profundidade crítica em face de uma falsa determinação por parte de uma sociedade punitivista que seleciona quem deve ser protegido e quem deve ser rotulado como criminoso, e não os bens jurídicos na totalidade dos indivíduos. Porque se assim fosse, não haveria a exclusão e marginalização dos agentes.

Falta, portanto, lembrar que o “crime não é qualidade do ato, mas um ato qualificado como crime pelo controle social” (SANTOS, 2021, p. 345). Assim, o indivíduo está à mercê do recrudescimento penal, o que protege uma parcela da sociedade em relação à possível frequência dos delitos. No entanto, ainda não oferece resolução do porquê o agente realizou o crime e os problemas de exclusão e não inserção deste na sociedade.

A proposta que se debate constata que a classe dominante tem o pensamento dominante, que reflete na própria ideia de proteção de bens jurídicos. E nesse sentido, essa classe demonstra pouca destreza ao tratar do rizoma dos menos abastados, pois, tem uma visão linear em que os bens jurídicos que devem ser protegidos são os dos mais abastados, ou seja, do próprio grupo dominante.

Nesta instância, entra em voga a vertente da criminologia radical como um processo de controle social e das práticas criminosas. Assim, o crime torna-se cerne de um estudo por meio do qual há características do crime e do controle social na divisão social de classes fundadas pelas próprias políticas estatais (DOS SANTOS, 2018).

Por fim, cabe salientar que o crime e o controle social não podem ser meramente resumidos à tipicidade penal, mas sim o tipo social do autor, tipo da sociedade, formação econômico social do mercado mundial, divisões sociais do trabalho e ainda divisão de mão de obra (DOS SANTOS, 2018). Entremeados a essa questão, é evidenciado uma política também acerca da criminologia atuarial, a qual faz jus aos meios econômicos e estatísticos para controle de parcela da sociedade. Nesse contexto, o cenário punitivo passa a “utilizar a pena criminal para o sistemático controle de *grupos de risco* mediante *neutralização* de seus membros salientes, isto é, a *gestão* de uma permanente população *perigosa*, pelo menor preço possível.” (DIETER, 2013, p. 100).

CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega, é que embora a preocupação em relação a estes crimes seja válida, ainda há muitos entraves para o usuário ser efetivamente protegido: a falta de informação das pessoas, bem como a dificuldade de efetivar políticas públicas torna muitos pontos dessas leis meramente simbólicos.

Não somente isso, esses crimes ainda geram muito conflito em um contexto que se destaca pela idiosincrasia não apenas da proteção dos bens jurídicos, mas também pela própria penalização simbólica dos crimes. Vê-se que a criminalização e o recrudescimento de leis penais não podem restringir-se a alguns indivíduos, mascarando um Estado desigual e ausente.

Nesse sentido, a alta taxa de desempregos, instabilidade política, regresso econômico e ainda, o medo provocado pela pandemia são fundamentais para análise e compreensão do fenômeno criminoso em um cenário que se torna capcioso ao instigar sempre a mesma ideia punitiva e restritiva de direitos como solução para os problemas.

Estas questões apresentam um panorama de crescimento dos delitos cibernéticos e a incapacidade da proteção aos bens jurídicos digitais e fomenta a ideia de impunidade. As respostas simbólicas e neoretributivas visam solucionar um problema de política criminal por meio da regulamentação abstratas de condutas sem observar o contexto social. O que se almeja é a implementação de políticas públicas criminais e um aparato de segurança digital com maior proteção aos usuários/vítimas, respeitando os princípios da mínima intervenção estatal e subsidiariedade do direito penal em relação a determinadas condutas.

As legislações são um passo importante para proteção dos bens jurídicos digitais, mas elas não são uma panaceia para os problemas da sociedade. O recrudescimento penal é uma aposta perdida em um modelo de prevenção geral e especial que já se demonstrou incapaz de inibir as condutas criminosas. Precisamos de políticas públicas de inclusão e segurança digital que levem a sério o problema dos crimes digitais, especialmente em momentos de virtualização das relações sociais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Simone Caixeta de. Trajetória legal do marco civil. *ComCiência*, n. 158, p. 0-0, 2014.

ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2487-2492, 2020.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. Manual de Investigação Cibernética: à luz do Marco Civil da Internet. Brasport, 2016.

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e impunibilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no projeto do marco civil. *Revista de Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação da Comunicação e da Cultura*, Florianópolis, v.16, n.2, p.157-171, maio/ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro De 2012.

BRASIL. IBGE. Taxa de Desemprego. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. STJ. Crime cibernético tomou lugar de roubos e furtos na pandemia, diz ministro Humberto Martins. Portal do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/Crime-cibernetico-tomou-lugar-de-roubos-e-furtos-na-pandemia--diz-o-ministro-Humberto-Martins.aspx>. Acesso em 18/08/2021.

CERT. Incidentes reportados pela CERT. Disponível em: <https://www.cert.br/stats/incidentes/2020-jan-jun/tiposataque.html>. Acesso em: 31/05/2021.

COSTA, Tais Barros Trajano Ribeiro. O aumento do crime cibernético durante a pandemia do Covid-19. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84536/o-aumento-do-crime-cibernetico-durante-a-pandemia-do-covid-19>

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: Estudo sobre as bases legais civilística: revista eletrônica de direito civil, v. 9, n. 1, p. 1-38, 2020.

TOLEDO, Kelvia de Oliveira; DE ASSIS, Claudio Abel Franco. O simbolismo penal e a deslegitimação do poder punitivo na sociedade de risco: consequências e imprecisões. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2015.

DIETER, Maurício Stegemann. Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOS SANTOS, Juez Cirino. A criminologia radical. Forense, 1981.

- FULLER, Lon L. The morality of law. 1964.
- GARCIA, Lara Rocha et al. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Guia de implantação. Editora Blucher, 2020.
- GOMES, Juliana Oliveira et al. Suicídio e internet: análise de resultados em ferramentas de busca. *Psicologia & Sociedade*, v. 26, n. 1, p. 63-73, 2014.
- GARRIDO, Adriana Cristina Oliver. Fatores sociais de criminalidade. Minas Gerais: Atenas, 2006.
- LANDINI, Tatiana Savoia. Violência sexual contra crianças na mídia impressa: gênero e geração. *Cadernos pagu*, n. 26, p. 225-252, 2006.
- LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Crime é escolhido com base em análise econômica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/larissa-pinho-crime-escolhido-base-analise-economica#>. Acesso em 07 jul.2021.
- KETTREY, H. H; LASTER, W. N. (2014). Staking territory in the “World White Web” an exploration of the roles of overt and color-blind racism in maintaining racial boundaries on a popular web site. *Social Currents*, 1 (3), 257-274.
- MAUES, Gustavo Brandão Koury; DUARTE, Kaique Campos; CARDOSO, WRS. Crimes virtuais: uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira. *Revista Científica da FASETE*, v. 1, p. 1, 2018.
- MONTEIRO, Guilherme Ornelas. Proteção de Dados Pessoais: uma análise dos efeitos da pandemia da COVID-19 na proteção dos dados. *Caderno Virtual*, v. 3, n. 48, 2020.
- PEREIRA, Tacieli; PITON, Vinícius; ALBRECHT, Evandro Carlos. Qual a Influência da Pandemia do Covid-19 aos Crimes Cibernéticos? *Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste*, v. 6, p. e27783-e27783, 2021.
- PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018-LGPD. Saraiva Educação SA, 2020.
- RIBEIRO, Marcio Vinicius Machado. Nossos Dados na Era Digital (LGPD). *Conhecimento Interativo*, v. 14, n. 2, 2020.
- SAFERNET. Indicadores da Organização Safernet. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html>. Acesso em: 31/05/2021.
- SANTANA, Roque Felipe da Silva et al. Crimes cibernéticos: análise evolutiva da legislação penal brasileira e seus desafios. 2021.
- SANTOS, Ederson Luis Reis. Fenômenos criminológicos decorrentes da pandemia covid-19. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84677/fenomenos-criminologicos-decorrentes-da-pandemia-covid-19>. Acesso em 07 jul.2021.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016.

STIPP, Luna; ALVES, Fernando de Brito. Análise e Aplicação da Democracia Deliberativa no Marco Civil Da Internet. Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, p. 99, 2017.

VELOSO, Bárbara Ohanna. Aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados no contexto da Pandemia do COVID-19: Auxílio Emergencial–Estudo de caso. REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADA, v. 1, n. 2, 2020.

PROCESSO ELETRÔNICO E EXCLUSÃO DIGITAL: PANORAMA LEGISLATIVO NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

Ana Paula Faria Felipe

Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil
anapaulaffelipe@gmail.com

Maria Carolina Rodrigues Freitas

Doutora em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil
carolinarfreitas@gmail.com

Elaine Mary Rossi de Oliveira

Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil
elainerossi@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é tema central no sistema jurídico das democracias ocidentais. Se o Estado possui o monopólio da solução de conflitos em uma sociedade, proibindo a autodefesa, o acesso à justiça é fundamental para garantir a pacificação social e, ao fim, a própria democracia, posto que para afastar a violação de um direito por particular ou pelo próprio Estado só é possível se socorrer à tutela de um dos órgãos jurisdicionais deste Estado.

Contudo a garantia ao acesso à justiça sofre com uma série de obstáculos que foram diagnosticados por Cappelletti e Garth (1978). Estes obstáculos são de ordem econômica, social e cultural. Os custos econômicos para a propositura de uma ação, tais como as taxas, emolumentos e honorários advocatícios, representam uma dificuldade para que aqueles com baixa condição financeira alcancem a prestação jurisdicional. Estes mesmos sujeitos podem também não conhecer os seus direitos, ignorando que o problema que lhe aflige é de ordem jurídica. Outrossim, ainda que reconheça um direito, muitos sujeitos não buscarão a prestação jurisdicional em razão da falta de proximidade dos órgãos estatais com o cidadão, por com receio da burocracia ou por uma experiência pretérita negativa.

Por outro lado, os direitos individuais e os mecanismos de administração de conflito em muitas situações se demonstram insuficientes para tutelar uma

série de garantia fundamentais, o que passa a demandar uma profunda revisão do processo civil. Todos estes fatores acabam deixando uma série de conflitos e violações à direitos à margem da tutela jurisdicional.

Num cenário de crescente virtualização de processos e da prestação jurisdicional, um novo obstáculo surge para a garantia deste basilar direito: a exclusão digital de parcelas da população que não tem acesso à equipamentos, internet ou conhecimento técnico para o manejo dos sistemas que passaram a ser utilizados pelos tribunais.

O presente trabalho pretende expor um brevíssimo resumo dos estudos que estamos desenvolvendo sobre o tema acesso à justiça na perspectiva do Direito brasileiro e da Legislação do bloco Europeu como forma de estabelecer distinções nestas culturas jurídicas.

Neste sentido analisaremos o esforço legislativo e institucional que vem sendo levado a cabo no Brasil e no bloco Europeu para proporcionar maior efetividade ao direito de acesso à justiça em tempos de processo digital.

Antes de ingressarmos nos resultados parciais produzidos por nossa pesquisa, precisamos fazer uma ressalva metodológica. Não pretendemos realizar um trabalho de direito comparado, nosso objetivo será informativo, ou seja, apresentar um panorama legislativo sobre o tema nos dois países.

2. PANORAMA BRASILEIRO

No Brasil a informatização chegou ao Judiciário, oficialmente e formalmente, pela Lei 11.419, de 19.12.2006, admitindo o meio eletrônico na tramitação de processos judiciais. O texto legal facultou o desenvolvimento de sistemas eletrônicos pelos órgãos do Poder Judiciário, instituiu a assinatura eletrônica e possibilitou a criação de Diário da Justiça Eletrônico.

Algumas vantagens foram institucionalmente destacadas: redução extrema no uso de papel; diminuição do deslocamento de partes e advogados para obtenção de informações e peticionamento; eliminação de serviços burocráticos; maior celeridade processual com a concessão de prazos comuns.

Ainda de acordo com a referida legislação, caberia aos Tribunais regulamentar e desenvolver o sistema de processo eletrônico dentro de sua competência. Com isso abriu-se a porta para uma profusão de sistemas.

Somente em 2009 houve a celebração de acordo de cooperação técnica (73/2009) entre o CNJ e os cinco Tribunais Regionais Federais para a instituição de um sistema unificado. Posteriormente, em 2010, com o acordo de cooperação técnica nº 43/2010, os quatorze Tribunais de Justiça Estaduais uniram-se neste mesmo esforço de unificar os sistemas, dando origem ao Processo Judicial Eletrônico (PJe). Os parâmetros para instalação e funcionamento deste sistema encontra regulação da Resolução 185 do CNJ.

De acordo com essa resolução é de responsabilidade do usuário o acesso à internet, a configuração de um hardware para a utilização do sistema e aquisição de certificado digital para a assinatura e autenticação de documentos. Ainda de acordo com a referida resolução, caso seja atribuída à parte a capacidade postulatória, os órgãos do poder judiciário devem viabilizar a digitalização e transmissão das peças processuais com o auxílio de um servidor da unidade judiciária que abriga o processo.

Em sendo assim, neste sistema só é possível o peticionamento por aqueles que possuem certificado digital e para as partes, no exercício de capacidade postulatória, com auxílio do servidor público. A dispensa da utilização do sistema só ocorre para a prática de atos improrrogáveis durante a indisponibilidade do sistema ou se o usuário necessitar praticar ato urgente e não possua assinatura digital por caso fortuito ou força maior.

Já o acesso aos autos, o art.18 da referida Resolução prevê que os órgãos do Poder Judiciário, diretamente ou através de convênios com a OAB ou outras instituições, devem manter equipamento à disposição das partes, advogados e interessados para consulta ao conteúdo dos autos digitais. Aliás, a disponibilidade de equipamentos e acesso à internet para garantir ampla acessibilidade ao sistema já era prevista no art. 10, § 3º da Lei 11.419/2006.

De outro lado, embora garantido o acesso à equipamentos e tecnologia que permitam o ingresso e manuseio do processo eletrônico, há de ser considerada a falta de expertise do usuário para utilização da tecnologia. Pensando nesta questão, o CNJ estabeleceu, através da Resolução 185, que os órgãos do Poder Judiciário, diretamente ou através de convênios com outras instituições e associações, devem providenciar o treinamento para utilização destes sistemas e o suporte técnico necessário para a usabilidade⁵ dos sistemas.

⁵ A usabilidade é a capacidade de um software em conduzir o usuário a concluir seus objetivos com eficácia, eficiência e satisfação. Cf. BETIOL et al. (2015).

Diante de qualquer dificuldade para utilização e funcionamento do sistema, caberá ao magistrado da causa solucionar aquelas questões que não estão previstas em lei ou na resolução (art.43 da Resolução 185 CNJ).

Todo este arcabouço legislativo encontra grande dificuldade de concretização diante do quadro de vulnerabilidade digital de parte da população brasileira. Segundo pesquisa TIC Domicílios relativa ao ano de 2019, realizada pelo CETIC.br – Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – sob os auspícios da UNESCO, 20 milhões de domicílios do Brasil (28%) não possuem internet, sendo 50% pertencentes às classes D e E; um a cada quatro brasileiros não usa a Internet, sendo 47 milhões de não usuários; o celular é o dispositivo mais usado (99%), sendo que 58% somente acessam a Internet por celular. Por este levantamento fica claro que as possibilidades de acesso se reduzem nas classes D e E.

Parte da população brasileira lida com restrição de acesso à equipamentos tecnológicos necessário para o manejo do processo eletrônico. O acesso e a qualidade dos serviços de internet também não são uniformes em todo o território nacional. Estas deficiências devem ser consideradas e o poder público deve desenvolver políticas de inserção no mundo digital para que as desigualdades sociais não representem um obstáculo ao pleno acesso à justiça. Esse obstáculo se encontra não só na obtenção de equipamentos e acesso à internet, como no manuseio de ferramentas tecnológicas.

Em um país cuja Constituição tem por garantia fundamental o acesso à justiça de forma ampla, a ausência de políticas públicas para inclusão digital ante a completa virtualização do Judiciário, representa grave descumprimento da norma constitucional.

Ademais não deve ser um ônus do jurisdicionado a comprovação da incapacidade de dispor dos meios necessários para acessar o processo eletrônico. Ao prever que a dispensa na utilização do sistema está restrita à comprovação de usuário que não possuam assinatura digital por caso fortuito ou força maior e necessitem realizar um ato processual urgente, a Resolução 185 do CNJ restringe o amplo acesso à justiça impedindo a participação em atos ordinários do processo de usuário externos não habilitados. É preciso garantir alternativas de inclusão digital para além da disponibilização de equipamento nas serventias dos tribunais para que todos os jurisdicionados, em igual condição, possam produzir provas, acessar os autos e realizar audiências.

Um exemplo que como a vulnerabilidade digital pode ser um obstáculo ao acesso à justiça e da carência de disciplina legal e política pública para enfrentá-la se estabeleceu no decorrer destes últimos meses que enfrentamos a pandemia da Covid-19. Ocorreu uma aceleração na virtualização dos processos e, para que não se mantivesse a suspensão dos processos, foi admitida a realização de audiências na modalidade virtual pela Resolução nº 329 do CNJ de 30.07.2020.

Ocorre que existem uma multiplicidade de softwares para a realização deste ato, com linguagens diferentes e que exigem hardwares com capacidades diferentes. Caso a parte não possua condições ou habilidades para acessar o aplicativo no qual se dará a audiência deve peticionar, obviamente por via eletrônica, informando a inviabilidade de manuseio ou ficará sem participar de ato processual essencial para o deslinde do processo. Se a audiência não puder ser realizada por videoconferência deverá aguardar uma pauta presencial.

Assim se estabelecem dois fatores de desigualação entre os jurisdicionados nos atos orais do processo. O primeiro deles distingue aqueles que manterão a marcha processual com a realização dos atos por meio virtual daqueles que terão o processo suspenso até que se possa realizar audiência presencial. O segundo fator de discrimine diz respeito à capacidade de operar e acessar o sistema de modo pleno, posto que alguns usuários até participarão do ato, mas em condições tecnológicas dispare, de modo que sua compreensão sobre o ato ou a prática de uma conduta durante a audiência será dificultada.

Ao longo desses anos e até mesmo diante das mudanças inevitáveis adotadas para continuidade da entrega da prestação jurisdicional em razão das medidas de isolamento necessárias para contenção da contaminação do Corona vírus, a medida adotada pelo Judiciário tem sido a mesma, como se vê das Resoluções CNJ 185/2013⁶ e 341/2020⁷ e da recente Recomendação 101 do CNJ, de 12 de

⁶Art. 41. A partir da data de implantação do PJe, os Tribunais manterão, no âmbito de suas atribuições, estruturas de atendimento e suporte aos usuários.

§ 1º Os Conselhos e Tribunais deverão treinar multiplicadores do Ministério Público, da OAB, das Procuradorias de órgãos públicos e da Defensoria Pública, previamente à obrigatoriedade de utilização do PJe.

§ 2º Os Conselhos e Tribunais deverão disponibilizar ambiente de treinamento do PJe, acessível ao público externo.” Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933> . Acesso em 17 set. de 2021.

⁷Art. 1º Os tribunais deverão disponibilizar salas para a realização de atos processuais, especialmente depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça por

julho de 2021⁸. Desde a edição da Lei 11.419/2006, nenhuma política pública efetiva voltada exclusivamente para o acesso à justiça visando combater a exclusão digital foi implantada.

Muito embora a recomendação esteja voltada para adoção de medidas específicas para garantir acesso à justiça aos “excluídos digitais”, a única novidade introduzida por esse último ato do CNJ foi de recomendar a disponibilização de um servidor para fazer o encaminhamento digital de eventuais requerimentos e demais auxílios.

A inclusão digital deve abranger disponibilização de equipamentos, acesso à internet, programas para desenvolvimento de habilidades e entendimento dos cidadãos sobre o uso dos softwares, e interfaces amigáveis e intuitivas que permitam ao usuário hipossuficiente estar em condições de participar ativamente na defesa de seus direitos.

sistema de videoconferência em todos os fóruns, garantindo a adequação dos meios tecnológicos aptos a dar efetividade ao disposto no art. 7º do Código de Processo Civil.

§ 1º Enquanto se fizerem necessárias medidas sanitárias para evitar o contágio pela Covid-19, a unidade judiciária deverá zelar pela observância das orientações dos órgãos de saúde, especialmente o distanciamento mínimo de 1,5m (um metro e cinquenta centímetros) entre os presentes e a desinfecção de equipamentos após a utilização.

§ 2º Deverão ser designados servidores para acompanhar a videoconferência na sede da unidade judiciária, que serão responsáveis pela verificação da regularidade do ato, pela identificação e garantia da incomunicabilidade entre as testemunhas, quando for o caso, dentre outras medidas necessárias para realização válida do ato.

§ 3º As salas para colheita da prova oral por meio de videoconferência deverão, preferencialmente, estar localizadas nos andares térreos, de modo a facilitar a acessibilidade e a evitar o fluxo de pessoas nos elevadores e demais andares dos fóruns.” Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508>. Acesso em: 17 set. de 2021.

⁸“Art. 2º Recomenda-se aos tribunais brasileiros disponibilizar, em suas unidades físicas, pelo menos um servidor em regime de trabalho presencial durante o horário de expediente regimental, ainda que cumulando funções, para atendimento aos excluídos digitais, a fim de garantir o amplo acesso à justiça, efetuar o encaminhamento digital dos eventuais requerimentos formulados e auxiliar o jurisdicionado naquilo que se revelar necessário.

§1º Para o atendimento faz-se necessário observar a legislação vigente para atendimento preferencial de idosos, pessoas com deficiência, gestantes entre outros.

§2º O servidor responsável pelo atendimento verificará se os dados cadastrais de endereço e contato telefônico da parte, contidos nos autos estão atualizados, a fim de garantir a máxima efetividade quanto à ciência das futuras intimações.”

A implementação dos atos judiciais eletrônicos tem sido feita sem acompanhamento destas respectivas providências de amparo aos excluídos digitais. Essa constatação é retirada dos textos legais correlatos.

Interessante observar que o CNJ, nos considerados da Recomendação 101/2021, editada ante sugestões da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) na 4ª Reunião do Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário em junho de 2021⁹, destaca a necessidade do Poder Judiciário elaborar estratégias inclusivas para propiciar o acesso àqueles que não têm meios para acompanhar as modernizações introduzidas; reconhece que os benefícios advindos das novas ferramentas tecnológicas não estão ao alcance de significativa parcela da sociedade brasileira por dificuldades de acesso aos meios digitais; e menciona a imprescindibilidade de se “...observar as implicações do uso da tecnologia no que diz respeito aos direitos fundamentais, essencialmente o direito à igualdade, à pluralidade e ao acesso à justiça”. No entanto, adota tardiamente e insatisfatoriamente providências para socorrer os excluídos digitais.

Para o ativista italiano e empreendedor digital Stefano Quintalarelli¹⁰, ter uma internet adequada é um novo "direito social", competindo à administração pública e ao estado realizar programas para inclusão digital.

Nesse sentido é a Lei nº 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, apontando o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania (art. 7º) e fixa diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil, mediante “prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos” (art. 24, X).

As medidas até o momento adotadas no âmbito do Judiciário para acesso à justiça e ao processo eletrônico são ineficazes, na medida em que não conferem aprendizado e independência do cidadão na utilização das ferramentas virtuais adotadas.

⁹ Disponível em: <https://www.amb.com.br/cnj-atende-sugestao-da-amb-para-garantir-acesso-justica-para-46-milhoes-de-cidadaos/>. Acesso em 17 set. de 2021.

¹⁰ Extraído de entrevista concedida no ciclo de “conversas na Crise – Depois do Futuro”, organizado pelo Instituto de Estudos Avançados (IdEA) da Unicamp em parceria com o UOL. <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/08/05/exclusao-digital-na-pandemia-e-nova-forma-de-discriminacao-diz-ativista.htm?cmpid=>

Pode-se argumentar que as providências pertinentes devem estar inseridas em um contexto maior, no âmbito de políticas públicas que abarquem a inclusão digital em demais seguimentos de prestação de serviços a cargo do Estado.

Vamos buscar respostas em políticas públicas governamentais para redução da exclusão digital. Evidentemente, se em outros seguimentos de governança e da sociedade, medidas são adotadas para combater a exclusão digital, os benefícios se alargam para outras áreas.

A Educação é um dos seguimentos que mais clama pelas políticas públicas de acesso aos meios digitais, e no qual o ambiente é mais propício para implantação.

O isolamento social e paralisação das aulas presenciais, medidas necessárias para contenção do vírus da COVID 19, escancarou a desigualdade social também no que diz respeito aos meios tecnológicos.

No trabalho intitulado Inclusão digital como política pública: Brasil e América do Sul em perspectiva (DUARTE et al., 2021), a premissa destacada é de que “... na atual fase do desenvolvimento tecnológico, promover a apropriação dos cidadãos das Tecnologias da Informação e Comunicação é corresponder anseios populares garantidos na ordem constitucional há décadas”.

Essa pesquisa, que indica os principais desafios e estatísticas da inclusão digital no Brasil, além de identificar dificuldades na própria apuração das políticas públicas implantadas, observa que, muito embora haja coerência na formulação das atividades, há descontinuidade das políticas e ineficiência das medidas.

Os gráficos demonstram circunstâncias que chamam a atenção: 40,7% das políticas públicas de inclusão digital possuem “horizonte temporal indefinido” e 37% estão sem informação a esse respeito. E no que diz respeito à possibilidade de acompanhamento e transparência: 51,6% das ações não possuem informações sobre andamento e 37% estão com informações desatualizadas.

Outro importante estudo foi elaborado pelo TCU¹¹, visando identificar os principais programas de governo de inclusão digital; verificar estrutura orçamentária respectiva; identificar as principais dificuldades para a implementação

¹¹Política Pública de Inclusão Digital – Tribunal de Contas da União. Disponível em: file:///C:/Users/TRT10/AppData/Local/Temp/Final_web_final.pdf.

de programas; e, apresentar propostas para ações de controle como auxílio no aperfeiçoamento da política.

Com base em estudos acadêmicos, o modelo adotado pelo TCU, com garantia de efetividade para funcionamento da política pública de inclusão digital, se estrutura em três pilares: alfabetização do indivíduo para o uso das TIC; infraestrutura que garanta a disponibilidade de acesso; e conteúdo adequado às necessidades dos usuários.

Nesse trabalho foram também diagnosticados pelo TCU, os quatro desafios enfrentados pelo excluído digital: acesso, mobilidade, motivação e confiança, relacionados, respectivamente, com condições financeiras de acesso, nível de instrução, interesse em utilizar os sistemas e segurança no sigilo das informações.

Diante da virtualização do processo judicial o Estado deve garantir os meios para que o cidadão nele ingresse, cumprindo assim a garantia constitucional do acesso à justiça. O novo obstáculo, a exclusão digital, deve ser enfrentado e transposto para que “não sejam criadas graves distinções entre os processos ou situações em que se usa mais intensamente a tecnologia” (MARCACINI, 2013)

O legislador não tem se atentado para a realidade brasileira de dificuldade de acesso aos meios digitais, descuidando, de consequência, de adotar medidas para assegurar o acesso à justiça concomitantemente à implantação do processo eletrônico.

3. PANORAMA EUROPEU

O acesso à justiça é direito fundamental amparado pelo art.6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Num espaço de litigiosidade transfronteiriça, se tornou indispensável a adoção de um sistema de justiça eletrônico para a efetivação da cooperação judiciária do bloco em busca do amplo acesso à justiça. Nesse diapasão o processo eletrônico foi alçado à mecanismo essencial para a concretização deste direito na medida em que facilita a cooperação entre os Estados-membros em matéria judiciária.

Desde o tratado de Amsterdã, assinado em 1997, os Estados-membros do bloco se comprometeram a cooperar, facilitar acesso e reconhecer as decisões mutuamente, assim como promover alterações na legislação interna que permi-

tam prevenir conflitos de jurisdição e incompatibilidades com a legislação comum do bloco. O processo eletrônico foi uma das iniciativas indicadas pela Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça¹² para facilitar essa sinergia, uma vez que melhora a comunicação entre os tribunais, racionaliza procedimentos e reduz custos.

Na legislação comum europeia o processo eletrônico já é uma realidade desde

2008¹³. O foco do processo eletrônico é a criação de projetos operacionais que permitam a coordenação entre os sistemas dos tribunais dos Estados-membros, respeitando o enquadramento jurídico e as ferrentas já existentes internamente, com o objetivo de melhorar a eficácia dos atos judiciais e aprimorar o acesso da população de todo o bloco europeu à prestação jurisdicional.

As tecnologias da informação e comunicação viabilizaram o acesso aos jurisdicionados e operadores do direito entre Estados-Membros da comunidade europeia, permitindo a instrumentalização de demandas judiciais que, se fossem realizadas por processos físicos seriam inviabilizadas por barreiras linguísticas, culturais e jurídicas relacionadas com a multiplicidade de sistemas.

A disposição legal sobre a implementação e funcionamento do processo eletrônico é de competência compartilhada entre a União Europeia e os Estados-membros (art. 5º do Tratado da União Europeia). Portanto o Parlamento Europeu somente dispõe sobre aquelas matérias que não sejam de competência exclusiva dos Estados, ou seja, de modo subsidiário. Por tal razão o que se tem feito em termos de regramento comum ao bloco são resoluções e planos de ação plurianuais dirigidos apenas ao âmbito transfronteiriço.

Pensando em facilitar o acesso a informações e a defesa de direitos nestas relações, o Parlamento Europeu adotou a resolução nº 2125/2008 que dispõe sobre a justiça eletrônica. A referida resolução dispunha sobre a virtualização dos processos, a comunicação entre autoridades judiciárias dos Estados-Membros e a especificação de quais atos poderiam ser realizados de modo virtual. O bloco também trabalha com recomendações e metas plurianuais operacionalizadas através de projetos concretos que buscam viabilizar acesso à informação, a comuni-

¹² COM (2008) 0329

¹³ Resolução do Parlamento Europeu, de 18 de Dezembro de 2008, que contém recomendações à Comissão em matéria de e-Justice (2008/2125)

cação eletrônica no domínio da justiça e a interoperabilidade dos sistemas. Atualmente encontra-se em vigor o plano de ação para a justiça eletrônica europeia para 2019-2023 (2019/C 96/05).

Cabe especial destaque para a criação do Portal Europeu da Justiça em 16 de julho de 2010. O portal permite intercâmbio de informações e propositura de ações numa plataforma de acesso simplificado e multilíngue diretamente pelo cidadão que proporciona acessibilidade, informalidade e celeridade ao procedimento.

O cidadão poderá utilizar o Portal Europeu de Justiça para, através de simples formulário eletrônico, pleitear injunção de pagamento, ações de pequeno montante (até 5000 euros), execução de decisões em matéria civil e comercial, cobrança de obrigações alimentares, pedidos de assistência judiciária (gratuidade de justiça no Brasil), cumprimento de decisões de divórcios e ações de guarda, notificações de atos, obtenção de provas em matéria civil e comercial, arresto de contas bancárias, execução de títulos, pedidos de indenização por vítimas de crimes, solicitação de documentos públicos, sucessão internacional e medidas de proteção.

Com preenchimento de um questionário dinâmico se estabelece a natureza do pedido, os valores e a competência territorial, permitindo prosseguir a demanda através dos canais institucionais corretos para o atendimento de sua pretensão e aconselhamento por profissionais.

No plano plurianual em vigor há expressa previsão de medidas que pretendem aprimorar as funcionalidades do Portal, tornando-o balcão único para a justiça eletrônica europeia. Há também previsão para incremento na interligação dos registos nacionais, especialmente os registos ligados à propriedade de bens imóveis; ampliação de acesso aos julgados dos tribunais nacionais e informações legais; a utilização de inteligência artificial para a análise das decisões dos tribunais e no desenvolvimento de “chatbot” que assistirão o cidadão na busca de informação e condução de seu processo; a possibilidade de pagamento eletrônico de custas judiciais; intercâmbio de informação penal; reestruturação do papel e das práticas dos profissionais da justiça; localização de advogados; estabelecimento de boas práticas na realização de atos judiciais por videoconferência e criação de formatos comuns para o processo legislativo.

Assim, é possível afirmarmos que o projeto de justiça eletrônica posto em marcha pelo bloco europeu é centrado no usuário, ou seja, naquele que recebe

ao fim a prestação jurisdicional, com a promessa de um serviço público de justiça mais acessível, desde que os próprios cidadãos estejam conectados à internet e estejam preparados para aceitar essa nova relação. Tanto que o principal objetivo do sistema é fornecer aos cidadãos, em seu idioma, um nível básico de informação antes da propositura de qualquer ação judicial, para que entendam, através de uma interface amigável, o alcance dos seus direitos e as etapas processuais a serem seguidas para o seu exercício.

Para isso é necessário um esforço conjunto dos Estados-Membros para mudanças nas legislações internas, nos seus sistemas judiciais, bem como para proporcionar condições materiais que viabilizem a existência do processo eletrônico nos órgãos jurisdicionais nacionais e acesso por seus cidadãos.

De acordo com o Índice de Economia e Sociedade Digital de 2017, 44% das pessoas na União Europeia possuíam competências digitais muito baixas e outros 27% possuíam apenas competências digitais básicas. Há ainda indicação de que 19% das pessoas na Europa não usavam a Internet. O mesmo índice em 2020 ainda indicava que 56% dos cidadãos europeus possuem competências digitais básicas. O acesso à internet banda larga está disponível apenas para 59% das famílias, havendo uma enorme discrepância de infraestrutura entre países. São indicadas como causas para não se ter acesso à internet: a insuficiência de habilidades (45%) e o custo dos equipamentos (23%).

Na última década vários países europeus desenvolveram políticas públicas voltadas para a digitalização e aprimoramento de acesso a tecnologias. A União Europeia assumiu a responsabilidade de harmonizar e coordenar estes esforços em 2010 com a adoção da Agenda Digital para a Europa, posteriormente intensificada em 2015 com o Mercado Único Digital para a Europa, ocasião em que a digitalização foi destacada como a segunda prioridade máxima entre as 10 identificadas para o plano plurianual de 2014-2019 da Comissão Europeia. Estas políticas públicas foram, em sua maioria, voltadas para o financiamento de infraestrutura de internet e educação digital.

Em 2020 a Comissão Europeia deu uma guinada nestas políticas públicas passando a ter como foco as pessoas/usuários. A nova estratégia digital é de promoção de investimentos em melhorias nas competências digitais dos cidadãos e inclusão social através da inclusão digital. Buscando a efetivação de uma cidadania digital o plano plurianual desenvolveu um projeto de e-sociedade que utiliza as tecnologias da informação e comunicação para reduzir a marginalização

Aliás, a viabilidade de acesso e a compreensão da diversidade cultural e econômica entre os Estados-Membros é o que motivou decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que declarou não poderem os meios eletrônicos serem os únicos disponíveis para o acesso do cidadão à prestação jurisdicional, sob pena de se estar impossibilitando o exercício de direitos para aqueles excluídos digitalmente.

Como o projeto de justiça eletrônica é centrado no usuário, é indispensável se ter em conta as necessidades específicas de indivíduos que, por razões de idade ou estatuto social, não podem acessar facilmente aos serviços e não possuem um conhecimento prático sobre interações digitais. O Parlamento Europeu, pensando nesse obstáculo, determinou pela Resolução nº 2054 de 2015 que os Estados-Membros garantissem meios alternativos ao processo eletrônico àquelas pessoas que possuam dificuldades econômicas ou culturais para acessar o sistema. A recomendação é de manter serviços de apoio aos usuários e outras formas de assistência dentro dos tribunais, além de equipamentos necessários para acessar o processo eletrônico.

Para respeitar esta recomendação alguns países utilizam um sistema híbrido que permite a tramitação de processos pelo meio eletrônico e físico. Outros providenciaram a disponibilização de pontos de acessos e assistência em agência dos mais diversos serviços públicos para além das estruturas do poder judiciário.

4. CONCLUSÕES

Este estudo inicia detectando que a implantação do processo eletrônico, foi desacompanhada de políticas para acesso à justiça aos excluídos digitais no Brasil, sendo adotadas até o momento, medidas posteriores e insuficientes.

Em um breve panorama das políticas públicas para efetivação da inclusão digital, as fontes pesquisadas demonstram que são ineficientes e descontínuas. A acessibilidade digital, para alcançar aqueles que não possuem meios materiais e técnicos, deve considerar: a) utilização de sistemas com linguagem simples, com etapas claras e indutivas; b) vasta comunicação sobre as formas de acesso e para se obter informações; c) centro de apoio ao jurisdicionado nos órgãos do judiciário e demais entidades que prestam serviços à população; d) desenvolvimento de políticas públicas de forma continuada voltadas especificamente para a garantia da inclusão digital voltada para o acesso à justiça, como parte integrante dos benefícios da justiça gratuita.

Nesse sentido, é necessário que há haja comunicação e integração entre as várias esferas e áreas do governo que devem atuar nessas políticas, sendo certo que o acerto de medida em uma área, como a educação, obviamente se reverterá em benefícios para outros seguimentos.

O processo eletrônico e as formas remotas de acesso, devem efetivamente contribuir para agilizar o processo e tornar o Judiciário mais próximo da sociedade e não ser novo obstáculo para o acesso dos hipossuficientes. O êxito do processo eletrônico somente se confirmará na medida em que acessível a todos, respeitando assim a garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional. O Estado deve atuar no fornecimento de meios/equipamentos de acesso, capacitação das pessoas. A inclusão digital é tarefa do Estado, de forma integrada e contínua.

De outra via, no cenário Europeu vemos um processo eletrônico que não é mera virtualização do processo físico. Não há a simples desmaterialização do processo como o que está ocorrendo no Brasil, mas sim uma mudança nas formas como se estabelece o próprio processo e o nível de informação jurídica.

Os procedimentos disponíveis para resolução de litígios e os papéis dos profissionais que atuam no judiciário sofreram uma sensível modificação na medida em que o processo eletrônico europeu está centrado na desburocratização e informalização do sistema em benefício do cidadão e de um acesso mais direto à informação e à prestação jurisdicional.

Mais do que isso, os planos plurianuais da Comissão Europeia dão conta de que não basta digitalizar os serviços da justiça para torná-lo mais acessível ao cidadão. É preciso comunicar e instruir o público sobre sua utilização, educação digital, acesso à equipamentos e internet, e, principalmente, uma mudança na forma como o cidadão se relaciona com os serviços de justiça.

Esta é a realidade. Tudo caminha no sentido da digitalização, em todos os seguimentos. A legislação já está posta, tanto no sentido da responsabilidade do Estado na prestação de serviços para facilitar o acesso à internet, como na garantia do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

Alfonsin, Betania de Moraes e Chala, Bárbara Guerra. (2020) “O direito à cidade como fundamento normativo de garantia da inclusão digital no espaço urbano

brasileiro”. Revista de Direito da Cidade, v. 12, n.4. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2021_Periodicos/Rev-Dir-Cidade_v.12_n.4

Betioli, Adriana Holtz et al. (2015) Ergonomia e Usabilidade: Conhecimentos, métodos e aplicações, São Paulo, Novatec.

Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital (2007) Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra Editora.

Comissão Europeia (2021) Digital Economy and Society Index (DESI). Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>. Acessado em 01/12/2021

Comissão Europeia (2021) Shaping Europe’s digital future. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digitalfuturefeb2020>.

Conselho Nacional de Justiça (2013) Resolução N° 185. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>.

Conselho Nacional de Justiça (2020) Resolução N° 341. Determina aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508>.

Conselho Nacional de Justiça (2021) Recomendação N° 101. Recomenda aos tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir o acesso à Justiça aos excluídos digitais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4036>.

Didier Jr., Fredie (2016) Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC, Salvador, JusPodivm.

Garth, Bryant G e Cappelletti, Mauro (1978) “Access to Justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, Buffalo Law Review, v. 27, n. 2, p. 181-292.

Gomes, Ana Bárbara et al. (2020) Inclusão digital como política pública: Brasil e América do Sul em perspectiva, Belo Horizonte, Instituto de Referência em Internet e Sociedade.

Lei n° 11.419, de 19 de dezembro de 2016. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de

Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm.

Marcacini, Augusto Tavares Rosa (2013) *Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual*, São Paulo, Edição do autor.

Processos C-317/08 e C-320/08 (2010, 8 de março). Tribunal de Justiça da União Europeia. Rosalba Alassini e Filomena Califano x Wind SpA; Lucia Anna Giorgia Iacono x Telecom Italia.

Silveira, Sérgio A (2001) *Exclusão digital*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo.

Slaibi Filho, Nagib (2017) “A Constituição e a gratuidade de justiça no novo CPC de 2015”, *Revista de Estudos e Debates*, v.2, n.2, p.25-53.

Tribunal de Contas da União (2015) *Política pública de inclusão digital*, Brasília, TCU, Disponível em: file:///C:/Users/TRT10/AppData/Local/Temp/Final_web_final.pdf. Acesso em 19 set. De 2021.

Warschauer, Mark (2006) *Tecnologia e inclusão social: exclusão digital em debate*, São Paulo, Senac.

JUSTIÇA DIGITAL E SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO BRASIL

Fernanda Bragança

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil
fernanda.braganca@fgv.br

Juliana Loss

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil
juliana.loss@fgv.br

INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu uma agenda para o ano de 2030 com o intuito de orientar a um desenvolvimento sustentável dos países em diversas áreas. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) prevê sobre a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas, bem como o acesso à justiça para todos e construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

A preocupação com a inovação e com a integração da tecnologia com a sociedade é uma das pautas centrais do Judiciário brasileiro na atualidade. A justiça deve investir no suporte de ferramentas tecnológicas, ao mesmo tempo em que precisa estar atenta a promover a acessibilidade de todos os indivíduos; o que inclui as pessoas que não possuam muita familiaridade com o ambiente digital ou tenham alguma deficiência.

Diante desse quadro, este artigo tem a proposta de aprofundar sobre o modelo de justiça digital brasileiro e os desdobramentos sobre os meios consensuais de solução de conflitos. Tendo em vista esse objetivo, o estudo propõe o seguinte percurso: perfil do acesso à *internet* no Brasil; movimento de digitalização do Judiciário brasileiro com a identificação do modelo de justiça digital vigente no país; solução digital de conflitos e acessibilidade.

A metodologia de pesquisa se baseou em um levantamento bibliográfico e normativo sobre tema, associado à análise de dados mapeados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua sobre Tecnologia da Informação e Comunicação (PNAD Contínua TIC) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

1. O PERFIL DO ACESSO À *INTERNET* NO BRASIL

O uso da *internet* se tornou um hábito diário para a maioria das pessoas dos países membros da OCDE. Em 2019, em média, cerca de 95% dos indivíduos de 16 a 24 anos eram usuários frequentes da rede. Entre os de 55 a 74 anos, essa participação atingiu 58% em 2019, ante apenas 30% em 2010 (OCDE, 2020).

Em 2020, países como a Finlândia, Coreia, Dinamarca, Nova Zelândia, Espanha e Reino Unido superaram a marca de 95% da população com acesso à rede mundial de computadores nas suas residências. Os dados de 2020 referentes aos Estados Unidos, Brasil, dentre outros ainda não foram compilados (OCDE, 2020a).

Esta preocupação se verifica materialmente, no Brasil, por exemplo, com o levantamento da PNAD Contínua TIC realizada pelo IBGE periodicamente. A versão mais recente desse estudo consolida os dados referentes ao ano base de 2019, em que os resultados revelaram que 82,7% dos lares brasileiros possuíam acesso à *internet* naquele momento. Este percentual varia segundo as regiões do país (IBGE, 2021, p. 6).

Em 2019, 99,5% dos domicílios brasileiros utilizavam a *internet* por meio do celular. O acesso por meio de computadores alcançou o patamar de 45,1%, seguido das *smart tvs* (31,7%) e dos *tablets* (12%). Esses dados evidenciam a importância da prestação de serviços digitais no Brasil que estejam adaptados a um uso facilitado pelos *smartphones* (IBGE, 2021, p. 7).

A pesquisa também identificou que a *internet* banda larga também é uma realidade no Brasil, tendo em vista a diminuição expressiva da utilização de conexão discada nos domicílios que contam com acesso à rede mundial de computadores. No período de 2016 a 2019, a *internet* discada passou de 0,6% para apenas 0,2% (IBGE, 2021, p. 7).

Com relação à utilização da banda larga móvel e fixa, ambas registraram crescimento em 2019. A banda larga móvel alcançou o patamar de 81,2% em 2019, enquanto a fixa atingiu 77,9% dos domicílios no mesmo período (IBGE, 2021, p. 7).

A pesquisa mapeou como principais motivos para a não utilização da *internet* em domicílio em 2019 a falta de interesse (32,9%), alto custo do serviço (26,2%) e falta de conhecimento (25,7%) (IBGE, 2021, p. 6).

Uma parcela da população brasileira, especialmente os residentes na zona rural, enfrenta uma outra dificuldade relacionada à ausência de disponibilização desse serviço em algumas áreas. Em 2019, o percentual de pessoas com acesso à *internet* em área urbana ficou em 86,7%. Na zona rural, esse número foi de 55,6%.

Outra informação relevante disponibilizada pela PNAD contínua diz respeito ao mapeamento do uso da *internet* por faixa etária. O grupo etário de 20 a 24 anos foi o que mais utilizou a rede em 2019, sendo seguida pelo grupo de 25 a 29 anos, e depois pelos de 30 a 39 anos. Os indivíduos com 60 anos ou mais tiveram o menor acesso, com 45% de acesso.

A expectativa é que a pandemia tenha causado um impacto importante sobre esses dados, uma vez que durante o período de isolamento social, sobretudo, as pessoas foram impulsionadas e, de certa forma, compelidas a utilizar a *internet* de forma ainda mais frequente e para um leque maior de atividades. É preciso acompanhar a divulgação dos dados pelo IBGE para um entendimento mais detalhado dos efeitos dessa circunstância sanitária sobre o uso da rede mundial de computadores no país.

Diante desse quadro, alguns autores (MOREIRA, 2020) problematizam o acesso à justiça digital no Brasil, tendo em vista que essa digitalização não pode constituir mais um obstáculo aos cidadãos e aos profissionais do Direito. Pela perspectiva desses especialistas, os benefícios proporcionados pelo uso da tecnologia no âmbito do Judiciário estão associados, em grande medida, à agilidade na tramitação do processo e à redução de custos (MOREIRA, 2020, p. 235).

2. O MODELO DE JUSTIÇA DIGITAL BRASILEIRO

A digitalização da justiça brasileira iniciou de forma bem-sucedida na seara eleitoral com a implantação das urnas eletrônicas como sistema de votação dos representantes do Legislativo e do Executivo. Esse sistema foi utilizado pela primeira vez nas eleições municipais de 1996 nos municípios com mais de 200.000 eleitores (FRAGALE; VERONESE, 2008, p. 131).

A consolidação da utilização desse sistema nas eleições incentivou o contínuo investimento em tecnologia pelos outros segmentos da justiça, com desta-

que para o atingimento de dois objetivos principais: proporcionar maior acessibilidade aos cidadãos e possibilitar uma transmissão de dados mais eficiente entre os tribunais (FRAGALE; VERONESE, 2008, p. 132).

A partir de então, o CNJ centralizou o planejamento de digitalização do judiciário com a estipulação de parâmetros pré-definidos, de forma a garantir uma certa uniformidade nos padrões eletrônicos.

Com isso, os tribunais passaram a disponibilizar uma série de serviços pela internet como, por exemplo, acompanhamento *online* de processos, o sistema “*push*”, que envia notificações por *email* sobre um determinado processo judicial, e os boletins informativos jurisprudenciais (VERONESE; FONTAINHA; FRAGALE, 2006).

A Lei n. 9.800 de 1999 permitiu o uso de um sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar para a prática de atos processuais. A proposta teve como objetivo facilitar o cumprimento dos prazos pelos advogados, os quais ainda tinham que protocolar os originais (em papel), necessariamente, em até cinco dias.

A implantação de um sistema de peticionamento eletrônico dependia de uma infraestrutura de chaves públicas. A lei n. 11.419 de 2006 dispôs sobre a informatização do processo judicial e estipulou a infraestrutura nacional de chaves públicas, sob direção técnica do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, como o único sistema aceito em todo o sistema judicial (FRAGALE; VERONESE, 2008, p. 132).

Na sequência da promulgação dessa lei, os tribunais regulamentaram internamente a questão e previram o peticionamento eletrônico obrigatório, o que a princípio, causou certa preocupação na OAB¹⁴.

O STJ foi o primeiro tribunal do Brasil a eliminar os arquivos em papel¹⁵, com a criação do “Sistema Justiça”, em 2001. O projeto foi reconhecido pelo Banco Mundial como referência internacional para transparência e efetividade da Justiça e conquistou o *Prêmio Innovare*.

¹⁴ Cf. Obrigatoriedade do processo eletrônico preocupa OAB. Migalhas, migalhas quentes, 5 jun. 2012. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/157005/obrigatoriedade-do-processo-eletronico-preocupa-oab>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

¹⁵ Cf. A era digital. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Institucional/Historia/A-era-digital>>. Acesso em 13 nov. 2021.

O processo eletrônico é uma ferramenta diretamente associada ao movimento de digitalização da justiça, que visa proporcionar economia processual, maior celeridade e eficiência à prestação jurisdicional (VIDONHO JUNIOR, 2014, p. 45).

A Resolução n. 185 de 2013 do CNJ dispõe prevê o PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

O Pje é um sistema computacional desenvolvido pelo CNJ com o apoio de diversas instituições (Conselho da Justiça Federal, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Conselho Nacional do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, Advocacia-Geral da União e Defensorias Públicas) para a prática de atos e acompanhamento do trâmite processual, em ambiente digital, de forma padronizada.

O CNJ (2016) tem a proposta de uniformizar os sistemas dos tribunais, ou seja, tornar o PJe o sistema único dos tribunais e cabe destacar a ainda utilização de criptografia nos registros dos atos processuais, por intermédio de certificação digital no padrão ICP-Brasil, de modo a garantir a integridade e a segurança das informações.

A Resolução n. 185 de 2013 do CNJ elencou as seguintes funcionalidades do PJe: o controle da tramitação do processo; padronização de todos os dados e informações compreendidas pelo processo judicial; produção, registro e publicidade dos atos processuais; e fornecimento de dados essenciais à gestão das informações necessárias aos diversos órgãos de supervisão, controle e uso do sistema judiciário (artigo 2º).

Por meio desse sistema, os atos processuais têm registro, visualização, tramitação e controle exclusivamente em meio eletrônico. Além disso, são assinados digitalmente e contêm elementos que permitem a identificação do usuário responsável pela sua prática (artigo 4º).

O Código de Processo Civil (CPC) tratou, especificamente, sobre os atos processuais eletrônicos (artigos 193 a 199) e respaldou essa prática inclusive por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (artigo 236, parágrafo 3º); o que pode ser aplicado ao depoimento pessoal da parte ou testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo (artigo 385, parágrafo

3º e 453, parágrafo 1º); acareação (artigo 461, parágrafo 2º); sustentação oral do advogado e audiência de conciliação e mediação (artigo 334, parágrafo 7º).

Essa tendência de crescente digitalização da justiça brasileira está relacionada a alguns fatores, tais como a racionalização dos recursos orçamentários pelos órgãos do Judiciário; maior celeridade e qualidade da prestação jurisdicional em razão dos benefícios advindos da substituição do processo físico pelo eletrônico; e proteção ambiental.

Paralelamente a esse movimento de digitalização, a atuação do Poder Judiciário também foi direcionada à promoção de outros meios de solução de conflitos, com a expectativa de criação de tribunais multiportas¹⁶ e com a construção de uma política judiciária nacional de tratamento adequado de disputas, que teve como marco inicial a Resolução n. 125 do CNJ.

O investimento em tecnologia e inovação aparece nas metas do CNJ há alguns anos. A atual gestão do Ministro Luiz Fux apresentou cinco eixos¹⁷ de atuação alinhados aos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU: a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente; a garantia da segurança jurídica conducente à otimização do ambiente de negócios no Brasil; o combate à corrupção, ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, com a consequente recuperação de ativos; o incentivo ao acesso à justiça digital, e o fortalecimento da vocação constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF).

Esse artigo destaca a questão do incentivo ao acesso à justiça digital no país que inclui, nessa gestão, os seguintes objetivos: criação do Juízo 100 % digital; ampliação das audiências telepresenciais; cumprimento eletrônico de ordem judicial; domicílio digital; sistema nacional de penhora on-line; incentivo à política de mediação digital extrajudicial e extraprocessual; portal único do advogado (aplicativo de consulta processual para desktop e smartphone no âmbito do STF

¹⁶ “Consolidou-se no Brasil, então, com a Res. 125/2010 a implantação do chamado Tribunal Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais) e, não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial.” (CAHALI, 2017, p. 64).

¹⁷ Cf. Em posse, Fux anuncia atuação em prol dos direitos humanos e da justiça digital. Agência CNJ de Notícias, 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/em-posse-fux-anuncia-atuacao-em-prol-dos-direitos-humanos-e-da-justica-digital/>>. Acesso em: 25 set. 2021.

e do Poder Judiciário); nova plataforma digital do poder judiciário – PDPJ; centro de inteligência do Poder Judiciário, dentre outros (CNJ, 2020).

Nesse interregno, cumpre destacar que a pandemia impactou diretamente em diversas atividades judiciárias, dentre elas, a realização das audiências, que rapidamente migraram para o ambiente remoto, tendo em vista a manutenção da prestação jurisdicional. Esse fenômeno não foi uma particularidade do Brasil, sendo observado em outros países igualmente afetados pela crise sanitária¹⁸.

O Brasil já se encontrava em estágio avançado de digitalização de processos e da prática eletrônica de atos processuais. A pandemia consolidou essa tendência inevitável de julgamentos em formato integralmente digital e, inclusive, foi registrada uma produtividade elevada no Judiciário¹⁹. A Resolução n. 345 de 2020 do CNJ, que dispôs sobre a criação dos juízos 100% digitais, confirmou a expectativa de que as audiências virtuais permaneceriam após o término dessa circunstância.

O artigo 5º da Resolução n. 345 prevê que as audiências e sessões nos juízos 100% digitais ocorrerão exclusivamente por videoconferência, e as partes poderão solicitar a participação em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário.

A Resolução n. 354 de 2020 do CNJ detalhou as regras para a realização das sessões virtuais nos tribunais. A normativa faz uma diferenciação entre as audiências por videoconferência realizadas nas unidades judiciárias com comunicação à distância e as telepresenciais, que ocorrem em um ambiente externo ao fórum ou ao juízo (artigo 2º).

Cabe destacar que tanto as audiências telepresenciais quanto por videoconferência são equiparadas às presenciais para todos os fins legais, asseguradas a publicidade dos atos praticados e as prerrogativas processuais de advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, partes e testemunhas (artigo 7º, I).

¹⁸ Cf. Justice Connect. Accessing Australian courts and tribunals during COVID-19. Disponível em: [https:// justiceconnect.org.au/resources/accessing-courts-during-covid-19/](https://justiceconnect.org.au/resources/accessing-courts-during-covid-19/). Acesso em: 9 nov. 2021.

¹⁹ Cf. Painel CNJ: Produtividade Semanal do Poder Judiciário – Regime de teletrabalho em razão da Covid-10. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 9 nov. 2021.

Entre os meses de maio a julho de 2020, o TJRJ (2020) realizou mais de 8,5 mil audiências virtuais, por meio da plataforma de videoconferência Cisco Webex. Essas audiências a distância foram, em muitos casos, a única alternativa para dar continuidade à prestação jurisdicional nesse período.

Durante esse período, alguns problemas e abusos foram relatados pelos advogados, notadamente relacionados às suas prerrogativas (ALBUQUERQUE, 2021). Por outro lado, alguns autores também destacaram uma ampliação do acesso à justiça, em especial nos tribunais superiores, para os advogados atuantes em escritórios de menor porte (ANDRADE, 2021).

A Resolução n. 345 de 2020 do CNJ ressalta que a tramitação dos processos nos juízos 100% digitais é uma opção das partes e será exercida pela parte autora no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. Uma vez realizada essa escolha, as partes poderão retratar-se, por uma única vez, até a prolação da sentença, preservados todos os atos processuais já praticados em ambiente virtual.

No que concerne à realização de atos processuais isolados de forma digital, ou para a escolha do juízo 100% digital, as partes poderão, a qualquer tempo, celebrar negócio jurídico processual.

O atendimento ao público acontece de forma remota por telefone, e-mail, vídeo chamadas, aplicativos digitais ou outros meios de comunicação que venham a ser definidos pelo tribunal, inclusive por intermédio do “Balcão Virtual”, um canal que permite a obtenção de informações sobre processos judiciais por videoconferência (CNJ, 2021).

A Resolução n. 335 de 2020 do CNJ instituiu a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br e manteve o PJe como o sistema de Processo Eletrônico prioritário do CNJ²⁰. A essência da proposta consiste em compartilhamento, integração e desenvolvimento tecnológico comunitário. Assim, o órgão busca integrar todos os sistemas eletrônicos do Judiciário e disponibilizar

²⁰ Na atualidade, a maioria dos processos tramitam no sistema PJe, com cerca de 25%, outros 20% tramitam no sistema E-Saj, os demais estão distribuídos pelo E-STF, E-STJ, E-Proc, Creta, Tucujuris, Apolo e Projudi, entre outros (RABELO, 2019, p. 199). Cabe destacar um levantamento disponibilizado pelo Conselho da Justiça Federal, com dados de 2018, que mapeou os sistemas utilizados em cada tribunal do país. A íntegra do material está disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/pje/Sistemas%20de%20Processo%20Judicial%20Eletrônico.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

aplicações, microsserviços e modelos de inteligência artificial (IA) para um aproveitamento comum de todos os tribunais do país.

Essa Resolução teve o objetivo de incentivar a união de esforços para a adoção de soluções desenvolvidas e compartilhadas pelos próprios tribunais brasileiros, tendo em vista a implementação de um conceito de desenvolvimento comunitário de tecnologias, de forma a estruturar uma política de governança e de gestão unificadas com o estabelecimento de padrões que possam atender à diversidade de soluções existentes em todos os segmentos do Judiciário (Considerandos da Resolução n. 335 de 2020 do CNJ).

Nesse sentido, a PDPJ-Br possui como prioridades a integração e consolidação de todos os sistemas eletrônicos do Judiciário brasileiro em um ambiente unificado; a implantação do conceito de desenvolvimento comunitário, no qual todos os tribunais contribuem com as melhores soluções tecnológicas para aproveitamento comum; o estabelecimento de padrões de desenvolvimento, arquitetura, experiência do usuário (User Experience - UX) e operação de *software*, de acordo com as melhores práticas de mercado e disciplinado em Portaria da Presidência do CNJ; e a instituição da plataforma única para publicação e disponibilização de aplicações, microsserviços e modelos de IA, por meio de computação em nuvem (artigo 2º).

Assim, a PDPJ-Br tem como bases a interoperabilidade²¹, portabilidade, acessibilidade, segurança da informação, adaptabilidade às ferramentas de aprendizado de máquina e IA, otimização dos fluxos de trabalho, automação, proteção de dados pessoais e preferência por tecnologias com código aberto²² (artigo 4º).

A partir dessa normativa, o CNJ proíbe a contratação de qualquer novo sistema, módulo ou funcionalidade privados, mesmo de forma não onerosa, que cause dependência tecnológica²³ do respectivo fornecedor e que não permita o compartilhamento não oneroso da solução na PDPJ-Br. O intuito, justamente, é

²¹ É a capacidade de diversos sistemas e organizações trabalharem em conjunto (interoperar), de modo a garantir que pessoas, organizações e sistemas computacionais interajam para trocar informações de maneira eficaz e eficiente (ENAP, 2015).

²² Trata-se de um modelo de licenciamento de software em que a linguagem de programação pode ser vista por qualquer pessoa e é possível adaptá-lo para outros fins (FIA, 2020).

²³ A dependência tecnológica corresponde à situação em que o tribunal contratante não tem direito à propriedade do que for desenvolvido e tampouco possui direito aos códigos fonte, documentação e quaisquer outros artefatos que venham a ser produzidos (artigo 5º, parágrafo 1º da Resolução n. 335 de 2020 do CNJ).

que tudo possa ser compartilhado com outros tribunais, de forma a não onerar o orçamento do Judiciário, repetidamente, com a mesma solução tecnológica.

A Resolução n. 335 do CNJ prevê sanções para os casos em que se averiguarem a criação de dependência tecnológica com a responsabilização do ordenador de despesas por improbidade administrativa, sem prejuízo da comunicação ao Tribunal de Contas respectivo; e apuração de possível responsabilidade disciplinar dos gestores de TIC e da administração do respectivo tribunal (artigo 5º, parágrafo 3º, I e II).

Finalmente, a tendência de digitalização e o suporte cada vez maior da tecnologia alcançam a solução adequada de conflitos de maneira disruptiva. A Resolução n. 358 do CNJ prevê a disponibilização de um sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e da mediação (SIREC) pelos tribunais até junho de 2022. É possível apontar os seguintes aspectos fundamentais dessa normativa: propulsão do uso de meios consensuais em fase judicial e extrajudicial; trâmite eletrônico da facilitação das disputas e automação; integração; segurança da informação; proteção de dados pessoais; relatórios de gestão para aprimoramento da política pública de consensualidade judiciária.

O SIREC deverá abarcar como requisitos mínimos o cadastro das partes e seus representantes; a integração com o cadastro nacional de mediadores e conciliadores (CONCILIAJUD); a inserção de casos extrajudiciais; o acoplamento modularizado com o sistema processual eletrônico do tribunal ou desenvolvimento em plataforma de interoperabilidade; a sincronização de agendas (partes, advogados e facilitadores); e a geração de atas e termos de forma automatizada (artigo 1º, parágrafo 7º).

O CNJ também estabelece alguns requisitos recomendáveis: negociação com troca de mensagens síncronas e assíncronas; possibilidade de envio de propostas para aceite e assinatura; relatórios de gestão detalhada dos requerimentos das partes e das partes, classificados de acordo com a classe e o assunto da demanda; *Application Programming Interface* (APIs) de integração e disponibilização de serviços modulares para os tribunais e para as empresas (artigo 1º, parágrafo 8º).

Diante desse percurso sobre o modelo de justiça digital brasileiro é possível apontar algumas premissas. O sistema de peticionamento eletrônico é obrigatório nos termos das resoluções internas de cada tribunal. Nesse sentido, o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral deve ocorrer por meio eletrônico.

No que concerne ao acesso à justiça digital, o modelo brasileiro tem o viés facultativo, uma vez que se trata de mais uma opção disponível aos cidadãos. Assim, caso a parte queira valer-se da tecnologia para ter acesso à justiça sem precisar comparecer fisicamente nos fóruns, pode optar pelo “Juízo 100% Digital”, onde todos os atos processuais são praticados exclusivamente por meio eletrônico, inclusive as audiências e sessões de julgamento, que acontecem exclusivamente por videoconferência.

O modelo de justiça digital brasileiro consolida a percepção de justiça enquanto serviço público, com múltiplos canais de acesso, voltados à proporcionar a melhor experiência ao usuário; o que concretamente significa a adequada tutela jurídica dos seus direitos e o fortalecimento do exercício da cidadania (BRAGANÇA, 2021, pp. 244-249).

A concepção de uma justiça digital também interage diretamente com a promoção de uma maior acessibilidade²⁴ e inclusão social. O CNJ, atento a essa perspectiva, editou a Resolução n. 401 de 2021 que previu o estabelecimento de indicadores de desempenho com o objetivo de construir um diagnóstico desse tema no Judiciário²⁵ a partir do aprofundamento sobre os seguintes aspectos: gestão; acessibilidade em serviços; acessibilidade comunicacional; acessibilidade tecnológica; e acessibilidade arquitetônica e urbanística.

O intuito dessa normativa é fortalecer o plano de ação do Judiciário no estabelecimento de medidas que coloquem fim às barreiras tecnológicas, em particular para as pessoas com deficiência, por meio do uso de tecnologias assistivas²⁶.

²⁴ A Resolução n. 401 de 2021 considera a acessibilidade como a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança, independência e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, e de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

²⁵ Cf. Para Fux, é preciso fortalecer política de acessibilidade e inclusão no Judiciário, 5 out. 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/para-fux-e-preciso-fortalecer-politica-de-acessibilidade-e-inclusao-no-judiciario/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

²⁶ Segundo o artigo 3º inciso XVI da Resolução n. 401 de 2021, a tecnologia assistiva ou ajuda técnica: equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando a sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Assim, é preciso que os sistemas do judiciário tenham uma arquitetura amigável às pessoas com baixo conhecimento tecnológico ou que apresentem algum tipo de deficiência. Nesse sentido, é importante que a arquitetura seja simples, intuitiva e com possibilidade de interação com outros indivíduos para assistência remota (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020, p. 169).

3. SOLUÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS E ACESSIBILIDADE

Uma compreensão abrangente de solução digital de conflitos engloba o uso dos métodos adequados de resolução de disputas, tais como a mediação, a conciliação, a negociação em meio digital, independentemente do grau de sofisticação das tecnologias empregadas para o desenrolar dessas abordagens negociadas (CORTÉS, 2014, pp. 172-178). Cabe destacar que o foco da análise desse trabalho são os meios consensuais.

As duas modalidades de negociação mais recorrentes no âmbito das plataformas de solução de conflitos são a automatizada e a assistida. Na primeira, uma parte se compromete com determinado montante sem conhecer a proposta da outra e as propostas são dirigidas a um sistema de computador e não a outro participante. Ela ocorre naquelas situações em que uma parte oferece lances cegos com o valor que estaria disposta para encerrar a disputa. Esse montante precisa estar dentro da quantia determinada pelo *software* para que o acordo seja fechado. Caso contrário, uma nova rodada de lances é iniciada (BRAGANÇA, 2021, p. 312).

Na negociação assistida, a plataforma disponibiliza recursos para uma comunicação mais direta entre as partes, seja por troca de mensagens, formulários ou outra forma de interação (CORTÉS, 2007).

Com relação à conciliação e à mediação on-line, o mais comum é que a plataforma ofereça recursos para videoconferência em grupo e para reuniões individuais, troca de mensagens e até envio de documentos. O papel do facilitador é fundamental para o andamento desses procedimentos (SOLE, 2015).

A proposta mais moderna é a do desenho de sistemas. Nesse modelo, o fluxo de gestão de conflitos é pensado a partir da customização ou combinação de um ou mais métodos para atender às especificidades do caso. Trata-se de uma metodologia customizada a partir da análise da tipologia do conflito, das posições e interesses das partes, conjuntura econômica e outros fatores que se revelarem

importantes para a solução da questão (URY; BRETT, 1988, p. xii). É importante destacar que não se trata de um fluxo estanque, mas de um processo que pode inclusive sofrer ajustes e ser adaptado à medida que as tratativas avancem.

A proposta dos SIRECS, regulados pela Resolução n. 358 do CNJ, parece estar mais alinhada com esse modelo que prioriza a flexibilidade com o oferecimento de mais de um método para a solução adequada do conflito. Nesse sentido, esses sistemas podem prever fases de negociação, conciliação e mediação com a participação de facilitadores em todas elas ou nas duas últimas.

Além do avanço proporcionado na gestão do conflito, a implantação dos SIRECS almeja um monitoramento mais aprimorado da política judiciária nacional de consensualidade, tanto no que se refere ao uso dos meios consensuais em fase incidental (quando o litígio já está instaurado) quanto antecedente (prévia à judicialização da demanda).

Assim, será possível obter dados mais precisos e relatórios detalhados sobre a eficácia dos métodos de resolução de disputas em cada tipo de conflito, bem como realizar o acompanhamento dos casos de autocomposição prévia, número de casos encaminhados ao tratamento consensual no tribunal, dentre outras questões. Os dados compilados no Relatório Justiça em Números do CNJ ainda não contemplam essas análises, em que pese o avanço e a importância das informações consolidadas no âmbito do índice de conciliação.

Considerado o perfil do acesso à *internet* do país, é importante que esses sistemas não tenham um tamanho pesado e, se possível, possam ser acessados sem necessidade de *download*²⁷, com um carregamento rápido pelo próprio *browser*²⁸ no celular, tendo em vista que este é o principal dispositivo utilizado pela maioria dos brasileiros para a realização de atividades na *internet*.

A implantação dos SIRECS também deve ser adaptada à acessibilidade digital abordada pela Resolução n. 401 de 2021 do CNJ. Assim, os tribunais precisam estar atentos para que a arquitetura desses sistemas contemple todos os

²⁷ Corresponde à ação de “transferir (baixar) um ou mais arquivos de um servidor remoto para um computador local. É um procedimento muito comum e necessário quando o objetivo é obter dados disponibilizados na *internet*.” Disponível em: < <https://www.significados.com.br/download/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

²⁸ Corresponde ao navegador de *internet*. Disponível em: < <https://www.techtudo.com.br/listas/2021/03/o-que-e-browser-veja-perguntas-e-respostas-sobre-navegador-de-internet.ghtml>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

cidadãos, com mais ou menos expertise tecnológica e com algum tipo de deficiência (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, 2004, p. 117).

É importante que os SIRECS ofereçam uma interação intuitiva para o usuário, que deve ser ainda mais simplificada no primeiro contato, uma vez que esse será determinante para a continuidade ou não pelo tratamento digital dos conflitos.

Da mesma forma que no espaço presencial existe a preocupação com a arquitetura do ambiente para a acomodação adequada de pessoas com deficiência, a mesma direção deve ser seguida no meio digital, tendo em vista a sua utilização por todos os usuários (GEORGE, 2018, p. 445).

O *International Council for Online Dispute Resolution* (ICODR) identificou os padrões²⁹ que podem servir de orientação para as plataformas digitais e dispôs sobre a acessibilidade, com base nos princípios para a resolução on-line de disputas do *National Center for Technology and Dispute Resolution*³⁰.

Na mesma tônica dos pontos já abordados, o ICODR reforça que a acessibilidade implica que a plataforma seja de fácil acesso e participação para as partes e deve possibilitar versões disponíveis tanto em canais móveis (como *smartphones* e *tablets*, por exemplo) quanto em computadores. Por essa perspectiva, a acessibilidade reflete uma correspondência com a realidade. À medida em que esses dispositivos são cada vez mais utilizados para as pessoas se comunicarem e realizarem operações da vida cotidiana, é esperado que o acesso a esses sistemas possa ser feito por todos esses recursos (ALMEIDA; FUJITA, 2019, p. 27).

CONCLUSÃO

O acesso à *internet* no Brasil está em constante crescimento. Segundo os dados da PNAD Contínua TIC realizada pelo IBGE em 2019, mais de 80% dos domicílios brasileiros contam com acesso rede, sendo este percentual mais expressivo na zona urbana (86,7%) do que na rural (55,6%).

Essa pesquisa também releva que a maioria expressiva desses acessos ocorre por meio do celular (99,5%), enquanto os demais dispositivos

²⁹ Cf. ICODR Standards. Disponível em: <<https://icodr.org/standards/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

³⁰ Cf. Ethical Principles for ODR Initiative. Disponível em: <<https://odr.info/ethics-and-odr/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

como computadores (45,1%), televisão (31,7%) e *tablets* (12%) registram percentuais bem inferiores. A banda larga móvel também é a mais utilizada no Brasil do que a fixa, salvo na região nordeste.

Esse quadro evidencia a importância dos serviços públicos digitais no Brasil, incluindo os relacionados à justiça, serem disponibilizados em sistemas que também possam ser acessados por *smartphones* e que não exijam muito do pacote de dados da banda móvel para que os cidadãos possam usufruí-lo.

A tecnologia e a inovação constituem pontos fundamentais na agenda do Poder Judiciário nos últimos anos. O intuito é favorecer o sistema de justiça com o suporte de ferramentas que otimizem a tramitação dos processos, confirmem maior celeridade ao desfecho dos casos e estimulem as partes a buscar soluções prévias à judicialização da demanda.

Inicialmente, a perspectiva foi migrar a tramitação dos processos em papel para o meio eletrônico. Mais recentemente, as normativas e medidas adotadas pelo CNJ consolidam um modelo de justiça digital que expande os serviços para além da prestação jurisdicional propriamente dita e incluem iniciativas para o aperfeiçoamento do exercício da cidadania e o oferecimento de outros meios para a solução do conflito com base na formação de um consenso entre as partes.

A opção pela tramitação dos processos nos juízos 100% digitais é uma escolha das partes. Neles, todos os atos processuais, além do atendimento e realização de audiências ocorrem em formato eletrônico.

A Resolução n. 335 de 2020 do CNJ, que instituiu a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, evidencia a proposta do CNJ de que a tecnologia desenvolvida no âmbito dos tribunais seja compartilhada entre eles. O intuito é otimizar o emprego dos recursos financeiros e privilegiar uma política comunitária de utilização das ferramentas tecnológicas.

Há muita expectativa pela implantação dos SIRECS nos tribunais, tendo em vista as contribuições para ampliar o uso da mediação e da conciliação, sobretudo, e para o aperfeiçoamento da política de consensualidade no país.

Cabe destacar a importância desses SIRECS, bem como de todos os serviços judiciários disponibilizados em formato digital estarem adequados às demandas de acessibilidade, em especial, de pessoas com deficiência. Esse movimento pela digitalização e inovação deve servir para promover, também, a maior

inclusão social desses indivíduos no sistema de justiça, em atenção às determinações da Resolução n. 401 de 2021 do CNJ.

REFERÊNCIAS

A era digital. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital>>. Acesso em 13 nov. 2021.

ALBUQUERQUE, Ana Luiza. Audiências virtuais em tempos de pandemia. Folha de São Paulo, folhajus, 21 set. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/audiencias-virtuais-ampliadas-na-pandemia-viralizam-abusos-no-judiciario.shtml>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

ALMEIDA, Bianca Santos Cavalli; FUJITA, Máira de Oliveira Lima Ruiz. Meios de solução digital de conflitos – online dispute resolution (ODR). *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 5, n. 2, pp. 19-35, jul. a dez. 2019.

ANDRADE, Renan Walisson. Audiências por meio virtual democratizam o acesso à Justiça na crise da Covid-19. *Conjur, opinião*, 4 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/andrade-audiencias-virtuais-democratizam-acesso-justica2>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

ANDRADE, Juliana Loss; BRAGANÇA, Fernanda; DYMA, Maria Fernanda. Mediação on-line: evolução, tecnologia e desafios de acessibilidade. In: VIEIRA, Amanda de Lima et al. *Coletânea Estudos sobre mediação no Brasil e no exterior*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, pp. 163-174.

BRAGANÇA, Fernanda. *Justiça digital: implicações sobre a proteção de dados pessoais, solução on-line de conflitos e desjudicialização*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

BRASIL. Lei nº. 9.800 de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19800.htm>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. Lei nº. 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem. Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução N° 354 de 19/11/2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

_____. Resolução N° 313 de 19/03/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolucao-n-313-5.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

_____. Resolução N° 345 de 09/10/2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

_____. Resolução N° 335 de 29/09/2020. Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. Resolução N° 358 de 02/12/2020. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e da mediação. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. Resolução N° 401 de 16/06/2021. Dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3987>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

_____. Eixos da Justiça. Projetos da Gestão do Ministro Luiz Fux, 22 set. 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/5-Eixos-da-Justica-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

_____. Balcão virtual agiliza e aprimora atendimento no Judiciário. CNJ, 6 mai. 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/balcao-virtual-agiliza-e-aprimora-atendimento-no-judiciario/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. *Caderno PJe Processo Judicial Eletrônico*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/551be3d5013af4e50be35888f297e2d7 .pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/551be3d5013af4e50be35888f297e2d7.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2021.

_____. Resolução N° 185 de 18/12/2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

CORTÉS, Pablo. Online Dispute Resolution Services: A Selected Number of Case Studies. *Comput Telecommun Law Review*, pp. 172-178, 2014.

_____. The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism, 6 jul. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com>> Acesso em: 17 nov. 2021.

Em posse, Fux anuncia atuação em prol dos direitos humanos e da justiça digital. Agência CNJ de Notícias, 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/em-posse-fux-anuncia-atuacao-em-prol-dos-direitos-humanos-e-da-justica-digital/>>. Acesso em: 25 set. 2021.

ENAP. *Introdução à Interoperabilidade*. Brasília: Enap, 2015. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2399/1/Módulo_1_EPING.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Ethical Principles for ODR Initiative. Disponível em: < <https://odr.info/ethics-and-odr/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

FIA. Open Source ou Código aberto: o que é, características e vantagens, 6 mar. 2020. Disponível em: < <https://fia.com.br/blog/open-source/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

FRAGALE, Roberto; VERONESE, Alexandre. Electronic Justice in Brazil. In: CERRILO I MARTINEZ, Agustí; FABRA I ABAT, Pere. *E-Justice: using information communication Technologies in the Court System*. Cataluña: Scopus, 2008, p. 128-144.

GEORGE, Kevin. Accessible Emails: How To Design And Code Them The Right Way, 11 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://email.uplers.com/blog/accessibility-in-emails/>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua sobre Acesso à Internet e à Televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019.

Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

ICODR Standards. Disponível em: <<https://icodr.org/standards/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice. Hague: *Kluwer Law International*, pp. 108-121, 2004.

MOREIRA, Tássia Rodrigues. O acesso democrático à justiça na era da tecnologia: uma questão de política pública. In: SILVA, Juvêncio Borges; BELLINETTI, Luiz Fernando; TAVARES NETO, José Querino. II Encontro Virtual do Conpedi. *Acesso à Justiça II*, 2020, pp. 228-243. Disponível em <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/2i8uuq04/os73m777Ys9VIU9S.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

Obrigatoriedade do processo eletrônico preocupa OAB. Migalhas, migalhas quentes, 5 jun. 2012. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/157005/obrigatoriedade-do-processo-eletronico-preocupa-oab>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

OECD Digital Economy Outlook 2020. Chapter 4. Digital uptake, usage and skills. Disponível em < https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bb167041-en/1/3/4/index.html?itemId=/content/publication/bb167041-en&_csp_=509e10cb8ea8559b6f9cc53015e8814d&itemIGO=oecd&itemContentType=book#figure-4-1>. Acesso em: 15 nov. 2021.

OECD.Stat. ICT Access and Usage by Households and Individuals, 2020a. Disponível em < https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=ICT_HH2>. Acesso em: 15 nov. 2021.

Para Fux, é preciso fortalecer política de acessibilidade e inclusão no Judiciário, 5 out. 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/para-fux-e-preciso-fortalecer-politica-de-acessibilidade-e-inclusao-no-judiciario/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

RABELO, Tiago Carneiro. *Manual do Processo Judicial Eletrônico*. Porto Alegre, Ed. Verbo Jurídico, 2019.

SOLE, Maria Eugenia. E-mediation: a new stage of ethics. Portal mediate.com: everything mediation, dez. 2015. Disponível em <<https://www.mediate.com/articles/SoleME4.cfm>> Acesso em: 17 nov. 2021.

TJRJ. Em três meses, mais de 8,5 mil audiências virtuais foram realizadas conforme protocolo criado pela CGJ-RJ.

URY, William L. ; BRETT, Jeanne M. ; GOLDBERG, Stephen B. Resolvendo disputas: projetando sistemas para reduzir o custo do conflito. 1a Ed. São Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1988.

VERONESE, Alexandre; FONTAINHA, F. C.; FRAGALE, ROBERTO. *Aplicações de tecnologias da informação e comunicação no âmbito da administração judiciária*. Trabalho apresentado no 1º Congresso Científico do Centro Universitário da Cidade (UniverCidade), Rio de Janeiro, Brasil, 2006.

VIDONHO JUNIOR, Amadeu dos Anjos. Processo Judicial eletrônico e a Resolução n. 185 do Conselho Nacional de Justiça: reflexões. In; ROVER, Aires José; SANTOS, Paloma Maria; MEZZARROBA, Orides. *Governo eletrônico e inclusão digital. Textos produzidos para o 19º Encontro Ibero-Latino-Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital no ano de 2014 em Florianópolis*. Florianópolis: Conceito editorial, 2014.

LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO: MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DA CIDADANIA

Fernanda Bragança

Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil
fernanda.braganca@fgv.br

Juliana Loss

Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil
juliana.loss@fgv.br

Renata Braga

Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, Brasil
renatabragak@terra.com.br

INTRODUÇÃO

O mapa da inadimplência no Brasil consolidado em agosto de 2021 pela SERASA identificou que cerca de 62,3 milhões de brasileiros estão inadimplentes e as dívidas somam, aproximadamente, 208,78 bilhões de reais.

A Lei n. 14.181 de 2021 aperfeiçoa a disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Esta legislação se inspirou em modelos estrangeiros como o norte-americano e de países europeus, tendo em vista conferir uma chance mais efetiva à reestruturação financeira de pessoas superendividadas.

Na linha da Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário segue com a proposta de conferir concretude à Política de tratamento adequado dos conflitos e de prevenção à judicialização. Nesse caso, através da promoção e incentivo à repactuação dos débitos cíveis no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS).

O objetivo desse estudo consiste em aprofundar sobre a dinâmica de gestão desses conflitos decorrentes do superendividamento a partir da base legal e, também, da análise de boas práticas que já estão implementadas em alguns CEJUSCS do país.

Assim, o artigo está estruturado em três tópicos. O primeiro aborda o mapa da inadimplência e o reflexo na judicialização. O segundo faz a contextualização da legislação acerca do assunto e, por fim, o estudo traz um diagnóstico

das boas práticas de alguns CEJUSCS e perspectivas para uma concretização efetiva da Lei n. 14.181 de 2021. A metodologia de pesquisa se baseia em uma revisão bibliográfica e normativa sobre o assunto, além da análise de dados de relatórios da SERASA, da CNC e do CNJ.

1. O MAPA DA INADIMPLÊNCIA E O REFLEXO NA JUDICIALIZAÇÃO

Como visto anteriormente, o mapa da inadimplência no Brasil consolidado em agosto de 2021 pela SERASA identificou que cerca de 62,3 milhões de brasileiros estão inadimplentes e as dívidas somam, aproximadamente, 209 bilhões de reais. O valor médio das dívidas por pessoa é de quase 4.000 reais.

O número de inadimplentes nesse ano também cresceu em relação ao mesmo período do ano passado. Segundo a SERASA, os segmentos que mais acumulam dívidas são: bancos e operadoras de cartão de crédito (29%); *utilities* (empresas que prestam serviços públicos em geral – 23,59%) e varejo (13,09%).

O Programa Serasa Limpa Nome é uma excelente ferramenta para verificar o perfil dos inadimplentes. De acordo com dados da Serasa, mais da metade das pessoas que negociaram suas dívidas estão na faixa etária de 31 a 50 anos distribuídos, principalmente, nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Bahia e Paraná. Em relação ao público de inadimplentes, verificou-se que 50,2% são mulheres e 49,8% são homens. A população feminina concentra o maior número de inadimplentes que negociou nesse programa com cerca de 53,7% de participantes.

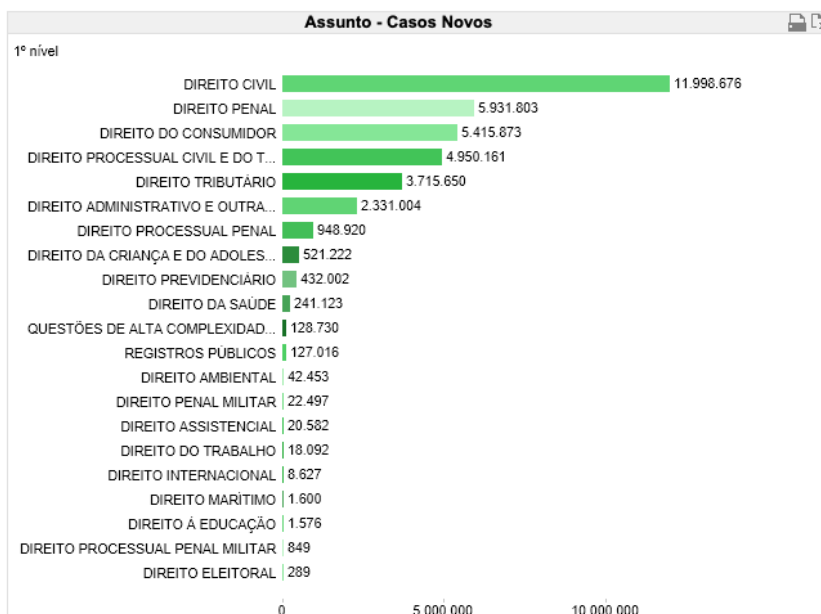
A Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC) realizada pela CNC identificou que, em agosto de 2021, a taxa de famílias endividadadas passou de 66,1% para 67,2%, o maior nível em 11 anos. De acordo com o estudo, desse grupo de endividados, cerca de quase 8 milhões não terão condições de pagar as suas dívidas.

Esse aumento do endividamento gera uma expectativa de que os CEJUSCS fiquem mais sobrecarregados em razão do volume de litígios relacionados às obrigações e aos contratos. Embora não seja possível verificar quais demandas se referem à execução de dívidas decorrentes de relações consumeristas, segundo o Relatório Justiça em Números de 2021 do CNJ, foram ajuizadas

5.415.873 novas ações em matéria de consumo em 2020³¹. Portanto, o assunto foi um dos mais recorrentes na justiça estadual, conforme pode ser visualizado nas figuras 1 e 2 abaixo.

Em razão disso, os tribunais que ainda não oferecem esse serviço se preparam para cumprir as diretrizes da Lei do superendividamento e a tendência é que se baseiem nas boas práticas já implementadas e que proporcionaram bons resultados ao usuário do sistema de justiça.

Figura 1. Número de casos novos ajuizados por assunto no Judiciário em 2020



Fonte: CNJ

³¹ Cabe ressaltar que alguns autores apontam que a causa do excesso de ações judiciais relacionadas ao consumo no Brasil não reside na postura litigiosa do consumidor, mas no reiterado descumprimento das normas pelos fornecedores e na carência de um atendimento adequado (RAMOS, 2018).

Figura 2. Assuntos mais demandados na Justiça brasileira em 2020

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	2.152.772 (4,10%)
	2. DIREITO DO TRABALHO - Direito Individual do Trabalho /Rescisão do Contrato de Trabalho	805.059 (1,53%)
	3. DIREITO DO TRABALHO - Direito Individual do Trabalho /Duração do Trabalho	285.392 (0,54%)
	4. DIREITO DO TRABALHO - Direito Individual do Trabalho /Verbas Remuneratórias, Indenizatórias e Benefícios	281.798 (0,54%)
	5. DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	259.625 (0,49%)
Superiores	1. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Partes e Procuradores/Sucumbência	36.966 (0,07%)
	2. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Liquidação / Cumprimento / Execução/Valor da Execução / Cálculo / Atualização	36.222 (0,07%)
	3. DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	35.820 (0,07%)
	4. DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	28.453 (0,05%)
	5. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	26.532 (0,05%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR - Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	434 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR - Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	402 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR - Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	308 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR - Crimes contra a Administração Militar/Falsidade	299 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de Ação Civil Pública	253 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	635 (0,00%)
	2. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Militar/Regime	429 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Tutela Provisória/Liminar	263 (0,00%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Partes e Procuradores/Assistência Judiciária Gratuita	249 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR - Parte Geral /Penas Acessórias	197 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário	541.738 (1,03%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	361.138 (0,69%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	340.863 (0,65%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie	315.271 (0,60%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	274.943 (0,52%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	2.665.873 (5,08%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.655.989 (3,15%)
	3. DIREITO CIVIL - Família/Alimentos	1.303.589 (2,48%)
	4. Direito Ambiental - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.274.975 (2,43%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	1.115.477 (2,12%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL - Eleições/Cargos	949.062 (1,81%)
	2. DIREITO ELEITORAL - Eleições/Candidatos	608.652 (1,16%)
	3. DIREITO ELEITORAL - Eleições/Prestação de Contas	440.346 (0,84%)
	4. DIREITO ELEITORAL - Eleições	113.286 (0,22%)
	5. DIREITO ELEITORAL - Eleições/Propaganda Política - Propaganda Eleitoral	91.641 (0,17%)

Fonte: CNJ

É preciso destacar que diante desse volume de processos, o CNJ tem adotado e impulsionado medidas para tratar adequadamente os conflitos e, conseqüentemente, criar uma cultura de pacificação e prevenir a judicialização. Nesse sentido, o Conselho publicou uma série de normativas e, anualmente, promove as semanas nacionais pela Conciliação, quando os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual.

Isso reflete no índice de conciliação do Relatório Justiça em Números, o qual mede o percentual de sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. Em 2020, o percentual de sentenças homologatórias de acordo foi de 9,9%. Nesse ano, o número abaixo

do esperado pode ser uma decorrência da pandemia, uma vez que pode ter dificultado o encaminhamento ou até a realização da conciliação e da mediação (CNJ, 2021, p. 192).

O impacto positivo da conciliação e da mediação na solução de problemas de consumo é reconhecido por diversos especialistas, com fundamento, nas normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Os resultados propiciados por esses meios em relação ao consumidor também são destacados (MARTINS, 2017, pp. 77-80).

No aspecto normativo, o CNJ elaborou um conjunto de normas que robustecem o uso da conciliação e da mediação para a gestão adequada dos conflitos, com destaque à Resolução n. 125, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses; a Resolução n. 290, que estabeleceu critérios para aferição da produtividade do CEJUSC como unidade judiciária; a Resolução n. 271, que fixou parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais; a Recomendação n. 58 que incentivou os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação; e a Recomendação n. 71, a qual dispôs sobre a criação de CEJUSCS especializados na área empresarial.

Mais recentemente, a tônica é utilizar a tecnologia para ampliar o acesso à justiça, com a perspectiva de criação de tribunais multiportas com funcionamento e operacionalização em meio digital. Assim, o CNJ criou os juízos 100% digitais com a Resolução n. 345 e regulamentou a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação (SIRECS) com a Resolução n. 358.

Assim, o próprio Judiciário é um protagonista nesse fomento dos meios mais adequados para a solução de conflitos e, com a nova lei, essa dinâmica alcança com força as relações de superendividamento.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO

Em linhas gerais, o superendividamento corresponde ao estado em que o indivíduo de boa-fé não tem mais condições de pagar as suas dívidas sem o comprometimento do seu mínimo existencial (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021).

O superendividamento é uma questão regulada por diversos países, com destaque para os EUA e para a França, que foram os primeiros a disciplinar sobre a matéria na década de 1970. Assim, em 1978, foi publicada a Lei francesa *Scrivener* que dispôs sobre a proteção do consumidor em determinadas operações de crédito e, no mesmo ano, o *Bankruptcy Reform Act* passou a fazer parte do ordenamento jurídico norte-americano. Em ambos os casos, o cenário social estava caracterizado por um endividamento individual preocupante (SILVA, 2020).

Na França, a proteção ao consumidor superendividado, com maior semelhança ao modelo atual, se deu com a publicação da Lei 89-1010, de 31.12.1989, também conhecida como Lei *Neiertz*. Em 1997, foi inserido o Livro III que dispõe sobre o tratamento das situações de superendividamento no *Code de La Consommation* (ROCHA, FREITAS, 2010). Atualmente, a questão está regulada no Livro VII desse diploma legal.

O pedido de tratamento de situação de superendividamento é dirigido à *commission de surendettement des particuliers*, cuja composição e funcionamento são regulados pelo *Conseil d'État*, órgão máximo de jurisdição administrativa naquele país. Essa comissão tem a prerrogativa de propor ou estabelecer medidas para o tratamento das dívidas, assim como pode direcionar ao juiz competente para abertura de um procedimento judicial de reestruturação financeira (Artigos L712-1; L712-2 e L712-4 do *Code de La Consommation*).

O sistema francês de tratamento dos conflitos dos superendividados está estruturado em 3 premissas: tentativa de solução extrajudicial dessas demandas, com apoio de uma comissão instituída especificamente para tratar desses problemas; educação financeira e preferência pela composição entre as partes, inclusive no transcorrer do procedimento judicial.

Assim, a qualquer momento do processo, a comissão pode orientar o devedor a solicitar um auxílio ou medida de ação social que pode incluir um programa de educação orçamental ou um acompanhamento social personalizado, por exemplo (Artigos L712-9 do *Code de La Consommation*).

Em 2012, o Banco Mundial aprovou um relatório com o objetivo de sensibilizar e fornecer orientações para a criação e modernização dos regimes de insolvência de pessoas físicas. A instituição reconhece que não é possível definir uma abordagem como a mais apropriada, pois o tema engloba uma grande diversidade de situações sociais, políticas e econômicas em cada país e alerta para o risco sistêmico de falência em massa dos consumidores diante da ausência de

uma regulamentação adequada sobre o assunto (THE WORLD BANK, 2012, pp. 4-5).

Em 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) adotou a Recomendação do Conselho de Proteção ao Consumidor na área do crédito ao consumo (*Recommendation of the Council on Consumer Protection in the field of Consumer Credit*).

O acesso do consumidor ao crédito tem uma relevância expressiva para a economia. É importante que esse crédito seja oferecido e concedido de forma justa e responsável, tanto quanto possível, de modo a evitar o superendividamento e os problemas relacionados (OCDE, 2019).

A Recomendação referendada pela OCDE está dividida nos seguintes tópicos: estrutura legal, regulatória e supervisora; papel dos órgãos de supervisão; tratamento equitativo e justo dos consumidores; divulgação e transparência; educação financeira e conscientização; conduta de negócios responsável; proteção dos bens do consumidor contra fraude e uso indevido; proteção de dados do consumidor e privacidade; tratamento, reparação de reclamações e concorrência.

No Brasil, em que pesem os reconhecidos avanços e inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor na década de 1990, esse diploma legal não tratou sobre esse tema. Desde 2006, na ADI 2591, o STF confirmou que os serviços bancários e financeiros estão abarcados pelo CDC. Era urgente a atualização do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a vulnerabilidade dos consumidores nesse mercado se apresenta de forma ainda mais latente em decorrência, sobretudo, da complexidade e assimetria de informações (SENACON, 2020). Em 2012, o Projeto de Lei (PL) n.º 283, de origem no Senado Federal, buscou estabelecer mecanismos para prevenir o superendividamento de pessoa física.

Assim, essa proposta de legislação buscou aproveitar e internalizar a experiência internacional no tratamento do superendividamento, como também atualizar o CDC com novas situações que impactaram a sociedade nos últimos anos (MARTINS et al., 2021). De fato, é possível perceber muitas semelhanças do PL brasileiro com a legislação francesa e com a Recomendação adotada pela OCDE.

O texto original do PL foi estruturado em 3 pilares. O primeiro deles foi a necessidade de aprimoramento da proteção contratual dos consumidores com a maior transparência nos contratos, lealdade e cooperação entre as partes para

um entendimento efetivo das condições de contratação do crédito. Nesse sentido, o dever de informação ganhou contornos mais precisos e a responsabilidade na concessão do crédito ganhou evidência e obrigações explícitas.

O segundo fundamento consistiu no reconhecimento da importância da educação e da cultura do planejamento financeiro, com a disponibilização de materiais e outros recursos para que os cidadãos, em geral, consigam ficar mais familiarizados com o assunto, de modo a conseguirem implementar na vida cotidiana.

O terceiro ponto diz respeito à previsão de mecanismos consensuais de renegociação de dívidas, inicialmente com foco na conciliação, com apoio dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (MARQUES; MARTINS, 2021). Algumas iniciativas pontuais coordenadas por órgãos como o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e os Procons já sinalizam os resultados positivos do uso de abordagens negociais nesses casos (SENADO FEDERAL, 2012). A proposta retrata um incentivo forte à desjudicialização dessas demandas (MARQUES; MARTINS, 2021).

O PL tramitou por 9 anos no Congresso Nacional e, em 2021, finalmente foi publicada a Lei n. 14.181 que manteve os pilares do texto original. A publicação ocorreu em um momento delicado na economia em decorrência da pandemia, que repercutiu com intensidade sobre os mais vulneráveis (PINTO, 2021).

A doutrina civilista também se refere a esses consumidores como hipervulneráveis, que são aqueles indivíduos mais frágeis em relação aos fornecedores e às ações do mercado, como idosos, pessoas de baixa escolaridade, crianças, dentre outros (PINTO, 2021). Essa nova legislação trouxe fundamentos importantes como o reforço ao adimplemento e o dever de renegociação (MARTINS et al., 2021).

Esse adimplemento se baseia na ideia de que o consumidor de boa fé pode sofrer com acontecimentos que fulminam a sua vida financeira e, conseqüentemente, a sua capacidade de adimplência. Nesse sentido, essa pessoa tem direito a uma repactuação dos valores devidos nos limites das suas forças econômicas, ou de seu núcleo familiar, para quitar suas dívidas e voltar a ter acesso ao crédito.

O dever de renegociação também foi impulsionado, tendo em vista que foram estabelecidas sanções ao credor que deixa de comparecer, injustificadamente, à audiência de composição entre as partes, conforme o artigo 104-A, §2º do CDC.

A Lei n. 14.181 de 2021 prevê a criação de núcleos de conciliação e mediação voltados ao endividamento, o que em termos de organização judiciária corresponde à instituição de CEJUSCS específicos para essa matéria e estabelece um procedimento próprio para a renegociação de dívidas, com vistas a propiciar ao consumidor um novo recomeço, a exemplo do direito francês (MARTINS et al., 2021).

Esse procedimento prestigia a solução consensual entre as partes (artigo 104-A do CDC). Ou seja, o legislador deu preferência às tratativas negociais entre credor(es) e o devedor, inclusive em fase anterior ao ajuizamento de demandas, para a reestruturação da dívida.

Assim, o consumidor superendividado interessado na negociação da sua dívida pode procurar a justiça estadual para que seja direcionado a esse núcleo de mediação e conciliação especializado e cabe ressaltar que esse serviço já é oferecido em alguns tribunais do país (PINTO, 2021). Assim, a Lei do superendividamento representa um avanço importante no acesso à justiça e executa a Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 5º, VI e VII CDC).

É importante destacar também que todos os órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor devem contribuir para o tratamento das demandas desses consumidores, uma vez que constituem uma rede de apoio para a contenção do endividamento e diminuição da judicialização desses casos.

Caso não seja possível um acordo entre as partes, instaura-se um outro procedimento por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes (artigo 104-B do CDC), do qual resultará um plano judicial compulsório.

A Lei n. 14.181 de 2021 não se restringe ao tratamento de dívidas, ressalta a necessidade de uma conduta transparente e de boa fé das instituições financeiras nos contratos de concessão de crédito, bem como estabelece uma série de deveres acessórios nos artigos 54-B, 54-D e 54-F. Em síntese, o objetivo é concretizar de maneira ainda mais efetiva o oferecimento do crédito de forma responsável, conforme dispõe o artigo 6º do CDC (MARQUES; BERGSTEIN, 2021).

A legislação propõe uma dinâmica de negociação em bloco, ou seja, os superendividados poderão renegociar todas as suas dívidas ao mesmo tempo. Essa é uma das principais inovações em relação aos mutirões de pagamento de dívidas, uma vez que nesses os débitos costumam ser negociados um a um (CNJ, 2021). Além disso, o artigo 104-B, §4º do CDC ainda impõe uma moratória e estipula o pagamento da primeira parcela até 180 dias depois da homologação judicial do plano.

3. DIAGNÓSTICO DE BOAS PRÁTICAS

Antes da publicação da Lei n. 14. 181 de 1 de julho de 2021, alguns CEJUSCS já proporcionavam programas de atendimento especializado ao superendividado. O mapeamento dessas práticas se mostra relevante para a construção de um projeto nacional pelo CNJ, que englobe e aperfeiçoe as iniciativas existentes e estabelece padrões mínimos a serem observados por todos os tribunais do país.

Essas iniciativas pioneiras têm como princípio o fato de que o superendividamento é um fenômeno social, jurídico e econômico e possuem o objetivo de viabilizar o pagamento de um conjunto ou da totalidade das dívidas de pessoas de boa fé que apresentam, circunstancialmente, incapacidade financeira.

O Programa de Apoio ao Superendividado (PAS) criado em 2012 é desenvolvido no âmbito do maior tribunal do país, o TJSP e reflete uma parceria entre o CEJUSC, a Fundação Procon-SP e o Núcleo de Tratamento do Superendividamento (NTS) com o escopo de auxiliar, orientar e educar os consumidores para que possam readquirir o controle financeiro, a fim de garantir a subsistência individual e de suas famílias nos limites do orçamento. O programa está aberto a todas as pessoas maiores de 18 anos, independentemente de sua renda, e microempresas. A análise da situação do endividado é realizada pelos especialistas do NTS.

A inscrição preliminar no PAS pode ser feita no site da Fundação Procon-SP³² ou por telefone, em que são requeridas as informações socioeconômicas pessoal e familiar do interessado. Após essa fase cadastro, é promovida uma palestra com orientações gerais sobre o programa, recomendações financeiras,

³² Cf. < <https://www.procon.sp.gov.br/espaco-consumidor/#ApoioSuperendividado>>. Acesso em: 28 set. 2021.

planejamento familiar e práticas de mercado que podem contribuir com o endividamento, de maneira a tornar o consumidor mais preparado para as suas compras. A participação nessa etapa é indispensável para a participação no programa.

O passo seguinte é a triagem. A partir da documentação entregue pelos consumidores, os especialistas do NTS seguem para uma tentativa de renegociação. Caso necessário, os consumidores também podem ser encaminhados para uma sessão de renegociação coletiva no âmbito do CEJUSC. O PAS é uma iniciativa reconhecida com mais de 31 mil atendimentos realizados até julho de 2021 (PROCON-SP, 2021).

Outro caso exitoso é o Programa Superendividados promovido pelo CEJUSC/Super do TJDFT desde 2015. Esse núcleo atua em duas frentes: prevenção e tratamento de conflitos. A primeira promove palestras gratuitas para instituições públicas e privadas sobre educação financeira com o escopo de compreender a relação entre consumo, poupança e crédito, assim como avaliar as opções para administração de seus recursos financeiros de maneira consciente. A segunda envolve oficinas de educação financeira, orientação individualizada e atividades psicossociais. O serviço é disponível a todos os cidadãos do Distrito Federal.

O primeiro projeto piloto de proteção ao consumidor superendividado no país foi inaugurado pelo TJRS em 2007 (SOUZA, 2021). Em 2019, o tribunal criou um CEJUSC do cidadão *online*, que já se consolida como uma referência. O serviço consiste em uma plataforma de conciliação e mediação em ambiente digital. O acesso pode ser feito tanto pelo computador quanto pelo celular. A solicitação de atendimento pode ser feita de forma totalmente remota e ao final, uma data para a sessão será disponibilizada em até 15 dias. Essas sessões são conduzidas por conciliadores e mediadores cadastrados no tribunal.

O TJBA conta com um Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento, criado pelo Decreto Judiciário n. 2010 de 16 de março de 2020. O tribunal elaborou um Manual do Cidadão, que funciona como uma guia para a solicitação de atendimento remoto por essa unidade. Este projeto também tem a perspectiva de proporcionar uma educação financeira, a fim de que as partes possam ter meios de seguir com um planejamento financeiro de acordo com as suas condições econômicas. Em 2020, foi firmado um termo de cooperação técnica com o Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil Seção Bahia (TJBA, 2020).

Para o agendamento remoto, as partes devem preencher um cadastro no site do TJBA e escolherem a opção “atendimento superendividamento” e a unidade do Núcleo de Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Em seguida, é preciso preencher um questionário econômico, social, familiar e financeiro com perguntas sobre renda pessoal e familiar, número de dependentes, causas das dívidas, montantes de despesas de primeira necessidade como luz, água, medicamentos, aluguel, impostos, dentre outros, existência de tentativas de renegociação, registro em cadastro de inadimplentes, cópias dos contratos dos quais decorreram os débitos etc. O objetivo é subsidiar os especialistas com informações para que possam dar a melhor orientação. Em decorrência da pandemia, todas as etapas do atendimento, inclusive as oficinas de educação financeira e as sessões de renegociação de dívidas são realizadas de forma remota.

A Resolução n. 410 de 2018 criou o programa Proendividados do TJPE, vinculado ao NUPEMEC, com a proposta de desenvolver e executar ações que promovam o tratamento, o acompanhamento e a resolução amigável de conflitos de consumidores superendividados. O projeto tem três iniciativas principais: audiências de mediação e conciliação, com o intuito de renegociar as dívidas junto aos seus credores; realização de palestras sobre educação financeira e funcionamento do Programa, conforme solicitação e agendamento; orientação financeira individual realizada por economista, oficinas de educação financeira e encaminhamento à assistência psicológica. A inscrição no programa pode ser online³³ ou pessoalmente, nas unidades do Proendividados em Recife e Caruaru.

O Projeto de Tratamento de Situações de Superendividamento do consumidor foi criado em 2010 no âmbito do TJPR. O NUPEMEC ainda conta com duas outras iniciativas nessa área: o CEJUSC Endividados especializado em matéria bancária e o “Equilibrando Contas”, um curso em formato EAD, disponibilizado por meio de vídeos, com explicações de conceitos financeiros para a orientação das famílias.

O TJRJ também prepara o seu programa para os superendividados, em atendimento às disposições da Lei n. 14. 181 de 2021. Esse projeto tem o planejamento de uma fase pré processual e judicial.

No procedimento pré processual, a solicitação é feita via o portal do TJRJ. A 2ª fase é uma entrevista com o consumidor por meio de um questionário

³³ Cf. < <https://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/concilie-aqui-orientacao>>. Acesso em: 30 set. 2021.

a ser submetido ao NUPEMEC. Se for considerado superendividado, segue para a análise para a elaboração do plano de pagamento das dívidas. As próximas etapas são a mediação online e oficinas de educação financeira. Os acordos efetuados são homologados pelo juiz coordenador do CEJUSC. Nas hipóteses de ausência do credor e quando não for possível a celebração do ajuste, são oferecidas orientações às partes.

No procedimento judicial, o requerimento deve ser feito pelo consumidor nos autos ou o processo deve ser encaminhado de ofício pelo juiz. Os passos seguintes são a análise para a elaboração do plano de pagamento das dívidas, mediação online e oficinas de educação financeira. Os acordos globais ou parciais são devolvidos ao juiz de origem para homologação.

Nesse momento, com a publicação da Lei n. 14. 181, o Poder Judiciário deve estruturar uma ação uniformizada de serviços aos superendividados. Ainda que alguns projetos possam atender peculiaridades regionais, é essencial que alguns serviços indispensáveis sejam atendidos. Os resultados positivos aferidos por essas boas práticas revelam a importância de uma estrutura educativa, além de orientações individuais sobre planejamento financeiro e serviços de renegociação de dívidas por métodos adequados de solução de conflitos. Somado a isso, a implantação de medidas como a elaboração de cartilhas e manuais interativos em linguagem simples, com direcionamento a canais de instituições públicas e privadas que contribuam com o esclarecimento de dúvidas e para o atendimento de consumidores em situação de superendividamento.

CONCLUSÃO

O Brasil é um país de muitos endividados. Os dados recentes mostram um quadro de 1/3 da população brasileira em situação de endividamento, que atinge de forma ainda mais acentuada as mulheres. Os efeitos econômicos e financeiros da pandemia ainda estão sendo percebidos, mas a expectativa é que tenham contribuído para o agravamento desse cenário.

As demandas relacionadas ao consumo representam uma parcela significativa das ações ajuizadas no Poder Judiciário todos os anos. Em razão da publicação da Lei n. 14.181 de 2021, estima-se que os CEJUSCS receberão um número de casos bem mais robusto e, assim, é necessária uma preparação para o cumpro

mento adequado da lei e garantia dos direitos desses hipervulneráveis. Os benefícios da mediação e da conciliação nas relações consumeristas são destacados por diversos especialistas da área.

A Lei do Superendividamento veio suprir uma lacuna do CDC e prevê medidas importantes para proporcionar uma solução adequada dos conflitos, como a criação de núcleos de conciliação e mediação voltados ao endividamento.

A legislação também estabeleceu um procedimento próprio para a renegociação de dívidas, com tratamento das demandas em bloco e priorização do encaminhamento antecipado ou prévio dessas questões à abordagens consensuais entre o devedor e seus credores.

Alguns tribunais contam com programas pioneiros no tratamento ao superendividamento como o TJRS, TJSP, TJPR, TJBA, TJPE, TJDFT e outros. Essas experiências servem para a construção de boas práticas a serem implementadas de forma uniforme por todos os tribunais. As principais iniciativas dizem respeito à palestras de educação financeira, orientação e planejamento econômico individual, e tentativas de composição para pagamento da dívida por meio da conciliação e da mediação. Cabe destacar que parte desses projetos já possibilita a tramitação de forma totalmente on-line, inclusive com plataformas de solução de disputas. As particularidades dessas relações de superendividamento apontam também para uma necessidade de capacitação específica dos profissionais que atuam nesses CEJUSCS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 14. 181 de 1 de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2021.

CEJUSC DO CIDADÃO ON-LINE TJRS. Disponível em: < <https://wls.tjrs.jus.br/methisweb/pre-atendimento>>. Acesso em: 28 set. 2021.

CEJUSC DO CIDADÃO ON-LINE: Agilidade e segurança marcam primeiro acordo. Notícias do TJRS, 14 set. 2020. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/cejusc-do-cidadao-on-line-agilidade-e-seguranca-marcam-primeiro-acordo/>>. Acesso em: 29 set. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. Disponível em: < <https://www.fecomercio.com.br/pesquisas/indice/peic>>. Acesso em 8 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “CNJ Serviço: o que muda com a Lei do Superendividamento?” Agência CNJ de Notícias, 6 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-muda-com-a-lei-do-superendividamento/>>. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. “Relatório Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)”. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2021.

_____. “Painel Justiça em Números”. Disponível em: < https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em 24 set. 2021.

_____. Recomendação Nº 58 de 22/10/2019. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em: 8 out. 2021.

_____. Recomendação Nº 71 de 05/08/2020. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em: 8 out. 2021.

_____. Resolução n. 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 8 out. 2021.

_____. Resolução Nº 290 de 13/08/2019. Altera a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, para estabelecer critério de aferição da produtividade decorrente da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2979>>. Acesso em 8 out. 2021.

_____. Resolução N° 345 de 09/10/2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>>. Acesso em 8 out. 2021.

_____. Resolução N° 358 de 02/12/2020. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>>. Acesso em 8 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. “Comentários à Lei do Superendividamento (Lei n° 14.181, de 1° de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise”. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 21 set. 2021.

LÉGIFRANCE. *Code de la consommation*. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069565/LEGISCTA000032223535/#LEGISCTA000032224616>. Acesso em: 22 set. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Lais Gomes. “Nova lei do superendividamento: um respiro para o consumidor. A sanção da lei 14.181/21 contribui para uma necessária evolução do mercado de crédito, bancário e financeiro para o paradigma do crédito responsável”. Migalhas, Migalhas de Peso, 27 jul. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/349083/nova-lei-do-superendividamento-um-respiro-para-o-consumidor>>. Acesso em 22 set. 2021.

_____; MARTINS, Fernando Rodrigues. “As recomendações da OCDE quanto ao crédito do consumidor e o PL 1805/21”. Conjur, opinião, 1 jul. 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jul-01/marques-martins-recomendacoes-ocde-pl-180521>>. Acesso em: 23 set. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues et al. “Os vetos parciais sobre a lei 14.181/21 e a necessidade de promoção suficiente dos superendividados: análise das quatro culturas desperdiçadas do Direito do consumidor”. Migalhas, migalhas de peso, 31 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/350922/os-vetos-parciais-sobre-a-lei-14-181-21>>. Acesso em: 21 set. 2021.

MARTINS, Guilherme M. A mediação e os conflitos de consumo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro no 63, jan./mar. 2017, pp. 71-83. Disponível em: < https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1259534/Guilherme_M_Martins.pdf>. Acesso em o out. 2021.

NUPEMEC TJPE. Proendividados: tratamento de situações de superendividamento do consumidor. Disponível em: < <https://www.tjpe.jus.br/documentos/88944/0/Cartilha+Proendividados+versão+julho+2020/32998bbe-6b40-3b40-220f-067c384c223e>>. Acesso em 30 set. 2021.

OCDE. Recommendation of the Council on Consumer Protection in the field of Consumer Credit, OCDE Legal Instruments, 1 jul. 2019. Disponível em: < <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0453>>. Acesso em: 23 set. 2021.

PINTO, Cristiano Sobral. “A Lei do Superendividamento e os JECS”. Conjur, garantias do consumo, 11 ago. 2021. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-ago-11/garantias-consumo-lei-superendividamento-jecs#_ftn5>. Acesso em: 24 set. 2021.

PROCON-SP. Procon-SP lança Central do Superendividamento. Disponível em: < <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-lanca-central-do-superendividamento/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

ROCHA, Amélia Soares; FREITAS, Fernanda Paula Costa de. “O superendividamento, o consumidor e a análise econômica do Direito”. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, Ceará. Florianópolis: Conpedi, 2010, pp. 480-496. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4007.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2021.

SENAÇON. Nota Técnica n. 3/2020/CGARI/GAB-SENAÇON/SENAÇON/MJ. Disponível em: < https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Notas_Técnicas/SEI_MJ_-_11961716_-_Nota_Técnica_3_2020.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado no. 283, de 2012. Altera a Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3910445&ts=1630408580151&disposition=inline>>. Acesso em: 20 set. 2021.

SERASA. Mapa da inadimplência da renegociação de dívidas no Brasil. Disponível em: < <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renogociacao-de-dividas-no-brasil>>. Acesso em 5 out. 2021.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. “Superendividados devem ser protegidos com a aprovação urgente do PL 3515”. Conjur, Direito Civil Atual, 1 jun. 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/direito-civil-atual-superendividados-protetidos-aprovacao-pl#_ftn1>. Acesso em: 20 set. 2021.

SOUSA, Fábio Torres de. O Poder Judiciário e o superendividamento do consumidor: a necessária normatização. *Conjur*, 27 jan. 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-27/garantias-consumo-poder-judiciario-superendividamento-consumidor>>. Acesso em 30 set. 2021.

TJBA. Manual do Cidadão. Guia para a solicitação de atendimento remoto para tratamento e prevenção do superendividamento. Disponível em: < http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/imagens/Nucleo_de_Prevencao_e_Tratamento_do_Superendividamento/MANUAL_SUPERENDIVIDAMENTO_CIDADA0.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Superendividamento: PJBA assina termo de cooperação técnica com entidade de classe dos tabeliães de protesto. Disponível em: < <http://www5.tjba.jus.br/portal/superendividamento-pjba-assina-termo-de-cooperacao-tecnica-com-entidade-de-classe-dos-tabeliaes-de-protestos/>>. Acesso em: 30 set. 2021.

TJDFT. Superendividados. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/destaques/superendividados-4>>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. Programa Superendividados do TJDFT é destaque no STJ Notícias. *TJDFT Notícias*, set. 2019. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/setembro/programa-sobre-superendividamento-do-tjdft-e-destaque-no-stj-noticias>>. Acesso em: 29 set. 2021.

TJDFT disponibiliza serviço gratuito virtual para cidadãos superendividados. Disponível em: < https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/04/16/interna_cidadesdf,845150/tjdft-disponibiliza-servico-gratuito-virtual-para-cidadaos-superendivi.shtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

TJPE. Proendividados. Disponível em: < <https://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/proendividados>>. Acesso em: 30 set. 2021.

TJPR. NUPEMEC. Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/nupe-mec?p_p_id=101_INSTANCE_PUOz8hpZFkzl&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=50473665>. Acesso em 30 set. 2021.

THE WORLD BANK. Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. “Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”, 2012. Disponível em: < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/668381468331807627/pdf/771700WP0WB0In00Box377289B00PUBLIC0.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2021.

MUTIRÕES DE MEDIAÇÃO EM UM CENÁRIO PÓS-PANDÊMICO: EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO OU RISCO PARA A NOÇÃO DE PROCESSO JUSTO?

Klever Paulo Leal Filpo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, Brasil
Universidade Católica de Petrópolis e INCT/InEAC/UFF, Rio de Janeiro, Brasil
klever.filpo@yahoo.com.br

Anna Laura Thomaz Gomes Heleno

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, Brasil
laura.thomaz@hotmail.com

Ana Paula Miranda de Sousa

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, Brasil
anapaulaelton@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O trabalho é fruto de pesquisa em andamento desenvolvida pelo Grupo Formas Consensuais de Administração de Conflitos em Perspectiva Empírica (FOCA/ITR), da UFRRJ. A pesquisa ocorre de forma articulada com atividades de ensino e extensão no Núcleo de Prática Jurídica do ITR/UFRRJ e conta com duas bolsas de iniciação científica dessa instituição. A proposta da pesquisa é observar e analisar o emprego da conciliação e da mediação nos processos em que estejam envolvidos os assistidos desse NPJ, sempre pessoas simples, que não têm condições de pagar advogado.

Em geral os trabalhos publicados sobre a mediação e a conciliação, no Brasil, prendem-se aos discursos institucionais que pretendem justificar a sua absorção no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive como etapas incidentais dos processos judiciais. São textos que, muitas vezes, ficam limitados a apontar as qualidades e vantagens desses métodos na comparação com o processo judicial convencional, para dizer que são céleres, baratos, adequados às necessidades das partes (cf. FILPO, 2016).

Não estamos, porém, satisfeitos com esse discurso, já que ele nem sempre se confirma em nossas observações empíricas, e queremos ir além nessa discussão. Por isso, na pesquisa que inspirou este *paper*, buscamos lançar sobre esses métodos um olhar empírico a fim de compreender e colocar sob discussão dilemas decorrentes da sua aplicação prática.

Tal esforço se justifica pela ampliação da oferta desses instrumentos à população brasileira para o tratamento de conflitos, o que vem sendo incentivado desde a resolução CNJ 125/2010, passando pelo Código de Processo Civil e, finalmente, pela lei brasileira de Mediação, todos em plena vigência. Este trabalho se relaciona a esse esforço.

O problema central do *paper* é que o emprego desses meios consensuais pressupõe a informalidade dos procedimentos, conduzidos por mediadores e conciliadores sem intervenção do juiz, tornando possível, em certos casos, que as audiências ocorram até mesmo sem a presença dos advogados para assistirem as partes na celebração de acordos, dentre outros aspectos controvertidos, que entram em aparente confronto com normas processuais muito importantes. Alguma “criatividade” é veementemente estimulada, visando à celebração de acordos.

Muito disso se dá em função da busca por uma celeridade na atuação do Poder Judiciário, que justifica dispensar certas formalidades e flexibilizar certas garantias, para agilizar o desfecho dos processos. É uma tendência que inspira cuidados.

Alexandre Câmara, conhecido processualista carioca tem dito que uma coisa é a rapidez, outra é a celeridade (CÂMARA, 2021). A celeridade é um princípio, significando que o processo deve ser concluído em um prazo razoável, mas sem sacrificar a qualidade da prestação jurisdicional. A rapidez nem sempre tem compromisso com princípios e com a qualidade. Pensando nisso, neste trabalho específico, buscamos relatar algumas experiências dos pesquisadores na observação direta de “mutirões de mediação” e iniciativas semelhantes, promovidas por Tribunais de forma crescente, e a partir delas iniciar algumas breves reflexões, no intuito de problematizar essas iniciativas à luz do ideal de um processo justo.

Importante dizer que o que estamos denominando de processo justo, na visão de GRECO (2005), é um processo judicial revestido de garantias, ou, no dizer desse autor, um

“processo humanizado e garantístico [que] encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.”

2. RELATO DE ALGUMAS OBSERVAÇÕES EMPÍRICAS

O primeiro mutirão considerado pelo grupo de pesquisa aconteceu em 2013 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, envolvendo causas relacionadas a seguros de vida e acidentes (seguro DPVAT). Foi uma experiência de mutirão judicial, envolvendo causas já ajuizadas, realizado na sede do TJERJ, na cidade do Rio de Janeiro. Essa experiência foi descrita por Filpo (2016), e o seu relato é em parte transcrito para este *paper*.

O segundo ocorreu em 2019, na cidade de Três Rios, voltado para resolver conflitos em que consumidores se encontravam inadimplentes em vista de compromissos assumidos com Bancos e outras empresas. Tratou-se de um mutirão extrajudicial, envolvendo disputas ainda não judicializadas, que ocorreu nas dependências de um clube bastante conhecido na cidade, envolvendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e empresas diversificadas.

De forma breve, dentro dos limites deste artigo, faremos abaixo um relato dos aspectos principais observados no mutirão observado em 2013, de natureza judicial, como segue abaixo.

2.1 Como são Disparados os Mutirões?

A compreensão empírica acerca do funcionamento dos mutirões tornou-se possível por entrevista concedida, em 2013, pela então coordenadora do NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos instituído pela Res. 125/CNJ) do TJERJ. Tratou-se de uma entrevista concedida mediante prévio agendamento, mas uma entrevista não estruturada, isto é, que não observou um roteiro de perguntas previamente estabelecido.

Ela explicou que geralmente algumas grandes empresas, tais como seguradoras, bancos e prestadoras de serviços, procuram o Tribunal para solicitar a realização do mutirão. Cabe à empresa pedir essa providência e apresentar uma lista de processos. Os processos são avocados, isto é, solicitados aos juízes competentes e aquelas pessoas que são partes nestes processos são convocadas, por meio de seus advogados, observando a planilha fornecida também pela empresa, para comparecerem em data, hora e local previamente designados, quando as sessões de mediação terão lugar. Os processos (autos) são, então, levados para o NUPEMEC e os casos são distribuídos entre os mediadores que, por sua vez, realizam as sessões e celebram o maior número possível de acordos.

Desde o primeiro momento esse “método” revelava a sua finalidade, que era a de encerrar o maior número de casos possível em um curto espaço de tempo e com economia de recursos. Acordos eventualmente obtidos dão margem à extinção dos respectivos processos. Não havendo acordo o processo retoma o seu ritmo normal, e segue tramitando junto ao juízo de origem.

Na entrevista, a Coordenadora explicou que às vezes há interesses comerciais em jogo. Por exemplo, quando uma empresa está para ser vendida não há interesse em que acumule muitas demandas judiciais, e o mutirão é uma forma de resolver muitos casos com rapidez. A solução do mutirão se configura um verdadeiro serviço que o Tribunal passou a oferecer em benefício do setor empresarial. Em uma ótica empresarial, os mutirões podem ser entendidos como um produto oferecido ao mercado. Tanto é que as empresas que concordam em aderir aos mutirões de mediação passaram a ser denominadas de “empresas parceiras”.

Também chamou a atenção o alargamento do princípio da inércia. Esse princípio processual é um dos primeiros a ser estudado pelos alunos de direito nas aulas de Processo Civil. Significa que o juiz, ou o Poder Judiciário, permanece inerte, aguardando uma provocação de uma das partes interessadas para poder atuar. Essa provocação se dá, na esfera cível, por meio de uma petição inicial, que deve observar os requisitos da lei processual. Segundo o artigo 128 do CPC vigente à época, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

Mas, no caso dos mutirões, essa lógica é diferente porque, segundo o relato da profissional encarregada de gerir essas atividades, o empresário procura diretamente a administração do tribunal, por intermédio do NUPEMEC, sem observar a exigência de uma petição inicial. Mesmo porque, a Seguradora envolvida nesse mutirão ocupava o polo passivo em centenas de demandas judiciais que já estavam em andamento, ajuizadas, em sua grande maioria, pelos segurados que entendiam ter sido prejudicados em seus direitos pela atuação dessa empresa. Não existe previsão legal para que uma das partes litigantes entre em entendimento com o juiz sobre alguma causa que já esteja em andamento, especialmente sem ouvir a parte contrária, pois isso poderia colocar em suspeita a sua imparcialidade. Segundo o artigo 125 do CPC de 1973, vigente à época: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Segundo a coordenadora, o procedimento diferenciado nesses casos de mutirões se justifica porque são empresas envolvidas em muitos processos cuja solução interessa para a Corte. São demandas consideradas “de massa” e, segundo o discurso institucional, precisam ser solucionadas para que os juízes possam ter tempo de dar atenção a causas realmente importantes. Essa é uma opção clara da administração do Tribunal. O Jornal “O GLOBO” publicou na seção “Rio”, em 06 de janeiro de 2013, entrevista com Presidente então recém-eleita do Tribunal, Desembargadora Leila Mariano, tratando exatamente desse aspecto. Eis um trecho significativo dessa entrevista:

Concluir mais de nove milhões de processos em estoque será o principal desafio da presidente eleita do Tribunal de Justiça do Rio, a desembargadora Leila Mariano, que assumirá o cargo em 1º de fevereiro. Segundo ela, a maior quantidade desse passivo vem das execuções fiscais (ações em que a Fazenda Pública cobra de contribuintes inadimplentes o crédito devido), com 50% do total. A outra metade está dividida entre as ações em tramitação nos juizados especiais e os processos em geral. Um dos maiores entraves está no crescimento das ações que envolvem conflitos de consumo. Hoje há 754 mil processos vindos dos Juizados Especiais Cíveis (JECs), sendo que quase todos tratam de relações de consumo. Dos processos dos JECs, 68,8% tiveram gratuidade este ano, custando cerca de R\$700 milhões o Tribunal de Justiça. Leila Mariano anunciou que vai estabelecer um conjunto de medidas para minimizar o impacto desses conflitos de consumo no orçamento do Judiciário. Entre as iniciativas, está o plano de tornar mais eficazes as conciliações e as mediações. A medida tem o objetivo de fortalecer o Núcleo de Mediação e o Centro de Conciliação dos Juizados Especiais. (Matéria publicada em 06 de janeiro de 2013, disponível em < <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/tj-quer-reduzir-gastos-com-aco-es-de-consumidores-7207604>>).

Ficou bem claro, portanto, que a opção de intensificar as atividades de conciliação e mediação no Tribunal estava relacionada, à época, à utilidade dessa medida para que a Corte pudesse atingir as metas numéricas que lhe foram impostas, quer pelo Conselho Nacional de Justiça, em suas campanhas institucionais pela agilização dos processos (Programa de Metas do Judiciário) quer pelas exigências decorrentes do modelo de gestão empresarial adotado. Era nesse contexto que se encaixavam os mutirões.

2.2 Mutirão DPVAT – TJERJ – 2013 – Cidade do Rio de Janeiro

Esses mutirões começaram a se tornar rotineiros no Tribunal. Volta e meia há notícias sobre esses “eventos” no seu sítio eletrônico. Surgiu então uma chamada para o mutirão que se realizaria envolvendo causas contra a Seguradora Líder, correspondente a um *pool* de seguradoras responsáveis pelo DPVAT, seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, criado pela Lei 6.194/74 e alterado por leis posteriores.

Essa chamada, assim como aconteceu em outras oportunidades, referiu-se a um “Mutirão de Mediação”. Mas, na prática, trata-se de um ritual híbrido. Nesses eventos são combinados elementos da mediação e da conciliação, ao mesmo tempo em que também há bastante espaço para o litígio e o protagonismo quase exclusivo dos advogados. Trata-se de uma concentração de atos processuais de diversificados processos no espaço e no tempo, economizando recursos do Tribunal e da empresa? Ou trata-se de promover uma oportunidade de encontro e entendimento (diálogo?) entre os litigantes de diferentes processos?

Para responder essas perguntas foi realizada uma abordagem empírica (FILPO, 216), por meio de observação direta. Já na entrada do fórum havia cartazes apontando o caminho a seguir. Existia um aviso indicando que quem necessitasse de perícia deveria ir ao 3º andar, no setor de perícias judiciais do Tribunal. Ao chegar no corredor próximo da sala 316 havia uma funcionária com uma lista na mão e ela fazia um pregão, isto é, em voz alta, chamava pelo nome os autores das ações. Em volta dessa funcionária acumulavam-se dezenas de pessoas.

Todos os autores dos processos separados para aquele mutirão tinham vivenciado algum sinistro e não haviam recebido o seguro, ou o receberam em valor inferior ao devido. As pessoas que ali estavam na sua maioria mancavam de uma perna, apresentavam lesões nos braços e/ou na face, decorrentes dos acidentes de que haviam sido vítimas. No corredor muitas pessoas conversavam. O assunto mais recorrente consistia em revelar que tinham certo número de “pinos” no corpo, ora na perna, ora no braço, alguns de muleta outros sem, a maioria acompanhada de pelo menos uma pessoa que servia de apoio.

Ocorre que todas as ações reunidas para a medição naquele dia eram relativas ao seguro DPVAT, já referido acima. Esse seguro é administrado por uma seguradora que centraliza o recebimento dos prêmios e o pagamento das indenizações. Há centenas de ações em trâmite relativas a esse objeto. Sendo assim não pareciam, a princípio, casos adequados para a mediação, pois não eram

relações duradouras (como acontece com relações familiares ou vicinais). O que justificava o mutirão era o fato de serem “demandas de massa”, ou repetitivas.

Um advogado explicou o centro da discussão. A regra a respeito desse seguro vinha mudando ao longo dos anos, por isso existia alguma divergência e dúvidas quando o seguro tinha que ser pago. Havia pelo menos três tratamentos legislativos diferentes. Além disso, de modo geral, o perito que é funcionário da seguradora, em sede administrativa, avalia para menos o tamanho do dano, a lesão sofrida no acidente. Por isso as pessoas são indenizadas administrativamente com valores baixos e ajuízam ações para receberem a diferença. Segundo ele, quase todas as ações separadas para aquele mutirão diziam respeito à cobrança dessas diferenças.

O advogado sacou do bolso e mostrou uma tabela que serve como critério para o pagamento das indenizações. Nessa tabela está determinado um valor de indenização para cada situação. Exemplo: perdeu a mobilidade de uma perna, o valor é “X”. Se essa perda é parcial então o perito vai conceder apenas um percentual de “X”. O valor é, portanto, proporcional ao tamanho da lesão, sob a ótica de um perito. Naturalmente, quando a discussão ganha contornos judiciais, a decisão fica dependendo de prova pericial. Por isso, na visão desse advogado, não parecem ser situações adequadas para uma mediação, método em que prevalece o diálogo, a comunicação, prescindindo do exame ou avaliação probatória.

No 3º andar, em que se situava o setor de perícias, foi feito o “pregão” e as pessoas se acumularam nas proximidades, aguardando o atendimento. Uma a uma as pessoas foram sendo chamadas para dentro das salas onde médicos de várias especialidades realizavam perícias que iam subsidiar acordos nos processos selecionados para o mutirão. Essas perícias duravam cerca de 10 a 15 minutos cada, em média. Concluída essa etapa, um funcionário levava os processos em carrinhos para o local do mutirão, no 6º andar, para onde os autores também seguiam depois de serem periciados. Quando os processos chegavam lá, no sexto andar, havia um representante da seguradora na entrada, após a recepção, que os organizava e distribuía para as várias salas onde as mediações estavam acontecendo. Tratava-se de um advogado do escritório de advocacia que centralizava causas dessa seguradora. Havia recepcionistas e a coordenadora do NUPEMEC estava lá para coordenar os trabalhos.

Outro funcionário responsável pela segurança estava posicionado na entrada do dispositivo e abria e fechava um cordão de isolamento, que funcionava como uma cancela. Do lado de fora do isolamento estavam os jurisdicionados,

ou seja, aqueles que ajuizaram as ações e aguardavam sua solução. Geralmente pessoas humildes e vestidas de forma simples, idosos e muitos jovens, a maioria apresentando lesões nas pernas, grande parte causada por acidentes de motocicleta, segundo relatos colhidos no local. Alguns mostravam as lesões para os seus companheiros de infortúnio e contavam vantagem sobre quem tinha mais “parafusos”. No corredor havia cansaço, pessoas sérias e apreensivas, certa tristeza. Alguns exageravam na expressão facial, talvez pensando que isso poderia influenciar na qualidade do desfecho do processo, pois, quando em outros ambientes ou mais tarde, as mesmas pessoas relaxavam e sua feição se modificava.

No corredor uma advogada falava ao telefone. Ela orientava o seu cliente sobre como proceder. Ele estava para ser periciado e ela o aguardava no andar em que ocorriam as sessões de mediação. A advogada deu sugestões sobre o que deveria ser dito ao perito: “diga a ele que você adorava jogar futebol, e agora não pode mais; que não consegue ir andando na padaria. Fala isso para ele perceber que o caso é sério.” Tratava-se de um mercado, em que os autores e seus advogados pretendiam receber o maior valor que conseguissem e a seguradora, por sua vez, pagar o mínimo que coubesse em vista dos sinistros ocorridos. Por outro lado, os advogados da seguradora e a equipe do Tribunal encarregada do mutirão deixavam nítidos o seu interesse de celebrar o maior número possível de acordos.

Após o cordão de isolamento, dentro do dispositivo do mutirão, as expressões eram outras. Havia um espaço reservado para os advogados da seguradora. Eles batiam uns nas costas dos outros e riam, contavam piadas, mas em voz baixa. Quem predominava nesse dispositivo era o advogado da seguradora a quem todos recorriam para esclarecer dúvidas. Sua tarefa era gerenciar a distribuição dos processos entre os mediadores e controlar o andamento dos trabalhos pela parte da empresa. Às vezes a coordenadora do mutirão perguntava para ele se estavam dentro do horário e ele respondia que sim, invariavelmente, que tudo estava andando conforme o planejado.

Os advogados das vítimas ficavam do lado de fora e entravam apenas quando eram chamados, acompanhados de seus clientes. Ao chegarem nessa etapa, os autores já haviam passado pela perícia. O tempo de demora de um caso, desde a entrada na sala até a saída era de cerca de vinte minutos com alguma variação. Era necessário que uma sala de mediação fosse desocupada para dar lugar a outro caso.

Ficou claro que se tratava de um evento o qual fora concebido e organizado pelo Tribunal, por meio de seu NUPEMEC, em associação com o consórcio de Seguradoras interessados na solução daqueles processos. Nesse sentido, os autores das ações não passavam de atores coadjuvantes, quando, na verdade, pelo menos em tese, haviam recorrido ao Judiciário para verem reparada uma injustiça.

Um advogado concordou em conceder uma entrevista. Ele estava de terno e suava muito, pois fazia calor no corredor de espera... Enquanto enxugava o rosto com um lenço me concedeu essa entrevista. Pela idade, uns 45 anos, fala e atitude parecia ter certa experiência profissional. Disse que já participou de outros mutirões, sendo que nesses casos as partes são intimadas para comparecerem a uma “audiência” de mediação. Ele mostrou a intimação impressa, que tinha o seguinte teor:

Foi designada a Audiência Especial de Mediação no dia 08/10/2013, às 13:40h, no 6º andar, sala 617, Lâmina I do Fórum Central - Av. Erasmo Braga, 115, Centro, Rio de Janeiro. Face a necessidade de Avaliação Médica, as partes devem comparecer com uma hora de antecedência no Serviço de Perícias Judiciais, 3º andar, sala 315, corredor C, Lâmina I, também do Fórum Central. Conforme Decisão nos autos do Processo 2013-158758 é imprescindível a presença dos legítimos beneficiários do Seguro nas audiências, ainda que o advogado possua poderes para transigir e dar quitação. As partes podem indicar assistentes técnicos para acompanhamento da avaliação médica que será realizada por médico especialista em clínica-médica, cadastrados no Setor de Perícias Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que manifestem interesse em participarem do projeto. Eventuais dúvidas poderão ser esclarecidas no NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, nos telefones (21) 3133-4459 e (21) 3133-2934.

Segundo o advogado, tratava-se de processos que estão muito atrasados, ou seja, que foram ajuizados há muito tempo e ainda não tiveram solução. Ele estava ali para apenas uma sessão de mediação, de um processo iniciado em 2005, enquanto o mutirão ocorria em 2013. Explicou que o CNJ baixou uma resolução que determinava acabar com processos antigos, mas que, no caso do seguro DPVAT, existe certa divergência quanto à aplicação da lei, e por isso muitas vezes esses processos ficam paralisados. Daí a utilidade do mutirão, para “acabar” com esses processos. Disse que já participou de outro mutirão que envolvia causas da Companhia Estadual de Águas seguindo mais ou menos o mesmo roteiro em que conseguiu fazer um bom acordo. O que havia de diferente naquele novo mutirão eram as perícias.

Ele observou que geralmente os autos dos processos não estão disponíveis para a mediação, para evitar que os aspectos processuais interferissem na comunicação das partes e na atuação do mediador, que não está lá para decidir a causa, mas apenas para viabilizar o diálogo e eventual acord. Mas neste caso estavam, porque havia necessidade de submeter todos os autores a exames médicos. Por isso os processos foram reunidos no setor de perícias para que estas fossem realizadas. Os laudos eram produzidos pelos peritos no mesmo momento e juntados aos autos. Então esses autos eram levados para as salas de mediação. Assim, os laudos acabavam sendo utilizados para subsidiarem as propostas a serem apresentadas pela seguradora aos autores das ações, que poderiam aceitá-las ou recusá-las. No primeiro caso, o acordo seria homologado e o processo, extinto. No segundo, teria prosseguimento normal na Vara de origem do processo.

Esse advogado também explicou que, para a Seguradora, o mutirão era muito vantajoso. Isso porque, geralmente, é ela quem arca com os custos das perícias dentro dos processos, os quais costumam ser bastante elevados. Mas, no caso desse mutirão, os peritos em atuação, no total de oito, estavam recebendo por dia de trabalho, o que reduzia consideravelmente as despesas inerentes à produção dessa prova pericial. Além disso, os valores que os representantes da empresa estavam propondo a título de acordo eram muito pequenos. Somando esses fatores à atuação centralizada dos advogados da empresa no tempo e no espaço designados para o mutirão, parecia evidente para o entrevistado que o mutirão trouxe vantagens financeiras para a Seguradora. Esses fatos foram confirmados por outros advogados entrevistados e também pelas notícias divulgadas no sítio eletrônico do Tribunal a esse respeito.

Um menino de uns seis anos chamou atenção. Ele pegou no sono. Seu pai e sua mãe estavam sentados em cadeiras próximas. O pai trocou de lugar com o filho para que este pudesse dormir encostado em sua mãe. Era uma pessoa simples, pardo, de uns 50 anos mais ou menos. Tinha aparência e se vestia com um pescador. Puxamos conversa. “O menino está cansado, de onde o senhor veio? Acordou muito cedo?” Ele disse que veio de Itaipu, em Niterói. Levou mais ou menos duas horas na viagem. Trouxe a esposa e os filhos consigo porque não queria deixá-los sozinhos em casa. Nisso gastou R\$36,00, o que ficava “pesado”, pois seriam mais R\$36,00 para voltar... “O preço da barca Rio-Niterói está muito alto”. Indagado por que ele não ajuizou a ação em Niterói e ele disse que lá as coisas são muito lentas, que aqui no centro do Rio o processo é mais rápido. Sofreu o acidente em 2005. Entrou com a ação em 2009 mais ou menos. Foi atropelado no Carnaval, durante uma brincadeira de rua, quando bebeu um

pouco e... mostrou a perna quebrada em alguns lugares, mas já cicatrizada. Chegou a receber o seguro DPVAT mas em valor muito pequeno, menos do que tinha direito, de acordo com o seu advogado. A ação era pela diferença. Numa audiência anterior ofereceram a ele R\$1.500,00, mas achou pouco. Enquanto falava foi chamado para entrar. Mas o seu advogado não havia chegado ainda. Estava atrasado em razão de uma audiência em outro local. Foi explicado que deveria, então, aguardar.

Diferente do que aconteceu em todas as outras sessões de mediação, neste mutirão havia uma exigência para que o advogado estivesse presente. Na época, diferente do que veio a se firmar depois no CPC de 2015, a presença dos advogados não era um condição para que a mediação pudesse ocorrer, muito pelo contrário. Mas havia preocupação em que os acordos produzidos ali atendessem a finalidade almejada, ou seja, que pudessem ser homologados permitindo, assim, que os respectivos processos fossem extintos. Então a presença dos advogados estava sendo exigida, por uma questão de regularidade formal, e era necessário que o entrevistado aguardasse um pouco mais a chegada de seu patrono. Por isso foi possível estender a entrevista.

Ele disse que foi periciado bem cedo e que o perito foi rápido, mas olhou as cicatrizes e mandou que ele andasse para lá e para cá, percebendo que o acidente deixou sequelas importantes, pelo que pôde perceber. Explicou que estava inclinado a aceitar um acordo razoável, ainda que não fosse tão alto como gostaria, porque queria encerrar o processo. Mais tarde voltamos a conversar e ele estava satisfeito. Teve acordo na sua “audiência de mediação”. Conseguiu chegar a um entendimento com a Seguradora. Ele explicou que a esta havia pago, em sede administrativa, apenas 10% do valor previsto para o caso dele. Mas que agora, com a nova perícia, foi dito que teria direito de receber 25% do valor previsto, uma diferença de 15% para maior. Ele aceitou. Foi formalizado um termo de entendimento que seria juntado aos autos para homologação pelo juiz.

Outro dos nossos entrevistados andava devagar, escorado no ombro de uma mulher. Tinha uns 39 anos. Mancava de uma perna e apresentava uma extensa cicatriz atravessando a face. Perguntamos: como foi lá dentro? Ele respondeu:

olha, para mim foi indiferente. Eu já tinha recebido uns R\$8.000,00 inicialmente e agora fechei para receber mais R\$1.500,00 que para mim resolveu. Não posso dizer que estou satisfeito e nem insatisfeito, porque já superei o problema. Quero mais é ir embora e estou feliz que o processo acabou. Mas se você é estudante precisa ouvir outras pessoas. Tem muita

gente pobre aqui, gente que precisa muito, e os valores das propostas são muito baixos. Só interessa mesmo para a seguradora.

Os trabalhos prosseguiram nesse mesmo ritmo ao longo de toda a tarde e as queixas eram aproximadamente as mesmas por parte daqueles que entrevistamos. Os valores eram muito baixos; as perícias estavam sendo feitas “a toque de caixa”; os processos tramitavam em outros lugares e isso exigiu o deslocamento, para o fórum Central, de quem morava muito longe dali; processos que demandam a produção de prova pericial não são apropriados para a mediação; e, finalmente, que os processos em geral são muito lentos e a mediação às vezes acaba tomando ainda mais tempo das pessoas que já estão saturadas com tanta demora. Mas havia também pessoas satisfeitas com os acordos celebrados dentro dos mutirões, não somente os autores como também os seus advogados, em alguns casos.

Poucos dias depois o Tribunal veiculou uma notícia em seu sítio eletrônico, prestando contas sobre o refeito mutirão. Segue abaixo a transcrição integral dessa notícia, da forma como constava no sítio eletrônico do tribunal em 10/10/2013:

TJRJ já realizou 247 audiências em sessões de mediação do DPVAT (Notícia publicada pela Assessoria de Imprensa em 08/10/2013 20:02)

O Centro de Conciliação e Mediação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apreciou, em três dias de sessões, 440 processos de vítimas de acidentes de trânsito que recorreram ao Judiciário fluminense para receber ou corrigir o valor do seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, o DPVAT. Neste período, foram realizadas 247 audiências com um índice de 72% de acordos. As sessões de conciliação tiveram início no dia 1º de outubro e vão até a próxima quinta-feira, 10. A expectativa é que cerca de 800 ações em trâmite em diversas Comarcas do Estado sejam levadas ao Centro de Conciliação e Mediação, localizado na sala 617, do Fórum Central do TJRJ, na Avenida Erasmo Braga, 115, na capital fluminense. As audiências são realizadas das 10h às 17h e contam com a participação de 24 mediadores, além de quatro médicos peritos, designados pelo Tribunal, e outros quatro, enviados pela Seguradora Líder, responsável pelo DPVAT e ré nos processos. Segundo a juíza (...) designada pela Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) para coordenar as audiências, as ações envolvem interesses de pessoas que têm prioridade na Justiça. “Essas pessoas têm necessidades especiais e, com o mutirão, a gente consegue dar agilidade a esses processos”, afirmou, destacando que, no mesmo dia, as vítimas são submetidas à perícia médica e já participam da audiência de conciliação. O juiz auxiliar (...) lembrou que as

avaliações dos peritos nomeados pelo TJRJ dão segurança às vítimas, autoras das ações. Ele contou que a Seguradora Líder enviou ofício à Corregedoria com uma relação de processos aptos à conciliação. Após uma triagem, as partes e seus advogados foram notificados para que comparecessem nas datas designadas para conciliação. Em 90% dos casos, as partes estão sendo submetidas a perícias médicas, com peritos cadastrados pelo Tribunal de Justiça. “Isto é uma segurança para a parte de que a avaliação médica não está sendo feita por peritos médicos vinculados à seguradora e sim por profissionais absolutamente independentes. Esta avaliação médica tem a finalidade exclusiva de possibilitar o oferecimento de proposta por parte da seguradora. Todo o custo em relação aos honorários médicos para a avaliação médica está sendo suportado, exclusivamente, pela seguradora. Caso não haja acordo entre as partes, os autos retornam ao juízo de origem e o laudo médico pode ser aproveitado pelo magistrado, evitando, assim, nova perícia médica”, esclareceu.

AUMENTO DA DEMANDA. De acordo com a juíza (...) a ideia de um mutirão de conciliação partiu da Seguradora Líder e, para a magistrada, a iniciativa foi positiva, uma vez que houve um aumento de 4.000% deste tipo de ação na Justiça do Rio. “A sociedade não tinha a informação de que tinha direito a este determinado seguro. Hoje, com a divulgação, as pessoas sabem que, independentemente de culpa ou de quem tenha causado o acidente, elas têm direito ao seguro. É óbvio que elas recebem, mas acham que receberam pouco e por isso procuram o Judiciário”, destacou.

3. DISCUSSÃO SOBRE OS DADOS DE CAMPO

O que mais chama atenção é que a mediação vem associada, no discurso institucional, ao aspecto da celeridade e ao acordo como uma espécie de “desfecho único”, ao passo em que desaparece completamente, no modelo do mutirão, qualquer possibilidade de diálogo e de construção de uma solução consensual. O aspecto qualidade da solução a ser construída pelas partes, muito presente no discurso, fica em segundo plano, quando não abandonada. A denominação “Mutirão de Mediações” não comporta adequadamente o que fato acontece nesses eventos. Outras expressões vêm sendo eventualmente utilizadas, como, por exemplo, “Agendas Concentradas de Conciliação”, cujo sentido parece melhor se adequar ao seu conteúdo efetivo.

Não se trata, aqui, de uma mera questão de nomenclatura. O que os dados de campo revelam é que a mediação não vem sendo assimilada no bojo dos processos judiciais em razão das vantagens apresentadas no tratamento dos conflitos, preservando as relações úteis e melhorando o relacionamento entre as pessoas, mas sim como uma ferramenta adicional para dar cabo dos processos. Não

está em evidência o aspecto qualitativo, mas sim o quantitativo. O que importa são os números. Nesse sentido, pouco interessa se o “terceiro desinteressado” está mediando ou conciliando, desde que a pilha de processos seja extirpada. Acresce, nesse sentido, o aspecto instrumental da mediação, como uma escolha institucional, muito longe de ser uma demanda dos jurisdicionados.

Esse episódio trouxe ainda perplexidades do ponto de vista processual, na ótica do que alguns autores denominam “processo justo” (GRECO, 2005). É que, diferente do que consta na notícia acima transcrita, na fala do juiz representante da Corregedoria, dentre os peritos que aturam nesse mutirão, quatro eram contratados diretamente pela seguradora (vide parte inicial da reportagem). Nesse caso, em um processo “tradicional”, o laudo emitido por esses expertos, quando muito, poderia servir como um elemento de informação ao juiz, mas não como uma prova pericial propriamente dita, eis que esta haveria de ser produzida por profissional de confiança nomeado pelo magistrado, sem nenhum vínculo com as partes.

Dessa situação “atípica”, por assim dizer, pode-se inferir que a noção de que os mediadores devem ser criativos para conduzir as partes a um entendimento, não ficando presos a fórmulas rígidas, está sendo ampliada pelo Tribunal, e passou a significar também uma flexibilização de regras processuais, as quais, muitas vezes, são entendidas como empecilhos para que possa ser atingida a tão almejada celeridade, e acabam sendo afastadas.

A experiência do mutirão tem nos levado a questionar a quem de fato interessa a experiência dos mutirões de mediação. Ficou nítido que o interesse maior era das empresas que solicitaram, ao Tribunal, a sua realização, dispondo-se inclusive a arcar com parte das despesas necessárias para esse fim. Muitos acordos parecem ter sido celebrados e algumas pessoas saíram satisfeitas. Mas essa não foi uma opção dos autores. Em se tratando de empresas mercantis, cujo objetivo naturalmente é o lucro, é de supor que não enveredariam por esse caminho caso seus interesses não estivessem sendo atendidos, sendo esta uma inferência que parte das observações do campo, aliada às regras comuns de experiência e às noções mais elementares de direito empresarial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como um primeiro ponto comum desses mutirões está o fato de envolver pessoas muito simples, de um lado, e empresas poderosas, de outro. Outro

ponto comum é a flexibilização de procedimentos. Finalmente, uma terceira característica são os baixíssimos valores ofertados pelas empresas.

Tidos como inovadores, esses mutirões concentram esforços e recursos pessoais e materiais para realizar o maior número possível de acordos em um curto espaço de tempo (geralmente um ou dois dias). Os profissionais envolvidos acreditam estar prestando um serviço importante para a comunidade. Esses acordos recebem homologação judicial para evitar o ajuizamento de ações (no caso de mutirões extrajudiciais) ou permitir o seu encerramento (para ações em curso).

Esses mutirões chamam atenção na pesquisa, porque buscam atingir o acordo a qualquer custo, com os olhos postos na diminuição do acervo dos tribunais, sacrificando até mesmo alguns valores importantes, tais como regras de distribuição de competência, e até mesmo o princípio da inércia, segundo o qual o Judiciário somente deve intervir em um conflito quando provocado adequadamente para esse fim.

No prolongamento da pesquisa, interessa refletir sobre essas iniciativas e problematizá-las, sobretudo casos em que a desigualdade entre as partes (do ponto de vista econômico, técnico etc.) é significativa, confrontando o emprego desses métodos com o ideal de um processo justo.

Como essas desigualdades se acentuaram de diferentes formas durante o período pandêmico, bem como o número de processos envolvendo, por exemplo, consumidores superendividados, há o receio de que os mutirões serão ainda mais comuns, daqui por diante, o que deve ser objeto de atenção, inclusive pela academia. Esta é a proposta da pesquisa que está em andamento, e ficamos agradecidos de receber dos colegas do grupo de pesquisa, no III SIDeCIED, sugestões valiosas que certamente nos ajudam a prosseguir nessa discussão.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. M. (2012) Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF, Ministério da Justiça.

CÂMARA, A. F. (2021) O Novo Processo Civil Brasileiro, São Paulo, Atlas.

FILPO, K. P. L. (2016) Mediação Judicial Discursos e Práticas, Rio de Janeiro, Mauad X-FAPERJ.

GRECO, L. (2002) “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, Revista Mundo Jurídico, https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf.

PAINEL 5:
**Capitalismo, crise ambiental e
transição para um futuro
sustentável**

A CONEXÃO E A DESCONEXÃO ENTRE ESTADO E IGREJA NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Leticia Maria de Oliveira Borges

Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Brasil

leticiamborges@gmail.com

Fernando Neves da Costa Maia

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

fmaia.iri@gmail.com

INTRODUÇÃO.

A República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a laicidade que se deve ser cotejada com a liberdade religiosa. O Brasil é, por força constitucional, um Estado secular e leigo e conforme leciona Celso Lafer: “laico significa tanto o que é independente de qualquer confissão religiosa quanto o relativo ao mundo da vida civil” (LAFER, 2009, p. 226). No entanto, esta posição nem sempre foi a direção do Estado brasileiro.

Grandes foram os desafios que o Brasil enfrentou para densificar a sua laicidade bem como a concessão e efetivação do direito de Liberdade Religiosa. Do período colonial, passando pelo império e os primeiros dias da república até a entrada em vigor da atual Constituição Federal (1988) um longo caminho foi percorrido, oscilando entre algum confessionalismo e a laicidade. À guisa de exemplo, a Constituição de 1824, no seu artigo 5º estabelecia a religião Católica Apostólica Romana como a religião do Império.

Ainda segundo Celso Lafer(LAFER, 2009, p. 226 a 228):

Uma primeira dimensão da laicidade é de ordem filosófico-metodológica, com suas implicações para a convivência coletiva. Nesta dimensão, o espírito laico, que caracteriza a modernidade, é um modo de pensar que confia o destino da esfera secular dos homens à razão crítica e ao debate, e não aos impulsos da fé e às asserções de verdades reveladas. Isto não significa desconsiderar o valor e a relevância de uma fé autêntica, mas atribui à livre consciência do indivíduo a adesão, ou não, a uma religião. O modo de pensar laico está na raiz do princípio da tolerância, base da liberdade de crença e da liberdade de opinião e de pensamento.

O modo de pensar laico, opção formal da Constituição de 1988, teve o seu desdobramento nas concepções do Estado Brasileiro e na forma como ele formalmente se organiza. Ressalta-se que esta laicidade encontra-se ameaçada de se tornar uma declaração constitucional vazia de efetividade. Este trabalho pretende chamar atenção para a relevância desse diagnóstico e do estudo do tema.

De início, é necessário que, primeiramente, se estabeleça que Estado laico é diferente do Estado teocrático e do Estado confessional. Rajeev Bhargava apresenta um modelo de classificação dos estados a partir do *nível de conexão ou desconexão* dos fins da organização política, da natureza das instituições e do direito e políticas públicas com uma determinada religião (BHARGAVA, 2016). No Estado teocrático, o poder religioso e o poder político se fundem de tal forma, como ocorre no Irã, que o nível de conexão entre as três dimensões estatais apresentada por Bhargava é máxima. No Estado confessional existem vínculos jurídicos entre o poder político e uma religião, tal como aconteceu no Brasil Império com a Constituição de 1824. Há, desse modo, algum nível de conexão entre religião e estado nos planos dos fins e do direito e políticas públicas estatais. O Estado laico, por sua vez, é o que estabelece a mais completa separação entre a Igreja e o Estado, vedando qualquer tipo de aliança entre ambos. O Brasil, desde a Proclamação da República em novembro de 1889 adota este formato.

No que diz respeito ao acima abordado, Celso Lafer leciona que “em um Estado laico, as normas religiosas das diversas confissões são conselhos dirigidos aos seus fiéis e não comandos para toda a sociedade” (LAFER, 2009, p.228). O Brasil tornou-se um Estado laico com o Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, de autoria de Rui Barbosa, ou seja, o país é formalmente laico há mais de um século. Contudo, o que se observa atualmente é uma maior proximidade de vertentes religiosas, sobretudo as de matriz neopentecostal, de diversas instâncias executivas, legislativas e até mesmo judiciárias. É interessante tentar entender como essa proximidade acaba por restabelecer algum nível de conexão da religião com alguma dimensão estatal nos planos governamental e legislativo.

A presença de uma instituição religiosa ligada ao poder governamental no Brasil não é um episódio inédito. Historicamente a ação da Igreja Católica Apostólica Romana como ator conjunto na estruturação do poder no Brasil é marcante e contribuiu para o desenvolvimento da formação estatal pátria e a formação dos seus valores fundamentais.

O processo histórico de estruturação estatal brasileira com a ligação entre poder civil e poder religioso teve seu início na época da colonização quando

a Igreja Católica evocou para si a competência para o exercício do controle social e desempenhou um neste sentido em uma terra onde não havia quase a presença de representantes formais metrópole portuguesa isto contribuiu para a construção social de laços de obediência entre a população colonial e a Coroa Portuguesa. Nesse período, a relação entre a Igreja e a Coroa era regida pelo regime do Padroado Real. No entanto, tal regime subvertia a natureza comum dessa relação de poder na época pois o que costumeiramente ocorria era a supremacia da Igreja. Contudo, no caso português a supremacia era do Estado, mas isso não quer dizer que a Igreja não possuía poder e influência, posto que o padroado português foi uma ampla concessão da Igreja de Roma ao Estado Português que valorizava a superioridade do Estado em troca da garantia de que a Coroa promoveria e asseguraria os direitos e a organização da Igreja em todas as terras descobertas. Isto era de grande interesse para uma Igreja que lutava pela expansão da sua influência e o aumento dos seus fiéis, num momento conturbado pelos desafios da Reforma Protestante.

No período histórico posterior, durante o período imperial, a conexão entre essas duas *potestades* foi a estrutura de poder que garantiu a estabilidade e transformação fluida e não traumática para a sociedade brasileira do modelo colonial para o modelo imperial. Foi também a base estrutural para a consolidação do poder centralizador do monarca no Brasil e a definição das fronteiras legais do novo país pois com a ação junto a população local desenvolveu uma forma pacífica de aceitação do governo oriundo da metrópole

No entanto, a República trouxe novidades com a cisão desta relação. Ressalte-se que esta separação se deu com o mesmo objetivo que havia motivado a união: o fortalecimento do governo civil. Tal ato não foi feito pensando na sociedade, nos seus hábitos, valores e práticas, mas ao se separar de forma abrupta e definitiva as duas instituições o recém-republicano Estado do Brasil firmou sua força e se diferenciou de toda a estrutura governamental anterior. O novo Estado buscou e conseguiu com este ato o que hoje parece simples: blindou-se das diversas características que moldavam o governo imperial e que eram tidas como antiquadas, burocráticas e retrógradas. Ao mesmo tempo, impunha-se algo novo, brilhante e progressista para mostrar para a sociedade brasileira que a mudança da forma de governo e de governantes trazia consigo o desenvolvimento pátrio.

As situações de grande e conturbada transformação social são acompanhadas por alterações legislativas. No caso brasileiro em especial houve também

mudança no *status* de colônia portuguesa para império independente. Lembremos que a Constituição de 1824 trouxe a união Estado-Igreja. Na passagem do Império para a República, a Constituição de 1891, trouxe o rompimento da ligação entre Estado e Igreja e a possibilidade verdadeira e extensa do exercício da liberdade religiosa. Isto contribuiu para pavimentar o caminho para o respeito aos direitos fundamentais tornarem-se a legítima base do Estado brasileiro.

1. RELIGIOSIDADE PÚBLICA E PARTICULAR NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Sete de Setembro de 1822, data da independência e da inauguração de uma nova tradição política e constitucional. A independência começa nesta data a se concretizar e se tem o início da formação de uma nação continental, com problemas e desafios compatíveis com o seu tamanho.

A primeira constituição criada para a nova nação teve como ponto central a busca pela estabilidade e a consolidação desta recente independência, para tanto era essencial e fundamental que se estipulasse regras às pessoas que ali viviam. Portanto, fundamental era que se organizasse bases da nação para a estruturação do Império do Brasil o que foi feito criando-se os moldes, os valores bem como as principais escolhas política e sociais que irão sustentar até hoje a “grande família Brasil”, nestas escolhas incluindo-se as questões relativas à religiosidade praticada em solo pátrio.

Ressalta-se primeiramente que os valores sociais e o direito positivo não são os mesmos até os dias atuais, pois há uma grande diversidade entre a sociedade imperial de 1822 e a sociedade republicana democrática de 2021. No entanto o pensamento, a ideia de a proteção dos direitos dos cidadãos, em especial dos direitos humanos entre eles a liberdade religiosa, já se encontrava presente na norma jurídica fundamental pátria de 1824¹, assim como permeia todos os diplomas constitucionais pátrios até os dias presentes².

¹ BRASIL. Art 179 da constituição 1824.” Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.”

² BRASIL. Art 5º da constituição federal de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

Desta forma, temos a presença da Igreja Católica Apostólica Romana na formação estatal pátria e a reverberação dos valores sociais influenciados pelo cristianismo densificados nas normas jurídicas. Pode-se afirmar que a época da colonização brasileira a igreja desempenhou um papel eficiente de controle, colaborando para a obediência em relação à Coroa Portuguesa.

Como já dito aqui anteriormente, a Igreja era subordinada ao Estado pelo regime do Padroado Real, que consistiu em uma ampla concessão da Igreja de Roma ao Estado Português, em troca da garantia de que a Coroa promoveria e asseguraria os direitos e a organização da Igreja em todas as terras descobertas. Durante o período imperial a ligação entre as duas Intuições serviu como base para a consolidação do poder centralizador do monarca. Enquanto, após a Proclamação da República a separação serviu para um propósito semelhante, ao separar de forma definitiva as duas instituições o recém-republicano Estado do Brasil. O novo governo se isolou de todas as influências remotamente imperiais e retrógradas para deixar claro que busca o progresso e o desenvolvimento acima de tudo. Ou seja, o Brasil nasceu e cresceu e se desenvolveu sempre envolto com a relação poder central e religiosidade.

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824, que trouxe dispositivos em seu bojo sobre a possibilidade e o limite da Liberdade Religiosa na terra pátria (BUENO, 1978. pg 23). A liberdade religiosa era prevista, porém não com amplitude e abrangência, pois havia uma nítida distinção entre a prática da religião católica e as demais³ demonstrando como sempre a religião de pessoas pobres e negras eram diabolizadas e discriminadas.

Inovadora para a época a constituição de 1824 aborda os direitos fundamentais no seu último artigo (artigo 179). Ressalto que apesar destes direitos estarem no final da constituição, ela como já destacado é revolucionária para a época, posto que a simples existência deste artigo e a presença destes elementos de proteção aos direitos humanos, em especial o referente a liberdade religiosa, já são por si só uma grande inovação em relação ao seu tempo e demonstra ser ela tributária da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como da Constituição Americana.

³ BRASIL. Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo. Constituição de 1824.

A afirmação acima para ser realizada leva em conta um cenário um pouco mais complexo do que a simplista análise que normalmente é proferida, onde se tem como ponto de partida destes direitos, a Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Carta Magna Inglesa, o *Bill of Rights* e a Revolução Americana com a Declaração do Bom Povo da Virgínia seguida pela Constituição Americana. É ilusória a consequente afirmação que habitualmente se faz de que estes documentos tornam os direitos humanos prontos e acabados, definitivos e firmados no tempo e espaço até os dias atuais, quando na realidade os direitos humanos estão em uma constante e ininterrupta evolução e a sua observação e respeito se mostram desafiadores até os dias atuais.

A laicidade, foco deste trabalho, ainda não existia na época constituinte de 1824 concedia uma liberdade tida como inovadora na época mas era ainda clara quanto a ligação do Estado com a Igreja.

Ainda no tocante a formação do Estado Nacional e sua primeira constituição e suas determinações quanto as normas religiosas devemos analisar o texto do artigo 5º da CF 1824 que trazia o seguinte conteúdo:

Art. 5º: A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casa para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.

Como visto, permitia-se às religiões diversas da Católica Apostólica Romanas apenas o culto doméstico, intrafamiliar, conquanto que o local da celebração não mantivesse forma exterior de Templo, nem possuísse nenhuma identificação visível que deixasse claro qual a finalidade do edifício. A liberdade religiosa então não era completa e o Estado tinha ingerência sobre a religiosidade do povo. Esta pseudo liberdade era na realidade uma forma de controle para diminuir a possibilidade de resistência ao poder centralizado e para desestimular as reuniões e manutenção de culturas de origem africanas bem como atrair imigrantes de países não católicos, porém europeus, pois eles poderiam, ainda que em âmbito doméstico praticar a própria religião que ajudariam a formar uma sociedade brasileira.

Como leciona José Afonso da Silva:

Realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as consequências derivantes dessa qualidade de Estado confessional, tais

como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter a religião (art. 103), a de que competia ao poder executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar o beneplácito a atos da Santa Sé (art. 102, XIV). (SILVA, 2015. pg 249)

A norma ora tratada traz em seu bojo a discussão extremamente premente à época de que cada nação, cada Estado deveria trazer no seio constitucional a religião oficial, ou seja, determinar qual culto deveria ser o legalizado e que prevaleceria e teria todas as formas de proteção estatais garantidas ou se deveria adotar a laicidade.

Outra questão que tem reflexos até o dia atual é que a questão religiosa era usada também como forma de base para o poder político pois ao se constituir inicialmente um Estado não é possível que se faça com uma democracia absoluta, sempre há a necessidade e a exigência de uma fundamentação centralizadora como ponto de partida. Os Estados ao se constituírem passam primeiramente por um período variável de governo absolutista, centralizador onde há em seu cerne o enfeixamento de poderes na mão de um governante único e forte, seja ele um rei, imperador ou mesmo presidente, destacando que este presidente não tem o cunho que modernamente é dado à palavra presidente de uma alternância de poder.

No Brasil, como já mencionado o Estado se forma com o estabelecimento do Padroado onde o poder executivo tem a obrigação de proteger a religião oficial do Estado, traz ele também prerrogativas constitucionais como nomear bispos e fiscalizar a igreja em assuntos administrativos e econômicos, bem como aprovar ou não bulas papais concedendo o *exequatur*, mesmo àquelas dedicadas apenas a temas religiosos. Tal arranjo de distribuição de poder pode dar a impressão de ter tornado a igreja menos influente, quando na realidade isto não procede. A Igreja se encontrava submetida ao Estado, contudo, estes dois poderes viviam em uma relação simbiótica, onde um sustentava o outro gerando a força probatória necessária para a obediência da sociedade, ou seja, a Igreja Católica não se quedou menos influente.

Em relação à perseguição religiosa o artigo 179 V da Constituição e 1824 é claro “Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica” (BRASIL, 1824). Necessário é realizar a interpretação de tal cláusula, assim a palavra “respeito” é a obediência

passiva e incondicional as cláusulas apresentadas no Tratado de Aliança e Amizade (MACHADO, 1980. pg 103 a 105), onde deveria ser garantida a não presença do Santo Ofício, bem como a tolerância religiosa. Esse pré-requisito era fundamental para a continuidade da vida normal longe de boatos, desaprovação e perseguição, que assolaram o Brasil durante a época colonial e as visitas da Santa Inquisição (NOVINSKY, 1972. pg 135 a 141), o que seria fundamenta para acima de tudo o desenvolvimento econômico.

Em 1824, do Estado que estava se formando e que necessitava do apoio e do controle da população, seja pela violência (FOUCAULT, 1995, pg 34 a 39), da repressão física, da repressão política, ou como foi feito nos Estados de maior influência dos documentos de direitos humanos, dos Estados de formação humanística, que realizam o controle através de um ordenamento jurídico e de uma organização centralizada da sociedade. Esta última opção foi a eleita pelo Estado brasileiro.

A conjugação destas duas realidades, direito humanos e império centralizador (BASTOS, 1997. pg 48-49) só é possível graças a existência de mentes pensantes, aqui no Brasil que já tinham absorvidos os acontecimentos liberais transformadores do mundo e suas respectivas bases filosóficas e jurídicas e que vieram formar o bojo da primeira constituição pátria.

Desta maneira a constituição de 1824 opta pela escolha da religião Católica Apostólica Romana como religião oficial ligando o Estado brasileiro a Santa Sé com o objetivo da utilização dos valores e normas eclesiásticas, já preestabelecidos, incorporados e plenamente aceitos pela população para que estes em conjunto com os valores da infante nação pudessem efetivar o essencial controle social.

Destacando que a escolha desta religião como oficial não se deu de modo casual, mas sim pensado, pois como o objetivo era um reforço na forma de controle social, elegeu-se a religião de maior representatividade junto ao povo habitante do Brasil à época e que também já possuía uma organização hierárquica vertical tão necessária ao Estado. Desta forma esta religião oficial foi utilizada como forma de auxílio político que poderia incluir danação eterna e excomunhão, mesmo que o governo que praticasse na medida do possível, a tolerância através da norma jurídica em branco, quando diz apenas que haverá tolerância religiosa, desde que não sejam afetados os valores sociais.

Primeiramente deve-se atentar a quem possuía direito de voz nesta sociedade que não eram os negros e escravos pois os valores relativos à cultura negra não seriam dotados de importância, com esta situação já se descarta de plano todo e qualquer valor oriundos de culturas afros.

Contudo, neste período já não se tem mais a perseguição direta a religiões mesmo que a tolerância ser praticada em relação as práticas de origem europeia similares ao catolicismo, enquanto as demais de origem afro e indígenas eram absolutamente diversas.

A influência das igrejas protestantes, em especial das igrejas protestantes tradicionais vêm a ter sua importância no Brasil aumentada com a chegada da mão de obra de colonos, que em sua grande parte eram provenientes da Europa e traziam consigo seus valores e práticas religiosas. Ocorre que estas mesmo quando diversas das práticas tradicionais da Igreja Católica eram tidas também como prática civilizadas, pois eram originárias nestas.

Desta forma a constituição de 1824 vem com um pequeno trecho que começa a dar início ao traçado de tolerância religiosa que é marcante em todas as constituições pátrias até 1988 e que hoje é em diversas horas violada.

Assim sendo este primeiro documento constitucional traz que sim uma religião oficial, a religião Católica Apostólica Romana. Contudo, com tolerância as demais religiões que não afetem a moral pública, desde que não tenham símbolos externos. Logo, as religiões ditas de sociedade civilizada, poderiam ser exercidas, desta forma, o protestantismo e o judaísmo poderiam ser professados sem maiores riscos de perseguições desde que seus templos não fossem externamente individualizados. Uma vez que pela simples vestimenta não era possível no dia a dia se identificar qual a religião praticada pelo cidadão, tornando mais fácil a convivência entre eles, o que não ocorria com os adeptos das religiões afro, pois estas possuem uma forma específica de vestimenta, o que tornava o seu praticante facilmente identificável, o que levava a discriminação que se reflete nos dias atuais.

2. A REPÚBLICA E A LAICIDADE

Com a Proclamação da República em 1889 houve uma grave ruptura política estabelecendo uma disputa interna de poder. Destaca-se como uma das fontes clássicas deste cisma de poder a questão dos bispos de Olinda e Recife. A

questão religiosa foi um conflito ocorrido no Brasil na década de 1870 que, iniciado como um enfrentamento entre a Igreja Católica e a Maçonaria, acabou se tornando uma grave questão de Estado devido a sua extensão. Suas causas remontam a divergências irreconciliáveis entre ultramontanismo, o liberalismo e o regime do padroado, as três formas mais relevantes de se ver o problema da ligação entre o Estado e a Igreja até então.

A questão (FAUSTO, 1990 pg 329) evoluiu centrada na atuação de dois bispos, Dom Vital e Dom Macedo Costa, defensores do catolicismo ultramontano. Baseando-se em determinações papais não aprovadas pelo Império brasileiro, ao interditar as irmandades sob sua jurisdição, por manterem elas em seu seio membros maçons, e negando-se a levantar os interditos após ordem expressa do governo central, julgou-se que feriram a Constituição do Império e incorreram em culpa de desobediência civil, sendo presos e condenados a trabalhos forçados. Pouco tempo depois foram anistiados, mas isso não aplacou o debate público que se desencadeou a respeito da união entre Igreja e Estado, ao contrário, o problema permaneceu em discussão agregando outros elementos ideológicos e sociais e facções cada vez mais extremadas, enfraquecendo a autoridade e o prestígio da monarquia bem como a sua ligação com a igreja.

Desta maneira quando o Império foi desfeito, houve a necessidade de se arrumar novamente a “casa” considerando as características do novo governo, uma vez que ocorreu uma troca de poder dentro do Estado. Houve, assim, a premência de se rediscutir a base densificadora do poder estatal. Abandonou-se a fundamentação até então utilizada por incompatibilidade político-filosófica e por estar corrompida na opinião do novo governo. Ressalte-se aqui que a base de poder ora referida não estava corrompida no sentido de valores e ética, mas sim no sentido de ligação com o governo antecessor que havia sido deposto e que faria com que fosse vista com enorme suspeita. Desta forma, procurou-se uma nova base fundamentadora de poder, que não fosse a ligação Estado Igreja.

Destarte, só com a entrada em vigor da primeira Constituição Republicana em 1891, após o fim do governo imperial e a instituição da primeira República, é que houve, finalmente, a separação legal entre Igreja e Estado, garantindo-se assim liberdade de crença e de culto, elementos indispensáveis à Liberdade Religiosa, tão almejadas pela sociedade brasileira.

Nesta época já se pode falar em uma grande influência da Constituição Americana, que chega em solo pátrio ainda no período do governo imperial. Este

alcance se dá de maneira ainda mais forte e definitiva quando do rearranjo político em curso com a proclamação.

Importante é esclarecer que não houve uma cópia nem da Constituição Americana nem da Constituição Francesa (BASTOS, 1997. pg 42 e 43), mas apenas a *influência* delas na situação concreta e fática de o Estado brasileiro separado da igreja e ainda assim se mantendo íntegro política, judicial e territorialmente.

A centralização de poder iniciada em 1824 continuou na Constituição de 1891, deixando apenas de ser exercida por uma única pessoa de forma exclusiva e hereditária e passando a ser desempenhada por uma classe social, dando início a um governo oligárquico, em que todo o poder de mando se concentra na mão dos grandes latifundiários, em especial os proprietários de terras dos estados de Minas Gerais e São Paulo que se revezam no poder, dando origem ao regime que ficou conhecido como a “política do café com leite”. Essa política marcou a chamada “República Velha” que foi até 1930.

Estes novos detentores do poder tiveram a oportunidade de ver o fracasso na prática de basear o controle social na relação Estado e Igreja e buscaram outras formas de embasamento político. A fundamentação do poder passou a vir, por conseguinte, de um Estado forte e centralizado em que o poder passa a vir todo dele ((BASTOS, 1997. pg 45), convocando para si o exercício de direitos e o controle de situações jurídicas que antes eram controladas pela Igreja.

Como forma de exemplificar a mudança de situação, consideremos os nascimentos e os óbitos, que não seriam mais registrados em paróquias, mas sim em cartórios civis. Com isto, produziu-se o controle do início e do fim da existência civil dos cidadãos para o Estado. A esfera religiosa cedia lugar à circunscrição civil.

Anteriormente uma das grandes formas de controle de massa era a ameaça de excomunhão caso não houvesse uma adequação do indivíduo às normas do regime ora vigente. Logo, não seria possível o enterro deste em campo santo, ou seja, nos cemitérios paroquiais. Com a transferência do controle dos locais destinados a enterros, esta forma de repressão perde a sua força, pois em um cemitério civil todos, independente de religião ou *causa mortis*, poderiam ser livremente sepultados. O casamento, instituição fundamental tanto para legitimação da prole, como para manutenção e aumento patrimonial, sucessão de bens, organização do pátrio poder, poderia sim continuar a ser realizado nas igrejas com toda a ritualística correspondente. Contudo, o que passou a ter valor jurídico não

foi mais aquilo realizado perante a autoridade eclesiástica, mas sim o realizado perante a autoridade civil que era investida pelo poder estatal.

Quando ocorre essa alternância, com a laicidade sendo trazida para dentro da Constituição, há uma alteração do foco e de base de poder que acarreta uma mudança de objetivo e de controle social. O grande interesse que a comparação destas duas Constituições desperta não é o retorno ao passado pelo simples argumento irrefletido de que tudo o que existe sempre existiu desde a época do Código de Hamurabi, como se um instituto ou situação jurídica que não tenha sua base na antiguidade não possui importância jurídica alguma. Ao contrário, utilizar estes dois diplomas legais a fim de realizar o presente estudo tem como fundamento a relevância destes para a análise da laicidade, valor tão caro ao direito e ao Estado brasileiro. Pode se chegar a esta conclusão porque conforme o que se afirmou, a primeira Constituição usa a religião como forma de controle social, não a usa como instrumento ideológico, mas como base jurídica e política para o exercício do poder.

Quando a República foi instituída, houve reivindicações de todos os setores da sociedade que não eram devidamente representados no Império que buscavam maior destaque para suas causas. Uma das formas encontradas pelo governo para melhor gerenciar esses embates não foi a inserção de uma religião oficial, mas sim a ausência de uma religião oficial. Ressalte-se que este movimento político não significou a proibição religiosa. De certa maneira, a liberdade de exercício ficava resguardada.

Isto foi possível graças ao decreto 119-A de 1890⁴ redigido por Ruy Barbosa, em que há claramente a afirmação de que autoridades públicas não possuem mais o direito de se imiscuir em assuntos religiosos, não podendo mais

⁴ DECRETO Nº 119-A, DE 7 DE JANEIRO DE 1890.

Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991

Vigência restabelecida pelo Decreto nº 4.496 de 2002

Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação, decreta:

Art. 1º É proibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

normatizá-los. Neste mesmo dispositivo legal é concedida personalidade jurídica à Igreja. Isso torna relevante a discussão levada a cabo por Ruy Barbosa quando ele defendia não haver verdadeira liberdade religiosa e de consciência no Brasil, pois não havia liberdade de culto, o que em última análise levaria a impossibilidade do exercício da fé (BARBOSA, 1953-1964. V2. Tomo II, pag 83).

Após a Proclamação da República, Ruy Barbosa redigiu o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, separando definitivamente o Estado e a Igreja Católica Romana no Brasil, fazendo do Brasil um Estado Laico, desconectando a organização política, a natureza das instituições e do direito e as políticas públicas da religião.

José Afonso da Silva (SILVA, 1999, pg. 252-253.), salienta que a República teve seu início estabelecendo a liberdade religiosa com a separação total da Igreja do Estado. Isso se deu ainda antes da constitucionalização do novo regime, com o Decreto n. 119-A, de 1.890, de autoria de Rui Barbosa, expedido pelo governo provisório.

Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.

Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 4º Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das sessões do Governo Provisorio, 7 de janeiro de 1890, 2º da Republica.

Manoel Deodoro da Fonseca.

Aristides da Silveira Lobo.

Ruy Barbosa.

Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

Eduardo Wandenkolk. - M. Ferraz de Campos Salles.

Demetrio Nunes Ribeiro.

Q. Bocayuva.

Desta maneira, a Constituição Federal de 1891 representou, então, um marco no que tange à laicidade do Estado, que constitucionalizou a norma infraconstitucional que regia a matéria. Tal dispositivo legal teve tão grande influência nas Constituições seguintes que mantiveram a neutralidade inerente a um Estado laico, ainda que teoricamente.

Segue-se art. 72º, § 3º a 7º, da CF de 1891:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou dos Estados. (BRASIL, 1891)

Diante do exposto, com a separação entre a Igreja e o Estado algumas consequências foram verificadas tais como eleições ocorrendo fora das igrejas, a não interferência do governo na escolha de cargos do alto clero, como bispos, diáconos e cardeais, e extinção da definição de paróquia como unidade administrativa, que nesta época poderia equivaler tanto a um município como também a um distrito, vila, comarca ou mesmo a um bairro. Além disso, o país não mais assumiria uma religião oficial, que à altura era a católica, e o monopólio de registros civis passou ao Estado, sendo criados os cartórios para os registros de nascimento, casamento e morte, bem como os cemitérios públicos, onde qualquer pessoa poderia ser sepultada, independentemente de seu credo. O Estado também assumiu, de forma definitiva, as rédeas da educação, instituindo várias escolas públicas de ensino fundamental e intermediário.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que a Constituição imperial de 1824 deu início a consolidação da posição pátria sobre os direitos religiosos:

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1824)

Hoje, pode-se afirmar que temos liberdade religiosa e isto se dá com a criação de um regime de tolerância que teve seu início na Constituição de 1824 e que se desenvolve com a Constituição de 1891 e seguintes para chegar no amplo direito que hoje se tem.

Indaga-se então como se dá o respeito à religião e a tolerância no Brasil. Ele ocorre a partir da *coexistência* e não a partir do impedimento do exercício. A liberdade religiosa brasileira não foi criada e se desenvolveu a partir da proibição das religiões, mas sim por meio da desconexão entre estado e religião baseada na tolerância às diversas religiões desde que estas não viessem a ofender o que se entendia por moral pública à época.

Por força da constitucionalização dos aspectos fundamentais concernentes à complexa relação entre o Estado e a religião, a Constituição de 1824 oferece um importante panorama para a compreensão da trajetória histórica da liberdade religiosa e da cidadania no Brasil. Estudá-la de forma comparativa com a Constituição de 1891 torna a experiência mais rica, pois possibilita o entendimento das configurações político-religiosas existentes no passado monárquico brasileiro e início de desenvolvimento republicano, representando a oportunidade perfeita para se analisar uma parcela da história do nosso Direito Público ainda pouco explorado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Tavares. A Província. Rio de Janeiro. Academia Brasileira de Letras 1997.

BARBOSA, Ruy. Obras completas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953-1964. V2. Tomo II.

BRASIL, Constituição de 1891, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 24 de nov de2021

BRASIL Constituição de 1824, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 de nov de2021

BRASIL, Constituição de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 de nov de2021

BRASIL, Lei Áurea, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/66274.html>. Acesso em 24 de nov de2021

BUENO, José Antônio Pimenta, Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Ed Senado Federal, Brasília, 1978.

DECRETO Nº 119-A, DE 7 DE JANEIRO DE 1890, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 24 de nov de2021

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 24 de nov de2021

FAUSTO, Boris, História Geral da Civilização Brasileira, III. O Brasil Republicano, Rio de Janeiro ed Bretrand, 1990.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 12. Petrópolis: Vozes, 1995.

LAFER, Celso. Estado Laico. In: Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

MACHADO, Luiz Toledo. Formação do Brasil e Unidade Nacional. Ed IBRASA, São Paulo, 1980.

NOVINSKY, Anita. Cristãos novos na Bahia. São Paulo: EDUSP, 1972.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

USA. Constituição Americana, Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

ria%3%A7%3%A3o-da-Sociedade-das-Na%3%A7%3%B5es-
at%3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html.
Acesso em 24 de nov de2021

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA E O DIREITO À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Juliana Bezerra Fernandes

Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Mestre em Direito Constitucional (UFRN)
julianabezerraf@hotmail.com

André de Vasconcelos

Universidade Gama Filho/RJ
Especialista em Direito Empresarial
Pesquisador no Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional - CPJC, da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Email:vasconcelos@savas.adv.br

1. INTRODUÇÃO

Embora muitos estudiosos discorressem há tempos acerca da possibilidade de rápida proliferação duma mortal epidemia, fomos pegos de surpresa com a letalidade e facilidade de contágio que ocorreu na Pandemia COVID-19, causando o maior desastre econômico-social e de saúde pública das últimas décadas. E, o pior, em grande parte a velocidade de contágio – e consequentemente o alto nível de mortalidade – foi consequência do mesmo problema que já afetara o que até então tinha sido a pior pandemia da história da humanidade⁵.

Referimo-nos à Peste Negra, que iniciada na Ásia Central assolou a Europa por volta do ano de 1347 basicamente como a soma entre problemas causados por grandes concentrações populacionais com a falta duma estrutura mínima de água e saneamento nas cidades.

A “Peste” dizimou entre um terço à metade da população da época (entre 25 e 75 milhões). Causa espanto, portanto, que depois de tanta informação, a humanidade parece que ainda não se encontra preparada para situações como esta da epidemia de Covid-19, quando um vírus extremamente contagioso e mortal vem encontrar grandes agrupamentos humanos com os mesmos problemas

5 Roteiro da Memória: As Epidemias e as Pandemias na História da HumanidadeNews n°99. Portugal, Março de 2020. Disponível em <<https://www.medicina.ulisboa.pt/newsfmul-artigo/99/epidemias-e-pandemias-na-historia-da-humanidade>>. Acesso em 24.11.21.

do que até então tinha sido a maior epidemia da humanidade: a falta de acesso à água e ao saneamento⁶.

Feito esta contextualização, já notamos que este trabalho trata de um assunto que interessa a qualquer ser humano: o direito humano –adiante entendido e demonstrado como sendo um direito fundamental – de acesso à água, bem como do seu conexo direito de acesso ao saneamento básico.

Mas o que seriam direitos humanos? Bem, não há uma resposta única.

Segundo a Professora Flávia Piovesan, os direitos humanos são uma reivindicação moral e “eles nascem quando devem e podem nascer” (PIOVESAN, 2004)⁷.

Humanos são aqueles Direitos cujo titular é – ou deveria ser – todo e qualquer ser humano, aplicados igualmente a todos, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, orientação sexual, ideologias, dentre outros.

Os direitos, tidos como direitos humanos, são de tal forma importantes que mesmo quando não previstos na legislação interna dos países, são protegidos com base nos tratados internacionais (ONU, 2000).

A doutrina tradicional costumava classificar os direitos fundamentais em gerações, correlacionando-os com os lemas da Revolução Francesa: assim surgiram os direitos de liberdade, os de igualdade e os de fraternidade.

Por sua vez, revisitando-se tal conceito⁸, passou-se a considerar tais direitos como inter-relacionados, apenas didaticamente classificando-os em dimen-

6 REZENDE, JM. À sombra do plátano: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82.

7 Flavia Piovesan. Revista Internacional de Direitos Humanos, Volumen: 1, Numero: 1, Publicado: 2004. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sur/a/vv3p3pQXYPv5dhH3sCLN46F/?lang=pt#>>. Acesso em 02.01.21.

8 Neste trabalho, defenderemos como sendo fundamentais de terceira geração tais direitos, mas por todos os que assim pensam, o Professor Virgílio Afonso da Silva é contra o irrestrito alargamento da classificação de direitos como fundamentais, sendo que aqui – muito embora anote-se a bem da verdade que não encontramos menção específica à crítica específica do jurista quanto aos direitos de acesso à água e ao saneamento básico: “característica comum que uniria uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio-ambiente seria o fato de que todos eles, além de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as

sões de direitos, sendo que o direito à água e ao saneamento podem ser classificados como direitos fundamentais de terceira geração, ou dimensão, inobstante respeitável crítica de juristas contrários à inclusão de certos novos direitos como direitos fundamentais de fraternidade.

Quanto ao direito de acesso à água, já de há muito tempo se reconheceu o direito de acesso à água, inicialmente apenas como aquele montante indispensável para evitar o perecimento do ser humano por conta da falta d'água.

Assim foi que a III Convenção de Genebra da ONU de 1949, nos seus arts. 20, 26, 29 e 46, previam ter o ser humano direito de acesso à água potável capaz de satisfazer a sede (ONU, 1949).

Somente muito recentemente, em encontro no âmbito da Assembleia Geral da ONU realizado no ano de 2010, que afinal foi reconhecido o direito à água potável e ao saneamento como um direito humano, sem o condicionante da essencialidade de se garantir água sem que seja apenas o mínimo para o ser humano acabar com a sua sede⁹.

Trazendo para o âmbito nacional, vemos que a Constituição Federal Brasileira de 1988 trata do assunto água em alguns dispositivos, mas em momento algum define o direito de acesso à água como sendo um direito fundamental.

Assim é que nos artigos 22 e 26, o Legislador Constituinte asseverou¹⁰:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

IV - Águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

liberdades públicas e os direitos sociais, destinar-se-iam a realizar o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Assim, enquanto as liberdades públicas realizariam a liberdade e os direitos sociais, a igualdade, os direitos de terceira geração tenderiam a realizar a fraternidade". SILVA, Virgílio Afonso da. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005): 541-558.

⁹ Resolução A/RES/64/292 ONU declarou a água limpa e segura e o saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20.11.21.

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: (...)

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

Certa preocupação social quanto ao tema acesso à água veio apenas no artigo 43 da CF/88, quando o Constituinte cuidou da necessidade dos seres humanos de acesso à água, em especial aqueles mais carentes, ao asseverar que a União poderá articular sua ação visando o desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais com “prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas” (inciso IV do § 2º do artigo 43 da Carta Magna).

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS: DA ESCOLHA TERMINOLÓGICA À BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

É sabido que a expressão “direitos fundamentais” é, usualmente, tida como sinônimo de “direitos humanos”, que, por sua vez, também é denominado de “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, dentre tantas outras terminologias empregadas (SARLET, 2015).

A própria Constituição Federal de 1988 apresenta diversidade semântica ao tratar do assunto, ora empregando a expressão “direitos humanos”, como se vê no artigo 4º, inciso II; ora utilizando a terminologia “direitos e garantias fundamentais”, consoante aduz o Título II e o artigo 5º § 1º; ora se referindo a “direitos e liberdades constitucionais”, conforme presente no artigo 5º, inciso LXXI; ora usando a expressão “direitos e garantias individuais”, como estampado no artigo 60, § 4º, inciso IV).

Todavia, na presente pesquisa, faz-se preferência pela denominação “direitos fundamentais”. Assim, inicialmente, faz-se mister tecer breve explicação sobre a escolha de tal expressão, em detrimento das demais denominações costumeiramente empregadas pelos doutrinadores constitucionalistas, conforme foi acima demonstrado.

Ora, o nosso Constituinte se valeu da expressão “direitos fundamentais” em virtude de sua inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976, o que, por si só, seria suficiente para justificar a escolha terminológica feita no presente estudo. Contudo, para além disso, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados constitucionalmente no ordenamento de um determinado Estado, e sujeitos ao duplo regime de fundamentalidade formal e material.

Os direitos humanos, por sua vez, são aqueles que decorrem exclusivamente da natureza humana, pouco importando se estão positivados ou não. Tal categoria de direito diz respeito àqueles de âmbito internacional. Ademais, a expressão “direitos humanos” detém uma conotação mais abrangente que “direitos fundamentais”.

Não se pode olvidar, ainda, que a denominação “direitos humanos” possui uma correlação com o jusnaturalismo, enquanto que “direitos fundamentais” guarda conexão com o direito positivo, eis que corresponde a um “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente” (SARLET, Ingo Wolfgang, 2015, documento online sem página).

Por tais razões, o presente estudo opta pela adoção da terminologia “direitos fundamentais”, em detrimento das demais expressões costumeiramente empregadas como seus sinônimos, em razão do demonstrado rigor científico e precisão que o termo “direitos fundamentais” possui.

Sendo assim, ao contrário do que o imaginário popular possa crer, nem sempre os direitos fundamentais estiveram presentes na sociedade. Embora alguns autores sustentem que eles tenham começado a surgir no direito da Babilônia, por volta do ano 2000 a.C, e outros aduzam que eles iniciaram suas manifestações no direito da Grécia antiga e da Roma Republicana, o que se constata é que inexistente fundamento histórico para tais afirmações.

Em verdade, a existência dos direitos fundamentais está atrelada à obrigatória presença de 03 (três) elementos, quais sejam: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador. O Estado diz respeito à entidade organizada, dotada de um poder centralizado, que detém controle sob determinado território, con-

seguindo impor as suas decisões. Sem a presença desta entidade estatal, que consiste no Estado moderno, os direitos fundamentais não possuem qualquer relevância prática.

Por sua vez, o indivíduo corresponde a uma figura salutar quando se trata de tais direitos. Ele consiste em um “ser moral, independente, autônomo e, destarte (essencialmente) não social” (HOBBS, 2000). Todavia, convém destacar que esse indivíduo nem sempre existiu. Isto porque, nas antigas sociedades, os sujeitos não eram considerados enquanto seres individuais, mas tão somente enquanto membros de uma coletividade, estando subordinados a ela, e não dispondo de direitos próprios.

Apenas quando as pessoas passaram a ser vistas enquanto sujeitos, ou seja, enquanto seres individuais com direitos próprios, independente da coletividade da qual faziam parte, é que houve o reconhecimento dos direitos individuais natos, consubstanciados na liberdade, na propriedade e na igualdade, os quais são típicos da sociedade capitalista, tendo com ela surgido. Assim, diante do reconhecimento da existência do indivíduo, os direitos acima citados puderam ser exigidos tanto do Estado quanto da sociedade.

Por fim, o texto normativo regulador é aquele que rege a relação entre os 02 (dois) elementos acima destacados, quais sejam: o Estado e os indivíduos. Trata-se de um texto válido em todo o território nacional, cuja força vinculante é mais elevada que a de todas as demais normas jurídicas vigentes naquela sociedade. Portanto, ele diz respeito à Constituição no sentido formal, ou seja, ao texto que “declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais” (DIMOULIS; MARTINS, 2011).

Com a existência concomitante dos 03 (três) elementos acima explanados – Estado, indivíduos e texto normativo regulador –, que se deu na segunda metade do século XVIII, é que surgiram as Declarações de Direitos, as quais enunciavam e garantiam, pela primeira vez na história da humanidade, os direitos fundamentais.

Sendo assim, no contexto atual, não há dúvidas de que os direitos fundamentais existem e devem ser concretizados pelo Estado, através de um texto normativo regulador, tanto para delimitar a existência e o poderio do próprio ente estatal, quanto para resguardar os direitos dos indivíduos, cujo rol segue, a cada dia, crescendo mais e mais.

Não à toa, à medida em que a sociedade e as relações individuais foram se tornando cada vez mais complexas, assistiu-se a uma ampliação no número de direitos fundamentais, de modo que, no atual momento, passou-se a clamar pela concretização de um direito fundamental à água, nos termos que serão mais a frente explanados.

3. DUPLA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos em dois sentidos diversos, que consistem na denominada dupla fundamentalidade de tais direitos. Com base nessa teoria, pode-se tratar de uma fundamentalidade formal, bem como de uma fundamentalidade material.

A fundamentalidade formal consiste no aspecto normativo especial. Ou seja, diz respeito à forma pela qual o direito fundamental é expressado no mundo jurídico. Já a fundamentalidade material compreende o conteúdo daquele direito, ou seja, a sua base axiológico, pautada em valores sociais vigentes.

Nesse sentido, assim prelecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 269):

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, acompanhando Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa (na sua dimensão individual ou coletiva) que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Por outro lado, direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Desse modo, é possível que um direito materialmente fundamental não seja formalmente fundamental, assim como um direito formalmente fundamental não seja materialmente fundamental. Tal situação se trata do que se convencional denominar de fundamentalidade material discutível.

Isto porque, a fundamentalidade material consiste no âmago do direito fundamental, diz respeito ao seu conteúdo propriamente dito, enquanto a fundamentalidade formal trata da previsão expressa no catálogo dos direitos fundamentais. Portanto, é possível que as duas formas de fundamentalidade nem sempre estejam atreladas.

E, tal é a situação que se constata quando se examina o direito fundamental à água, objeto de análise da presente pesquisa. Ora, constata-se que ele não está expressamente previsto no catálogo de direitos fundamentais, de modo que é certo que ele não é dotado de fundamentalidade formal.

Por outro lado, dada a sua dimensão e importância, além da relação direta que possui com outros direitos fundamentais, tais como a vida, a dignidade da pessoa humana, e a saúde, o direito à água é dotado de fundamentalidade material. Em outras palavras, muito embora não esteja expresso enquanto direito fundamental, o direito à água possui a relevância de tal tipo de direito.

Insta asseverar, por oportuno, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, admite a possibilidade de se reconhecer outros direitos enquanto fundamentais, além daqueles já expressos em seu texto. Não à toa, apenas a título de exemplificação, tem-se o princípio da anterioridade tributária.

Ora, muito embora o citado direito não esteja explicitamente contido no artigo 5º da Constituição da República de 1988 – razão pela qual não possui a fundamentalidade formal –, ele detém a essência propriamente dita de um direito fundamental, de modo que possui fundamentalidade material.

De igual maneira, constata-se que ocorre com o direito à água, em razão da existência da já mencionada cláusula aberta dos direitos fundamentais aos direitos elencados em tratados, também denominada princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais (PES; ROSA, 2010).

Não à toa, como asseveram Pes e Rosa (2010):

(...) passam a ser considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos, bastando estar consagrados em leis ou regras (inclusive, de costume), nacionais ou internacionais, reconhecidas pelo Estado brasileiro.

E, para que não restem dúvidas quanto à possibilidade de inserção de novos direitos no rol de direitos fundamentais, em razão da existência da citada cláusula aberta, o artigo 5º, parágrafo segundo da Constituição de 1988, aduz que lista de direitos fundamentais ali presente constitui um rol meramente exemplificativo. Portanto, nada obsta a sua complementação com outros direitos.

Em cenário internacional, faz-se mister destacar que, em 2010, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou uma resolução, por meio da qual a água e o saneamento foram reconhecidos enquanto direitos fundamentais. E, em

28 de julho de 2010, a Assembleia Geral aduziu que a água e o saneamento compreendiam direitos humanos.

A justificativa para tanto se baseou no argumento de que “(...) o direito à água e ao saneamento é derivado do direito a um padrão de vida adequado e indispensável para a realização de outros direitos humanos” (PES; ROSA, 2010).

Portanto, o que se constata é que, tanto com base na Carta Magna de 1988, quanto pela vinculação do Estado brasileiro à ONU, o direito à água consiste em um direito fundamental, o qual é dotado de fundamentalidade material, muito embora não detenha fundamentalidade formal.

4. DIREITO À ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Resumidamente poderíamos apresentar o direito de acesso à água e ao saneamento básico como não só um direito humano, por já ter sido há tempos reconhecido no âmbito das instituições de Direito Internacional como a ONU, mas também – no caso do Brasil – como um direito humano fundamental implícito, ou de natureza material.

No primeiro caso, por estarem abarcados tais direitos pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, conforme adiante detalharemos.

Mas tais direitos também são direitos fundamentais, em especial seja por tais direitos estarem englobados pela proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja por fazer parte do mínimo existencial necessário para que seja respeitada a dignidade da pessoa humana, ou, afinal, por ser considerado pressuposto do direito à saúde¹¹.

4.1 O reconhecimento do direito de acesso à água e ao saneamento como direitos humanos no âmbito do sistema ONU

11 É corrente a lição de que direitos humanos são dotados do atributo de relationalidade, ou seja, se inter-relacionam, uns garantindo a disponibilidade, o usufruto, dos outros. Ver, por todos, Flávia Piovesan ao assegurar que os direitos humanos “compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada” (PIOVESAN, 2004).

Muito embora as bases teóricas para se entender tal direito como direito humano remonte ao fim da década de 1970 – fomentada pela Conferência Ambiental de Estocolmo-72, somente em 2010 que a assembleia geral da Organização das Nações Unidas/ONU reafirmou o acesso à água - e reconheceu seu direito conexo ao saneamento - como direitos humanos, após décadas de luta dos ativistas e estudiosos dos direitos humanos.

Desde então houve um notável fortalecimento da defesa do direito de acesso à água, mormente após a realização da Conferência da ONU Rio-92.

Mas MAZZUOLI (2019) cita um exemplo ainda mais longínquo, duma incipiente proteção indireta ao direito de acesso à água potável, muito embora que por intermédio da celebração de tratado internacional sobre direito da criança, quando nas palavras dele:

(...) o art. 24, 2, alínea c, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, que determina aos Estados-partes investimentos em pesquisa, tecnologia, tratamento de água e fornecimento de alimentos saudáveis tendo em vista o combate à desnutrição e doenças bem como ‘os perigos e riscos da poluição ambiental’.

Ou seja, em Estados que não viessem a garantir a proteção a este direito fundamental de acesso à água, poderiam ser compelidos a satisfazer este direito quando “inadvertidamente” viessem a celebrar tratados internacionais de áreas que, a princípio, nada teriam a ver com o direito à água e ao saneamento.

4.2 O *greening* em relação aos direitos humanos de acesso à água potável e ao seu conexo direito ao saneamento básico

Temos também que mencionar que, ausente uma maior velocidade ou interesse na definição e proteção de novos direitos humanos, principalmente quando o sistema jurídico ainda não os considera como direitos fundamentais passíveis de proteção, em especial se daria quanto aos direitos sensíveis à agenda ambiental, acelerou-se a aplicação do “greening” dos direitos humanos.

Quanto a direitos humanos, segundo o Prof. Mazzuoli temos que se dá o “greening” quando a proteção ambiental se der por “via reflexa” ou “por ricochete” (MAZZUOLI, 2013). Continua o Mestre explicando que esta é uma concepção onde:

(...) dentro da estrutura do atual direito internacional do meio ambiente a proteção da biosfera mostra-se eficaz por intermédio da indireta, porém, necessária proteção dos seres humanos. Isso porque a concepção de que o meio ambiente por si só já configura um direito a ser protegido mostra-se pouco eficaz à medida que no âmbito internacional os chamados direitos de solidariedade estão envoltos em um sistema de monitoramento extremamente frágil.

Segundo Cançado Trindade, há direitos "que simplesmente não podem ser reivindicados diante de um tribunal por seus sujeitos ativos (titulares)"¹².

Portanto, para que tal situação não ocorra ao meio ambiente, a abordagem mais apropriada caminha no sentido de se buscar um esverdeamento (ou *greening*) dos mecanismos de proteção aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais já existentes¹³.

Conforme bem salientado por Mazzuoli, o âmbito de proteção abarcado pelo Greening latino-americano é bem menos abrangente do que, por exemplo, o leque de direitos humanos afetados pelo mesmo fenômeno na Europa, sendo que como exemplo, poder-se-ia recomendar o "Relatório da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente, de 4 de abril de 2002, que destaca como exemplos de proteção ambiental pela via reflexa a Resolução n. 12/85 do povo Yanomami v. Brasil" (MAZZUOLI, 2013).

O *greening* dos direitos humanos, sob outro ângulo, seria uma outra forma de se aceitar o fenômeno é partindo da premissa da interrelacionalidade e indivisibilidade dos direitos humanos .

Ou seja, no exemplo do nosso objeto de estudo, na ausência de normas explícitas definidoras dos direitos humanos fundamentais de acesso à água e ao saneamento básico, se entende que estes direitos estariam abarcados na proteção

12 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. OS INDIVÍDUOS COMO SUJEITOS DO DIREITO INTERNACIONAL. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 12, p. 23-58, dez. 2012. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/203>>. Acesso em: 25 nov. 2021

13 MAZZUOLI, Valério de Oliveira: O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Revista de direito GV 9 (1), Jun 2013. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100008>

dos direitos relacionados ao meio ambiente, ou em outros como o direito à vida e à dignidade humana, ou seja, se constrói tal proteção com base em regras e princípios constitucionais circunvizinhos¹⁴.

4.3 Direito à água como direito humano fundamental: Fundamentalidade Material do direito de acesso à água e proteção do direito à água como pressuposto do Direito à Saúde

Vimos que uma forma que os sistemas jurídicos criaram para proteger direitos humanos que, malgrada a importância como direitos humanos, não são reconhecidos no seu sistema jurídico como fundamentais, seria conceber a proteção em decorrência da tese do “greening”.

Temos, doutro lado, que um dos direitos fundamentais que mais se beneficia da referida tese vem a ser exatamente o direito de acesso à água potável e ao saneamento básico.

O direito de acesso à água está indissociavelmente ligado ao conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

Afinal, não muitos seres vivos sobrevivem sem água limpa. Sabemos haver pouca diversidade biológica em locais como um deserto de sal, em comparação a uma floresta tropical. Ou, mesmo que haja água em fartura, se ela estiver gravemente poluída: haverá vida em abundância nestes ecossistemas? Empiricamente sabemos que não, principalmente em função da ausência de água potável.

Noutras palavras, não haverá meio ambiente ecologicamente equilibrado sem água e saneamento básico, logo estes direitos são pressupostos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acontece que no Brasil, até o presente momento, o direito à água não foi explicitamente previsto como direito fundamental na Carta Magna de 1988.

Apenas com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 4/2018 – aprovada no Senado Federal e seguindo para votação na Câmara dos Deputados–

14 O direito humano e fundamental ao Desenvolvimento e o seu regime jurídico. The fundamental human right to development and its legal structure. MARTINELLI, Adriano Justí. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 7, Jul.-Dez. p. 401-438

é que o direito de acesso à água começa a ser considerado um direito humano fundamental explicitamente reconhecido no Brasil¹⁵.

Quanto ao direito ao saneamento básico, ou este é apontado como uma norma de natureza programática, a exemplo do quanto retratado no artigo 21 da Constituição Federal de 1988, onde no inciso XX determina que a União deverá “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, ou quando o inciso IX do artigo 23 estipula ser competência comum de todos os entes “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”

Ou seja, o que se trata quanto a saneamento na Carta Constitucional é predominantemente sob o aspecto econômico, com a Carta Magna mais preocupada em incentivar os investimentos nos serviços de esgotamento sanitário no território nacional. Não há uma preocupação em se garantir o acesso ao saneamento básico como um direito fundamental.

Como os Direitos Humanos Fundamentais são dotados de relacionabilidade, não é possível concretizar um direito humano fundamental sem que haja outro direito humano fundamental concretizado ao menos em seu aspecto essencial, o que a doutrina costuma chamar do mínimo existencial, ou de núcleo essencial, expressão preferida por conta de mínimo existencial ter uma conotação de que ao Estado bastasse oferecer o mínimo à sua população (informação verbal)¹⁶.

Noutras palavras, quanto ao Direito ao acesso à água, mesmo no caso da não aprovação da PEC 4/2018, entendemos que este direito fundamental à água já se encontraria previsto e protegido como direito fundamental, uma vez que estaria sendo protegido no núcleo dos direitos fundamentais, sendo considerado um direito materialmente fundamental.

15 Brasil. Proposta de Emenda à Constituição nº 4/2018, que inclui, na Constituição Federal, o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais: Senado Federal. Brasília. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>>. Acesso em 23.11.21.

16 Explicação do Prof. Emerson Affonso da Costa Moura no Congresso Internacional sobre os Novos Desafios dos Direitos Humanos, em Porto/Portugal, onde proferiu palestra, junto com o co-autor deste trabalho, no painel organizado pelo Laboratório de Direitos Humanos (LabDH) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR, dia 24 de julho de 2021.

O direito ao acesso à água é uma forma de concretizar vários direitos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também é implicitamente protegido pelo direito à alimentação – tornando-se afinal mesmo um pressuposto do direito à saúde.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À ÁGUA DIANTE DA PANDEMIA DE COVID-19

Diante deste panorama, além de discorrer acerca da classificação do direito de acesso à água e ao saneamento como direito fundamental, discutiremos se as políticas públicas têm garantido o primordialmente o acesso à água potável, bem como ao seu direito conexo o de saneamento básico.

Tal interface entre falta de água e saneamento e a proliferação de epidemias é importante ser abordada, em especial diante do novo quadro de pandemia de Covid-19, quando sabemos que o amplo acesso à água e ao esgotamento sanitário é um dos principais fatores que evitam a propagação de doenças epidêmicas, como a causada pelo coronavírus SARS-CoV-2.

Apontamos os vários motivos aptos a defender a tese de que o direito de acesso à água e ao saneamento básico é um direito humano fundamental, em especial por estar abarcado pela proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou mesmo por ser considerado pressuposto do direito à saúde.

As teorias já referidas influenciaram tão fortemente no reconhecimento do direito de acesso à água e ao saneamento como sendo direito fundamental que, mesmo não havendo previsão explícita na Carta Magna brasileira, entende-se que o Estado é obrigado a estabelecer e executar políticas públicas de acesso à água potável e esgotamento sanitário.

Tanto assim que o Estado continua obrigado a formular políticas públicas tendentes a fornecer água potável e saneamento básico, mesmo se não for aprovada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 4/2018), que inclui o acesso à água potável na lista de direitos fundamentais – recém aprovada pelo Senado e ali classificada como direito fundamental individual.

Neste aspecto, houve a aprovação do chamado novo marco do saneamento básico, lei 14.026/2020¹⁷, que estabelece vários novos institutos relacionados ao tema acesso à água e ao saneamento básico.

Entretanto, a referida legislação restou muito criticado seja quando possibilita ao governo federal avançar sobre a titularidade dos municípios quanto aos serviços de água e esgoto, seja quanto a tantas outras situações, como a extrapolação de competência da união e o consequente esvaziamento da competência municipal sobre o assunto, ou a violação do pacto federativo.

Já quanto à formulação de políticas públicas voltadas especificamente para a minimização dos riscos de contágio, em relação à regulamentação infra-constitucional do direito à água e saneamento, constata-se uma omissão no nível federal, tendo em conta o estado de pandemia.

Tanto assim que a única previsão que encontramos, ao menos a nível federal, seria dispositivo onde a legislação obrigaria o estado a garantir o direito à água em certos estabelecimentos. Vemos tal lembrança numa simples Portaria do Ministério da Saúde, onde há apenas uma indireta menção à questão hídrica.

Nos referimos à Portaria nº 1.565, de 18 de junho de 2020, do senhor ministro à época Eduardo Pazuello, onde se fala, em seu item 1., ao tratar dos “cuidados gerais a serem adotados individualmente pela população”:

Item 1. “dos cuidados gerais a serem adotados individualmente pela população”:

17 BRASIL. 2020. Lei nº 14.026. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7. Acesso em 23.11.21

1.1 lavar frequentemente as mãos com água e sabão ou, alternativamente, higienizar as mãos com álcool em gel 70% ou outro produto, devidamente aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Ora, muito embora tenha havido um esforço no sentido de evitar a propagação do vírus, mas Esta determinação é bastante ineficaz, ao nos darmos conta de que aproximadamente a metade da população do Brasil ainda não tem acesso ao esgotamento sanitário e boa parte nem mesmo à água potável, segundo o Ranking do Saneamento: “Apesar das recomendações sanitárias, em meio à pandemia da Covid-19, cerca de 35 milhões de brasileiros – 5,5 milhões nas 100 maiores cidades do País –, não têm acesso à água potável e 100 milhões de pessoas à coleta e tratamento de esgotos”.¹⁸

Apenas em alguns estados que tem sido aprovadas algumas leis com preocupação acerca do tema. No Rio de Janeiro, por exemplo, foi aprovada a lei 9.126/20 que determina a criação de um plano emergencial pelas empresas, com a obrigação do monitoramento da presença de carga viral nos sistemas de água e esgoto fluminenses.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão a que chegamos é de ser indiscutível a necessidade de o Estado prover políticas públicas tendentes a satisfazer estes direitos indicados, principalmente em face da correlação entre a ausência do direito ao acesso à água e saneamento, com a falta de higiene e consequente aumento da disseminação de graves doenças, já que há muito sabe-se que a falta de higiene é um dos principais vetores da proliferação de doenças, tais como a que hodiernamente assola a humanidade, a COVID-19.

Apesar de não ser explicitamente previsto em nossa constituição, Tanto a ONU asseverou serem os direitos à água potável e ao saneamento integrante

18 SCHUMANN, Cauana; et al. Avaliação Do Sistema De Esgotamento Sanitário Do Município De Arroio Grande/RS, p. 492-500 . In: Anais do XIV Encontro Nacional de Estudantes de Engenharia Ambiental [= Blucher Engineering Proceedings v.3 n.2]. São Paulo: Blucher, 2016.

do direito a uma boa qualidade de vida, elevando-os à categoria de direitos humanos, como pela teoria da fundamentalidade material dos direitos, indiscutivelmente o direito à água deve ser considerado como um direito fundamental.

Noutras palavras, o direito do acesso à água e ao saneamento é pressuposto do direito à saúde, notadamente em face das necessárias políticas públicas de combate à doença, ainda mais num momento como este que vivemos de crise hídrica histórica.

Neste sentido, embora tenha havido algumas poucas ações no sentido de se implementar políticas públicas tendentes a concretizar tais direitos, há alguns retrocessos à vista, como a recente decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – OE/TJRJ, suspendendo a eficácia da Lei estadual do Rio de Janeiro nº 9.126/2020 por não ter havido previsão de contrapartida financeira para tal gasto¹⁹.

Com a omissão em prover ações no sentido de concretizar o acesso à água e ao saneamento, o Estado é primordialmente responsável pelo aumento da transmissão da COVID, devendo construir políticas públicas, depois executá-las e aferir a eficiência, no sentido de se rever o grave atraso na cobertura de acesso à água e ao saneamento básico existente no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Ícone, 2000.

Kulovesi, K., Mehling, M., & Morgera, E. (2019). Global Environmental Law: Context and Theory, Challenge and Promise. Transnational Environmental Law, Cambridge University Press. Cambridge, UK. 2019. doi:10.1017/S2047102519000347. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/global-environmental-law-context-and-theory-challenge-and-promise/D434DB0ADB550383765154B1D807DCE>> . Acesso em 15.Mar. 2021.

19 BRASIL, Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio De Janeiro. Notícias: Oe Suspende Lei De Monitoramento Da Água E Esgoto Na COVID. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/12156558>>. Acesso em 24.11.21

LEARY, David. PISUPATI, Balakrishna. The future of international environmental law United Nations University Press, Hong Kong, 2010. ISBN 978-9280811926. Disponível em: <<https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2518/ebrary9789280811926.pdf>>. Acesso em 15.Mar. 2021.

MAY, James R., DALY, Erin. Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism. United Nations Environment Programme (UN Environment) - Delaware Law School of Widener University. Nairobi, Kenya, 2017.

MINE, Sandy. BBC Future – BBC News. 29/08/2021 Onde a escassez de água já provoca guerras no mundo (e quais as áreas sob risco iminente). UOL Meio Ambiente. <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/bbc/2021/08/29/onde-escassez-de-agua-ja-provoca-guerras-no-mundo-e-quais-as-areas-sob-risco-iminente.htm>

MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. THE NEED FOR LEGAL IMPROVEMENT OF CIVIL LIABILITY FOR THE GUARANTEE OF THE HUMAN RIGHT TO ACCESS TO WATER AS AN ESSENTIAL PUBLIC SERVICE IN BRAZIL: AN ANALYSIS BASED ON THE SÃO PAULO WATER CRISIS (2014-2016). Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. 11, n° 2: 1 - 43, 2020.

NIRMAL, B.C., SINGH, Rajnish Kumar. Contemporary Issues in International Law Environment, International Trade, Information Technology and Legal Education. Springer Publisher Pte Ltd., Singapore, 2018. <https://doi.org/10.1007/978-981-10-6277-3>. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-981-10-6277-3.pdf>>. Acesso em 15.Mar. 2021.

OLIVEIRA, C. C. Desafios socioambientais das áreas marinhas protegidas do Brasil: O caso dos pescadores artesanais no contexto da reserva extrativista Praia do Canto Verde (Ceará). Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. 11, n° 1, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Nova York: ONU, 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

Substantive Issues Arising In The Implementation of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights. The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). General Comment N° 15, 2002, E/C.12/2002/11 20 January 2003. Committee On Economic, Social And

Cultural Rights United Nations. Genève, Switzerland.. p. 3. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf>. Acesso em 26.06.2021.

PARCIANELLO, João Carlos. Direito ambiental contemporâneo e responsabilidade objetiva Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 mar 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55249/direito-ambiental-contemporaneo-e-responsabilidade-objetiva>. Acesso em: 14 mar 2021.

PES, João Hélio F; ROSA, Taís Hemann. O direito fundamental de acesso à água e a interrupção do serviço público de abastecimento. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82cadb0649a3af49>. Acesso em: 24 out 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rer. Atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Rodrigo Zouain da. Os desafios do direito ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro. Revista Veredas do Direito. Belo Horizonte, vol. 9, n. 18, p. 57-87, jul/dez. 2012

VEIGA, J. E. da. A emergência Socioambiental. São Paulo: SENAC, 2007.

AS CRIPTOMOEDAS NA ECONOMIA E AS CONSEQUENCIAS AMBIENTAIS

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Universidade Veiga de Almeida e UNICARIOCA
diocaldas@hotmail.com

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Universidade Veiga de Almeida
profcamilaarruda@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Um dos principais pontos de importância na história do desenvolvimento da civilização a moeda tem passado, ao longo da última década, por experiências de ruptura a uma ordem já estabelecida. Se antes, o papel moeda, se apresentava como título representativo de valoração econômica em uma sociedade, nos tempos atuais o surgimento das criptomoedas inaugurou um novo capítulo nesta seara. Alguns países, como El Salvador, têm buscado atualização legislativa para a adoção, de algumas delas, como moedas oficiais.

A importância presente no tema transborda o cunho econômico, sendo também afetado o meio ambiente ao compasso do aumento dos preços dos instrumentos de mineração e seu descarte inadequado de resíduos. Sendo o meio ambiente um Direito Fundamental de terceira geração, que além do caráter difuso, ou seja, para todos, seu alcance abrange também as futuras gerações.

A preocupação com a geração dos resíduos e a destinação adequada deles corroboram com as preocupações que deram origem aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, que tem metas para o consumo responsável na ODS 12.

O consumo sustentável na era da obsolescência programada é um grande desafio dos governantes e da sociedade, no que tange as indústrias e empresas, o lucro ainda é o maior objetivo, no entanto na cadeia de logística reversa a responsabilidade é compartilhada.

Na esfera ambiental, cada dia mais, os meios de comunicação noticiam o crescimento assustador nas demandas de energia elétrica utilizada como combustível para impulsionar as fazendas de mineração das criptomoedas, essas fazendas de mineração são possuem um grande volume de computadores ligados a rede, ininterruptamente com a finalidade de minerar as criptomoedas que estão

sendo comercializadas, esse movimento valida as moedas disponíveis no mercado. Dentro das fazendas eles solucionam problemas matemáticos existentes para dar continuidade das operações.

O presente estudo pretende responder a seguinte pergunta: Quais os impactos da adoção das criptomoedas na economia e ao meio ambiente causado pelo aumento de resíduos eletrônicos?

Para responder à pergunta foi elaborado o seguinte objetivo geral: analisar os impactos causados à economia e ao meio ambiente pela adoção das criptomoedas. Para alcançar o objetivo geral foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: verificar a dificuldade da destinação de resíduos eletrônicos, conhecer os impactos econômicos da adoção das criptomoedas e analisar a inflação causada nos preços das placas de vídeo, causada pela alta demanda desses aparelhos, tornando o lixo eletrônico. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica e a busca de dados estatísticos extraídos de pesquisas publicadas em importantes periódicos.

2. OS IMPACTOS AMBIENTAIS DA GERAÇÃO DE RESÍDUOS ELETRÔNICOS

Um dos maiores problemas ambientais gerados por esse crescimento é a geração de resíduos. Todos os dias, toneladas de resíduos são coletados de indústrias, comércios e residências. Conforme a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)²⁰, são geradas no Brasil aproximadamente 120 mil toneladas de resíduos por dia.

A geração de resíduos eletrônicos vem crescendo nas últimas décadas levando a necessidade da implantação de novas políticas públicas ambientais para a sua gestão. Quando se fala de gestão das cadeias de resíduos considera-se desde a produção até a sua destinação final, incluindo o consumo.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos prevista na Lei nº 12.305/2010, trouxe a logística reversa como um dos instrumentos de implementação do princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos ou a

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Manual de Gerenciamento dos Resíduos de Serviços de Saúde. 2006. Disponível em: www.anvisa.gov.br/servicosaude/manuais/manual_gerenciamento_residuos.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

destinação adequada dos resíduos em caso da não possibilidade do retorno a cadeia produtiva.

O setor de eletroeletrônicos foi um dos envolvidos a implantação do sistema de logística reversa. O papel do produtor na destinação adequada dos resíduos sólidos pós consumo pretende minimizar os impactos ao meio ambiente e iniciar um novo ciclo de aproveitamento. As informações apresentadas a seguir abordam a evolução dos sistemas de logística reversa já implantados e que possuem resultados expressivos e publicamente disponibilizados. Além disso, também é apresentado um breve panorama de três sistemas relevantes que estão avançando em sua implementação, tendo como referência o ano de 2019²¹.

Segundo a Associação Brasileira de Desenvolvimento Industrial em seu estudo sobre o tema fala sobre a questão do tempo de vida útil dos eletroeletrônicos:

Ao fim de sua vida útil, esses produtos passam a ser considerados resíduos de equipamentos eletroeletrônicos (REEE). Idealmente, só chegam a esse ponto uma vez esgotadas todas as possibilidades de reparo, atualização ou reuso. Alguns deles, notadamente os equipamentos de telecomunicações, têm um ciclo de obsolescência mais curto. Em outras palavras, devido à introdução de novas tecnologias ou à indisponibilidade de peças de reposição, eles são substituídos - e portanto descartados - mais rapidamente²².

O Brasil, por exemplo, é o quinto maior gerador de resíduos eletrônicos, e o segundo maior da América, perdendo apenas para os Estados Unidos. Em 2019 foram gerados 2,1 milhões de toneladas de resíduos eletrônicos, equivalente a 10,2 kg por habitante²³. Devido ao grande volume de resíduos gerados o principal desafio é a implantação da logística reversa e a divulgação e educação da população para a participação da sociedade no processo de implantação.

Algumas características próprias dos resíduos eletroeletrônicos justificam a exigência de processos específicos de gerenciamento. Alguns dos materiais encontrados neles são metais pesados como alumínio, arsênio, cádmio, bário,

²¹ ABRELPE. Panorama dos Resíduos Sólidos do Brasil. 2020. Disponível em: abrelpe.org.br/panorama-2020/. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

²² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Logística reversa de equipamentos eletroeletrônicos: análise da viabilidade técnica e econômica. 2012. Disponível em: www.sinir.gov.br/images/sinir/LOGISTICA_REVERSA/EVTE_ELETROELETRONICO. Acesso em: 18 de novembro de 2021

²³ Idem

cobre, chumbo, mercúrio, cromo, entre outros.²⁴ Todos esses elementos são potencialmente tóxicos, e resultam em dois tipos de riscos: a) a contaminação dos que manipulam os resíduos e; b) a contaminação do meio ambiente.

Em 31 outubro de 2019 foi assinado um Acordo Setorial para implantação do sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos de uso doméstico e seus componentes, entre a União com a interveniência do Ministério do Meio Ambiente e a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica e ABINEE e mais três empresas ou unidades gestoras com a finalidade de estruturar, implementar e operacionalizar o sistema em abrangência nacional.²⁵

Na visão de Mantovani a prática colaborativa é essencial na implantação da logística reversa nos seguintes termos:²⁶

Para se ter uma ideia da complexidade da operação desse sistema, os principais agentes econômicos envolvidos nessa cadeia, entre eles, a União, Abinee, Abradistí, Assespro Nacional e a Green Eletron, entidade gestora do sistema coletivo de logística reversa, assinaram em 31 de outubro de 2019 um acordo setorial visando o compartilhamento de soluções e da otimização de recursos.

A grande questão que envolve a logística reversa são os altos custos do processo que fatalmente serão repassados pela indústria ou pelo importador para o consumidor final, ser sustentável não é só uma questão de meio ambiente, mas também envolve a questão econômica, desta forma a busca de novas tecnologias que impactem no lucro é um dos grandes desafios estabelecidos pela ODS 9 que tratou das inovações e infraestrutura mais econômicas e menos impactantes.

Em fevereiro de 2020, foi publicado o Decreto Federal nº 10.240/2020²⁷ que estabeleceu normas para a implementação de sistema de logística reversa

²⁴ Da SILVA, Bruna Daniela, OLIVEIRA, Flávia Cremonesi, MARTINS, Dalton Lopes, estudo dos Resíduos Eletroeletrônicos no Brasil, Santo André, 2007. Disponível em: www.metodista.br. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

²⁵ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Acordo Setorial para implantação do sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos de uso doméstico e seus componentes. 2019. Disponível em: sinir.gov.br/images/sinir/Acordos_Setoriais/Eletoeletronicos/Acordo_Setorial_-_Eletoeletronicos__sem_anexos.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

²⁶ MANTOVANI, Flavio Roberto. A Logística Reversa No Segmento de Eletroeletrônicos. 2021. Disponível em: Revistamundologistica.Com.Br/Artigos/A-Logistica-Reversa-No-Segmento-De-Eletoeletronicos. Acesso Em: 11 de novembro de 2021.

²⁷ Idem

obrigatória dos produtos eletroeletrônicos, com previsão de alcançar todo o mercado nacional, especialmente em uso domiciliar.²⁸

O processo de logística reversa no Brasil, conforme o Decreto nº 10240/2020²⁹, iniciar-se-ia em 1º de janeiro de 2021.³⁰ Essa política está sendo implantada nos resíduos domiciliares, no entanto, os grandes geradores de resíduos eletrônicos estão nas empresas e indústrias, e, conforme o estabelecido na Política Nacional de Resíduos Sólidos em seu artigo 33.³¹

2.1 A obsolescência programada e as dificuldades na destinação de resíduos eletrônicos

A evolução tecnológica tem sido muito relevante nas últimas décadas, com isso a geração dos resíduos sólidos eletrônicos passou a ser uma grande preocupação dentro da sociedade. A busca por novas tecnologias, equipamentos mais rápidos e eficientes, fizeram com que o consumo desenfreado fosse uma nova realidade.

Os produtos tornam-se naturalmente obsoletos, transparecendo que eles não foram criados para ter alta durabilidade e desta forma sendo necessária à sua

²⁸ BRASIL. Decreto nº 10240 de 12 de fevereiro de 2020. Regulamenta o inciso VI do caput do art. 33 e o art. 56 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e complementa o Decreto nº 9.177, de 23 de outubro de 2017, quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10240.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

²⁹ Idem

³⁰ BRASIL. Decreto nº 10240 de 12 de fevereiro de 2020. Regulamenta o inciso VI do caput do art. 33 e o art. 56 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e complementa o Decreto nº 9.177, de 23 de outubro de 2017, quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10240.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

³¹ BRASIL. Lei nº 12035 de 2 de agosto de 2002. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

substituição. Desta forma as empresas lançam no mercado produtos que rapidamente são descartados, gerando mais resíduos.³²

Segundo o site *ecycle* a obsolescência é um fenômeno que surgiu na década de 30 em países que adotam o regime capitalismo de forma a fomentar o mercado consumidor.³³ A desatualização do produto perante o mercado, fez com que o reparo e a manutenção fossem muito caros em relação ao preço do produto novo no mercado.

A obsolescência também desperta no consumidor o consumismo, uma sensação de que a renovação do produto inclui ele dentro da sociedade, que o status social depende do “ter” e não do “ser”.

Na visão de Araujo:³⁴

Os computadores, celulares, automóveis, etc., "adquirem" vida própria: as pessoas têm com eles uma relação que lhes causa gratificação e também prestígio. Na relação fetichista-alienada, as mercadorias de valor de uso, são fontes de prazer, objetos de desejo. Escravizam os homens, que de tudo fazem para possuí-las, beneficiando o sistema capitalista duplamente (apropriação de mais-valia e lucro na venda), o que Marx (2006) denomina exploração secundária.

O fetichismo pela mercadoria ocorre porque a beleza e a sofisticação dos produtos agradam aos consumidores. As mercadorias são belas e excitam no observador o desejo de ter posse, motivando-as à compra, bem característico dos REE têm como particularidade a rápida obsolescência, seja ela programada ou funcional, o que significa que têm intensa contribuição no fluxo de resíduos gerados pela população.

A NBR 10.004/2010 estabeleceu a classificação dos resíduos quanto ao nível de segurança em resíduos perigosos e não-perigosos. Os resíduos oriundos

³² PROTESTE. Saiba o que é obsolescência programada e como evitá-la. 2018. Disponível em: www.proteste.org.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/noticia/obsolescencia-programada. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

1. ³³ ECYCLO. O que é obsolescência programada? Disponível em: www.ecycle.com.br/obsolescencia-programada/ Acesso em: 11 de novembro de 2021.

³⁴ ARAUJO. Dhiego Raphael. Análise quali-quantitativa dos resíduos eletroeletrônicos gerados na ilha de Fernando de Noronha. 2015. Disponível em: www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/14915/1/DHIEGO%20RAPHAEL%20RODRIGUES%20ARAUJO.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

de produtos eletrônicos classe 1- perigosos, devido a alta toxicidade na composição de suas baterias (lítio).

Segundo a Agência Brasil:³⁵

Anualmente, mais de 53 milhões de toneladas de equipamentos eletrônicos e pilhas são descartados em todo o mundo, segundo The Global E-waste Monitor 2020. Na outra ponta, o número de dispositivos, no mundo cresce cerca de 4% por ano. Apenas o Brasil descartou, em 2019, mais de 2 milhões de toneladas de resíduos eletrônicos, sendo que menos de 3% foram reciclados, de acordo com o relatório desenvolvido pela Universidade das Nações Unidas.

A grande preocupação com o aumento da geração de resíduos eletrônicos é a dificuldade da destinação adequada destes. A desinformação quanto ao perigo ocasionado pela destinação inadequada faz com que os resíduos eletrônicos sejam descartados no lixo domiciliar, indo para o aterro sanitário, sem nenhum tipo de tratamento.

Convém salientar que a implantação da logística reversa responsabiliza o produtor pela destinação adequada deste tipo de resíduo.

3. A INFLAÇÃO PELA ALTA DEMANDA DE PLACAS DE VÍDEO NA REALIDADE ATUAL

É fácil constatar que a adoção das chamadas moedas digitais ou criptomoedas marcou um ponto de virada na negociação de ativos financeiros e a circulação de riqueza a nível mundial, sendo um mercado que funciona ininterruptamente.

Por mais que a implementação desse novo instrumento tenha trazido benefícios de movimentações financeiras, sem fronteiras, desde os computadores de grandes empresas até equipamentos pessoais, alguns efeitos colaterais devem ser vislumbrados.

³⁵ AGÊNCIA BRASIL. Brasil é o quinto maior produtor de lixo eletrônico. 2021. Disponível em: agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2021-10/brasil-e-o-quinto-maior-produtor-de-lixo-eletronico. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

Um dos assuntos mais comentados nos últimos anos, agravado pelo período pandêmico, foi a alta demanda de peças eletrônicas e de informática para o abastecimento do mercado de mineração de criptoativos.

A situação se torna ainda mais grave tendo em vista o também aumento de demanda para a aquisição de computadores para a prática de trabalho via home office, em virtude das restrições de locomoção impostas pelos gestores públicos com o escopo de se evitar o avanço da curva de contaminação. Assim, uma verdadeira pressão atingiu o preço desses aparelhos.

Dentre as peças mais procuradas, a placa de vídeo, responsável pela parte de processamento gráfico e dados em um computador, foi a que mais sofreu com o aumento de preços.

Para se ter uma ideia, a título de exemplo, uma placa de vídeo RTX3070 que era ofertada, no terceiro trimestre de 2020, pelo valor de R\$ 3.000,00 mil reais (três mil reais) tem, atualmente, preço cobrado na faixa dos R\$ 10.000,00 mil reais (dez mil reais).³⁶

Outro fator que impactou a alta dos equipamentos foi o aumento do dólar, como muitos produtos que compõem os computadores são importados, a elevação do câmbio inflacionou os custos do produto para o consumidor. Exemplificando pode-se demonstrar de acordo com o valor do dólar no dia 2/01/2020 onde o valor da moeda era R\$ 4,0213³⁷ (1 dólar), sendo o câmbio no dia 18 de novembro de 2021 o valor do dólar é de R\$ 5,570³⁸, demonstrando desta forma um percentual de valoração da moeda americana da ordem de 72,33% (setenta e dois, trinta e três).

Um dos fenômenos que apareceram com o avanço da mineração das criptomonedas são as fazendas de mineração. Estas são instaladas em lugares amplos, onde são localizadas em diversas prateleiras, dispostas lado a lado, placas de vídeo integradas ao sistema central de mineração, funcionando 24 horas por dia.

³⁶ EXAME. Disputa entre gamers e mineradores cripto multiplica preço de placas de vídeo. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/dinheiro-tendencias/disputa-entre-gamers-e-mineradores-cripto-multiplifica-preco-de-placas-de-video>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

³⁷ ECONOMIA UOL. Cotação do dólar do dia 2 de janeiro de 2020. Disponível em: economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/. Acesso em: 18 de novembro de 2021

³⁸ ECONOMIA UOL. Cotação do dólar do dia 18 de novembro de 2021. Disponível em: economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/. Acesso em: 18 de novembro de 2021

Tal fato tem apresentado contornos tão marcantes que, pela falta de placas de vídeo para atender a tal necessidade, os administradores dessas fazendas têm adquirido aparelhos de vídeo game (que contém uma placa de vídeo em seu interior) para realizar tais atividades.³⁹

Na visão de Couto:

Os chamados “mineradores” precisam de muito poder de processamento computacional para executar as operações matemáticas difíceis necessárias para se obter unidades da moeda digital – é isso o que garante a “escassez” do bitcoin, e mantém a rede funcionando e segura.

Muitos têm, então, se voltado a essas GPUs para dar conta do trabalho, e a demanda aumentou nesse início de ano com a disparada no preço das criptomoedas. Com menos unidades disponíveis no mercado para atender à demanda, saltou o preço das placas de vídeo.⁴⁰

Uma elucidação se faz necessária: Afinal, o que é a mineração de criptomoedas?

A mineração é explicada, normalmente, como o processo que ocorre no mundo virtual semelhante a impressão de notas pelas Casas da Moeda oficiais, existentes nas principais economias do mundo. Porém, é importante ressaltar que tal definição não se encontra em perfeição técnica.

Para elaborar melhor uma definição mais fidedigna é essencial entender o que é blockchain. Este nada mais é do que um sistema de informações que

³⁹ TECNOBLOG. Fazenda de criptomoedas é descoberta com milhares de PS4 Pro. Disponível em: <https://tecnoblog.net/461349/fazenda-de-criptomoedas-e-descoberta-com-milhares-de-ps4-pro>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

2. ⁴⁰ COUTO. Marcus. Crise nas placas de vídeo: preços dispararam por mineração de criptomoedas. 3 de março de 2021. Disponível em: br.financas.yahoo.com/noticias/crise-nas-placas-de-video-precos-disparam-por-mineracao-de-criptomoedas141123745.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuYmluZy5jb20v&guce_referrer_sig=AQAAAB-GqfQx9Q73QJ91IyysOgw_CU3dqsFnwVsp2U9D369khls0P2ahPw1UIU-LK_cL8A0JWgxfpVRV8kx1IYhQunXXUb4tI8ChLGINgssozkSBaXKoQJ2ZwG3jrVhzHcHRRREieMyJzP3VfZReT4WSjUoqiaxP-K_V2X2N2Ly3icvT10. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

guarda diversos dados, entre eles, todas as transações realizadas por meio do uso de criptomoedas. Define assim a IBM⁴¹:

a blockchain é um livro-razão compartilhado e imutável que facilita o processo de registro de transações e o rastreamento de ativos em uma rede empresarial. Um ativo pode ser tangível (uma casa, um carro, dinheiro, terras) ou intangível (propriedade intelectual, patentes, direitos autorais e criação de marcas). Praticamente qualquer item de valor pode ser rastreado e negociado em uma rede de blockchain, o que reduz os riscos e os custos para todos os envolvidos.

A prática da mineração consiste na checagem, que é realizada por uma pessoa, por meio de cálculos se as operações ali descritas foram verdadeiras ou não. Como não se tem um Banco Central ou órgão regulamentador que checa as transações, esses mineradores são essenciais para que todo o sistema funcione e são recompensados pelo seu trabalho com o ganho de criptomoedas.

Voltando a escassez de peças, uma das principais fabricantes de placas de vídeo no mundo, a NVIDEA, tem tentado atender esse aumento extraordinário de demanda, mas suas ações ainda estão longe de atender a pressão de consumo apresentada pelo mercado, sendo publicadas estimativas de normalização do atendimento dessas solicitações periodicamente. Entretanto, é imperativo ressaltar, que tais previsões tem sofrido, constantemente, com adiamentos sequenciais.⁴²

No caso do Brasil o cenário se torna cada vez mais complicado, pois ainda se tem o agravante da desvalorização do real frente ao dólar e o aumento geral da inflação, levando ao aumento da taxa SELIC nos últimos meses, o que provoca ainda mais o aumento do valor dos periféricos de informática.

4. IMPACTOS CAUSADOS PELA ADOÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

Ao estudar os aspectos gerais das criptomoedas, para se tentar entender um pouco dessa ferramenta, alguns pontos chamam atenção começando pela sua origem e história.

⁴¹ IBM. O que é a tecnologia blockchain? Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/what-is-blockchain>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

⁴² TECMUNDO. NVIDIA: estoque de placas de vídeo será baixo até o fim de 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/voxel/215556-nvidia-estoque-placas-video-baixo-fim-de-2021.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

A trama que cerca a origem dos criptoativos, em especial o bitcoin, é de se provocar inveja a qualquer roteirista mais qualificado de um filme de suspense de hollywood.

De acordo com relatos públicos, um grupo de cerca de 200 pessoas se reuniram no início dos anos 2000 para buscar uma alternativa a transações financeiras e mercado de valores que fosse independente e pudesse quebrar os Bancos Centrais das maiores economias do mundo.⁴³ O nome do criador dessa iniciativa também é um mistério, sendo referido apenas com o pseudônimo de Satoshi Nakamoto.

Para se ter uma ideia do avanço na aplicação das criptomoedas, nesse ano El Salvador se tornou o primeiro país do mundo a adotar o Bitcoin como moeda oficial, devendo ser aceita de forma geral nos estabelecimentos comerciais. Tal iniciativa é tão importante, pois facilitaria o envio de valores dos imigrantes nativos, espalhados pelas principais economias do mundo, em tempo real e sem maiores controles fiscais dos grandes operadores do mercado.

Outro país que recebeu os entusiastas dos ativos digitais foi a Islândia. Explica-se: duas das principais questões envolvendo a infraestrutura necessária para a mineração são o custo da energia elétrica e o resfriamento das placas de processamento usadas no sistema, evitando o superaquecimento.

No caso em tela, o país nórdico consegue superar ambas as barreiras com certa facilidade visto que em seu solo possui uma imensa reserva de energia para alimentar suas usinas geotérmicas, movidas a vapor quente de suas águas. Além disso, o clima mais frio daquela região contribui bastante para diminuir as temperaturas dos periféricos usados, como observado já em 2018 em artigo publicado pela CRIPTOFÁCIL:⁴⁴

A Islândia tem atraído cada vez mais mineradores devido ao seu clima frio e sua capacidade de gerar energia a “custo zero”, renovável. Os hardwares de mineração esquentam e precisam ser mantidos resfriados. Por sorte, a Islândia está bem equipada para lidar com esse problema. Arni Jensen, do Borealis Data Center, que opera uma fazenda de mineração no país, diz

⁴³ INFOMONEY. Quem inventou o Bitcoin? Cofundador do PayPal tem teoria sobre identidade de Satoshi Nakamoto. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/quem-inventou-o-bitcoin-cofundador-do-paypal-tem-teoria-sobre-identidade-de-satoshi-nakamoto>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

⁴⁴ CRIPTOFÁCIL. Islândia é o novo paraíso para mineração de Bitcoin. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/islandia-e-o-novo-paraíso-para-mineracao-de-bitcoin>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

que não há necessidade de instalar unidades de resfriamento por causa do clima frio da Islândia, que acaba regulando o calor interno das minas a partir do exterior. Em outras palavras, não é necessário gastar dinheiro para resfriar os computadores.

Em meio a dezenas de armazéns, em um prédio comum abriga uma dessas operações coordenada, Jensen que explica como o edifício, outrora uma garagem de uma base militar dos EUA perto da capital islandesa, Reykjavik, ganhou nova finalidade, com prateleiras de computadores e fios pendurados.

Porém, é importante frisar, nem todos os países do mundo tem visto com bons olhos a mineração e o uso desses ativos em suas economias. Um dos exemplos mais famosos é a ilegalidade declarada pelo governo chinês das transações realizadas por criptomoedas e a proibição de todas as fases de produção e uso em território nacional.⁴⁵

Outro alerta que deve ser feito é a quantidade de ilícitos crescentes utilizando tais instrumentos, onde golpistas tem se aproveitado da não regulamentação e controle estatal dessas operações para ter uma espécie de zona invisível das autoridades.⁴⁶

No caso do Brasil é muito claro o impacto causado pela circulação desses ativos em sua economia que, só nos nove primeiros meses de 2021, movimentou mais de vinte e cinco bilhões de reais em importações, observa-se:⁴⁷

O volume de criptomoedas movimentado no Brasil no acumulado do ano (de janeiro a setembro) já soma US\$ 4,6 bilhões, o equivalente a R\$ 25,1 bilhões na cotação atual. Em fevereiro, as importações de ativos digitais somaram o montante de US\$ 386 milhões, enquanto em maio foi registrado a maior quantia até aqui em 2021: US\$ 756 milhões.

⁴⁵ CNN BRASIL. China proíbe mineração e declara ilegais transações com criptomoedas no país. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/china-amplia-restricoes-e-proibe-mineracao-de-criptomoedas-em-todo-o-pais>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

⁴⁶ BBC NEWS BRASIL. 'Perdi R\$ 3,6 milhões em golpe com bitcoin'. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58595198>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

⁴⁷ OLHAR DIGITAL. Importação de criptomoedas movimentou R\$ 25,1 bi até setembro no Brasil. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/11/15/pro/importacao-de-criptomoedas-movimentou-r-251-bi-ate-setembro-no-brasil>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

O que atrai os consumidores a adquirir as criptomoedas são os altos ganhos da valorização dessas moedas eletrônicas e a facilidade de compra e venda delas.

A falta de regulamentação do uso da moeda no Brasil é uma das questões mais sensíveis, os usuários dessas moedas virtuais, se encantam pela forma rápida de negociação da moeda, mas não existe amparo legal para as demandas surgidas no que tange a proteção do consumidor. O Projeto de Lei nº 2303 tramita desde 2015 no Congresso Nacional e propõe que os arranjos negociais sejam supervisionados pelo Banco Central:

A PL 2303/2015 propõe que as moedas virtuais sejam inseridas como “arranjos de pagamento” e supervisionada pelo Banco Central. Já participaram da comissão, o Banco Central (BC), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e representantes do mercado de criptomoedas – no caso, a empresa convidada foi a CoinBr.

Apesar do debate, ainda não há consenso sobre o projeto de lei, mas todos concordam que uma regulamentação sobre moedas digitais é necessária. Segundo o BC, a moeda virtual não pode ser considerada como moeda no sentido concreto. “Essas chamadas moedas virtuais não têm garantia de conversão para a moeda oficial, tampouco garantidos um ativo real de qualquer espécie”, afirma em nota.⁴⁸

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM percebe que a moeda digital “não é valor mobiliário, mas pode ter característica de um”, segundo o próprio órgão a moeda deveria ser regulamentada e sofrer uma ação da comissão. A Conselho de Controle de Atividades Financeira- COAF , que tem como principal dever prevenir a lavagem de dinheiro deveria participar da elaboração da norma regulamentadora, tendo em vista que a moeda virtual possui características marcantes que dificultam sua participação, como o anonimato, como definir o estoque e o *e-fluxo* e como garantir transparência.⁴⁹

Porém, muitas questões não tão positivas se escondem atrás dos números e vantagens apresentadas. Cada vez mais veículos de imprensa tem noticiado

⁴⁸ AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA UNICEUB. Regulamentação de criptomoedas no Brasil tem ainda futuro incerto. Disponível em > www.agencia-denoticias.uniceub.br/?p=14899. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

⁴⁹ AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA UNICEUB. Regulamentação de criptomoedas no Brasil tem ainda futuro incerto. Disponível em > www.agencia-denoticias.uniceub.br/?p=14899. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

que esse ânimo dos investidores, ao utilizar esses instrumentos, tem se transformado em pesadelo na aplicação de ilícitos usando os criptoativos como mecanismo de riqueza rápida e prosperidade garantida.

No Rio de Janeiro, a cidade de Cabo Frio se tornou alvo de investigação das autoridades após uma série de denúncias, envolvendo empresas de investimentos, que culminaram não só em prejuízos para a população, mas até em mortes por motivos ainda não elucidados. Noticiou assim o Jornal o Globo:⁵⁰

Sócio de uma empresa de investimentos, Wesley Pessano foi executado a tiros, no último mês, ao volante de um Porsche, em São Pedro da Aldeia, também na Região dos Lagos. Ele pode ter sido vítima de uma disputa por clientes, segundo policiais. O foco das investigações, por enquanto, está em Cabo Frio, que vem sendo chamada de “Novo Egito”. Mas há suspeita de que os grupos estão se expandindo para toda a Região dos Lagos.

Na mesma cidade, em uma das maiores investigações, os números dos recursos envolvidos impressionam:⁵¹

A GAS Consultoria Bitcoin, empresa acusada de ser um esquema bilionário de pirâmide financeira de criptomoedas, teve agora R\$ 38 bilhões de suas contas bloqueados pela justiça. Assim, a companhia, cujo líder Gładison Acácio dos Santos foi preso no final de agosto, deixou de pagar os rendimentos prometidos a seus clientes e está culpando as autoridades por isso.

Diversos especialistas assim têm alertado para o uso dos criptoativos por dois fatores: o desconhecimento dos possíveis investidores de como funcionam essas operações e a promessa de ganhos extraordinários sem riscos configurados. Aqui deve ser feita uma crítica ao baixo grau de educação financeira e conhecimento de investimentos da população brasileira que, na maior parte dos casos, fica restrito a aplicação em caderneta de poupança.

⁵⁰ O GLOBO. Polícia investiga 30 empresas de investimentos em Cabo Frio por suspeita de golpes em clientes. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/policia-investiga-30-empresas-de-investimentos-em-cabo-frio-por-suspeita-de-golpes-em-clientes-1-25189977>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

⁵¹ TECNOBLOG. GAS Consultoria Bitcoin tem R\$ 38 bilhões bloqueados e deixa de pagar clientes. Disponível em: <https://tecnoblog.net/494476/gas-consultoria-bitcoin-tem-r-38-bilhoes-bloqueados-e-deixa-de-pagar-clientes>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que é impossível não observar as mudanças provocadas pelas criptomoedas nos principais sistemas financeiros mundiais, sendo imperioso ressaltar que se trata de um instrumento relativamente novo, tendo pouco mais de duas décadas de existência.

Em relação aos impactos ambientais do aumento da geração de resíduos de componentes eletroeletrônicos, por conta das características de resíduos perigosos, fomentou a necessidade após estabelecida a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, a implantação da logística reversa desses resíduos. A obsolescência programada desses equipamentos, tendo em vista a produção de novos equipamentos faz com que a implantação da logística reversa seja essencial para diminuir os impactos causados.

Também é válido frisar, no âmbito ambiental, que muitas tentativas têm sido realizadas para diminuir os impactos na mineração tendo em vista novas iniciativas, como a Cardano e Ethereum, que proporcionam sistemas inteligentes do uso de recursos não só para esse fim, mas também para a elaboração de contratos inteligentes.

Acerca do uso demasiado de energia para movimentar tal setor também se busca superar os efeitos negativos por meio de programas de incentivo a aquisição de células fotovoltaicas e fontes renováveis, sendo assim menos agressivo ao meio ambiente. Entretanto devem ser observadas a adoção de políticas públicas para que sejam criadas formas de incentivo e benefícios na implantação desses sistemas.

Com relação ao aumento de demanda na aquisição de periféricos e, principalmente, placas de vídeo tal situação ainda é desafiadora, tendo que haver um esforço coletivo para, não só gerar um cenário de aumento da produção, mas conectar tal fato condicionado a uma política de educação no uso e racionalização por meio de produção e consumo sustentáveis.

Na esfera financeira é inegável que se trata de um instrumento de transformação de uma economia global e interligada podendo trazer uma série de incontáveis benefícios quando alcançar o seu melhor desenvolvimento, mas se faz necessária uma disseminação de forma ampla e geral dos riscos associados ao investidor, principalmente, para se evitar ilícitos que já se encontram no seio social.

Por fim, o mundo sente o impacto dos criptoativos em diversos setores (econômico, ambiental, obrigacional, segurança de dados, etc) sendo inegável sua contribuição como uma nova via de movimentação e aplicação financeira, porém a vigilância deve ser redobrada para evitar ou, ao menos, atenuar, efeitos colaterais que possam ocorrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRELPE. Panorama dos Resíduos Sólidos do Brasil. 2020. Disponível em: abrelpe.org.br/panorama-2020/. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

AGÊNCIA BRASIL. Brasil é o quinto maior produtor de lixo eletrônico. 2021. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-10/brasil-e-o-quinto-maior-produtor-de-lixo-eletronico. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA UNICEUB. Regulamentação de criptomoedas no Brasil tem ainda futuro incerto. Disponível em: www.agenciadenoticias.uniceub.br/?p=14899. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

ARAUJO. Dhiego Raphael. Análise quali-quantitativa dos resíduos eletroeletrônicos gerados na ilha de Fernando de Noronha. 2015. Disponível em: www.repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/14915/1/DHIEGO%20RAPHAEL%20RODRIGUES%20ARAUJO.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Logística reversa de equipamentos eletroeletrônicos: análise da viabilidade técnica e econômica. 2012. Disponível em: www.sinir.gov.br/images/sinir/LOGISTICA_REVERSA/EVTE_ELETROELETRONICO. Acesso em: 18 de novembro de 2021

BBC NEWS BRASIL. 'Perdi R\$ 3,6 milhões em golpe com bitcoin'. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58595198>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 10240 de 12 de fevereiro de 2020. Regulamenta o inciso VI do **caput** do art. 33 e o art. 56 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e complementa o Decreto nº 9.177, de 23 de outubro de 2017, quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10240.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 12035 de 2 de agosto de 2002. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Manual de Gerenciamento dos Resíduos de Serviços de Saúde. 2006. Disponível em: www.anvisa.gov.br/servicosaude/manuais/manual_gerenciamento_residuos.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Acordo Setorial para implantação do sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos de uso doméstico e seus componentes. 2019. Disponível em: sinir.gov.br/images/sinir/Acordos_Setoriais/Eletroeletronicos/Acordo_Setorial_-_Eletroeletronicos__sem_anexos.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

CNN BRASIL. China proíbe mineração e declara ilegais transações com criptomoedas no país. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/china-amplia-restricoes-e-proibe-mineracao-de-criptomoedas-em-todo-o-pais>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

COUTO. Marcus. Crise nas placas de vídeo: preços disparam por mineração de criptomoedas. 3 de março de 2021. Disponível em: br.financas.yahoo.com/noticias/crise-nas-placas-de-video-precos-disparam-por-mineracao-de-criptomoedas141123745.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuYmluZy5jb20v&guce_referrer_sig=AQAAAB-GqfQx9Q73QJ91IyysOgw_CU3dqsFnwVsp2U9D369khls0P2ahPw1UIU-LK_cL8A0JWgxfpVRV8kx1IYhQunXXUb4tI8ChLGINgssozkSBaXKoQJ2ZwG3jrVhzHcHRREieMyJzP3VfZReT4WSjUoqiAxP-K_V2X2N2Ly3icvT10. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

CRIFTOFACIL. Islândia é o novo paraíso para mineração de Bitcoin. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/islandia-e-o-novo-paraiso-para-mineracao-de-bitcoin>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

Da SILVA, Bruna Daniela, OLIVEIRA, Flávia Cremonesi, MARTINS, Dalton Lopes, estudo dos Resíduos Eletroeletrônicos no Brasil, Santo André, 2007. Disponível em: www.metodista.br. Acesso em: 18 de novembro de 2021.

ECONOMIA UOL. Cotação do dólar dos dia 2 de janeiro de 2020 e 18 de novembro de 2021. Disponível em: economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/. Acesso em: 18 de novembro de 2021

ECYCLO. O que é obsolescência programada? Disponível em: www.ecycle.com.br/obsolescencia-programada/ Acesso em: 11 de novembro de 2021.

EXAME. Disputa entre gamers e mineradores cripto multiplica preço de placas de vídeo. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/dinheiro-tendencias/disputa-entre-gamers-e-mineradores-cripto-multiplica-preco-de-placas-de-video>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

IBM. O que é a tecnologia blockchain? Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/what-is-blockchain>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

INFOMONEY. Quem inventou o Bitcoin? Cofundador do PayPal tem teoria sobre identidade de Satoshi Nakamoto. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/quem-inventou-o-bitcoin-cofundador-do-paypal-tem-teoria-sobre-identidade-de-satoshi-nakamoto>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

MANTOVANI, Flavio Roberto. A Logística Reversa No Segmento de Eletroeletrônicos. 2021. Disponível em: Revistamundologistica.Com.Br/Artigos/A-Logistica-Reversa-No-Segmento-De-Eletroeletronicos. Acesso Em: 11 de novembro de 2021.

O GLOBO. Polícia investiga 30 empresas de investimentos em Cabo Frio por suspeita de golpes em clientes. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/policia-investiga-30-empresas-de-investimentos-em-cabo-frio-por-suspeita-de-golpes-em-clientes-1-25189977>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

OLHAR DIGITAL. Importação de criptomoedas movimentou R\$ 25,1 bi até setembro no Brasil. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/11/15/pro/importacao-de-criptomoedas-movimentou-r-251-bi-ate-setembro-no-brasil>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

PROTESTE. Saiba o que é obsolescência programada e como evitá-la. 2018. Disponível em: www.proteste.org.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/noticia/obsolescencia-programada. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

TECMUNDO. NVIDIA: estoque de placas de vídeo será baixo até o fim de 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/voxel/215556-nvidia-estoque-placas-video-baixo-fim-de-2021.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

TECNOBLOG. Fazenda de criptomoedas é descoberta com milhares de PS4 Pro. Disponível em: <https://tecnoblog.net/461349/fazenda-de-criptomoedas-e-descoberta-com-milhares-de-ps4-pro>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

TECNOBLOG. GAS Consultoria Bitcoin tem R\$ 38 bilhões bloqueados e deixa de pagar clientes. Disponível em: <https://tecnoblog.net/494476/gas-consultoria-bitcoin-tem-r-38-bilhoes-bloqueados-e-deixa-de-pagar-clientes>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

DESTINOS TURÍSTICOS INTELIGENTES: EL CAMINO HACIA EL CUMPLIMIENTO DE LOS ODS EN UN PANORAMA POST PANDÉMICO

Marta Suárez Tostado

PhD Student at the department of Applied Economics, Universidad de Alicante,
Alicante, España
mlst1@gcloud.ua.es

INTRODUCCIÓN

El año 2019 marcó un antes y un después para el turismo. Se consolidó como uno de los sectores con una de las mayores tasas de crecimiento económico a nivel internacional batiendo el récord de llegadas internacionales. A la vez que la saturación turística sufrida en muchos destinos acaparaba la agenda política y de los titulares en los medios de comunicación, convirtiéndose en uno de los temas más populares en la academia y los estudios científicos nacionales y europeos (Goodwin, 2017). La acumulación sostenida en el tiempo de una gran cantidad de impactos turísticos negativos, había ido más allá, se había convertido en un movimiento social anti-turístico con efecto amplificador a nivel global (Milano, 2018).

La vuelta al punto de partida al que ha empujado la pandemia al sector, ha demostrado que la minimización de estos impactos y externalidades es posible, convirtiéndose en un punto de inflexión para el sector y ofreciendo la oportunidad de reconducir y rediseñar el modelo turístico hacia un modelo de crecimiento más sostenible (Higgins-Desbiolles, 2020; Tiwari & Chowdhary, 2021). Pese a que hay autores que sostienen que el modelo cuantitativo turístico tal y como lo conocíamos puede volver, además podría darse en cualquier destino si la actividad siguiese creciendo descontroladamente (Goodwin, 2017; Tiwari & Chowdhary, 2021).

Las soluciones para la recuperación tienen que ir más allá de reestructurar la economía local de los destinos (Blázquez et al., 2020), debe perseguir un marco de trabajo y planificación turística que asegure el crecimiento sostenible de la actividad a nivel económico, social, cultural y medioambiental. Punto en el cobra especial importancia el paradigma de los destinos turísticos inteligentes, modelo basado en la tecnología y una sólida colaboración público-privada, mediante el que se pretende trabajar eficiente y responsablemente en materia de accesibilidad, innovación, gobernanza y sostenibilidad (SEGITTUR, 2015).

Modelo que se presenta como una herramienta o metodología clave para que el sector turístico se convierta en un verdadero sector tractor en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030, 2015) (Foronda & Puig, 2018; Simancas et al., 2020). En la medida que este incide directamente en al menos 7 de los 17 ODS, convirtiendo a la sostenibilidad turística en una de las materias con mayor proyección e interés a nivel académico, institucional y empresarial.

Entre los empresarios turísticos, los hoteleros son los más implicados en materia de sostenibilidad (Jones & Hillier, 2014), esto podría explicarse, en gran medida porque es un elemento cada vez más valorado por los turistas y porque se trata de uno de los tres subsectores más contaminantes de la actividad turística (Bilgili et al., 2021). No obstante, no se podría generalizar para todos los establecimientos turísticos, pues factores tales como la pertenencia o no a una cadena hotelera, el tipo de gestión o de alojamiento condicionarán los resultados obtenidos por los establecimientos en materia de sostenibilidad turística (Azorín et al., 2020).

1. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

1.1 Objetivos

Esta investigación cuantitativa de alcance descriptivo parte de la definición y concepto de Destino Turístico Inteligente en un contexto de “turismo a cero” en el que el sector ha encontrado una oportunidad sin precedentes para rediseñar y reconducir la actividad hacia un modelo de crecimiento más sostenible. Con el fin de establecer una relación entre el grado de cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 13 y los Destinos Turísticos Inteligentes, atendiendo a características de los destinos y de su oferta alojativa.

Para un mayor entendimiento y contextualización del análisis de esta relación se han definido una serie de objetivos secundarios:

Conceptualizar el fenómeno del overtourism antes del COVID-19, prestando especial atención al agotamiento y desgaste del modelo turístico tradicional.

Analizar el efecto de la pandemia en la actividad turística, y nuevos escenarios post-pandémicos: ¿Podría volver el overtourism?

Situar y analizar el modelo de planificación y gestión inteligente como palanca hacia un marco de crecimiento sostenible y responsable.

Estudiar las implicaciones de la actividad turística en la sostenibilidad y su alineación con la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030.

El subsector alojativo como pieza neurálgica del sector y su contribución a la sostenibilidad del mismo.

1.2 Metodología

La investigación se basa en dos grandes fases para abordar los objetivos anteriormente presentados, por un lado, la construcción del marco teórico para dar respuesta a los objetivos secundarios y ayudar a contextualizar e interpretar los resultados obtenidos de la parte cuantitativa. En esta última se pretende dar respuesta al objetivo principal a través de la compilación y tratamiento de datos obtenidos de fuentes secundarias.

Fuentes

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas? realizado por REDS (2020).

Instituto Nacional de Estadística

Censo de Hoteles y Apartamentos de Alimarket

Regional Innovation Scoreboard (European Union, 2021)

Una vez recopilados, tratan para obtener una batería estructurada de indicadores y variables normalizadas que permitan analizar los datos para posteriormente poder interpretar los resultados obtenidos del análisis y establecer relaciones que den respuesta a la pregunta de investigación.

Indicador	Fuente
Tipo de municipio	INE
Comunidad Autónoma	INE
Provincia	INE
Nº habitantes censados/ Municipio	INE
Km2/ Municipio	Elaboración propia a partir de datos del INE
Concentración de habitantes por km2	Elaboración propia
Renta Per Cápita/ Municipio	Agencia Tributaria; Eustat
Cumplimiento del ODS 13/ Municipio	Elaboración propia a partir de datos de REDS (2020)
Nº pernoctaciones/ Municipio	Elaboración propia a partir de datos del INE y de entidades municipales
Miembro Red Smart Cities	Elaboración propia
Miembro Red Smart Destinations Nacional/ Comunidad Valenciana	Elaboración propia
Coefficiente de Especialización Empresarial Turística (CEE)	Elaboración propia a partir de datos del INE
Nº de empresas de Comercio, hostelería y transporte	DIRCE (INE)
Regional Innovation Scoreboard	Regional Innovation Scoreboard (European Union, 2021)
Nº establecimientos de alojamiento hoteleros	ALIMARKET
Nº unidades alojativas	INE y entidades municipales
Concentración de establecimientos por km2	Elaboración propia

Tabla 1. Listado de indicadores obtenidas según tipo fuente

El indicador de establecimiento de alojamiento hotelero, aporta información detallada a la investigación en tanto que se conocen diversas características de cada uno de los establecimientos, como se detalla a continuación.

Variables	Descripción
Grupo de explotación	Independiente o cadena
Tipo de explotación	Alquiler, contrato de franquicia, contrato de gestión, propiedad
Naturaleza de alojamiento	Urbano, vacacional
Clase y categoría de alojamiento	Apartamento (Clase única, ?, ??, ???, ???), Aparthotel (Clase única, *, **, ***, ****, *****), Hostal (*, **, Hostal-residencia), Hotel (Clase única, *, **, ***, ****, *****GL)

Tabla 2. Listado de variables del indicador de establecimientos hoteleros

Ahora bien, la obtención de algunos de estos indicadores ha requerido de un tratamiento más exhaustivo de los datos como se muestra a continuación.

Algunos de ellos, se han calculado estableciendo relaciones de algunos indicadores con los Km² del municipio, como es el caso de:

Concentración de habitantes por Km²

$$\text{Concentración de habitantes por Km}^2 = \frac{N^{\circ} \text{ habitantes censados en el municipio}}{\text{Km}^2 \text{ del municipio}}$$

Concentración de establecimientos por Km²

$$\text{Concentración de establecimientos por Km}^2 = \frac{N^{\circ} \text{ total de establecimientos en el municipio}}{\text{Km}^2 \text{ del municipio}}$$

Mientras que la obtención del Objetivo de Desarrollo Sostenible n°13 ha sido el resultado de la normalización de los 4 indicadores que componen el del ODS n°13 en el Informe de Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas” realizado por REDS (2020) y que han sido obtenidos del The Global Covenant of Mayors for Climate & Energy Europe -GCoM- (ICLEI) para la obtención del Índice de consecución detallados en la tabla 3.

	Emisiones de CO2 per cápita edificios e industria		Emisiones de CO2 per cápita Pacto de Alcaldes	
Indicador	Emisiones de CO2 per cápita	Emisiones de CO2 per cápita	Emisiones de CO2 per cápita	Pacto de Alcaldes
Fórmula	Descendente	Descendente	Descendente	Ascendente
Peor Valor	30	10	15	0
Mejor Valor	0	0	0	100
Unidades	t. CO2 per cápita	t. CO2 per cápita	t. CO2 per cápita	índice
Definición Peor Valor	Criterio de experto	Criterio de experto	Criterio de experto	Peor Valor
Definición Mejor Valor	Objetivo ODS - Mejor valor			
Umbral Verde	1	1	1	90
Umbral Rojo	26	8	13	0,01

Tabla 3. Indicadores que componen el Índice de cumplimiento del ODS 13 (ICLEI)

El valor normalizado de cada uno de los indicadores se transforma en un valor de la escala del 0 al 100 para que sea evaluable junto al resto de indica-

dores y entre los destinos. Donde 0 será el peor valor y 100 el mejor. Y a continuación, se calcula una media aritmética de los valores obtenidos en cada uno de los indicadores para obtener el Índice de cumplimiento del ODS13.

Por su parte el Coeficiente de Especialización Turística (CEt) se ha calculado a partir del número de empresas del DIRCE, la selección se corresponde con el listado de actividades que incluye el INE en la elaboración de la Cuenta Satélite del Turismo y cuya actividad principal está recogida en el CNAE 2009, tal y como se muestra a continuación. Estos son: Transporte interurbano de pasajeros por ferrocarril; Otro transporte terrestre de pasajeros; Transporte marítimo de pasajeros; Transporte de pasajeros por vías navegables interiores; Transporte aéreo de pasajeros; Actividades anexas al transporte; Hoteles y alojamientos similares; Alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia; Campings y aparcamientos para caravanas; Otros alojamientos; Restaurantes y puestos de comidas; Provisión de comidas preparadas para eventos y otros servicios de comidas; Establecimientos de bebidas; Actividades de agencias de viajes y operadores turísticos; Otros servicios de reservas y actividades relacionadas con los mismos; Organización de convenciones y ferias de muestras; Actividades de creación, artísticas y espectáculos; Actividades de bibliotecas, archivos, museos y otras actividades culturales; Actividades deportivas; Actividades recreativas y de entretenimiento

Para su cálculo se relacionarán el número de empresas turísticas con el número total de empresas a nivel regional y nacional, con la siguiente fórmula:

$$CEEt = \frac{\left(\frac{N^{\circ} \text{ empresas turísticas de la región}}{N^{\circ} \text{ total de empresas en la región}} \right)}{\left(\frac{N^{\circ} \text{ empresas turísticas del país}}{N^{\circ} \text{ total de empresas del país}} \right)}$$

2. MARCO TEÓRICO

No se trata de un fenómeno nuevo, sino de un problema ya conocido, acuñado bajo un nuevo concepto: overtourism (Koens, 2018; Wall, 2020). Definido por Goodwin (2017) como “*destinos en los que anfitriones o invitados, locales o visitantes, sienten que hay demasiados visitantes y que la calidad de vida o la calidad de la experiencia se ha deteriorado a niveles inaceptables*”.

Doxey (1975) en su Irridex Index modeliza la irritación de los residentes y plantea que sus sentimientos pasan por diferentes fases -euforia, apatía, irritación y antagonismo- según va creciendo el número de turistas. Un aumento del número de turistas significa comprometer la satisfacción de los residentes y turistas, deteriorando la calidad percibida de la experiencia y poniendo el límite entre la gestión sostenible e insostenible del turismo.

Destinos turísticos que parecían haber llegado a un estado de madurez y agotamiento territorial, social y medioambiental vaticinando lo que parecía ser una anunciada “muerte por éxito”, fenómeno acuñado por Butler en su teoría de los Ciclos de Vida de las Áreas Turísticas (1980) (Butler, 2006). Coincidiendo, en su mayoría con destinos nacidos del impulso del turismo de sol y playa, con la configuración de la tercera periferia turística configurada, principalmente, en torno al Mediterráneo (Gormsen, 1997). Destinos caracterizados por altas tasas de estacionalidad, que han basado su modelo en la recepción masiva de turistas, explotando los recursos climáticos y la costa como ventajas comparativas (Ivars & Vera, 2021; Mantecón, 2020)

El crecimiento desmedido de estos destinos, además de los bien conocidos beneficios económicos traía consigo efectos negativos a las comunidades receptoras, al medioambiente y a los destinos en general (Tiwari & Chowdhary, 2021) y aunque el overtourism no es lo mismo que la masificación turística (Koens, 2018), podría darse en cualquier destino si la actividad continúa creciendo de manera descontrolada (Goodwin, 2017; Tiwari & Chowdhary, 2021).

La oportunidad que ha ofrecido la pandemia puede ser un arma de doble filo para el sector, actuando como instructora, en la medida en la que ha dado la oportunidad de crear nuevos hábitos de consumo y de viaje o como destructora. Pese al planteamiento de la “nueva normalidad”, existe un claro e inminente deseo de recuperación forzosa de los viajes y desplazamientos, una “vuelta a la normalidad” tal y como la conocíamos, y con ella a las prácticas insostenibles. (Tiwari & Chowdhary, 2021).

Tiwari & Chowdhary (2021) mantienen que el overtourism tal y como lo conocíamos, puede volver, pues la posibilidad de vacunarse llevará al olvido de los riesgos y contraindicaciones de viajar por parte de la demanda latente (Farmaki, 2021). La adopción de políticas económicas de recuperación expansivas para revertir los efectos de la crisis económica llevarán a un incremento de la demanda y con ello, a la puesta en marcha de prácticas irresponsables e insostenibles.

El planteamiento de las soluciones y estrategias de recuperación, no puede pasar por el replanteamiento de la dependencia económica del sector turístico por parte de grandes destinos consolidados (Blázquez et al., 2020), sino que es el momento de idear un nuevo enfoque basado en el crecimiento y desarrollo de excelencia de la actividad a través de formas más sostenibles con menor impacto social, cultural y medioambiental. Esfuerzo que recaerá sobre la estructura de una sólida gobernanza público-privada que incorpore la tecnología en la relación con todos los agentes del sistema turístico, así como en la manera de comercializar el destino y en los procesos de creación de nuevos productos turísticos (Benner, 2020; Tiwari & Chowdhary, 2021).

Un modelo de gestión que ha de surgir en entornos innovadores y competitivos. Los Destinos Turísticos Inteligentes, nacen como respuesta al agotamiento de los modelos tradicionales (Fernández et al, 2017) y que tienen por estrategia principal la revalorización del destino a través de la maximización de la experiencia turística y de la calidad de vida de los residentes, asegurando la continuidad de la actividad cotidiana y turística de manera cohesionada que creando sinergias en beneficio de los ambos grupos. Persiguiendo así, la sostenibilidad de una actividad responsable con la sociedad y el entorno que garantice la accesibilidad universal a la misma y se apoye en una sana cooperación entre entes públicos y privados.

Esta concepción de gestión de destino se basa en la aplicación de medidas “inteligentes” en dimensiones como la energía, la accesibilidad o la gobernanza por parte de los diferentes actores público-privados implicados, basándose en la innovación y en el uso intensivo de la tecnología a través su utilización responsable y estratégica como herramienta y nexo de unión entre los diferentes agentes para la consecución de la sostenibilidad.

Acuñaando el concepto de Destino Turístico Inteligente como *“aquél que, a partir de una visión compartida por los actores que forman parte de él, se asienta en un uso intensivo de las tecnologías de vanguardia con el fin de crear un espacio digital avanzado mediante una gestión integrada (o red) de sistemas, plataformas y, en definitiva, datos de todo tipo (sobre movilidad, consumo energético, etcétera) para mejorar la gestión del destino en todas sus vertientes”* (Libro Blanco DTIs por SEGITTUR, 2015, p.31).

Este modelo se tienen a las TIC como eje vertebrador en torno al que se estructura toda la infraestructura que articula los DTIs, en el Manual operativo para la configuración de los DTIs por INVAT·TUR (2015) se presenta gráficamente de la siguiente manera:

MODELO DE REFERENCIA DESTINO TURÍSTICO INTELIGENTE COMUNITAT VALENCIANA

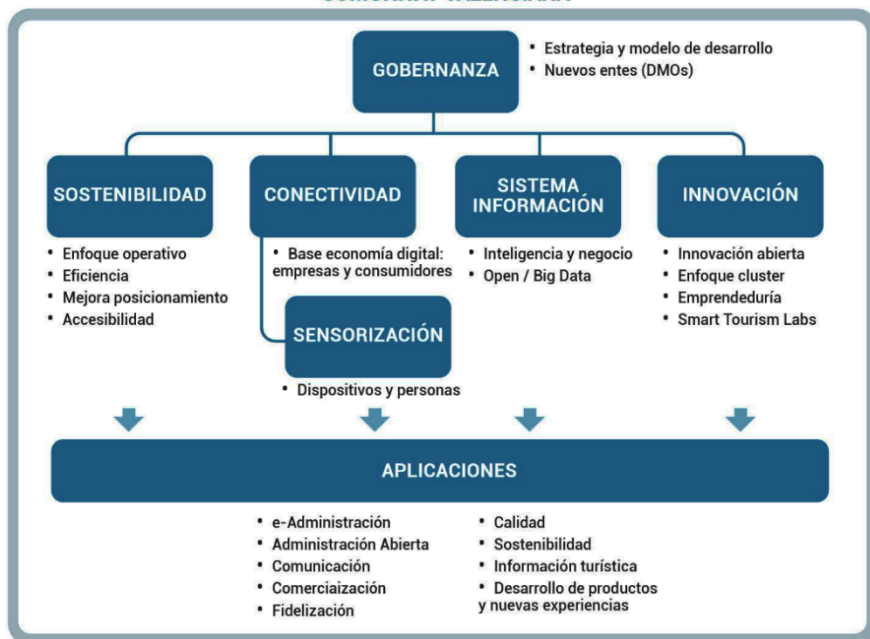


Gráfico 1. Modelo de referencia destino turístico inteligente Comunidad Valenciana (INVATTUR, 2015)

Gobernanza: Con el replanteamiento de la gestión política donde el nivel de la participación y colaboración de los ciudadanos se convierten en la pieza fundamental, potenciada por una coordinación de planificación turística (directa e indirecta) totalmente transparente y responsable, todo ello controlado y monitorizado.

Innovación: Actualmente, la innovación, que se basa en la aplicación del conocimiento a través de la tecnología para dar respuestas a cambios en el contexto y anticiparse al futuro, es una de las líneas de actuación de los planes estatales y tiene como finalidad principal la generación de valor para las empresas, los turistas y para los DTs en general. Convirtiéndose así en el medio por el cual aumentar la competitividad y así afrontar la competencia de los destinos turísticos competidores. Aunque se trata de un proceso muy largo, que indudablemente generará cambios, los DTIs son escenarios que favorecen y estimulan el desarrollo de innovación. Una vez más requiere de la colaboración de todos los agentes implicados en la actividad, en cuanto a la gestión y aplicación del conocimiento

reside básicamente en instituciones públicas tales como administraciones municipales o provinciales, algunas específicas como agencias de turismo, así como centros de investigación como pueden ser las universidades o los institutos tecnológicos, sin olvidar el peso que recae sobre el sector privado.

Accesibilidad: Tiene que ver con la adecuación del entorno en su totalidad mediante la eliminación de todo tipo de barreras arquitectónicas, visuales o auditivas entre otras, de forma que todas las personas puedan acceder a los mismos productos y servicios turísticos, sea cual sea su condición y capacidad física, ya que se trata de un derecho como recoge la OMT (Organización Mundial del Turismo (UNWTO, 2016). Tanto en edificios públicos, como en la oferta de servicios complementarios, actividades turísticas, información turística, pero también en los medios de transportes públicos. Por otro lado, también se ha de hablar de la accesibilidad digital por parte de los DTIS, ofreciendo todo su material digital de forma online, mediante sus webs oficiales y material promocional.

Tecnología: Se plantea como el elemento vertebrador de los DTIs, la herramienta fundamental para el funcionamiento de todo el sistema, teniendo un doble rol en el contexto de los DTIs, por una parte servirá de apoyo para los turistas en el acceso a servicios desde sus terminales móviles y por otra parte a los servicios técnicos que se encuentran repartidos por el territorio tales como sensores ambientales o servicios interactivos. Tal la importancia que tiene, que el apartado siguiente está destinado a entender en profundidad el papel que tiene en el funcionamiento de los destinos inteligentes.

Sistemas de información (SI): Es un conjunto de elementos relacionados entre sí que permiten realizar una gestión de datos adecuada para cumplir con ciertos objetivos. En un destino turístico se pretende conectar al turista con el destino facilitando así la interacción e integración en el mismo, para ello se servirán de sensores que recolectarán una gran cantidad de datos, que junto con datos de otras fuentes servirán de base para la toma de decisiones a los gestores (INVATTUR, 2015).

Sostenibilidad: Se basa en la toma de decisiones estratégicas por parte de todos los agentes implicados en una única dirección: garantizar el equilibrio entre el crecimiento económico, la preservación del medioambiente y la sociocultural. Aquí toman especial importancia las TICs apareciendo como el medio para la gestión y el análisis de la información que se genera en todo el territorio y que incumbe a cada uno de los pilares:

Medioambiental: se basa en la gestión energética eficiente a través del uso intensivo de energía renovables, técnicas limpias de gestión y otras medidas que favorecen la preservación del medio ambiente.

Económica: como fuente de competitividad y generación de empleo, además de favorecer el nacimiento de nuevos productos turísticos y poner en valor a las PYMES locales. Sin olvidar la importancia que tiene la inversión en I+D+i, universidades, centros de investigación y empresas privadas, convirtiendo estos destinos en centros neurálgicos de la aplicación tecnológica más puntera a gran escala.

Cultural: medidas e iniciativas pensadas para poner en valor el patrimonio tangible a la vez que su preservación y cuidado, pero también el intangible fomentando el reencuentro entre los locales y los turistas, sin poner en peligro las tradiciones y costumbres locales.

Se trata de un modelo que contribuye a la resiliencia de los destinos además del desarrollo de sinergias entre la inteligencia y la sostenibilidad, siendo esta última, uno de los pilares vertebradores de los destinos turísticos inteligentes (Ivars & Vera, 2021), señalando al turismo como un sector tractor en la consecución de los ODS (Puig y Foronda, 2018; Simancas et al., 2020), entre otros factores, por la contribución del turismo al cambio climático (ODS 13) (ONU, 2015) y a la sostenibilidad de los destinos.

En la línea por la recuperación del sector, se ha puesto en marcha el Plan Impulso del Sector Turístico del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (2020) con el reto de recuperar el sector turístico a través de la sostenibilidad y la digitalización con un paquete de medidas diseñadas para la recualificación de la actividad basadas en criterios de sostenibilidad, accesibilidad y calidad (Ivars & Vera, 2021). Coincidiendo con la aparición de un programa de planes de sostenibilidad para destinos turísticos maduros y destinos rurales de interior. Además de la redacción de documentos en forma de manuales de buenas prácticas, decálogos o guías de implantación de acciones y estrategias en esta materia (Rubio, 2017) y el trabajo a diferentes niveles administrativos en el marco de la regulación del cambio climático que afectarán directa o indirectamente al sector a nivel europeo con el The European Green Deal, a nivel nacional el Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, e incluso con sus adaptación a nivel regional desde algunas comunidades, como en la Comunidad Valenciana con el borrador de la Ley Valenciana del Cambio Climático y Transición Ecológica.

Y es que, el sector tiene una gran influencia en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible definidos en la Agenda 2030, de manera directa por aparecer entre las metas de los Objetivos 8, 12 y 14:

OBJETIVO 8. Promover el crecimiento económico continuado, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

OBJETIVO 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

OBJETIVO 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

Objetivos que se centran en promover el turismo sostenible e inclusivo, la creación de empleo cualificado así como la promoción y conservación del patrimonio histórico-cultural a nivel local. Además del uso sostenible y adecuado de los recursos y ecosistemas naturales, terrestres y marinos. Aunque la transversalidad de la actividad turística, hace que su impacto recaiga en más objetivos, podría introducirse en los objetivos 10 o el 11 centrados en la reducción de la desigualdad, fomento de la inclusividad y las ciudades sostenibles (Rosa et. al, 2020). Sin olvidar el 13 y el 15, que recogen la gestión del cambio climático y la protección del medio ambiente, en la medida en la que, el sector actúa como factor de preservación ambiental, social y cultural.

En 2019, la OMT estimó un crecimiento del 135% desde el 2005 hasta 2035 de los tres subsectores más contaminantes del turismo -aviación, transporte y alojamiento- desde el 2005, pues el turismo no solo se traduce en beneficios económicos, sino que también trae consigo una gran lista de externalidades negativas. Entre ellas, medioambientales con la emisión de gases contaminantes como el carbono o el dióxido de carbono, que se han convertido en el foco de estudios e investigaciones que aún tratan de cuantificar y delimitar la aportación del turismo al cambio climático (Bilgili et al., 2021), preocupación mundial recogida especialmente en el ODS 13. “Acción por el clima”.

La sostenibilidad ambiental, aún con resultados muy desiguales en el sector, está suscitando cada vez más interés entre los empresarios (Jones & Hillier, 2014) en la medida en la que asumen la importancia de trabajar esta materia para satisfacer las necesidades de nuevos perfiles de turistas comprometidos y responsables, siendo el empresariado hotelero el más consciente ante esta situación. Por lo que se entiende que las instituciones locales y regionales tendrán que trabajar en colaboración con la empresa hotelera para incentivar y facilitar el desarrollo

de prácticas sostenibles. Partiendo de que por muy verde que se considere una empresa turística, nunca llegará a ser sostenible, pues no ningún estándar de referencia, pero si que podrá llegar a integrar y a asumir esta como valor corporativo en la medida en la que aplique e implante medidas correctivas y de mejora en este campo (Rubio, 2017).

Aunque la actividad hotelera no sea la más contaminante, la carga turística y paisajística generada es mucho mayor que la de otras alternativas de alojamiento. Siendo diversas las características o variables relativas a cada alojamiento las que intervienen en la obtención de mejores o peores indicadores de sostenibilidad, por lo que, muchas de las empresas, que además de tener predefinidas estrategias y acciones comienzan a trazar el camino hacia la sostenibilidad hotelera, motivadas por la imagen y reputación que otorgan, también optan por certificarse en materia de sostenibilidad como una de las opciones que reporta beneficios tangibles como la reducción de costes, agua, energía, facilita la gestión de residuos, etc.

Concretamente, las cadenas hoteleras suelen ser las que más obtienen este tipo de certificaciones y etiquetas, por ser las que cuentan con mayores capacidades para abordar este tipo de procesos de certificación (Rubio, 2017; Moliner et al., 2019). En su mayoría, cadenas grandes e internacionales que le sacan bastante distancia a los hoteles independientes. Esto puede explicarse, en gran medida, por la capacidad de absorción de conocimientos por parte de las cadenas, en las que su capital humano lidera y llevan a término estas acciones (Moliner et al., 2019), además de su capacidad de mantener relaciones sólidas y bidireccionales con todos sus stakeholders. A pesar de que, incluso las grandes cadenas asumen y reconocen que aún están en el verdadero principio de lo que sería el camino hacia la auténtica transformación hacia el modelo de desarrollo sostenible (Jones & Hillier, 2014).

3. MUESTRA Y DATOS

La muestra se compone de 46 municipios españoles de más de 80.000 habitantes, la elección de éstos se ha visto condicionada por la disponibilidad de datos sobre el cumplimiento del ODS13 en la segunda edición del Informe “*Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas*” realizado por REDS en 2020.

Se trata de municipios cuya extensión va desde los 12,3 hasta los 1.674,3 km², con una Renta media Per Cápita de 23.903€.

Listado de municipios por Comunidad Autónoma	
Andalucía	Algeciras, Almería, Cádiz, Chiclana de la Frontera, Córdoba, Ejido (El), El Puerto de Santa María, Granada, Huelva, Marbella, Mijas, Roquetas de Mar, San Fernando, Sevilla
Aragón	Zaragoza
Asturias	Gijón
Islas Baleares	Palma de Mallorca
Canarias	San Cristóbal de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife
Castilla la Mancha	Guadalajara
Castilla y León	Ávila, Soria, Valladolid
Cataluña	Barcelona, Girona, Hospitalet de Llobregat, Lleida, Tarragona
Comunidad Valenciana	Alicante, Castellón de la Plana/Castelló de la Plana, Elche/Elx, Valencia
Extremadura	Badajoz
Galicia	A Coruña, Santiago de Compostela
La Rioja	Logroño
Madrid	Getafe, Madrid
Ciudad Autónoma de Melilla	Melilla
Región de Murcia	Cartagena, Lorca, Murcia
Comunidad Foral de Navarra	Pamplona/Iruña
País Vasco	Bilbao, Donostia/San Sebastián, Vitoria-Gasteiz

Tabla 4. Composición de la muestra: listado de municipios

De estos 46 municipios, 22 son destinos de interior y 24 costeros de los que 33 de estos destinos están adheridos a la Red de Destinos Turísticos Inteligentes de SEGITTUR -o en su defecto a la Red de Destinos Turísticos Inteligentes de la Comunidad Valenciana- y 21 a la Red Española de Smart Cities, mientras que 4 a ninguna de las dos.

En 2019, entre estos 46 destinos sumaron más de 100 millones de pernoctaciones, el 47,83% de ellos no llegó a 7,13 millones de pernoctaciones, otro 47,82% registró entre 7,13 y 14,24 millones pernoctaciones y el 4,35% restante, superó las 20 millones de pernoctaciones.

Destinos que se sitúan en regiones donde la media del Coeficiente de Especialización Turística no supera el 1.008, siendo el valor más alto el 1.398 y el

más bajo de 0,765 y estando más de la mitad de éstos por debajo de la media, como se puede observar en la siguiente tabla.

Coefficiente de Especialización Turística (CEEt)					
Andalucía	1,04562987	Castilla y León	1,10047160	Madrid	0,89160631
Aragón	1,01797854	Cataluña	0,93137282	Murcia	0,82186134
Asturias	1,21231122	Comunidad Valenciana	0,95298555	Navarra	0,88436285
Baleares	1,23912950	Extremadura	1,02061653	País Vasco	0,98808031
Canarias	1,39842281	Galicia	1,07599284	Melilla	0,76465119
Castilla la Mancha	0,88207510	La Rioja	0,91929633		

Tabla 5. Coeficiente de Especialización Turística por región

La planta alojativa estudiada cuenta con una capacidad de 238.225 plazas distribuidas en un total de 2.641 establecimientos, de los cuales casi el 82% son hoteles urbanos. De éstos, el 38,42% pertenecen a establecimientos independientes y el 61,58% a cadenas hoteleras o de gestión de explotación de alojamientos turísticos. De estas últimas, el 37,68% son de alquiler, el 6,76% contratos de franquicia, el 10,45% contratos de gestión y el 45,11% poseen la propiedad del establecimiento.

Con una concentración media de 0,5 establecimientos por kilómetro cuadrado, el destino con menor concentración es Lorca con 0,004 y el que más, Barcelona con 5,33. Se trata en su mayoría de hoteles (79,17%), seguido por apartamentos (8,63%) y hostales (8,48%), y finalmente, aparthoteles (3,71%) de categoría media-alta.

La realidad turística descrita en los párrafos anteriores, se traduce en unos datos en materia de sostenibilidad que van desde los 37.26 hasta 92.55 puntos, con una media de 69.04 como índice de consecución del ODS13, situándose 20 destinos por debajo de la media y 26 por encima.

4. DISCUSIÓN RESULTADOS

Según el índice obtenido en el grado de consecución del ODS13 se pueden agrupar a los destinos en tres categorías que se utilizarán de ahora en adelante

para hacer referencia a los diferentes grupos según su rendimiento en materia de sostenibilidad.

Low performers (3). Destinos con índices de consecución del ODS13 de entre 37.26 y 55.69 con una media de 49.3. Estos son, A Coruña, Algeciras y Alicante.

Medium performers (33). Destinos con índices entre 55.70 y 74.13, con una media de 67.14 - aún por debajo de la media general-. Estos están comprendidos en el siguiente gráfico entre Almería y San Cristóbal de la Laguna (ambos incluidos)

Best performers (10). Destinos con índices entre 74.14 y 92.55, con una media de 81.22. Estos están comprendidos entre San Fernando y Zaragoza (ambos incluidos).

Destinos		
Best Performers	10	74,14 - 92,55
Medium Performers	33	55,70 - 74,13
Low Performers	3	37,26 - 55,69

Tabla 6. Tipos de destinos según el cumplimiento del ODS13

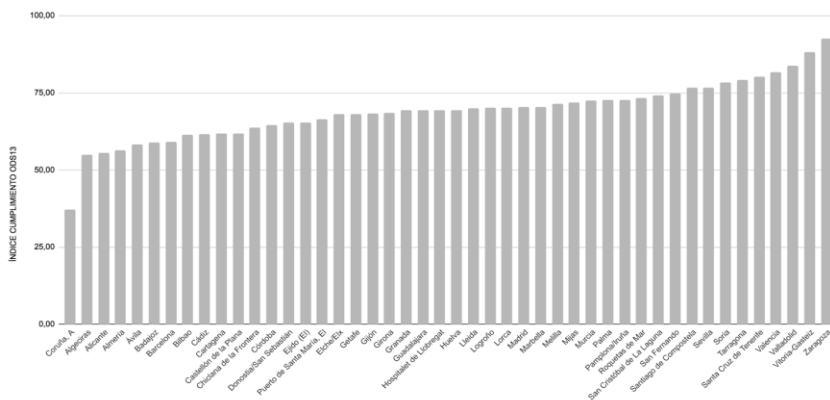


Gráfico 2. Distribución destinos según su índice de cumplimiento del ODS13

El 90% de los *Best Performers* son miembros de la Red de Destinos Turísticos Inteligentes -de SEGITTUR o de la Comunidad Valenciana-, el 10% restante está adherido a la Red Nacional de Smart Cities, y el 50% del total está presente en ambas redes. Mientras que entre los *Medium Performers*, el 69,70%

forma parte de la red DTI y, son el 39,39% de los destinos los que forman parte de la red de Smart Cities, descendiendo a 36,36% los que están adheridos a ambas redes. Ahora bien, entre los Low Performers se equipara el porcentaje de adhesión a la red de ciudades inteligentes con el de destinos inteligentes, es decir un 66,67%.

	Destinos					
	Totales	Best %		Medium %		Low %
Totales		10		33		3
Destinos adheridos a la Red DTI	33	9	90,00%	23	69,70%	1 33,33%
Destinos no adheridos a la Red DTI	13	1	10,00%	10	30,30%	2 66,67%
Destinos adheridos a la Red de Smart Cities	21	6	60,00%	13	39,39%	2 66,67%
Destinos adheridos a ambas redes	18	5	50,00%	12	36,36%	1 33,33%
Destinos no adheridos a la Red de Smart Cities	2	1	10,00%	1	3,03%	1 33,33%
Destinos no adheridos a ninguna red	10	0	0,00%	9	27,27%	1 33,33%

Tabla 7. Adhesión a redes de turismo y/o ciudades inteligentes según tipo de destino

Ahora bien, analizando la realidad turística desde un punto de vista distribución geográfica, se observa que a mayor concentración de establecimientos por kilómetro cuadrado se obtienen peores datos de consecución del ODS13. Registrándose los peores resultados en Granada, Pamplona, Sevilla, Palma de Mallorca, L'hospitalet de Llobregat, Bilbao y las mayores tasas de concentración en Cádiz y Barcelona. Llama la atención, primero, la presencia de grandes urbes y núcleos turísticos -de referencia, en muchos casos-, y segundo, la ubicación de estos destinos, principalmente, en la costa mediterránea.

Resultados que se confirman en el estudio de la distribución de las unidades alojativas, de tal forma que los 22 destinos de interior consiguen un mayor índice medio de cumplimiento del ODS13 -74.31 puntos, muy por encima de la media-, que los destinos costeros quienes no superan ni la media con un 66.04. En esta línea, al observar la tipología de alojamiento mayoritario en cada uno de

los dos grupos, se denota que en los destinos litorales los alojamientos predominantes son los vacacionales, mientras que en los de interior son los alojamientos urbanos. Tipología que también prevalece entre los destinos *best performers*.

	Establecimiento por tipo de actividad				
	Totales	Urbanos	%	Vacacionales	%
Totales	2641	2.163		478	
Best Performers	505	479	94,85%	26	5,15%
Medium Performers	2.046	1602	78,30%	444	21,70%
Low Performers	90	82	91,11%	8	8,89%
Por encima de la media	1.517	1142	75,28%	375	24,72%

Tabla 8. N° de establecimientos por tipo de actividad según tipo de destino

Asimismo, el 61,70% de los establecimientos que se encuentran en destinos con un grado de cumplimiento del ODS13 por encima de la media pertenecen a cadenas hoteleras o de gestión de alojamientos turísticos. Mientras que, cerca del 50% de los establecimientos en destinos con peores resultados de sostenibilidad son independientes, denotándose el rol que asume el know-how en los resultados y rendimiento de los establecimientos.

	Establecimientos por tipo de gestión				
	Totales	Independientes	%	Cadena	%
Totales	2641	1.014		1.627	
Best Performers	505	193	38,22%	312	61,78%
Medium Performers	2.046	779	38,07%	1.267	61,93%
Low Performers	90	42	46,67%	48	53,33%
Por encima de la media	1.517	581	38,30%	936	61,70%

Tabla 9. N° de establecimientos por tipo de gestión según tipo de destino

Comprobando que la modalidad dominante de explotación entre los diferentes grupos varía, la explotación en forma de propiedad está muy por debajo de la media entre los *best performers* (35,26%) y aquellos destinos que se encuentran por encima de la media en el índice de consecución del ODS13 (41,77%). mientras que entre los *low performers*, cogen fuerza las fórmulas de explotación mediante contrato de franquicia y de gestión, con un 16,67 y 14,58% respectivamente.

Establecimientos por tipo de explotación									
	Totales	Alquiler %		Contrato de franquicia %		Contrato de gestión %		Propiedad %	
Totales	1.629	613	37,63%	110	6,75%	170	10,44%	736	45,18%
Best Performers	312	150	48,08%	20	6,41%	32	10,26%	110	35,26%
Medium Performers	1.269	445	35,07%	82	6,46%	131	10,32%	611	48,15%
Low Performers	48	18	37,50%	8	16,67%	7	14,58%	15	31,25%
Por encima de la media	936	376	40,17%	61	6,52%	108	11,54%	391	41,77%

Tabla 10. N° de establecimientos por tipo de explotación según tipo de destino

Estudiando la teoría del ciclo de vida del destino turístico de Butler (1990;2006), se observa como muchos de los destinos que se concentran en la costa mediterránea se inscriben en una fase de madurez o declive de su principal producto turístico, su fórmula estrella: sol y playa, que hoy se traduce en una excesiva dependencia a un actividad turística agotada, dañina y poco rentable.

Situación que se entiende a la perfección con los casos de Alicante y València, que a pesar de estar ambas adheridas a la red DTI, la dependencia y el enfoque histórico hacia el producto de sol y playa de Alicante le otorga peor resultado de consecución de la ODS13, mientras que la apuesta por la diversificación y poca dependencia del modelo de sol y playa, posiciona a València en uno de los mejores puestos. De manera que este modelo cuantitativo de turismo no hace más que llevar a la delimitación de regiones con altos coeficientes de especialización turística, las mismas regiones que además, son las que menores índices de capacidad innovadora registran (European Commission, 2021).

De la misma manera se observa una relación directa entre un mayor nivel de renta de los municipios con una mayor consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible n°13. Son los los *best performers*, los que mayor compromiso muestran con el paradigma inteligente de los destinos y ciudades y son los que mayor Renta Per Cápita media acumulan.

Sin embargo, tras el análisis de los resultados obtenidos, no se ha podido demostrar ninguna incidencia en el grado de cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible n°13, indicadores de inteligencia turística y la categoría de los

establecimientos turísticos de los destinos, así como tampoco se ha podido relacionar los indicadores anteriormente comentados con la dimensión de los municipios, tanto a nivel demográfico (número de habitantes) como a nivel turístico (número de unidades alojativas).

5. CONCLUSIONES

La literatura sostiene que los destinos turísticos inteligentes son marcos de referencia para la gestión y planificación del desarrollo de la actividad turística en clave responsable y sostenible para la maximización de la experiencia turística y mejora de la calidad de vida de los residentes. En este contexto, esta investigación aborda el impacto de los DTIs en los índices de consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 13 para 46 destinos españoles.

Los resultados obtenidos no son del todo concluyentes, y es que, aunque apuntan a una posible relación entre ser o no DTI y la obtención de unos mejores resultados del índice de ODS13, las limitaciones de datos a las que está sujeta la investigación la convierten en un análisis estático que no permite afirmar una clara relación entre las dos variables anteriormente ante la falta de datos históricos, dejando la puerta abierta a futuras investigaciones en esta línea.

Lo que sí se puede extraer de estos resultados, es que existe una clara concentración de establecimientos y unidades alojativas en la zona de la costa, concretamente, hoteles vacacionales y es precisamente en estos destinos, donde se obtienen los peores resultados en los índices de consecución del ODS13, frente a los resultados de los destinos de interior donde existe una menor concentración de oferta turística predominando los establecimientos urbanos dejan ver que una explotación turística desmedida y perpetrada en el tiempo explicaría una especialización de la economía en el sector turístico, una continuada pérdida de capacidad innovadora, y por tanto, competitiva del destino. Despreocupándose por el incremento de la calidad de la actividad y la obtención de buenos resultados de sostenibilidad, primando la cantidad a la calidad., por el contrario la actividad turística de destinos nada dependientes del producto tradicional del todo incluido o del sol y playa, obtienen datos más verdes.

Uno de los aspectos más explicativos de esta diferencia en los resultados es la modalidad de gestión que prima en cada uno de los destinos pues, entre los destinos con mejores resultados de sostenibilidad, la forma de explotación predominante son las cadenas hoteleras o de gestión de establecimientos en formato

de contrato de gestión, haciendo perder mucha fuerza al modelo de propiedad y establecimientos independientes. Coincidiendo con Moliner et al. (2019) en que las matrices hoteleras tienen un efecto catalizador clave de transmisión de conocimiento e innovación en materia de sostenibilidad y calidad hacia las filiales clave en los resultados globales de los destinos en los que se ubican. Know-how y modelos de gestión, que les convierten en una pieza clave en el sistema turístico, en la medida en la que se encuentran totalmente alineados con el paradigma del turismo inteligente. Ecosistemas basados en la tecnología e innovación para cumplir con objetivos de sostenibilidad y responsabilidad en beneficio de residentes y turistas.

En resumen, se manifiesta un compromiso implícito en la consecución de los ODS, pues cada vez son más los destinos que se suman a las redes de destinos y/o ciudades inteligentes, para lo que requieren tener reconocida la condición de DTI, estar en proceso de conversión de acuerdo a una metodología DTI validada o comprometerse con el desarrollo de una estrategia de conversión en el corto plazo (SEGITTUR, 2021). De manera que, antes o después, se deberían paliar los posibles efectos/externalidades negativas surgidas de la masificación turística que ya se conocían en algunos destinos antes de la pandemia y podrían resurgir en un panorama turístico post-covid. Sin embargo, solo aquellos que aprovechen la oportunidad que brinda la innovación y la tecnología para trabajar en la línea de desarrollo y crecimiento sostenible podrán marcar un punto de inflexión y pasar del modelo de cantidad al de calidad y experiencia.

Por lo que el camino de la recuperación del turismo en cada destino, dependerá de su resiliencia y vendrá marcado por su capacidad de inversión y desarrollo en innovación, tanto a nivel destino, como a nivel empresa, además del modelo de gestión y planificación por el que opten los gestores turísticos. Estos últimos, jugarán un papel crucial en la reconfiguración post-pandémica del turismo en destinos altamente especializados, pues dependerá del enfoque y dirección que le den a diversas herramientas e instrumentos de gestión, la capacidad de lidiar con tasas de capacidad innovadora por debajo de la media nacional e incluso comunitaria que vienen arrastrando desde hace años (Moreno et al., 2018). Punto en el que se vuelve indispensable el apoyo tractor de toda la economía para revertir una terciarización poco innovadora de la economía turística tradicional.

BIBLIOGRAFÍA

- AZORÍN, J. F. M., GUILLÓ, J. J. T., GAMERO, M. D. L., MOLINER, J. P., & ORTEGA, E. M. P. (2020). Determinantes organizativos de la gestión medioambiental en el sector hotelero. *Economía industrial*, (418), 31-40.
- Baidal, J. A. I., & Vera-Rebollo, J. F. (2021). Sostenibilidad y resiliencia de los destinos turísticos litorales: apuntes desde el enfoque de los destinos inteligentes// Sustainability and resilience of coastal tourist destinations: notes from the smart destinations approach. *TERRA: Revista de Desarrollo Local*, (8), 332-360. Disponible aquí
- Benner, M. (2019). From overtourism to sustainability: A research agenda for qualitative tourism development in the Adriatic. *Munich Personal RePEc Archive*, 92213, 1-18. Disponible aquí
- Bilgili, F., Kassouri, Y., Garang, A. P. M., & Bağlıtaş, H. H. (2021). The Possible Influence of the Tourism Sector on Climate Change in the US. In *Strategies in Sustainable Tourism, Economic Growth and Clean Energy* (pp. 15-38). Springer, Cham. Disponible aquí
- Blázquez-Salom, M., Yrigoy, I., & Mas, I. M. (2020). El devenir de la ciudad turística de sol y playa. In *Sostenibilidad turística: "overtourism vs undertourism"* (pp. 369-378). Societat d'Història Natural de les Balears.
- Butler, R. W. (2006). 1. The concept of a tourist area cycle of evolution: Implications for management of resources. In *The Tourism Area Life Cycle*, Vol. 1 (pp. 3-12). Channel View Publications. Disponible aquí
- Doxey, G. (1975). A Causation Theory of Visitors–Residents Irritants: Methodology and Research Inferences. In *Proceedings of the Travel Research Association, 1975, 6a Annual Conference, Salt Lake City*, pp.195-98
- European Commission (2021). *Regional Innovation Scoreboard 2021*. European Union. Disponible aquí
- European Commission (aa). *The Green Deal*. European Union. Disponible aquí
- Farmaki, A. (2021). Memory and forgetfulness in tourism crisis research. *Tourism management*, 83, 104210. Disponible aquí
- Fernández Alcantud, A., López Morales, J. M., Moreno-Izquierdo, L., Perles Ribes, J. F., Ramón-Rodríguez, A. B., & Such Devesa, M. J. (2017). *Innovación y destinos inteligentes: oportunidad para el know how turístico español*. Disponible aquí

Foronda Robles, C., & Puig Cabrera, M. (2018). El turismo y el alivio de la pobreza: un enfoque desde el prisma de los destinos emergentes en el marco de la Agenda 2030. *Investigaciones Turísticas*, 16, 1-22.

Goodwin, H. (2017). The challenge of overtourism. *Responsible tourism partnership*, 4, 1-19.

Gormsen, E. (1997). The impact of tourism on coastal areas. *GeoJournal*, 42(1), 39-54. Disponible aquí

ICLEI (). The Global Covenant of Mayors for Climate & Energy Europe. Disponible aquí

INVAT.TUR (2015). Manual operativo para la configuración de destinos inteligentes. Disponible aquí

Jones, P., Comfort, D., & Hillier, D. (2014). Retailing and sustainability: convergence or contradiction in the US. *Management Research and Practice*, 6(2), 42-52. Disponible aquí

Koens, K., Postma, A., & Papp, B. (2018). Is overtourism overused? Understanding the impact of tourism in a city context. *Sustainability*, 10(12), 4384. Disponible aquí

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas”

Mantecón Terán, A. (2020). La crisis sistémica del turismo: una perspectiva global en tiempos de pandemia. En M. Simancas, R. Hernández Martín, y N. Padrón Fumero (coords), *Turismo pos-COVID-19. Reflexiones, retos y oportunidades* (pp. 19-30). Cátedra de Turismo CajaCanarias-Asohotel, Universidad de La Laguna.

Milano, C. (2018). Overtourism, malestar social y turismofobia. Un debate controvertido. *PASOS Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 16(3), 551-564.

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (2020). *Plan de Impulso del Sector Turístico. Hacia un turismo seguro y sostenible*. Madrid: Gobierno de España, Agenda 2030.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020). *Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética*. Madrid: Gobierno de España.

Moliner, J. P., Azorín, J. F. M., Guilló, J. J. T., Ortega, E. M. P., & Gamero, M. D. L. (2019). Sostenibilidad, calidad, innovación y ventaja competitiva en el sector hotelero: un estudio de caso. *Revista Internacional de Turismo, Empresa y Territorio*, 3(1). Disponible aquí

- Organización de las Naciones Unidas. Agenda 2030. Disponible aquí
- Organización Mundial del Turismo (UNWTO). (2016). Turismo Accesible para todos: Una oportunidad a nuestro alcance. Disponible aquí
- Pereira Moliner, J. et al. (2019). Sostenibilidad, calidad, innovación y ventaja competitiva en el sector hotelero: un estudio de caso. *Revista Internacional de Turismo, Empresa y Territorio*, 3 (1), 1-21. Disponible aquí
- Red Española para el Desarrollo Sostenible y ECOEMBES (2020). Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas, Madrid.
- Rubio, M. V. (2017). La sostenibilidad ambiental del sector hotelero español. Una contribución al turismo sostenible entre el interés empresarial y el compromiso ambiental. *Arbor*, 193(785), a403-a403. Disponible aquí
- SEGITTUR (2015): Informe destinos turísticos inteligentes: construyendo el futuro. Disponible aquí
- SEGITTUR, Secretaría de Estado de Turismo (2015). Libro Blanco de los Destinos Turísticos Inteligentes. Disponible aquí
- SEGITTUR (2021). Destinos Turísticos Inteligentes. Disponible aquí
- Simancas Cruz, M. R., Hernández Martín, R., & Padrón Fumero, N. (2020). Turismo pos-COVID-19: Reflexiones, retos y oportunidades. Disponible aquí
- Tiwari, Pinaz and Chowdhary, Nimit (2021) "Has COVID-19 brought a temporary halt to overtourism?," *Tourism / Turyzm*: Vol. 31 : Iss. 1 , Article 19. DOI: 10.18778/0867-5856.31.1.20. Disponible aquí
- Wall, G. (2020). From carrying capacity to overtourism: a perspective article. *Tourism Review*.

ANEXOS

Indicador	Naturaleza / Fichero	Escala	Fórmula	Valor	Valor mínimo	Valor máximo	Unidades	Umbral Alto	Umbral Medio	Umbral Bajo	Fuente
Tipo de municipio	Indicador cualitativo nominal			Entero							Elaboración propia
Comunidad Autónoma	Indicador cualitativo nominal			17 Comunidades Autónomas							Elaboración propia
Provincia	Indicador cualitativo nominal			52 Provincias							Elaboración propia
Nº habitantes censados Municipio	Indicador cuantitativo	Municipal		63.750,00	6.752.763,000	Habitantes	-	-	-	-	-
Km2 Municipio	Indicador cuantitativo	Municipal		12,28	1.674,31	Kilómetros cuadrado	-	-	-	-	INE
Concentración de habitantes por km2	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		51,90	21.508,00	Hab/km2	21.505 - 44.411	14.410 - 2.254	7.243 - 37	-	Elaboración propia
Brenta Per Capita Municipio	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		13.633,00	42.400,00	Euros	42.400 - 33.400	33.479 - 24.549	4.549 - 15.618	-	Agencia Tributaria Estatal
Cumplimiento del ODS 15 Municipio	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		37,28	92,55	Índice	92,55 - 74,4	74,13 - 53,70	53,69 - 37,28	-	REDES FLEJ
Nº permisionarios Smart Cities	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		1.061.040,00	21.361.391,00	Nº de permisionarios	21.361.391 - 14.287.601	14.287.606 - 7.213.921	7.213.926 - 1.018.118	-	INE, Directa
Miembros Red Smart Cities	Indicador cualitativo dicotómico	Municipal		Si/No							Elaboración propia
Miembros Red Smart Cities Nacional CV	Indicador cualitativo dicotómico	Municipal		Si/No							Elaboración propia
Coefficiente de Especialización Empresarial en Turismo	Indicador cuantitativo	Regional Ascendente		0,703	1,398	Coefficiente	1,398 - 1,207	1,197 - 0,986	0,970 - 0,765	-	INE
Nº de empresas de Comercio, Hostelería y Transporte	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		930	81.523	Nº de establecimientos	-	-	-	-	INE
Regional Innovation scoreboard	Indicador cuantitativo	Regional Ascendente		40,56	103,64	Índice	103,64 - 82,81	82,71 - 63,69	63,59 - 40,56	-	European Commission
Nº establecimientos de alojamiento hotelero	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		100,00	46.000,00	Nº de establecimientos	-	-	-	-	Almudat
Nº unidades alojativas	Indicador cuantitativo	Municipal Ascendente		100,00	46.000,00	Nº de unidades alojativas	40662 - 31013	31012 - 15560	15559 - 108	-	INE, Directa
Grado de concentración de establecimientos por km2	Nº establecimientos/km² municipio	Municipal Ascendente		0,004	5,333	Índice	5,333 - 3,756	3,656 - 1,880	1,780 - 0,004	-	Elaboración propia

Tabla A. Relación de indicadores

Municipio	Código	Comunidad Autónoma	Provincia	Datos geográficos		Datos socio-económicos										Indicadores de sostenibilidad		Indicadores de innovación		Indicadores de turismo		Indicadores de sostenibilidad	
				Superficie (km2)	Densidad (hab/km2)	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	Indicador de sostenibilidad	
Alcalá de Guadaíra	41001	Andalucía	Sevilla	12,28	4.298,00	12,28	14.502	575	42.93	44	15.30	1.87	100	10	10	10	10	10	10	10	10	10	

Tabla B. Tabla de datos

Municipio	Código	Tipo de Edificio	TIPO DE GESTION										APARTAMENTOS		HOTELS		HOTELS					
			INDEPENDIENTE	CANAL	ACQUER	FRANQUIA	GERENTE	PROPIETARIO	LIBRE	RESERVA	TOTAL	ENCL	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
Alcalá de Guadaíra	41001	Operativa	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Tabla C. Tabla de datos turísticos

IMPACTOS SOCIAIS ORIUNDOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: VULNERABILIDADE AMBIENTAL E CONSUMO SUSTENTÁVEL

Regina Vera Villas Bôas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora,
revillasboas1954@gmail.com

Durcelania da Silva Soares

Universidade Estácio de Sá /RJ, professora, durcelania@hotmail.com

Márcio Gonçalves Sueth,

FAI – Faculdade de Itaituba/PA professor, marciosueth@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente estudo reflete sobre os impactos sociais oriundos do desenvolvimento sustentável, ressaltando que durante a ECO 92, realizada no Rio de Janeiro em 1992, ocorreram discussões sobre as atividades e mecanismos econômicos que produzem impactos ambientais e destroem os recursos naturais, necessitando que se priorizem políticas públicas para estimular a sustentabilidade ambiental e com isso a eliminação da degradação ambiental.

As reflexões do presente artigo conduzem à necessidade de compreensão do direito humano ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, do desenvolvimento sustentável, o qual, em tese, pode ser considerado como garantidor da existência sadia das gerações presentes e futuras, corroborando a dignidade da condição da pessoa humana e da natureza.

É fato comum e notório que o homem, cotidianamente, vem destruindo o meio ambiente de variadas maneiras. Assim, por exemplo, ao liderar e/ou comandar indústrias poluidoras, as quais avançam e invadem grandes cidades, de maneira desordenada, objetivando somente o crescimento econômico, sem preocupações com a sustentabilidade. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável considera tanto os aspectos ambientais e sociais, como os políticos e os econômicos, simultaneamente, corroborando o não crescimento da destruição ambiental. De fato, o desenvolvimento ambiental, social, econômico e político são necessários à materialização do desenvolvimento sustentável, exigindo, também, para a continuidade do equilíbrio ecológico – garantidor da

continuidade da vida e do planeta - , à manutenção do equilíbrio entre as respectivas esferas.

A importância da problemática ambiental é universal e deve ser pauta diária de debates, reflexões, preocupações e estudos de todos. A natureza morta é reveladora da extinção da vida humana. Tomara que o homem, ao se utilizar cotidianamente dos recursos naturais, constata a sua total dependência destes recursos, e conscientize-se da necessidade de protegê-los e de preservá-los às gerações presentes e futuras.

Os resultados do presente estudo são alcançados por meio de metodologia que se utiliza da técnica de pesquisa documental e de revisão bibliográfica, a partir de matriz teórica e jurisprudencial, servindo-se do Plano Nacional de Educação, de legislação pertinente e doutrina contemporânea, nos debates sobre a temática proposta.

1 VULNERABILIDADE AMBIENTAL

A proteção eficaz do meio ambiente necessita de procedimento equilibrado da atividade econômica no que tange às demandas ambientais. O predomínio de procedimentos desmedidos no que toca à utilização de recursos ambientais, nessa era capitalista, reproduz e reafirma a vulnerabilidade ambiental, que é agente de injustiça social.

Sempre que pessoas e/ou grupos sociais atuam no cenário socioambiental e econômicoambiental de maneira desproporcional, praticando a degradação ambiental, podendo causar poluição de variadas maneiras, fato este que gera consequências danosas ao meio ambiente e, conseqüentemente, ao homem.

E, quanto aos vulneráveis ambientais, é imperiosa a busca de mecanismos de proteção diferenciada, praticando-se políticas públicas eficientes e capazes de promover-lhes acesso justo aos recursos ambientais, e assegurar-lhes acesso às informações, de maneira a promover-lhes a concretização dos direitos fundamentais (PORTO, 2005, v. 10).

Nesse sentido, a garantia da tutela jurídica dos vulneráveis ambientais está amparada nos textos dos artigos da Constituição da República Federativa do Brasil

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – [...];

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana.

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]. (BRASIL, 1988).

Tais princípios estão igualmente presentes em tratados de direito internacional, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, na qual os Estados-Partes se comprometem com a efetividade progressiva dos direitos (STF, 2018, online)

Artigo 26 – Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por meios apropriados.

Em especial, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PGE-SP, 1966, online)

Artigo 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência [...].

E ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assegurando o direito à autodeterminação (PGE-SP, 1966, online)

Artigo 2º - 1. Cada Estado-Parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e

técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos neste Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Os estudos sobre o desenvolvimento sustentável apontam que o padrão de desenvolvimento econômico não pode se valer unicamente do modelo de acumulação de capital e desenvolvimento tecnológico, devendo, antes, considerar os riscos iminentes a serem enfrentados pela sociedade, de maneira a considerar situações de exclusão, desigualdades e empobrecimento da população, notadamente da mais vulnerável socioambientalmente.

Todo desenvolvimento, potencialmente, trás riscos e perigos à natureza, ao homem e à sociedade. Anota-se, todavia, a necessária coibição de efeitos danosos produzidos pelo “capitalismo desenfreado”, praticado sem controle, sem cuidados e em sentido diverso do desenvolvimento sustentável. A prática da sustentabilidade caminha de mãos dadas com a concretização da justiça social, olhando com atenção os vulneráveis socioambientais.

A globalização promove com celeridade o acesso às tecnologias, nos mais variados âmbitos, resultando, atualmente, o enfrentamento de situações limítrofes nas esferas sociais, culturais, econômicas e geográficas, o que pode, inclusive, colocar em dúvida realidades, reveladas como “situações de progresso humano”. Se de um lado as novas tecnologias trazem progresso, oportunidades, inclusive de curas de doenças e maior capacidade de desenvolvimento e crescimento das ambiências; de outro lado, aumentam de maneira exponencial as desigualdades sociais e a degradação ambiental.

Quais são os verdadeiros impactos humanos, sociais e ambientais causados pelo fenômeno globalização? Acredita-se que muitos deles, ainda, não são conhecidos pelo homem. Recordam-se dos recentes desastres ambientais enfrentados por diversos territórios do mundo e, aqui no Brasil, entre muitos, os de Mariana, Brumadinho e Barcarena. Certamente, a grande maioria da população brasileira desconhecia a realidade precária das barragens que se romperam - fenômeno este explicado como “perda de resistência significativa e repentina”, com comportamento frágil dos materiais ali armazenados.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (1993, p. 59), tece o seguinte comentário: “No país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há, por certo, espaço para mais uma preocupação: a degradação ambiental”.

A problemática ambiental toma conta das pautas políticas globais, em proporções nunca, antes, presenciadas. Discute-se sobre a degradação ambiental, as tragédias e danos ambientais e a necessidade de proteção e manutenção do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, constando, também, da pauta global, o número alarmante de vulneráveis ambientais.

Uma realidade que não admite contradições é a de que a saúde e a prosperidade da humanidade estão diretamente ligadas à salvaguarda e manutenção do equilíbrio ambiental, afirmando, nesse sentido, Joyce Msuya, diretora executiva interina da ONU Meio Ambiente, em comunicado à imprensa

Esse relatório é um panorama para a humanidade. Estamos numa encruzilhada. Vamos continuar no nosso caminho atual, que levará a um futuro sombrio para a humanidade, ou vamos dar uma guinada para um caminho de desenvolvimento mais sustentável? Essa é a escolha que nossos líderes políticos têm que fazer, agora. (G1, 2019).

Para o climatologista brasileiro Carlos Nobre, que atuou no painel consultivo científico, auxiliando a equipe elaboradora do documento, referido relatório designa

[...] a mais completa e de maior qualidade avaliação sobre o estado do ambiente global e clama por uma disruptiva mudança no terreno das inovações, não somente tecnológicas, mas em todos os aspectos da construção humana. (G1, 2019).

O pesquisador ressalta, todavia, que não estão considerados no relatório, os entraves políticos atuais, afirmando que "por ser um documento aprovado por governos, não trata profundamente dos riscos enfrentados, atualmente, pelo crescimento de movimentos populistas, autocráticos, até mesmo religiosos e anti-ciência" (G1, 2019).

2 IMPACTOS SOCIAIS ORIUNDOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No último século, tem-se, de um lado, o desenvolvimento de nova tecnologias e um grande crescimento de muitos países e nações; de outro lado, o subdesenvolvimento de países, cujas populações se mantêm em péssimas condições sociais, econômicas e ambientais. Recorda-se da existência de espaços geográficos ocupados, cujos ecossistemas se encontram destruídos pelos homens, diante da ausência de boa governança e, consequentes políticas públicas eficazes,

e/ou, ainda, por possuírem governantes incompetentes e incapazes de atuarem em prol da sustentabilidade.

As práticas sustentáveis, requerem a interação das políticas públicas, entre outras, ambientais, sociais, econômicas, políticas, em prol do equilíbrio ecológico, que considera no cenário da sustentabilidade os cuidados necessários com a prática consumerista, os descartes de resíduos sólidos, a precaução e prevenção relacionada à poluição, em todas as ambiências, evitando-se danos ambientais e suas consequências.

Aqui é necessário, novamente, trazer-se a lembrança dos três acidentes ambientais minerários nacionais que tomaram proporções gigantescas: um ocorrido em Brumadinho (MG); outro em Barcarena (PA); outro em Mariana (MG), dos quais restaram centenas de pessoas mortas, sobreviventes tendo seus projetos de vida danificados e/ou rompidos para sempre, além dos danos materiais e morais sofridos por pessoas, grupos de pessoas e pelo meio ambiente.

Destaca-se que as empresas, em tese, responsáveis pelos acidentes sequer tiveram que parar as suas atividades, ou seja, continuaram a executar seus serviços e projetos de mineração, em várias localidades do território brasileiro, como se nada tivesse acontecido, colocando, ainda, em risco, uma parte enorme da população que trabalha para elas, demonstrando completo descaso pela vida humana, na medida em que mantiveram os seus empregados sujeitos ao risco de outros acidentes ambientais de iguais proporções.

Nesse sentido, o ambiente desfrutado pelos homens que trabalham nas mineradoras referidas, que deveria ser sadio e ecologicamente equilibrado, tornou-se doentio, desvalorizado e desequilibrado para as presentes e futuras gerações (VILLAS BOAS; SUEETH, 2019, p. 53).

Verifica-se, quanto a esses desastres ambientais ocorridos, reveladores de situações tão contrastantes, que o crescimento econômico não desencadeia, de maneira automática, o desenvolvimento social e ambiental (sustentáveis), desafiando, todavia, economistas e ambientalistas a concretizarem o equilíbrio entre os crescimentos social (justo), ambiental (equilibrado) e humano (igualitário).

O economista Ignacy Sachs (2001, p. 157) leciona que o crescimento econômico, quando posto a cargo de objetivos desejáveis socialmente, que minimizem os impactos ambientais negativos, “[...] continua sendo uma condição ne-

cessária ao desenvolvimento. Aliás, taxas significativas de crescimento são necessárias, uma vez que é muito difícil redistribuir bens e renda numa economia estagnada”.

Continua, Ignacy Sachs (2001, p.158), afirmando que importa a distinção de diferentes tipos de crescimento, sendo que o “selvagem” é a variedade mais frequente, com custos sociais e impactos ambientais demasiadamente elevados, tratando-se de crescimento impulsionado pelo mercado, inaceitável do ponto de vista socioambiental, não estabelecendo, por si só, uma situação empregatícia satisfatória, além de considerar que os mercados são míopes para transcender os curtos prazos, e cegos para as considerações que não sejam lucros e eficiência “smithiana” da alocação de recursos (SACHS, 2001, p. 157-158).

Para Guattari (1990, 15) é evidente que a conciliação dos desenvolvimentos não é tarefa das mais fáceis, devendo a sustentabilidade buscar a articulação de três “registros lógicos”: meio ambiente, relações sociais e subjetividade humana.

Karin Vecchiatti (2004, p. 90-95) afirma que o rumo à sustentabilidade requer “[...] compatibilidade do jogo sem restrições das forças de mercado; aparato tecnológico eficiente; ações geradas a partir de percepções individuais e culturais da sociedade”.

As políticas públicas são importantíssimas em face do desenvolvimento e rumando à sustentabilidade, podendo uma articulação ético-política - entre as dimensões de desenvolvimento -, projetar uma revolução social e cultural, reorientando a produção de bens materiais e imateriais, de maneira a reconciliar o crescimento econômico, social e ambiental, realizando o esperado desenvolvimento sustentável.

Alerta-se, nesse sentido, para importante tecnologia desenvolvida pelos italianos, conhecida como “Usina de Pirólise”, consistente na degradação térmica da matéria na ausência de oxigênio, o que requer a presença de uma fonte externa de calor para aquecer a matéria, não se necessitando da combustão (queima) diretamente dos resíduos. Isso implica a ausência de gases tóxicos e nocivos, normal nos processos de incineração. Essa “usina de Pirólise” não possui chaminés, eis que não existem emissões atmosféricas no reator, sendo o gás, nela produzido, totalmente purificado e, posteriormente, utilizado nos grupos geradores ou turbinas a gás, objetivando a geração de eletricidade, podendo, também, ser aproveitado na produção de vapor em caldeiras (INNOVA, 2015).

Do ponto de vista ambiental, o controle de pureza desse gás garante que a combustão de gases limpos irá produzir emissões limpas, ou seja, a combustão de hidrogênio, hidrocarbonetos e monóxido de carbono irá produzir somente dióxido de carbono e vapor d'água. Todo tipo de resíduo sólido - inclusive lixo hospitalar e equipamentos eletrônicos -, é transformado em energia, e a sobra não queimada, conhecida como Terra de Índio (TPI) - rica em potássio -, pela aderência, pode ser utilizada para fazer asfalto, ou como fertilizante, devido ao alto índice de potássio. Assim, absolutamente tudo, pode ser transformado em energia, e sem degradar o meio ambiente (BARROS; CARDOSO, 2016, online).

Vecchiatti (2004, online), citando Midgley, ao informar que nas ações promotoras da sustentabilidade são explorados poucos trabalhos artísticos que aguçam o imaginário do homem – por conterem importantes registros ecológicos de suas ações -, leciona que

[...] as novas ideias são visões imaginativas originais, não somente porque elas envolvem imagens particulares inéditas, mas no sentido de que envolvem mudanças na nossa visão de mundo, a forma geral pela qual percebemos a vida. A imagem da máquina, por exemplo, transformou a visão do mundo, profundamente durante a Renascença, sobretudo porque máquinas estão sob o controle humano. É a ideia de se poder separar essa máquina (mundo) em partes que fez a ciência parecer possível. Precisava de parecer possível à imaginação de qualquer pessoa que pudesse efetivamente praticá-la.

Por derradeiro, traz-se ao cenário do desenvolvimento de políticas públicas à efetividade do desenvolvimento sustentável, a necessária articulação ético-política entre as dimensões do desenvolvimento, e a necessidade de se compreender o momento social e cultural vivido pela humanidade, trazendo-se às reflexões a relevância da preservação e proteção dos recursos e bens ambientais - materiais e imateriais -, e maneira equilibrada de se conciliar o crescimento econômico, social e ambiental, realizando o desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

As reflexões desenvolvidas reforçam a necessidade de se considerar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano e fundamental, eis que se relaciona diretamente ao direito à vida e aos direitos sociais, entre outros, a saúde, a alimentação e a educação, todos eles buscando

concretizar o princípio da dignidade da condição humana; todos eles considerados a partir de ampla interação e integração, de maneira que a materialização de um deles, implica a fruição dos outros. A vida, em tese, é considerada como o bem mais precioso do homem, e os recursos naturais que viabilizam essa vida, devem ser considerados, igualmente, ricos e valiosos, razão pela qual precisam ser protegidos. O meio ambiente, mantido sadio e ecologicamente equilibrado, pode garantir a existência das gerações presentes e futuras.

A crise ambiental é fato notório no cenário mundial. Os diversos interesses de ordem econômica e corporativa, circundantes do tema, colocam em risco direitos humanos, e não humanos, fato este que pode ser alterado, a partir da prática do desenvolvimento sustentável, exigindo-se, para tanto, mudança de postura do homem, que deve se conscientizar da necessária proteção do meio ambiente e dos finitos recursos naturais.

É fundamental a preservação dos recursos naturais à melhoria da qualidade da vida e da existência das gerações presentes e futuras, promovendo-se a educação ambiental que deve propiciar a conscientização de todos sobre a importância da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos recursos naturais. Essa tarefa é difícil, podendo, todavia, ser iniciada com a informação, divulgação e concretização dos princípios ambientais que corroboram a proteção e salvaguarda do meio ambiente e da vida, a exemplo do princípio do desenvolvimento sustentável. A proteção do meio ambiente e da vida, humana e não humana requer conscientização do homem sobre a necessidade de se evitar o hiperconsumo, e a degradação ambiental, que levam à escassez dos recursos naturais e ao aniquilamento da vida no planeta.

Por derradeiro, conclui-se a exemplo da tecnologia desenvolvida pelos italianos - “Usina de Pirólise” -, trazida no presente artigo, que a tecnologia utilizada em prol do meio ambiente pode corroborar a efetividade do desenvolvimento sustentável, garantindo o equilíbrio ecológico e as vidas do planeta, sustentando o homem.

REFERÊNCIAS

BARROS, C. F. de O.; CARDOSO, R. Desenvolvimento de Unidade de Aproveitamento Energético de Resíduos através de Tecnologia de Pirólise Lenta a Tambor Rotativo na Aplicação de Solução Socioambiental. 2016. Disponível

em: http://sustentar.org.br/site/lib/_textEditor/uploads/files/Piro-lise_Lenta.pdf. Acesso em 14 nov. 2021.

BARROSO, L. R. Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 2, p. 58-81, 1993

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 nov. 2021.

GUATTARI, F. As três ecologias. Campinas: Papirus, 1990

INNOVA. Inova Energias Renováveis investe R\$ 4 milhões no Parque Científico e Tecnológico da Unicamp. Disponível em: <https://www.inova.unicamp.br/noticia/3415/>. Acessado em Acesso em 14 nov. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. degradação pode trazer milhões de mortes até 2050, alerta ONU. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/03/epoca-negocios-planeta-em-degradacao-pode-trazer-milhoes-de-mortes-ate-2050>. Acesso em 14 nov. 2021

PGE-SP. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>. Acesso em 14 nov. 2021.

PORTO, Marcelo Firjo de Sousa. Saúde do trabalhador e o desafio ambiental: contribuições do enfoque ecossocial, da ecologia política e do movimento pela justiça ambiental. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 829-839, 2005.

SACHS, I. Repensando o crescimento econômico e o progresso social: o papel da política. In: ABRAMOVAY, R. et al. (org.). Razões e ficções do desenvolvimento. São Paulo: Editora Unesp/Edusp, 2001. p. 184

STF. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo26.pdf>. Acesso em 14 nov. 2021.

VECCHIATTI, K. Três fases rumo ao desenvolvimento sustentável: do reducionismo à valorização da cultura. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 90-95, jul./set. 2004

VILLAS BÓAS, R. V.; SUETH, M. G. Os desenvolvimentos econômico, social e ambiental corroborando a sustentabilidade e garantindo a concretização da existência das futuras gerações. Trabalho apresentado no XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, Goiânia, 2019

NOVOS OLHARES PARA O CENÁRIO DE CONCREÇÃO DE DIREITOS: IMPACTOS AMBIENTAIS E O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL

Ricardo Rocha de Araújo

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e professor de Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ.
ricardorochoa2@bol.com.br

Durcelania da Silva Soares

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Docente na Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ.
durcelania@hotmail.com

Arthur Oliveira Lopes

Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Estadual da Zona Oeste/RJ (UEZO/RJ) e professor convidado de Legislação Ambiental (UEZO/RJ).
arthurolopes@outlook.com.br

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 6º, não arrola o direito ao acesso à água potável entre os direitos sociais, permitindo, todavia, a consideração da possibilidade da sua existência entre os chamados direitos fundamentais sociais, já que referido rol de direitos não é taxativo, segundo o artigo 5º, § 2º da Carta Magna.

Uma das funções essenciais dos recursos hídricos é manter o equilíbrio ecológico dos ecossistemas terrestres, considerada a água potável uma questão preocupante na agenda ambiental e, mais preocupante, ainda, a rápida contaminação das águas, relevada pelos sistemas hídricos (à disposição dos homens), fato este que afeta a saúde humana e não humana, e o todo considerado como meio ambiente, preocupando a comunidade científica, notadamente quando o recurso hídrico, potencialmente contaminado, é utilizado para consumo humano.

Assim, a presente pesquisa, ao apreciar o direito humano à água potável, revela impactos causados pela contaminação do sistema hídrico subterrâneo, trazendo à baila a inércia do Estado para assegurar a todos o acesso à água potável, fato este que afeta a existência digna daqueles que não conseguem referido

acesso. Observa-se que a não garantia de acesso a esse recurso natural - tão valioso e imprescindível à vida digna -, ao seu destinatário final, implica desrespeito aos valores da essência humana, além de desrespeito ao meio ambiente.

Nesse sentido, anota-se o dever do Estado de garantir a todos o acesso à água potável, o que se concretiza por meio do desenvolvimento e da aplicação de políticas públicas adequadas, que garantam a efetividade do direito fundamental ao acesso à água potável, que não pode ser negado aos cidadãos; além da necessidade da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, objetivando garantir os direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação adequada, entre outros.

São feitos alguns apontamentos sobre os impactos oriundos da contaminação dos sistemas hídricos em nosso planeta, recordando-se das mazelas que os interesses econômicos podem causar ao ambiente e ao ser humano, trazendo-se à baila exemplos de tragédias recentes ocorridas em território brasileiro, como os da cidade de Mariana e Brumadinho (Minas Gerais – MG), em que as mineradoras Samarco e Vale do Rio Doce, entre outras, ao se descuidarem da prevenção e da preservação ambiental, propiciaram o rompimento de barragens de contenção de resíduos sólidos, causando verdadeiros desastres ambientais, que sacrificaram vidas humanas, de animais e de ecossistemas inteiros, destruindo, inclusive rios e sistema hídricos, a exemplo do rio doce e de todo o sistema hídrico do ambiente local.

No mesmo sentido, são considerados os impactos ambientais provenientes da contaminação do maior mineroduto do mundo - o sistema Minas-Rio - em que uma mina de minério de ferro, situada em Conceição de Mato Dentro (MG), promoveu a degradação ambiental e a contaminação do seu sistema hídrico, prejudicando a existência de vidas em seu entorno e de todas aquelas que dependem, direta ou indiretamente, desse sistema. as vidas do planeta.

Para tanto, a presente pesquisa se vale do método investigativo bibliográfico de cunho doutrinário-legislativo, coletando dados bibliográficos para entender a resistência do Estado em assegurar água tratada à população, e evitar a contaminação dos lençóis freáticos, por meio de resíduos sólidos, provocando expressivo aumento da mortandade das espécies humanas e não humanas, presentes na ambiência do rio doce e adjacências.

2. A EXISTENCIA DIGNA DA PESSOA HUMANA E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável e preservado é um direito humano considerado de terceira geração, na medida em que compõe o rol dos direitos fundamentais de solidariedade e/ou fraternidade, atentos à humanidade e à coletividade, que respeitam e protegem o equilíbrio ambiental, a paz, o progresso da humanidade e a autodeterminação dos povos, entre outros. São considerados direitos da coletividade e, possuindo natureza coletiva e difusa, invocam o direito-dever de todos da sociedade, incluindo-se ela própria (sociedade), o Estado, as coletividades, as famílias e os indivíduos “per se”, para cumprirem o objetivo da concretização da dignidade humana e do respeito ao meio ambiente.

A água potável é um bem coletivo, difuso e/ou individual, considerado conforme as dimensões em que é compreendida. O acesso à água potável, entendida ela como alimento saudável, imprescindível à vida e à saúde, também pode ser compreendido entre os direitos fundamentais sociais. A Constituição da República Federativa do Brasil não explicita, entre os direitos sociais, o direito ao acesso à água potável, mas permite a consideração da sua existência entre os elencados direitos fundamentais – apesar de não enumerada entre eles – porque referido rol (exemplificativo) permite o acréscimo de outros direitos fundamentais, o que implica a possibilidade de se acrescer referido direito ao acesso (e consumo) à água potável, ao rol do texto constitucional dos artigos 6º e 225. Afinal, trata-se de um direito humano, essencial à saúde e à vida, dos humanos e não humanos, e à vida do planeta.

É certo que os direitos humanos não surgiram todos de uma única vez, mas conforme as lutas contra as opressões, as guerras ocorridas ao longo dos tempos, recordando-se que, atualmente, essa luta se refere, notadamente, ao direito humano ao acesso à água potável, ressaltando-se, assim, que os direitos do homem “[...] são direitos históricos, [...] caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. (BOBBIO, 1992, p. 5) e, que “[...] do século XVIII até os nossos dias, o elenco de direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais alteraram-se conforme as mudanças das condições históricas”. (LAFER, 1988, p. 124).

Necessária a luta contra o poder de inércia do Estado, em assegurar a existência digna de todos, garantindo a todos o (através do) consumo de água

potável. Grande parte da população não desfruta do acesso (a esse bem fundamental) à água potável, lembrando-se que os direitos humanos devem ser respeitados (efetivados) sempre, com ética, respeito à vida e proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, todos necessários à dignidade do homem.

O Estado Socioambiental e Democrático de Direito tem o dever de garantir a todos o acesso à água potável, o que se concretiza por meio do desenvolvimento e da aplicação de políticas públicas adequadas, que garantem o direito fundamental ao acesso à água potável (pura, limpa e tratada), que não pode ser negado para ninguém, objetivando afastar-se os riscos relacionados à aquisição de doenças e de mortes, em prol da vida sadia.

O direito humano à água potável habilita todas as pessoas a consumirem água potável suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e disponível para uso pessoal e doméstico. O consumo de uma quantidade adequada de água potável é necessário para se evitar a morte por desidratação de uma pessoa, reduzindo-se o risco de doenças relacionadas com a falta da água para o consumo, cozimento de alimentos e higiene pessoal.

A água não tem a função apenas de consumo e higienização, conforme se pode extrair das lições de Ana Alice de Carli (2016), que afirma

A água em forma líquida, como é de conhecimento empírico de todos, tem funções múltiplas, que inicia como elemento da estrutura corpórea de todos os seres vivos. Sua capacidade de dissolver outras substâncias faz dela um solvente universal. Além de outras funções elementares, como as de saciar a sede e de higienização.

Negar às pessoas o acesso à água potável é negar-lhes o direito fundamental à vida. Além disso, a água deve estar disponível e cumprir certos níveis de qualidade. Melhorar a disponibilidade de abastecimento de água é crucial à saúde pública, uma vez que este é o terceiro maior fator de risco para a saúde, principalmente nas nações em desenvolvimento, locais em que ocorrem as maiores taxas de mortalidade, segundo informações da ONU.

A problemática que envolve o acesso à água potável está relacionada à falta de água e à desertificação, que são entendidas *“como problemas que mais vão afectar os países do Terceiro Mundo, na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável”*. (SANTOS, 2001, p. 24).

O fato de o acesso à água potável estar comprometido, em tese, com a afetação de um quinto da população mundial, tem causado enormes preocupações ambientais e humanas, ainda mais, quando se considera que a escassez vem provocando considerável aumento do número de mortes no mundo.

A luta pela água potável é urgente, razão pela qual deve ser considerada objeto de reflexão pelos envolvidos direto ou indiretamente na causa, já que todos fazem uso da água. É necessário que se reforce a assertiva da necessidade de se utilizar, com urgência, medidas de contenção do impacto ambiental, relacionadas à contaminação da água destinada ao uso humano ou não humano, sendo necessária a efetivação do acesso à água potável, por meio do desenvolvimento e aplicação de políticas públicas adequadas que assegurem, definitivamente, o acesso à água potável como um direito humano fundamental à existência digna, pois os bens essenciais à sadia qualidade de vida são aqueles bens fundamentais à dignidade humana, ou seja, são os bens que garantem ao ser humano uma vida digna, sendo o direito humano à água um bem essencial a todos os viventes. (VILLAS BÔAS; SOARES; MONTEIRO, 2007, p. 8)

A manutenção do meio ambiente sadio e ecologicamente sustentável passa, necessariamente, por mudança ética da postura do homem em prol do ser humano e do próprio meio ambiente, requer uma mudança ética, relacionada à mudança de postura do homem, notadamente, com relação ao consumo da água potável e à consciência da necessidade do desenvolvimento sustentável. Necessário que o Estado assuma o papel de garantidor dos direitos sociais fundamentais, principalmente, do direito ao acesso à água potável, que é compreendido como necessário à efetivação da vida digna. Importante que a Carta Magna reconheça expressamente o rol exemplificativo dos direitos fundamentais, o que inclui ao acesso à água potável, entendido como um direito social fundamental, corroborando à promoção de políticas públicas voltadas ao acesso ao referido bem, afastando-se a poluição dos sistemas hídricos subterrâneos.

A água potável e segura é fundamental para a redução da fome e da pobreza, bem como essencial a um desenvolvimento sustentável. Assegurar o direito à água enquanto um direito humano constitui passo importante em prol da vida, pois o consumo da água potável é um direito protegido para todos e, não a prática de ato caridoso. Consumir adequadamente água potável significa manter a dignidade humana, diminuir as desigualdades sociais, e não violação dos direitos. (VILLAS BÔAS; SOARES; MONTEIRO, 2007, p. 9)

Importa ressaltar que não basta ao Estado assegurar água potável a todos, é necessário e essencial que essa água seja disponibilizada a preços razoáveis para toda a população, inclusive à população menos favorecida economicamente. Os custos com os serviços de água e saneamento não podem afetar a capacidade de as pessoas adquirirem outros bens e serviços essenciais, incluindo alimentação, habitação, serviços de saúde, educação e outros necessários à sobrevivência digna da pessoa.

Necessária a observação de que o Brasil possui a maior reserva mundial de água potável, o que não necessariamente o afasta do correto acesso a este nobre recurso natural, considerando-se que o seu maior problema está localizado na sua geografia territorial, reveladora da disponibilidade da água potável. A distribuição da água se dá de maneira desigual, lembrando-se no espaço em que se localiza a menor população (Região Norte), se concentra a maior parte dos recursos hídricos. A maior parte de água potável encontra-se nos rios da Bacia da Amazônia, devendo, por isso, serem protegidos, evitando-se a poluição desses recursos hídricos. E, o local em que se encontra uma enorme concentração populacional (Região do Nordeste) é o que detém a menor reserva de recurso hídrico do país. Necessária, então, a existência de políticas públicas que regularizem e equilibrem a distribuição e o acesso à água potável, notadamente no combate à seca enfrentada pela Região do Nordeste, afastando-se a violação do direito humano ao consumo de água potável de referida população. (PENA, 2019).

Ressalta-se, ainda, que a ideia do meio ambiente como um direito humano vem consagrada no Princípio 1º da Declaração de Estocolmo de 1972, extraída da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que afirma o direito fundamental do homem à liberdade, à igualdade, desfrutando ele de condições adequadas e saudáveis de vida, além de um meio ambiente de qualidade, que lhe permitam usufruir de bem-estar necessário à vida sadia, lhe sendo agregada a obrigação de proteção e salvaguarda das melhorias que devem garantir as gerações presentes e futuras.

No Brasil, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vem estabelecido, expressamente, no texto constitucional do artigo 225, que prescreve ser ele um bem ambiental de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo às presentes e futuras gerações. Apresenta, ainda, no parágrafo 1º, rol de ações a serem realizadas pelo poder público em prol da efetividade desse direito, entre as quais está presente (inciso VI) a promoção da

educação ambiental, em todos os níveis de ensino, de maneira a praticar a conscientização pública de todos para a necessidade da prevenção, precaução, proteção, preservação e salvaguarda do meio ambiente, que deve ser mantido sadio e ecologicamente equilibrado.

3. OS IMPACTOS AMBIENTAIS PROVENIENTES DA CONTAMINAÇÃO DO SISTEMA HÍDRICO SUBTERRÂNEO

A contaminação da água requer reflexões e atitudes positivas por parte de todos: sociedade, comunidades, famílias, escolas, Estado, construindo-se uma consciência coletiva que imponha respeito a valores éticos, resgate dos valores da essência humana e permita a sobrevivência igualitária e fraterna de todos, preservando-se o meio ambiente sadio.

Com a evolução das sociedades e das tecnologias, o ser humano se afasta da natureza, e por vezes sente-se incomodado por ela, razão pela qual tenta modificá-la para satisfazer aos seus interesses, esquecendo-se, na maioria das vezes, que interagir com a natureza degradada é degradar a si mesmo e à comunidade a que integra.

Desde crianças, aprende-se a necessidade de se respeitar o *habitat natural* dos animais, entendendo-se que todos têm o seu *habitat natural*, e que o planeta Terra é o *habitat natural* dos homens. Aprende-se a viver harmonicamente em sociedade e que o convívio social é alicerçado por um pacto de vontades, tacitamente entrelaçadas e interligadas, que mostram um consenso amplo de valores morais congregados, o contrato social. (VILLAS BÔAS; SOARES; MONTEIRO, 2007, p. 10)

O meio ambiente e a natureza fazem parte do ser humano assim como o ser humano faz parte deles, estando intimamente ligados pelas suas essências, cada um designando uma parte da dignidade do outro. A integração do homem ao ambiente e deste naquela é característica indissociável e inegável da dignidade humana.

No Brasil, ultimamente, a contaminação do sistema hídrico tem sido um assunto que está em pauta, basta observar os últimos acontecimentos. A impactante tragédia de Mariana (MG) com o rompimento da barreira de contenção de resíduos sólidos, assolou cidades inteiras com lama impregnada de rejeitos de ferro, transformando as águas do rio doce e deixando de fazer nascer e crescer vida vegetal, nas localidades atingidas. Apesar da própria empresa declarar que a

lama não é tóxica, segundo a revista *Época*, estudos preliminares do Serviço Autônomo de Águas e Esgotos de Valadares encontrou uma grande quantidade de resíduos de mercúrio em amostras da lama, mostrando toxicidade que ameaça não só o contexto da proteção ao meio ambiente local, mas também, animais e seres humanos envolvidos na tragédia. (CALIXTO, 2015)

A região de Conceição de Mato Dentro (MG) tem protagonizado o cenário político-social das discussões acerca da degradação ambiental decorrente da atividade mineradora, em especial, no que diz respeito à contaminação das reservas hídricas do município. No sítio eletrônico da Câmara dos Deputados os impactos rurais e urbanos são salientados.

As ações adotadas pela empresa Anglo American, adquirente dos direitos de mineração na região são descritas pelos moradores da região como verdadeiros massacres à população urbana e rural:

As reclamações são compartilhadas pelo lavrador Lúcio da Silva, que argumenta que as ações da mineradora para compra de terras em Conceição do Mato Dentro não são corretas. "Estão nos tirando à força. Estamos nos sentindo massacrados e vendo as pessoas sendo massacradas." (BRASIL; OLIVEIRA, 2019).

A situação específica e atual do mencionado município é tão caótica que o Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais vem adotando providências no sentido de buscar a interrupção da atividade exploratória e irresponsável e a suspensão do processo de licenciamento da mineradora.

O representante do Ministério Público mencionou ainda que a própria área de Direitos Humanos do governo identificou problemas enfrentados por moradores vizinhos ao empreendimento. "Moradores da Cabeceira dos Turcos estão afetados tanto pela mina quanto pela mineração. **A água secou e eles estão vivendo com alguns galões de água**", disse. (PARANAIBA; VALE, 2017, [n.p.]).

Ainda digerindo a impactante tragédia de Mariana (MG) com o rompimento da barreira de contenção de resíduos sólidos em 2015, e a menos de 3 anos, no dia 25 de janeiro de 2019, a barragem de rejeitos de mineração do Córrego do Feijão, localizada em Brumadinho, Minas Gerais, se rompeu e seguiu em direção ao Rio Paraopeba. No caminho, destruiu instalações da Vale, mineradora responsável pela barragem, casas, plantações, riachos e rodovias.

Com pouco mais de dois meses da catástrofe vivida por Brumadinho, que resultou um número enorme de mortos (identificados), aproximadamente

216, estando, ainda, 88 pessoas desaparecidas, (PARANAIBA; OLIVERIA, 2019, [n.p.]), o Sr. Fábio Schwartsman, Presidente da empresa VALE, Companhia Vale do Rio Doce - multinacional considerada uma das maiores empresas de mineração do mundo -, em declaração aos meios de comunicação do país afirma que a tragédia é considerada como um “acidente”, querendo amenizar o que, em tese, é considerado um enorme crime ambiental, (EPOCANEGÓCIOS, 2019, [n.p.]). Afirma o Sr. Fábio que "*A Vale é joia brasileira que não pode ser condenada por um acidente que aconteceu numa de suas barragens por maior que tenha sido a sua tragédia*". A declaração foi dada durante reunião da comissão externa da Câmara dos Deputados que apura a situação de barragens no Brasil (PRAZERES, 2019, [n.p.]).

Desastrosas tragédias, e desastroso discurso do Sr. Fábio Schwartsman, Presidente da Cia Vale do Rio Doce.

Apenas para lembrar, são 216 mortos e 88 pessoas desaparecidas, quando se fala de vida humana ceifada pela VALE, havendo, ainda, as vidas não humanas, sobre as quais, ainda, não se tem um correto diagnóstico, lembrando-se que toda a ambiência da região e adjacências estão totalmente comprometidas, a exemplo das águas limpas dos rios que se tornaram poluídas, deixando de preservar as vidas que delas dependiam, a saúde, as propriedades e o meio ambiente sadio que todos desfrutavam, anteriormente às tragédias ambientais. Parece que a preocupação com o lucro sempre excede à preocupação com as vidas, humanas e não humanas, o que se pode extrair do citado discurso, ao afirmar ser a Vale "*uma joia brasileira que não pode ser condenada por um acidente que aconteceu numa de suas barragens por maior que tenha sido a sua tragédia*". Ora, mas que joia rara é essa que além das tragédias provocadas, não consegue cuidar de suas vítimas, atuando sem cuidados e com descasos, quando é cobrada pelos danos sofridos por elas (vítimas das tragédias)?

Nesse sentido, destacando a falta de cuidados que Brasil vem tratando as questões ambientais, tem-se que

E a tragédia logo se repete, com as vidas perdidas, os danos patrimoniais, ambientais e sociais com a tragédia de Brumadinho. Tudo isso deixa mais distante do Brasil o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), cujas metas buscam concretizar os direitos humanos de todos e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. (SILVEIRA; BUSATO; BERTÉ, 2019, [n.p.]).

Onde as políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais falha, a atuação do Poder Judiciário se faz necessária como tentativa de solução às mazelas sociais, e de contenção de verdadeiros massacres, nas próprias palavras da população, refém da injusta situação.

Os impactos ambientais provenientes do mau uso do meio ambiente é fato notório no cenário mundial e os diversos interesses de ordem econômica e corporativa circundam o tema pondo em risco direitos fundamentais dos menos favorecidos.

Tragédias como da cidade de Mariana e Brumadinho (MG) devem ser estudadas a fim de se pensar medidas preventivas e de compensação devem ser previstas pelos sistemas jurídicos, além das medidas punitivas, porque a prevenção, precaução e compensação de possíveis acidentes conseguem trazer efetividade aos processos e procedimentos ambientais, notadamente, quando diante da ocorrência de tragédias ambientais geradoras de danos e do esgotamento certo de recursos naturais nobres e finitos, como é o caso da água potável, conforme anotado, a seguir

Não pensar o acesso à água potável como um direito humano, fundamental e inegociável seria o mesmo que tratar com desprezo o valor da própria vida humana, lembrando-se que a tutela estatal em prol da coletividade da garantia do acesso a água potável e ao saneamento, não espelha somente uma política pública ambiental, mas uma verdadeira política pública de proteção à vida humana. E, nesse diapasão, não se fala que o consumo da água potável, somente para “matar a sede” dos seres vivos, mas, sobretudo para garantir a sua existência digna. (VILLAS BÓAS; SOARES; MONTEIRO, 2017, p. 14).

De outro lado, a água contaminada ou em condições inadequadas de uso pelo ser humano, pode provocar doenças causadoras de males irreparáveis e até de óbitos, como é o caso do pó de amianto.

A companhia de água e esgoto da cidade de Valadares estimou, em 2015, logo após a tragédia de Mariana (MG), que os lençóis e reservas naturais de água da região estariam contaminados com ferro - um milhão e trezentos e sessenta e seis mil seiscentos e sessenta e seis vezes mais que o tolerável -, com manganês - cento e dezoito mil vezes mais que o tolerável -, e com alumínio, que é seiscentas e quarenta e cinco vezes mais que os índices toleráveis. (MENEZES, 2015, [n.p.]).

Traz-se à comparação, como exemplo, o caso chileno que apresenta uma forte crítica social ao direito de propriedade perpétuo, previsto no seu texto constitucional, conforme divulgado no sítio eletrônico o “publímetro” (CAEROLS, 2016, [n.p.]), que afirma ser o Chile um dos poucos países do mundo, em que o direito a água não é tratado como um direito humano fundamental. Atualmente, as companhias de água que atuam no Chile exportam a água potável para países de todo o mundo e, em especial, ao Japão, que a adquire em blocos extraídos das geleiras andinas.

Os sistemas hídricos fluviais, lençóis freáticos, lagos e toda a reserva de água doce tocada pela irresponsabilidade corporativa com a anuência, ou não, do Poder Público o qual, muitas vezes, direciona as suas políticas à exploração de recursos, objetivando somente a exploração econômica, não tem em tela, na maioria das vezes, valores que dignificam a existência humana, conforme exposto, a seguir

[...] os impactos ambientais provenientes da contaminação dos minerodutos e das atividades exploratórias, que agridem o meio ambiente, não atacam somente a moradia de populares, mas também, ao coração do Estado e aos valores agregados ao seu território, podendo se referir a ações idealmente criminosas equiparáveis a atos comissivos ou omissivos, direcionados a resultados fatais, que podem levar à morte homens, famílias, ecossistemas, revelando ato “suicida” ou “homicida” do laço íntimo existente entre o meio ambiente e a natureza, quando dispostos à sustentação humana e social. (VILLAS BÓAS; SOARES; MONTEIRO, 2017, p. 14-15).

Os últimos acontecimentos no Brasil envolvendo empresas do ramo de mineração em crimes de ordem ambiental acabam por propiciar um impacto no meio ambiente de proporções gigantescas, havendo, então, de se ressaltar que em nenhum momento se pode pensar na ocorrência de “um acidente”, porque a tragédia ambiental verificada diz respeito a um crime da ordem ambiental, a ser punido pelo Estado, o qual deve exercer a sua função de garantidor da ordem pública e dos direitos dos homens, entre os quais estão presentes o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito humano ao acesso à água potável. É certo que a lama despejada pelas empresas mineradoras e, continuam a seguir rio-abaixo, não contém água potável para servirem às vítimas das tragédias. Muito pelo contrário, o que vem derramado nos leitos dos rios são lixos tóxicos, contendo chumbo, cobre, níquel, zinco, entre outros elementos químicos prejudiciais à saúde do homem, do meio ambiente e dos ecossistemas.

CONCLUSÃO

A manutenção do meio ambiente sadio e ecologicamente sustentável em prol do ser humano e do próprio meio ambiente, requer uma mudança ética, relacionada à mudança de postura do homem, notadamente, com relação ao consumo da água potável e à consciência da necessidade do desenvolvimento sustentável.

A partir de doutrina contemporânea e clássica, de casos concretos (tragédias ambientais) invocados e dos textos constitucional e Declarações Internacionais, trazidos à pesquisa, entende-se demonstrada imprescindibilidade da garantia do acesso à água potável - bem ambiental essencial à efetivação dos direitos fundamentais mais básicos -, devendo ele ser garantido a todos, a partir de vieses ecológicos. Salienta-se que a degradação do meio ambiente é fato notório no cenário ambiental mundial e que os diversos interesses de ordem essencialmente econômica e corporativa, que circundam o tema, podem colocar em risco direitos fundamentais dos menos favorecidos.

Os sistemas hídricos fluviais, os lençóis freáticos, os lagos e toda a reserva de água doce, tocada pela irresponsabilidade corporativa, com a anuência, ou não, do Poder Público que, muitas vezes, não consegue coibir a concretização de inconvenientes políticas públicas de exploração de recursos naturais, carecem de olhar transdisciplinar, voltado aos parâmetros da dignidade humana, que não permitam impactos ambientais geradores de contaminação e de toda sorte de atividade exploratória, agressora do meio ambiente e da dignidades da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. Água: um direito humano fundamental. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

BRASIL, Cláudia; OLIVEIRA, Marcelo. Conceição de Mato Dentro: impacto socioambiental preocupa moradores e autoridades. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/camara-noticias/camara-des-taca/mineracao/conceicao-do-mato-dentro-impacto-socioambiental-preocupa-moradores-e-autoridades>. Acesso em: 09 abr. 2019.

CAEROLS, Consuelo Rehbein. Chile es el único país en el mundo en que el agua es privada. 2016. Disponível em: <https://www.publimetro.cl/cl/nacional/2016/11/23/chile-unico-pais-mundo-que-agua-privada.html>. Acesso em 09 abr. 2019.

CALIXTO, Bruno. Estes são alguns danos ambientais causados pela lama da barragem da Samarco. 2015. Disponível em: <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2015/11/estes-sao-alguns-dos-danos-ambientais-causados-pela-lama-da-barragem-da-samarco.html>. Acesso em 09 abr. 2019.

CARLI, Ana Alice. Água; direito fundamental, sujeito de direitos e titular de dignidade. IN: V CONPEDI Internacional Uruguai, 2016, Monevidéu, Anais do V CONPEDI.2016.

COMPARATTO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTI, Irio Luiz. Direito humano à alimentação adequada e soberania alimentar. Brasília, DF: Consea, 2014. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar>. Acesso em: 25 jan. 2019.

FERNSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUZ, J. P. da; TURATTI, L.; MAZZARINO, J. M. Água: direito humano fundamental. Revista Estudo & Debate, Lajeado, v. 23, n. 2, p. 265-279, 2016. Disponível em: <https://www.univates.br/revistas>. Acesso em: 28 out. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES, Enzo. Lama contaminada tem concentração de metais até 1.300.000% acima do normal. 2015. Disponível em: <http://noticias.r7.com/minas-gerais/lama-contaminada-tem-concentracao-de-metais-ate-1300000-acima-do-normal-12112015>. Acesso em 09 abr. 2018

MINNESOTA (STATE). University of Minnesota: Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general 6 – los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm6s.htm>. Acesso em: 25 jul. 2018.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 3 ed. Campinas, São Paulo: Millennium, 2010.

NAVES e JUNIOR (2014) Raphael de Andrade Naves; Sérgio Luis Pacheco Machado Junior. *O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO MEDIDA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*. Disponível em : <http://www.lo.unisal.br/direito/semifc/publicacoes>. Acesso em 08 abr. 2019.

ONUBR. *Mundo não pode ver água como garantida, afirma chefe da ONU ao lançar década global de ação*. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-nao-pode-ver-agua-como-garantida-afirma-chefe-da-onu-ao-lancar-decada-global-de-acao/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (onu). *Observación general nº 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra: ONU, 2002b. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. *Comentário Geral nº 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 2002a. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&referer=/english/&Lang=S. Acesso em: 24 nov. 2015.

PARANAIBA, Guilherme; VALE, João Henrique do. *MP pede suspensão do processo de licenciamento de mineradora em Conceição de Mato Dentro*. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/19/interna_gerais,885166/mpf-recomenda-suspensao-de-licenca-ambiental-de-mineradora-em-conceia.shtml. Acesso em: 09 abr. 2019.

PRAZERES, Leandro. *Tragédia em Brumadinho, 2019*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/14/vale-e-joia-nao-pode-ser-condenada-por-brumadinho-diz-presidente-da-empresa.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em 08 abr. 2019.

PENA, Rodolfo F. Alves. *Distribuição da água no Brasil*. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br>. Acesso em: 09 abr. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *O acesso à água potável alçado ao status de direito humano fundamental: breve explicitação ao tema*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26428>. Acesso em: 08 abr. 2019.

SÁNCHEZ BRAVO, Á. A. *Injusticia ambiental y derecho humano al agua*. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 551-566, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/186>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TURATTI, L. *Direito à água: uma ressignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança*. 2014. 246 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014.

UNESCO. 2005-2015: *Década Internacional para Ação “Água, fonte de vida”*. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/ia/about-this-office/prizes-and-celebrations/2005-2015-international-decade-for-action-water-for-life/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; SOARES, Durcelania da Silva; MONTEIRO, Leonardo Rodrigues Coelho. O acesso à água potável: bem ambiental essencial à vida e à dignidade humana. IN: *III Seminário Internacional sobre Direitos Humanos fundamentais*, 2017, Anais do III SIDHF. PPGDC/UFF.

PAINEL 6:
Ética, educação e cidadania

ABUNDA A MALDADE BENDITA, BEM DITA DO AUTOPROCLAMADO CIDADÃO DE BEM¹

Joaquim Pacheco de Lima

Faculdades Londrina (Brasil)

joaquimpiolima1@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A maldade abunda. Por que? Os vagabundos do mal e os cidadãos de bem, enquanto categorias nas narrativas dos segmentos do pensamento conservador, conduzem à prática e práxis (Vasquez, 2011) nos caminhos da terra, do céu e do inferno. No Juízo Final – é possível inferir que na seleção dos malditos e dos benditos (Mt 25,31-46) o vagabundo será cidadão e o cidadão será vagabundo? Em tempo de finais dos tempos, tempo de fascismo fugicida, pandemia – Covid-19 – e, do *digito ergo sunt*, da economia de Francisco (papa), para descontaminar o olhar no real é necessário decifrar o enigma grego da Esfinge – “decifra-me ou te devoro!” (Hesíodo).

Inicialmente explicitando os termos, é preciso distinguir que maldade e mal não são conceitos sinônimos. Maldade é um substantivo e mal um advérbio. A maldade pressupõe ação, *in verbis*, um dano inesperado, enquanto o mal tem razão ontológico, isto é, dá identidade ao ser, quando se torna substância. O antônimo de mal é o bem e o de mau (adjetivo) é o bom. A abordagem filosófica metafísica, o mal é o não-ser diante do ser, a dualidade do ser, segundo Abbagnano (2007, p.649). Não é a antividência com potência limitante, tem causa própria e antitética à do bem. A maldade é a expressão da vontade malévola, ou nulidade absoluta, conforme Hegel. Outra concepção, o mal como objeto negativo de desejo, ou dos juízos morais, na visão de Kant, objeto da faculdade de repelir, um desvalor, juízo negativo de valor, o mal radical (Roza, 2015). A análise do mal deve levar-se em conta a dimensão do mal enquanto natureza e mal moral. A maldade é a conexão do mal.

A pergunta atual de partida é a mesma que intrigava Santo Agostinho no século IV (d.C): qual a essência do ser humano, criatura e imagem de Deus? Qual a origem da maldade humana? Por que, para que, como o mal e a maldade

¹ Estudo apresentado no III Seminário Internacional sobre Democracia, Cidadania e Estado de Direito, Painel 06, em 22/09/2021, Universidade de Vigo (Espanha).

abunda? Construir resposta a tais perguntas são peças para decifração do enigma humano.

2. A MALDADE E O MAL - DE ONDE VEM?

Ações de governos, dirigentes e governantes da sociedade e de pessoas nos induzem, irônico e fenomenologicamente, a concluir: o diabo existe, enquanto Ser, e está em luta permanente contra Deus (Ser eterno). A pandemia e a ignorância ceifam vidas e governos e pessoas promovem ações de morte. Emisoras de TV surtam quando um humano (vagabundo do mal/bem) comportam diferentemente da ordem dominante ou praticam crimes, conforme leis, mas ocultam quando são praticados pelos cidadãos de bem/mal da classe dominante ou asseclas. Segmentos de igrejas, pastores e religiosos que manipulam o crente ignorante no apoio à morte cognitiva e religiosa perdem a faixa identitária, de lócus de ópio do povo e tornam-se “anunciadores” da boa nova “a pátria (o Brasil) acima de tudo e Deus acima de todos”. Jesus os qualificou como “hipócritas”, “raças de víboras” e “sepulcros caiados” (Mt. 23). Mas qual Jesus ou messias?

Frente a maldade humana, no mundo caótico, como o poeta Castro Alves (obra *Vozes d’África*), alguns indagam: “Deus! Ó Deus! onde estás que não respondes?”

A maldade é notória nos conflitos, embate e beligerância entre os humanos, divididos entre vagabundo do mal e cidadão de bem. Como exemplo: um juiz da Operação Lava a Jato do Paraná, no Brasil, caçador de corrupto político, condenado como juiz parcial pelo Supremo Tribunal Federal (STF), foi denominado como cidadão de bem, bendito. É tratado, em 2021, por setores da elite e de sua mídia nativa, como candidato à presidência da República em 2022. As revelações e denúncias de suas estripulias, abusos de poder e manipulação no judiciário é considerado cidadão do mal por alguns. “Ladrão” afirmou um deputado federal (2020) e/ou vagabundo do mal, é twitado por outros, que buscam informações além do bem dito (opinião publicada, dominante). Maldito ou Bendito? Qual a nota no fim dos tempos – na escatologia?

A maldade é natural? A história da humanidade é a história das lutas de classes, conforme Karl Marx (2002, p. 40). A maldade humana, enquanto construção, tem controle e domínio?

A naturalização da maldade humana na história, nos reporta a Grécia, século V a.C. Aristóteles, filósofo clássico, da aristocracia dominante, expressou

a contaminação escravista de sua época. Afirma na obra *Política* (2019,1254) que o escravo e o senhor são por natureza diferente: o primeiro para o trabalho e uso do corpo para servir; o último por natureza foi feito para pensar, ser servido e dirigir a *pólis* e a sociedade política. A escravidão se manifesta como natural. Enquanto alibi, a maldade humana é uma ordem da natureza. Neste caso, afirma Dussel (1980, p.240), que na totalidade histórica concreta dispõe de “contaminação ideológica”, em que a filosofia torna-se ideologia, cujo exercício teórico tem autonomia relativa. A escravidão, expressão da maldade humana, tem a sua justificativa.

3. O MAL E O DIABO EXISTE? A ONTOLOGIA

O mal é abordado e compreendido por alguns como Ser ontológico. Personificado em Satanás. Há uma confusão cognitiva, epistemológica sobre a essência do ser humano, espírito, alma e corpo (somas, pneuma, psyche), entre visões monísticas, tricotômicas e dualistas. E resulta na ação do pastor que diz: “sai (demônio - mal) deste corpo que não te pertence!!!” Assimila o crente despossuído (na fragilidade emocional humana) que o diabo existe, enquanto substância e que é um Ser, aderente ao corpo(soma). Gritava o padre jesuíta, Óscar Quevedo (1961-2019), na década de 1980 no programa *Fantástico* da Rede Globo: - “isso non eziste”. Negava a existência do diabo (substância) e acusava religiosos de falastrões e enganadores do povo. Para estes o diabo e demônios existem como instrumento - chave do conformismo - da idolatria do mercado. Embora negam tais funcionalidades, pois estão usufruindo no arco da ética cristã e o espírito do capitalismo (Max Weber).

Os cristãos primitivos, os filósofos cristãos nos primeiros séculos, combatiam o dualismo ente dois princípios opostos, o Bem e Mal. Santo Agostinho de Hipona (354-430), inicialmente adepto do maniqueísmo (seita, heresia), depois ferozmente o combateu, expõe em suas obras: *Confissões*; *O Livre Arbítrio*; *Sobre a Doutrina Cristã*, *Sobre duas almas [contra os Maniqueístas]*. Compreendia o mal enquanto ausência do bem. Examina o problema do mal em três níveis: metafísico-ontológico; moral; e físico.

Nas meditações sobre o mal e sua procedência (*Confissões*, livro 7,caps. V e VIII) , o bispo de Hipona respondeu que o mal não é um ser (não tem ontologia), mas é uma deficiência e privação do ser humano. Não existe mal no cosmos. Existe apenas graus inferiores de ser, em relação a Deus, numa análise **metafísica** do africano de Tagaste. O vagabundo do mal, ontologicamente, não é do mal. O

cidadão – autoproclamado de bem, na condição de humano não é só de bem, pois sofre de privação – passa por escândalo.

O mal **moral**, enquanto pecado, é da responsabilidade do humano, ser finito. Sua vontade deveria tender para o Bem Supremo, sumo Bem, afirma Agostinho (*O livre-arbítrio*, livro III). Muito optam por bens inferiores, mediante o livre arbítrio. O pecado está na escolha incorreta entre os vários bens existentes, em que o humano se afasta da iluminação divina e aproxima da falsa onipotência da criatura humana (a escuridão). O mal é o mau uso do grande bem – o livre arbítrio.

O mal **físico** corresponde a morte, sofrimentos e doenças, cujo significado a partir da fé é consequência do pecado original. É o peso do mal que recai sobre o corpo, por meio do pecado, tornando-o mortal, ressalta Aurelius Augustinus.

Afirma Agostinho (*Confissões*, 7,XIII), que “E para ti Senhor, não existe absolutamente o mal; e nem para a universalidade de tua criação, porque nada existe fora dela, capaz de romper ou de corromper a ordem que tu lhe impuseste.” Complementa, que embora “algumas de suas partes (da criação), determinados elementos não se harmonizam com outros e estes são considerados maus.” A existência da maldade, na visão do neoplatônico, está na combinação entre elementos não harmônicos, embora bons em si mesmos.

Os que afirmam a existência do mal – os cidadãos de bem x vagabundos do mal – o ser Deus e o ser Diabo, “não tem juízo sadio, nos que se desagradam com algumas parte de tua criação, [...]” aponta no *Livro 7, capítulo XIV*. “Por isso fora atrás da teoria das duas substâncias”, conforme os maniqueus, Bem e Mal. O neomaniqueísmo ressurgiu no século XXI, sob a forma de neonazifascismo.

4. A MALDADE E SUA MANIFESTAÇÃO

A sensação de que o mal prevalece sobre o bem é uma hipótese, imaginação ou realidade? “O concreto é concreto por ser a síntese de múltiplas determinações, logo, unidade da diversidade” (Marx, 1983, p.218). A manifestação da maldade nas suas determinações – enquanto sensações – é expressão do concreto – das relações materiais de existência regulada pela desigualdade, dor, sofrimento, negligência, genocida e morte. As determinações, enquanto essência destes fenômenos, que se manifestam como maldade são (i) a *conciliação*, (ii) a *naturalização e banalidade*, (iii) a *desinformação obtusa*, (iv) *as violências simbólicas e híbridas*.

A leitura teológica-pastoral, no meio das classes populares, frente as situações-problema de maldade, dor, sofrimento e sua relação com Deus é de **con-ciliação**, afirma Splinter (2021). A existência e persistência da maldade no mundo e a indagação sobre a ausência/presença da bondade de Deus, alguns humanos produzem desculpas para conciliar a dúvida sobre a pergunta – Deus onde estás? Eis algumas respostas:

“Deus mandou o mal para punir”o povo pecador;

“Deus mandou o mal para daí tirar o bem”;

“Deus não manda um problema que você não pode resolver”;

“Deus não cria o mal, mas o permite e dele tira algum bem”, considerando a tese de Santo Agostinho (1995) e o disposto no Art. 311 do Catecismo Católico (2005), em que trata sobre a providência e escândalo do mal.

O Papa Francisco (2015), na sua viagem à Filipinas, orientou os cristãos a responderem com “o silêncio ou a palavra que nasce das lágrimas” quando indagado sobre “porque sofrem as crianças, porque acontece isto ou aquilo de trágico na vida”. A questão de fundo é: qual a concepção de Deus e o problema e a ontologia do mal?

A ideia de Deus na resposta 1 é de um ente punitivo, castigador; nas respostas 2 e 3 o Onicriador é maldoso e experimentador das potencialidades de suas criaturas humanas, embora saiba do resultado. A resposta 4, Agostinho, na obra *Libre Arbítrio*, no embate com os pelagianos e maniqueis, aponta que o mal não é um ser, mas deficiência e privação do ser.

A Igreja Católica, no *Catecismo* (2005, n. 386-387), constata que o pecado (mal) está presente na história do homem. A realidade do pecado só é compreensível com o conhecimento oriundo de Deus. “Só no conhecimento do desígnio de Deus sobre o homem é que se compreende que o pecado é um abuso da liberdade que Deus dá às pessoas criadas para que possam amá-Lo e amarem-se mutuamente” (n.397).

A manifestação da maldade, parcialmente, tem a sua expressão na polarização da sociedade brasileira entre antipetismo e petismo. Expressa a bipolaridade entre mal e bem, vagabundos e cidadãos que ocultam as lutas de classes e o domínio global do rentismo capitalista, neoliberal. Gerando fome, pobreza e morte. Entre setores as classes da elite e as mídias corporativas dominantes há

um movimento de conciliação de classe na construção de uma hegemonia de classe, no contexto de conflitividade e periculosidade das classes populares.

A indagação corrente é, por que alguns setores da sociedade (em especial religiosos e reacionários) rotulam e etiquetam “o outro” que pensa diferente, o opositor, como “agente” do mal? Por que naturaliza a maldade? A tese é que os elementos estruturais da civilização capitalista, do seu espírito (mentalidade coletiva e sistema ético), conforme o jurista Fábio Comparato (2013), se configura no moralismo, como consciência moral dualista (bem-mal; vagabundo-cidadão; cristão-não cristão; capitalismo-comunismo; verdade-mentira; macho-fêmea). A filosofia hegemônica, enquanto concepção de mundo, dos que articulam os interesses das classes dirigentes e dominantes na sociedade capitalista, tem como fundamento a **naturalização** das desigualdades. A maldade e o mal se naturaliza e banaliza (Arendt, 1999). É o retorno ao estado de natureza, criticado pelos filósofos contratualistas do século XVIII.

Neste tempo de confinamento do afeto e do apego há um confinamento do bem. O mal alvora em poder ou vontade de poder. Às margens dos rios da Babilônia, afirma o salmista no livro bíblico, assentamos e choramos, na tristeza do israelita no cativeiro (586 a.C), no confinamento, (Salmos 136).

Na atualidade cresce os indicadores de desemprego, fome e mortes com as políticas neoliberais. Por que o mal aumenta? Por que o bem fragiliza? Paolo Crepet, filósofo e psicólogo italiano, na obra *Fragilità del bene: sull'amore - Elogia dell'amicizia - Impara essere felice* (2021) (Fragilidade do bem: no amor. Elogio da amizade. Aprenda a ser feliz) destaca que há uma redução do amor, da amizade que conduzirá a felicidade. Todavia, o mal aumenta e daí a densidade de poder. Há um naufrágio emocional que fragiliza o bem.

A deformação da informação é uma estratégia, enquanto ato da maldade. A *desinformação* proporciona o sabor do domínio, do ódio (Tiburi, 2020, p. 38). Corrói as instituições democráticas e ameaça a vida humana. As redes sociais propagam discurso de ódio, teorias da conspiração, manipulação de dados pessoais, fatos e acontecimentos. Os meios digitais influenciam nossos olhares sobre a realidade e sobre as relações pessoais com amigos e familiares, bem como, nossas tomadas de decisões. Entender a engrenagem da cultura digital é uma exigência crítica.

A repórter Patrícia de C. Mello, na obra *A máquina do ódio* (2020), em suas notas sobre fake news e violência digital que sofreu pelas milícias digitais

aborda a questão da intimidação aos jornalistas independentes, casos no Brasil, EUA, Índia, Hungria, etc. Eugênio Bucci (2021), no combate a desinformação, com a obra *A superindústria do imaginário: como o capital transformou o olhar em trabalho e se apropriou de tudo aponta que é visível*, analisa a estratégia do capital, dos conglomerados monopolistas globais que se ocupam da comunicação, da exploração do olhar e a extração dos dados pessoais – e dos quais as mídias digitais são um combustível e uma extensão. A comunicação assume a capacidade de fabricar valor em escala industrial. O corpo da mercadoria perdeu valor para sua imagem. O desejo substitui a necessidade, enquanto interpelação ao sujeito. O gozo suplantou o valor de uso ou troca da mercadoria. O neoliberalismo exacerba e difunde o pragmatismo, tendência filosófica anglo-saxônica difundida por Richard Rorty, influenciado por C. Peirce e J. Dewey. A política do ódio (denunciado por Mello, 2020), enquanto maldade, em um ambiente patrocinada pela “indústria do imaginário” (Bucci, 2021) e a disseminação pela filosofia do utilitarismo – como foco na felicidade individual, resulta no crescimento das representações políticas dos grupos autoritários, neofascistas no diversos países da Europa, América e Ásia.

A maldade se manifesta como *violências e guerras híbridas*, parte da arte da guerra, conforme as orientações táticas do teórico de guerra, Sun Tzu (1983). Os grupos autoritários, os negacionista da ciência, conservadores convivem com uma ideologia beligerante, armamentista e concebe dualisticamente o ser humano como mal por natureza. A arte da guerra é escolher os pontos fracos e fortes do inimigo. Afirma Tzu: “Se o inimigo estiver descansando, fustigue-o; se acampado silenciosamente, force-o a mover-se; se bem abastecido de provisões faça-o ficar esfomeado. Apareça em pontos que o inimigo deva apressar-se a defender; marche rapidamente para lugares onde não for esperado” (p.38). As violências nas suas múltiplas formas e as guerras híbridas são elementos efetivos da citada arte da guerra. Regidos pelos instintos naturais, primitivos do Uratha – o do fogo interno que anseia pelo submergir, matar e consumir, contrapostos pelos contratualistas europeus (Hobbes, Locke e Rousseau) do século XVII e XVIII.

Enquanto habilidade dos generais, na promoção da maldade, que luta, conforme Sun Tzu (1983, p.27), com a espada embainhada, emprega organicamente os tipos de soldados: o prudente, o bravo, o cobiçoso e o burro. O mérito do primeiro, a coragem em ação do segundo, o tirador de vantagens e por último o que burro que não teme a morte. Em vista de um princípio de prazer e não de realidade (Marcuse), de conquista e conservação de poder (Maquiavel), articula os idiotas, conforme a tipologia psicossocial da filósofa Tiburi (2020): (i) o idiota

raiz (divide-se em idiota ignorante orgulhoso; o idiota burro mesmo; e do conhecimento paranóico; (ii) o neidiota ou cananha em potencial (divide-se em idiota mercenário; e o idiota cool. Os fatos recentes no Brasil, em 2021, nas manifestações de ruas contra ministros e o STF, os depoimentos de negacionistas de vacina contra a Covid-19, bem como os oportunistas em negociar “compra de vacinas” com o governo, conforme denúncia e depoimentos na CPI da Covid-19 no Senado, apresentam os tipos de idiotas e soldados de guerra, conforme Tiburi e Sun Tzu.

Os variados tipos de manifestações da maldade expressam um cotidiano autoritário de dor e sofrimento, racismo, desigualdade, exclusão, extermínio e violências. Os critérios de análise de identificação das manifestações – ação, atitude, postura e comportamento - de malvadeza correspondem aos efeitos, ou resultados adversos ao que é um bem, bom, bem-estar, bem-viver, dignidade humana, direitos e garantias, fraternidade e solidariedade humana.

A a conciliação, a naturalização e banalidade, a desinformação obtusa, as violências simbólicas e híbridas são os elementos fenomênicos da maldade. Há um treino do ódio na microfísica do poder (Foucault) no cotidiano. Os aparelhos privados de hegemonia capitalista dominante (Gramsci) exercem a função de educar e treinar para o vazio de diálogo, de pensamento.

5. A MALDADE BENDITA OU BEM DITA? ABORDAGEM RELIGIOSA

A benção como ato de abençoar, benzer e invocar a graça divina que acarreta bem e felicidade tem na repetição a sua legitimidade, eficácia, conservação e continuidade. O bendito é quem sofreu o efeito da benção. É o sujeito que está feliz, fasto, afortunado, próspero, em pleno gozo de seus direitos de pessoa humana. Há os benditos e os malditos com os mecanismos de domínio, direção.

- Os benditos – filhos da luz.
- Os malditos – filhos das trevas.

- Bem dizer – dizer bem. Bem dizer o mal torna o mal um bem. Será? O bem é a essência do ser humano, causa da felicidade, segundo Aristóteles em *Política*. Em Platão, a construção de sua ontologia puramente idealista, concebe como ideia do Bem, no Livro VII da *República*, no mundo inteligível. O mal em Platão não tem idealidade (não está no mundo inteligível) porque é fruto da imo-

ralidade humana, a sua realidade platônica está no mundo sensível. O mal necessita da existência do bem. Na ontologia metafísica estoica o bem é o ser e o mal é o não-ser. Para a ontologia agostiniana o mal só existe como a negação e a contradição daquilo que é o Bem e o Ser em sentido metafísico. Daí o conceito de Deus, ser perfeito, eterno e imutável. Afirma Agostinho, o mal é carência de Deus. Mas no cotidiano temos a percepção de que o mal bem dito torna-se bem. O mal bem dito torna-se bendito? Os malditos tornam-se benditos?

Quem é o maldito? É aquele que é alvo de uma maldição; que exerce influência nefasta. É em sua natureza perverso, cruel, excessivamente mau. A pergunta que não quer se calar: - qual a razão da inversão, da ocultação do bem como mal e o mal como bem? Carência de luz, de Deus, de razão e excesso de irracionalidade. A resposta angular é: **a hegemonia do mal.**

O bem torna-se invisível, sem acesso, visibilidade, sem ativação dos algoritmos por meio das plataformas virtuais que estão sob o controle do mal. O mal torna dominante, governante e dirigente na sociedade. Afirma Gramsci (2013; 5, p. 62), “a supremacia de um grupo social se manifesta de dois modos, como “domínio” e como “direção intelectual e moral”. A análise gramsciana da hegemonia concebe que “uma classe é dominante em dois modos, isto é, é “dirigente” e “dominante”. É dirigente das classes aliadas, é dominante das classes adversárias que almeja “liquidar”. O domínio do mal se expressa com o uso da força, violência e coerção. A direção intelectual e moral do mal se expressa no consenso, consentimento e proliferação de ideias, valores, comportamento e postura, naturalizando a maldade por meio dos aparelhos privados de hegemonia – família, escola, igrejas, meios de comunicação social, redes sociais, direito, etc.

A abundância do mal é a manifestação da hegemonia, enquanto grupo social dominante e dirigente. Continua a pergunta: como o mal prevalece sobre o bem?

Nas relações de poder entre governantes e súditos há dois campos distintos: a moral e a política. Na concepção maquiavélica da política fundamenta-se na conquista e na conservação do poder. A preservação e continuidade do mal no poder necessita de legitimidade, justificação e consentimento por meios de mecanismos: a) políticos; e b) religiosos.

Alguns exemplos de **mecanismos políticos**: fake news, deformação das informações, desvalorização da democracia e do Estado Democrático de Direito,

racismo, preconceito, discriminação, negacionismo, misoginia, feminicídio, omicídio e outras centenas de formas.

No Brasil, em passado próximo, alguns mecanismos políticos utilizados pelo mal foram: (i) impeachment da presidente Dilma (2016); (ii) destruição dos direitos e garantias trabalhistas e previdenciárias; (iii) políticas ultraneoliberais com pobreza, desemprego e fome; (iv) lavajatismo; (v) atitude de governo genocida no combate à Covid-19.

Quanto aos *mecanismos religiosos* para firmar a hegemonia do mal – no campo da superestrutura – é necessário a benção e a invocação da graça divina que acarreta bem. O critério de análise do mecanismo político e religioso são os efeitos: dor e sofrimento de pobres, seus apoiadores e inocentes, e orgasmo do Diabo.

Na busca da conexão entre a maldade bendita e bem dita. A maldade é predicado do mal. Numa abordagem religiosa, na Bíblia, o mal tem como expressão Satanás e o Diabo que não tem nome próprio. Nas escrituras o Diabo é chamado por diversos nomes e títulos, que indicam de alguma forma o seu caráter, ações e propósitos. A identidade do diabo na Bíblia é possível designar por meio de seus nomes expostos. Os principais são:

Acusador: ele dissemina falsos testemunhos contra o povo de Deus (Apocalipse 12,10).

Adversário: ele é contrário a Deus (1 Pedro 5,8).

Antiga serpente: ele foi o ser que enganou o homem no início da História (Apocalipse 12,9; 20,2).

Assassino: procura a morte física e espiritual das pessoas (João 8,44).

Belzebu: significa “senhor das moscas” (Mateus 12,24).

Diabo: significa “acusador” (Lucas 8,12).

Dragão: mais um indicativo de seu poder destrutivo (Apocalipse 12,3.7.9).

Inimigo: indica sua oposição (Mateus 13,28).

Leão que rugiu: indica sua ambição destrutiva (1 Pedro 5,8).

Maioral dos demônios: indica sua liderança entre os anjos caídos (Marcos 3,22).

Maligno, do grego *Belial*: indica sua falta de valor (2 Coríntios 6,15).

O deus deste século: preside sobre o estilo de vida pecaminoso da humanidade (2 Coríntios 4,4).

O mal: indica toda a maldade de seu ser (João 17,15).

O príncipe da potestade do ar: (Efésios 2,2).

O príncipe deste mundo: indica sua influência sobre os governos mundiais (João 12,31).

Pai da mentira: ele é o grande fomentador da falsidade e engano que há no mundo (João 8,44).

Satanás: significa adversário (1 Timóteo 5,15). Este é o principal designativo para o Diabo na Bíblia.

Tentador: ele é aquele que incita as pessoas a pecar (1 Tessalonicenses 3,5).

Vale destaque as pesquisas sobre o tema: Frederico Dattler, *Diabo e Demônios na Bíblia* (1997); o biblista Ildo Bohn Gass, *Satanás e os demônios na Bíblia*, (Cebi, 2013); a antropóloga, Elaine Paigels, *As Origens de Satanás: um estudo sobre o poder que as forças irracionais exercem na sociedade moderna*, 1996. Abordam sobre quem é Satanás e que mal representa para a sociedade. A evolução da ideia de Satanás desde o Antigo Testamento e na nova Escritura.

O fundamento do ódio ao Outro, ao diferente, expressão da maldade na sociedade brasileira, tem como um dos lócus religioso, aparelho privado de hegemonia, setores do pentecostalismo. A partir do momento de converter-se para a representação política. Segundo Camilo Rocha (2020), uma das características do neopentecostalismo é a ênfase de “uma constante guerra espiritual contra a figura do Diabo e seus representantes na Terra, da cultura à política.” Os religiosos pentecostais, a partir da ética protestante e o espírito do capitalismo, da fugalidade cimentam o desejo de prosperidade com a teologia da prosperidade. Simula a cura das dores e sofrimentos dos des-graçados, vulneráveis fundados no dualismo platônico e neomaniqueu por meio da beligerância entre o mal x o bem; o diabo x Deus. O diabo (Satanás) é concebido como ser ontológico em disputa com Deus. A riqueza é bênção e a pobreza maldição (ação da maldade). O “ne-oidiota” mercenário ganha dinheiro dos “idiotas de raiz”, conforme a tipologia de idiotas, descrita por Márcia Tiburi, em *Como conversar com fascista* (2020). Pois é,

“*homo homini lupus*”, de Hobbes, ou “*lups est homo homini lupus*” (o homem é um lobo do próprio homem).

A maldade humana, na dimensão fenomenológica religiosa, ressurgiu das profundezas do Tormento, alimentando as ideias de estereótipo, identidade e *ethos*, conforme Boaventura e Freitas (2019, p. 478) na polarização entre “cidadãos de bem” (*ethos* positivo) e “cidadão do mal” (*ethos* negativo).

Eis alguns estereótipos dos religiosos autoproclamados “cidadãos de bem”, disponíveis nas redes sociais:

- “1. Que essas pessoas, são profundamente ignoras, simplórias, egoístas e muito materialistas... toscas, enfim....
2. Que elas NUNCA LEEM NADA, não sabem pra que serve os livros (exceto a Bíblia, livro comum a evangélicos e católicos) e que constroem suas crenças e opiniões com base nos preconceitos e meias verdades que absorvem aqui e ali;
3. Que são extremamente crédulas, absorvendo qualquer lixo vomitado pelos meios de comunicação tradicionais e, cada vez mais, pelo zap-zap. Nunca, em nenhum momento lhes passa pela cabeça que esses meios de comunicação têm interesses próprios, muito menos que essas pessoas são manipulados com extrema facilidade;
3. Que desconhecem completamente a complexidades dos grandes problemas políticos, econômicos e sociais que qualquer país enfrenta;
4. Que a capacidade de análise dessas pessoas tem a profundidade de um prato raso. São extremamente primárias. Como resultado são defensores das soluções mágicas, simplórias, rápidas e indolores. O “bandido bom, é bandido morto” é a frase que resume tudo;
5. Que a visão de mundo vocalizada pelo Mito (seus problemas, soluções, etc) é IDENTICA ao dessas pessoas. Por isso elas se identificam com ele. Por isso na cabeça dessa gente “Bolsonaro tem razão” em quase tudo.”

É notório, perceptível, que indivíduos e setores do segmento religioso neopentecostal – cristão, defendem, apoiam, justificam e disseminam ideias, valores, comportamento e posturas que são contrárias, contraditórias, opostas aos discursos e práticas de Jesus, tais como a defesa de posse de armas, morte de bandido (“bandido bom é bandido morto”), leis anti-vandalismo, etc. A maldade tenta dissimular, mas se revela. De outro, o movimento pentecostal tem proporcionado, em especial aos fiéis, da periferia, uma funcionalidade de conforto, compartilhar sofrimento e dor na luta pela libertação das condições de pobreza. A microrevolução nas microrelações de poder.

A religião, enquanto aparelho de hegemonia do bloco dominante e dirigente, tem a função de firmar consolo, conforto e consentimento das relações

capitalistas e do modo de ser neoliberal. A partir do olhar monoteísta a hegemonia do mal e a luta contra-hegemônica se dá nos movimentos abraâmico, profético, do caminho (seguidores de Jesus Nazareno, o Cristo – perseguido político do Império Romano) e do cristianismo de libertação. A razão da inversão, da ocultação do bem como mal e o mal como bem é o poder.

O bem dizer para tornar bendito o mal é necessário a profusão – constante – a repetição da mensagem, isto é, a monetização e matematização da vida que transfuga em morte. Como combater a hegemonia do mal?

6. A VACINA CONTRA A MALDADE – A UTOPIA E O SONHAR JUNTOS

O ponto de partida da presente reflexão foi - a maldade abunda. Por que? Diante do rugir e clamor do povo (idem: “O Senhor disse: “Eu vi a opressão de meu povo no Egito, ouvi o grito de aflição diante dos opressores e tomei conhecimento de seus sofrimentos” Êxodo, 3,7), a resposta exigente é de radicalização (ir à raiz), transformação. “Os **filósofos** até agora se limitaram a **interpretar** o mundo de diversas maneiras; mas o que importa é **transformá-lo**”, afirmou K. Marx. Em tempo de comorbidades, crises e pandemia, a resposta urgente imediata são as vacinas. Quais vacinas para combater o mal e a maldade? A vacina indicados pelos técnicos militantes da política e dos movimentos sociais na história são: (i) antineoliberalismo e anticapitalismo; (ii) anti ressentimento e regressão civilizatória; (iii) a utopia da fraternidade.

A abundância da maldade tem conexão com o *neoliberalismo*. Afirma o professor da UFF, José R. Gregório (2019, p. 13), que o capitalismo em crise tem no neoliberalismo a “estratégia para solucionar a crise [do capital] e tentar estabelecer o fim da luta de classes,” disseminando a ideia de que a crise é de Estado. A queda da rentabilidade e acumulação do capital e a organização e movimento do trabalho nos últimos decenais tem como contra-ataque dos capitalistas, rentista a construção e fortalecimento do Estado-finança. Como efeito para as relações de trabalho o “desemprego, desindustrialização, imigração, deslocalização de toda sorte de mudanças tecnológicas e organizacionais” (op.cit. Harvey, 2012, p. 110). A maldade brilha com repressão salarial, redução das prestações sociais (reformas trabalhista, previdenciárias, administrativas e outras).

A vacina antineoliberalismo tem como material exigente o anticapitalismo cuja posologia é de construção de novas relações de produção da vida material de existência, de desenvolvimento intelectual e moral das pessoas. O aparelho estatal tornar-se um “Estado Ampliado” (Gramsci) com sistema pactuado de controle das relações dos cidadãos-cidadão e cidadão-natureza.

O antivírus do *ressentimento e regressão civilizatória* tem sua demarcação na tese maldosa “toma um copo de veneno e espera, passivamente, que o mundo reconheça e desagrave seu sofrimento” (Prado, 2021). O ressentimento pode ser concebido como resistências de “busca de Justiça contra os horrores infligidos a povos escravizados e perseguidos.” Concebido como regressão civilizatória e como veículo de manipulação política das massas.

Prado (2021) aponta que os ressentidos não estão dispostos a perdoar, muito pelo contrário, removem a vingança em fantasias de violência, são o alvo perfeito para a propaganda fascista, de redenção dos prejudicados. Advém, também, das memórias de agravos e sofrimento de um povo, as vezes manipulado pela política oportunista, populista. Explora a pulsão de destruição e morte pelos pretensos prejudicados. Aproveita das brechas na democracia, cultiva o ódio a todos considerados inimigos. A deformação da informação, por meio de *fake news*, diabolicamente difundido por Steve Bannon, criado pela Cambridge Analytica. Tinha como finalidade satânica “explorar os temores mais profundos das pessoas e justificar os alvos dos ressentidos.”

Os grupos de ressentidos no Brasil no últimos anos, afirma Prado, basicamente são três: (a) parcela da classe trabalhadora meritória (do consumo idealizado e insatisfação controlada); (b) classe média tradicional com apreço pela diferenciação e privilégios por ocupação e lugar social. O racismo implícito torna-se explícito pela intolerância do convívio entre Casa Grande&Senzala; (c) parcela dos evangélicos neopentecostais “(...) a pauta liberal os ofende e desvaloriza os esforços pessoais”, a manipulação a boa fé visa fins econômicos e políticos. A maldade abunda. É vomitada pela boca numa retórica plástica gritante de um religiosismo falso que expressa horror aos princípios dos direitos humanos, diversidade, democracia, igualdade. Tornando-se vendedor falso de uma “empresa burocrática de salvação”.

Em tempo, vale destacar a importância do movimento religioso pentecostal. O teólogo Faustino Teixeira (2021), em “Um olhar sobre os pentecostais”, destaca que é preciso uma olhar não generalizante, com foco nos elementos da experiência espiritual dos fieis, mais do que dos pastores. De

respeito a singularidade Aponta estudos de vários pesquisadores (Regina Novaes; Marcos Alvito; João Moreira Sales; Richard Shaull e Waldo César; Maria D. Machado; Cecília Mariz; Pierre Sanches, Ronaldo de Almeida; Juliano Spyer). Conclui Faustino, “os estudos sobre **pentecostais e neopentecostais** no **Brasil** não podem se furtar de lidar com toda a complexidade que envolve a questão, com os distintos filamentos que provocam um olhar mais aguçado e atento sobre um dos fenômenos mais significativos das últimas décadas **no Brasil e América Latina**.”

A utopia de uma sociedade fraterna, regulada com ênfase nos bens comuns, o bem viver de todos, é a última vacina de combate ao mal figurado no fascismo. Como assombração de um neoliberalismo que provoca fissura profunda na ordem social, o regime político mussoliniano, autoritário, não são opostos, mas aprofunda e exacerba as tendências autoritárias existente no capitalismo, conforme Gandesha (2020). A nova configuração do mal como (neo)fascismo furativo vem de dentro do capitalismo e da democracia liberal – de um liberalismo econômico que exclui o liberalismo político.

O antídoto do mal bem dito, bendito, aplicado nos consultórios das classes dominantes, dirigentes e governantes, tem como prescrição o combate ao neoliberalismo, o fascismo, o ressentimento regressivo. O tratamento eficaz contra o mal e a maldade necessita da conjugação do Estado ampliado e uma sociedade civil banhada numa cultura do Comum, conforme Dardot e Laval (2017). O princípio do comum articula as lutas práticas no enfrentamento ao capitalismo e aponta novas formas democráticas de governo coletivo dos recursos disponíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mal e a maldade abundam, crescem. Será? Nos aparelhos privados da hegemonia dominante (Família, Religião, Mídia, Direito, Estado, etc.) prevalecem as expressões fenomenológicas do mal, os dizeres bem dito de que o mal não é mal e mau.

O sucinto caminho percorrido, no presente artigo, foi de busca das razões ontológicas do mal, da filosofia da religião e teologia, das experimentações do mal no olhar científico da ciências humanas e sociais. Enquanto contributo para decifrar o enigma da vida, proposto pela Esfinge do grego Sófocles, evitando ser devorado. A resposta é: **o mal não abunda**. Como assim?

O destaque inicial foi de que a **abundância**, como ato de transbordar, fluir de dentro para fora, vomitar o mal – o ódio, se expressa na forma de mentira, fake news, ressentimento, organização social, econômica e política como fascismo, neoliberalismo, autoritarismo, reformas previdenciárias e salarial e outras maldades. As formas de manifestações são percepções. É preciso sair da jaula das sensações, do fenomenológico.

O uso da metafísica, as razões ontológicas do mal, ajuda a delimitar o olhar. A maldade, linguisticamente – é substantivo – mal é advérbio e mau adjetivo. O mal é dependente. A maldade pressupõe ação, um dano, dor, sofrimento inesperado. Se o mal, no cotidiano, dá identidade ao ser, quando se torna substância da ação, o bem fazer também o dá. Se a resposta é negativa, por que? Na abordagem filosófica metafísica, o mal é o não-ser diante do ser, a dualidade do ser. Não é a antividência com potência limitante, tem causa própria e antitética à do bem, desde os pre-socráticos aos estoicos. Na era medieval, Agostinho abordou o problema do mal e concluiu pela nulidade ontológica, ou no dizer metafórico televisivo (Rede Globo/Fantástico) do jesuíta espanhol, Óscar Quevedo (1961-2019) – “o diabo nom existe”- negava a existência do diabo (substância) e acusava religiosos (católicos e evangélicos) de falastrões e enganadores do povo.

As premissas agostiniana é de que o mal não é um ser (não tem ontologia), mas é uma deficiência e privação do ser humano. O denominado vagabundo do mal, ontologicamente, não é do mal. O cidadão – autoproclamado do bem, na condição de humano não é só de bem, pois sofre de privação – passa por escândalo. A maldade, considerando que o mal é não-ser, nada, é a expressão da vontade malévola, é privação do bem.

A percepção da abundância da maldade, enquanto elemento material e imaterial, a partir das experimentações do mal no olhar da ciências humanas, tem a sua configuração na exposição massiva. Enquanto ideologia dominante e dirigente, de explicação, justificação da forma organizativa, material que a vontade malévola de pessoas, reis, aristocratas, religiosos, mercadores, capitalistas, banqueiros, neoliberais, fascista, genocidas, o bem dizer do mal e das maldades se impõem à sociedade. A metafísica grega (ser = logos) e a medieval (ser = Deus) produzida, entre outros, pelos gregos Platão e Aristóteles, e pelos religiosos africano Agostinho e o italiano T. Aquino, foram “contaminadas” pelas ideologias dominantes (escravista, feudalista/machista). Os pensadores citados tornaram-se intelectuais orgânicos das classes dirigentes e dominantes de sua época (Dus-

sel,1980). Relembrando K. Marx, em *Ideologia Alemã* – “as ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante.”

O paradoxo é: se o mal não é – mas é privação e nulidade ontológica, então o bem e a justiça, existente na idealidade platônica, do mundo inteligível, orienta o agir dos humanos. Daí a intersecção da política com a ética. No conjunto da organização social, na lógica do sistema de Platão, em *República*, cuja essência está na Ideia, a política é o condutor do bem comum, mas considerando que os seres humanos estão na imperfeição do plano sensível, daí o mal. A saída da abundância do mal no mundo, na sociedade, nesta teoria neoplatônica agostiniana, não está em Deus, mas nos humano com sua vontade livre, livre-arbítrio (Agostinho, 1995).

Os ressentidos pela presença do Bem – Sumo Bem – no mundo e na sociedade, com trombeta nos “muros de Jerusalém” proclamam Oráculos como Engenheiros do Caos contra o bem e profetizam o Mal como a salvação – que no Juízo Final – serão selecionados como Benditos.

A aliança dos três ressentidos (parcela da classe trabalhadora meritória; a classe média diferenciada e privilegiada; parcela dos evangélicos neopentecostais) tem um núcleo essencial – o mesmo (D)deus, como fetiche, produtor de prazer e orgasmo. O (D)deus idolatrado por eles se chama Mercado. Aos mais jovens sugiro a leitura da obra de H. Assmann e F. Hinkelammert “*A Idolatria do Mercado: ensaio sobre economia e teologia*”(1989).

Aos religiosos tem promovido benção – bem dizer do mal – bendito, e referenciado o diabo e demônios como instrumento - chave do conformismo - da idolatria do mercado, sugiro a leitura de Ezequial 34 – sobre o pastores; (...) *diç o "o Senhor Javé: ai dos pastores de Israel que só cuidam do seu próprio pasto. Não é seu rebanho que devem pastorear os pastores?* Embora negam tais funcionalidades, pois estão usufruindo no arco da ética cristã e o espírito do capitalismo (M. Weber).

Em suma, o mal não abunda. O que abunda no mundo é o bem, a partir de um olhar da filosofia cristã. Nas microrelações de poder, no conjunto das sociedades política (Estado) e civil prevalece atos de bem viver, da fraternidade, democracia, solidariedade. Embora sendo maioria não dispõe de hegemonia. A hegemonia dominante, dirigente e governante é do mal e da maldade.

O desejo, anseio mundial de fraternidade no enfrentamento “as sombras de um mundo fechado” é um sonho de vida em sociedade, afirma o papa Francisco na encíclica *Fratelli Tutti: sobre a fraternidade e a amizade social* (2020,n.8). A utopia, no segredo de sonhar a vida como bela aventura, precisa de uma comunidade de apoio, “*como é importante sonhar juntos!*”. Na condição de caminhantes na história e evitar miragens, “é junto que se controem sonhos”, ilumina o papa aos jovens, em discurso ecumênico em Skopje-Macedonia do Norte (maio/2019).

Diagnostica o chefe de Roma, “[...]mas a história dá sinais de regressão.” (Francisco,2020, p. 14). Conflitos anacrônicos, novas formas de egoísmo, mentiras (fake News), desinteresse pelo bem comum, etc. são tendências e expressões da maldade no mundo. Como combater, ou melhor, como enfrentar o mal? A luta continua.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola (2007). Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes.
- AGOSTINHO, Santo (1995). O livre-arbítrio. São Paulo: Paulus. Coleção Patrística.
- AGOSTINHO, Santo (2002). Confissões. São Paulo: Martin Claret.
- ARENDT, Hannah (1999). Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras.
- BOAVENTURA, L. H. FREITAS, E. C. (2019). O “cidadão de bem” e o “bolsominion”: leituras antagônicas de um estereótipo no discurso político brasileiro. Desenredo. Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade de Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 477-497, set./dez. 2019.
- BUCCI, Eugênio (2021). A superindústria do imaginário: como o capital transformou o olhar em trabalho e se apropriou de tudo aponta o que é visível. São Paulo: Autêntica, 2021.
- COMPARATO, Fábio K. (2014). A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva.
- COMPÊNDIO DO CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (2005). 4ªed. São Paulo: Loyola.
- COTTRELL, Jack (2020). A fé de uma vez por todas: Doutrina Bíblica para hoje. São Paulo: Reflexão.

- CREPET, Paolo (2021). *Fragilità del bene: sull'amore. Elogia dell'amicizia. Impara essere felice*. Turim (Itália): Einaudi.
- DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian (2017). *Comum: ensaio sobre a revolução do século XXI*. São Paulo: Boitempo.
- DATTLER, Frederico (1997). *O diabo e demônios na Bíblia*. São Paulo: O Recado. Coleção Bíblia,8.
- DUSSEL, Enrique (1980). *Filosofia da Libertação na América Latina*. São Paulo: Loyola; Piracicaba: Unimep.
- ECO, Umberto (2018). *O fascismo eterno*. Tradução de Eliana Aguiar. 1ªed. Rio de Janeiro: Record.
- FRANCISCO, Papa(2020). *Carta encíclica Fratelli Tutti: sobre a fraternidade e a amizade social*. São Paulo: Paulinas.
- GANDESHA, Samir (2020). *Espectos do fascismo ou “sujeitos abandonados”*. Revista Rosas, v. 2. Ano 3. Dez/2020.
- GASS, Ildo Bohn (2013). *Satanás e os demônios na Bíblia*. São Leopoldo: Cebi.
- GRAMSCI, Antonio (2013). *Cadernos do Cárcere*. V.3. *Maquiavel*. Notas sobre o Estado e a política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- GRAMSCI, Antonio (2014). *Cadernos do Cárcere*. V. 5. *O Risorgimento*. Notas sobre a história da Itália. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- GREGÓRIO, José R. (2019). *Concepção gramsciana de “Estado ampliado”, aspectos estruturais e históricos do Estado brasileiro e as políticas públicas*. In: COSTA, Joaquim Gonçalves da (Orgs.). *Estado, território e políticas públicas*. Rio de Janeiro: UERJ, LPP.
- HARVEY, D (2012). *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo.
- MARX, Karl (1983). *Contribuição à crítica da economia política*. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes.
- MARX, Karl (2002). *Manifesto Comunista*. São Paulo: Boitempo.
- MELLO, Patrícia C. *A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2020.
- MOREIRA, Alberto S. at.all (2021). *Religião, (des)humanização e políticas públicas: reflexões emergentes e necessárias*. Apresentação. *Caminhos*, 8 , Goiânia, v. 19, n. 2, p. 248-256, 2021.
- PAIGELS, Elaine (1996). *As origens de satanás: um estudo sobre o poder que as forças irracionais exercem na sociedade moderna*. São Paulo:Ediouro.

PRADO, Antonio (2021). Ressentimento e regressão civilizatória. *Terapia Política*, 17.11.2021. Artigo, Política, Sociologia. Disponível: <<https://bit.ly/3r6RKTa>> . Acesso em: 24 nov.2021.

RICOUER, Paul (1988). *O mal: um desafio à Filosofia e à Teologia*. Campinas: Papirus.

ROCHA, Camilo (2021). *A ascensão e influência das igrejas neopentecostais*. Disponível em < <https://bit.ly/3nNeEwD> > Acesso em: 16 fev, 2021.

ROZA, Luiz Alfredo M (2015). *O mal radical em Freud*. São Paulo: Companhia das Letras.

RUIZ, Castor M. Bartolomé (2021). *Algoritimização da vida: a nova governamentalização das condutas*. *Cadernos IHU ideias*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Instituto Humanitas Unisinos. Ano 19, n.314, vol.19.

SPLINTER, João F (2021). Onde está Deus nesta pandemia? *Construindo o Reino*, S.l. 17.mar.2021. Disponível em: <https://bit.ly/3rbSarv> . Acesso em 28 mar.2021.

SPYER, Juliano (2021). *Povo de Deus: quem são os evangélicos e por que eles importam?* São Paulo: Geração Editorial.

TEIXEIRA, Faustino. *Um outro olhar sobre os pentecostais: um desafio para o nosso tempo*. IHU.Unisinos. Disponível em: <https://bityli.com/w6Iesq> . Acesso em 24 nov.2021.

TIBURI, Márcia (2020). *Como conversar com um fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro*. 14ªed. Rio de Janeiro: Record.

TZU, Sun (1983). *A arte da guerra*. 10ªed. Rio de Janeiro: Record.

PRÁTICAS EDUCATIVAS E TRABALHO DOCENTE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: DESAFIOS QUE SE RENOVAM

Ana Beatriz Bueno de Jesus

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
anabeatrizbuenoadv@gmail.com

Bruna da Penha de Mendonça Coelho

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
brunapmcoelho@gmail.com

Renata Ferreira Spíndola de Miranda

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
renatafsmiranda@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Na interface da educação e da sociologia do trabalho, a pesquisa tem por objetivo investigar os principais impactos da pandemia da Covid-19 no processo pedagógico e nas condições de trabalho docente. Como métodos de análise, conjugam-se: (i) pesquisa bibliográfica, com base em obras do pensamento social crítico; (ii) pesquisa empírica, pautada em dados primários obtidos por meio de respostas de docentes em formulário eletrônico. Quanto ao recorte geográfico do material empírico, a maioria dos respondentes leciona em instituições de ensino do Rio de Janeiro, muito embora haja também respondentes de outros estados (Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná e Pernambuco).

Dentre os principais resultados obtidos, observou-se uma estreita relação entre prática educativa, desigualdade social e condições de trabalho docente. Muitos professores relataram desafios para o ensino no período da pandemia, com foco para: (i) desigualdades e falta de acessibilidade; (ii) transferência dos custos do trabalho para os docentes e ausência de políticas de capacitação; (iii) dificuldade de práticas coletivas de aprendizagem, o que impacta o processo pedagógico nas mais diversas faixas educacionais; (iv) sobrecarga física e psíquica dos docentes; (v) desafio de envolver a família nas atividades de aprendizagem propostas. Embora a menção ao impacto do isolamento social no ensino tenha sido uma constante, esse impacto foi especialmente apontado no caso da educação especial e da educação de jovens e adultos.

A partir desses dados obtidos com o material empírico, e de seu cotejamento com a reflexão teórica proposta, foi possível perceber que os antigos desafios da prática educativa se renovam diante de dificuldades de ordem sanitária, orçamentária e política, todas acentuadas pela pandemia. Ainda, esse processo torna mais explícita a necessidade de “abertura à diferença” (NÓVOA, 2009, p. 13) e de participação conjunta das “famílias e comunidades” (CANDAUI, 2016, p. 807). Não obstante, as desigualdades sociais, agravadas no contexto da pandemia, reforçam a “captura da subjetividade do trabalho pela lógica do capital” (ALVES, 2005, p. 414).

Nessa linha, o desenvolvimento do artigo se divide em três dimensões de análise: (i) apresentação dos principais resultados empíricos obtidos por meio da pesquisa junto aos docentes; (ii) exposição teórica, com base na sociologia do trabalho, a respeito das implicações do processo de precarização das relações laborais na atividade docente; (iii) explicitação da conexão entre os debates dos itens anteriores e a literatura sobre educação, interculturalidade e transformação social, tendo em vista, especialmente, o retorno gradual das atividades presenciais. No ano de centenário de Paulo Freire, cabe-nos refletir sobre as condições sociais necessárias para que a educação possa se constituir, efetivamente, enquanto prática libertadora (FREIRE, 1987), de resistência e questionamento à barbárie, tanto nas escolas quanto nos demais espaços de sociabilidade.

2. PROCESSO EDUCATIVO E TRABALHO DOCENTE: NOTAS SOBRE O MATERIAL EMPÍRICO LEVANTADO

Tendo em vista os objetivos desse artigo, que pretende compreender as relações e implicações entre prática educativa e condições de trabalho docente durante a pandemia de Covid-19, realizamos pesquisa empírica por meio de um formulário eletrônico (veiculado, majoritariamente, pelas redes sociais). Os dados foram coletados entre sete de julho e vinte e sete de agosto de 2021, tendo sido obtido um total de quarentena e três respostas. O grupo de respondentes constituiu-se de professores que lecionam em instituições públicas e/ou privadas de ensino, desde a educação infantil até o ensino superior.

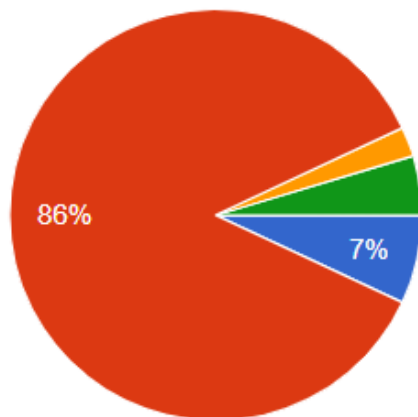
O preenchimento foi anônimo, sem identificação do/a respondente e da instituição. Foram recebidas respostas dos estados do Rio de Janeiro (vinte e sete respondentes, divididos entre os municípios de Rio de Janeiro, Japeri, Duque de

Caxias, Belford Roxo, Nilópolis, Niterói, Nova Friburgo, Petrópolis e Volta Redonda), Minas Gerais (seis respondentes, divididos entre Governador Valadares, Ibirité, Ituiutaba, Juiz de Fora e Ubá), Santa Catarina (cinco respondentes de Balneário Camboriú), São Paulo (dois respondentes dos municípios de São Paulo e São Caetano do Sul), Pará (um/a respondente de Altamira), Paraná (um/a respondente de Maringá) e Pernambuco (um/a respondente de Recife). Alguns docentes lecionam, ao mesmo tempo, em mais de um município.

O formulário se compunha de perguntas objetivas (município da instituição, rede, faixa educacional, comparativo da carga de trabalho docente antes e durante a pandemia) e subjetivas. As perguntas subjetivas, que comportavam resposta livre, diziam respeito aos seguintes questionamentos: (i) principais desafios, achados e impactos para a prática educativa no período da pandemia da Covid-19; (ii) como a prática educativa tem lidado com as distintas realidades de discentes e docentes; (iii) compartilhamento da experiência e da percepção do/a respondente, como docente, sobre o ensino durante a pandemia; (iv) se os/as professores visualizavam relação entre as práticas educativas e suas condições de trabalho docente durante a pandemia – e, em caso afirmativo, quais seriam.

Cerca de 37% dos respondentes trabalham na rede pública municipal, seguido de rede privada (34,9%), pública estadual (25,6%) e pública federal (11,6%). A maioria dos respondentes (cerca de 40%) leciona para o ensino fundamental, seguido de ensino superior (cerca de 35%), ensino médio (cerca de 28%) e infantil (7%). A superposição de porcentagens se deve ao fato de que alguns docentes lecionam, simultaneamente, em mais de uma rede, bem como em mais de uma faixa educacional. Quando perguntados a respeito da carga de trabalho docente (se teria diminuído, aumentado ou se mantido a mesma), se comparados os períodos anterior e durante a pandemia, a grande maioria dos respondentes relatou aumento na carga de trabalho, como observado no gráfico abaixo. A sobrecarga física e psíquica dos docentes, a propósito, foi um fator apontado em muitas das respostas livres.

Gráfico 1: Comparativo da carga de trabalho docente (antes e durante a pandemia)



Fonte: Elaboração própria

A partir das respostas obtidas, foi possível observar que, na perspectiva dos docentes, existe uma íntima conexão, para a construção do processo pedagógico, entre as práticas educativas, as dinâmicas de desigualdade social e as condições laborais dos professores. Dentre os principais desafios apontados para a prática educativa no contexto da pandemia, muitos dos respondentes mencionaram a desigualdade social e a falta de plena acessibilidade de professores e alunos, cenário que atinge, sobretudo, o ensino na rede pública. Além disso, várias respostas envolveram a questão da transferência dos custos do trabalho (acesso à internet, equipamentos, dentre outros) para os docentes, bem como a falta de políticas adequadas de capacitação. Outro aspecto recorrentemente mencionado diz respeito ao impacto do isolamento no processo pedagógico, uma vez que ficam obstadas as práticas coletivas de aprendizagem. Por fim, também foram apontadas, com frequência, a sobrecarga de trabalho e emocional dos docentes, além de desafios para conseguir envolver a família na proposta educacional.

Dentre os relatos, também foi possível observar menções à preocupação com relação à saúde mental de alunos e professores. Quanto aos impactos psicológicos nos alunos, ele foi observado, especialmente, nas turmas de ingresso em determinada faixa educacional (como, por exemplo, nos/as alunos/as dos primeiros anos do curso superior ou do ensino infantil). Também foi uma constante a menção ao fato de que o distanciamento dificulta (e, em alguns casos,

impede) o processo dialógico próprio da dinâmica pedagógica. O luto coletivo e a ressignificação das interações sociais geram efeitos em todos os polos da relação educativa. Foi apontado especial impacto nos casos da educação infantil, bem como nas modalidades de educação especial e educação de jovens e adultos (EJA). Trata-se de modalidades em que a troca de experiências pessoais marca de forma profunda a prática educativa, aspecto que se vê completamente minado com a pandemia. No caso da EJA, inclusive, foi relatado que a evasão tem sido recorrente, o que reflete, em boa medida, as dificuldades de interação, o receio de contaminação pelo vírus e o cenário de desolamento dos alunos em face do desemprego e outros índices negativos do mercado de trabalho.

Podemos perceber como o processo pedagógico parte, sobretudo, do compartilhamento das experiências de todos os envolvidos. A construção do conhecimento, epistemologicamente, demanda uma interconexão crítica com as vivências de discentes e docentes, e com suas práticas culturais. Isto é, os alunos não se constituem como uma espécie de tábula rasa, que, de forma unidirecional, receberiam um conteúdo. Pelo contrário: a prática educativa é um processo que se perfaz no contato com o outro, na partilha de sentidos e vivências. Os alunos são sujeitos de seu processo de conhecimento, e suas realidades histórico-culturais integram, diretamente, essa dinâmica.² No caso da EJA, isso fica especialmente evidente, uma vez que as experiências de cada qual (e a elaboração de uma percepção coletiva sobre elas) são fundamentais. Não à toa, essa é uma das modalidades educacionais mais afetadas durante a pandemia.

A respeito das práticas educativas no contexto pandêmico, muitos mencionaram barreiras de acessibilidade à conexão de internet e a equipamentos, ambos necessários ao desenvolvimento do ensino remoto, além da necessidade de proposição de outras formas de fazer com que o processo pedagógico chegasse aos alunos e às famílias. Dentre essas formas, foram mencionadas a entrega de atividades impressas, conversas com a família no ambiente escolar, bem como aulas extras individuais para atender aos alunos que não possuíam condições materiais e psicológicas de comparecer às aulas ao mesmo passo que a turma. Outra estratégia apontada para minimizar os impactos negativos da pandemia na aprendizagem é a de repensar algumas práticas educativas, tentando evitar uma simples transposição do ambiente presencial para o remoto ou híbrido. Nessa linha, os

² Em outras palavras, trata-se de uma postura que compreende “o ambiente escolar e seus sujeitos, percebendo os conhecimentos que estão presentes nas experiências e que podem/precisam ser refletidos na e com a escola” (FETZNER, 2018, p. 526).

docentes buscaram recorrer a outras atividades complementares reflexivas, que pudessem estimular o aprendizado nesse contexto de obstaculização das interações.

Quanto às imbricações entre práticas educativas e condições de trabalho docente, todos os respondentes assinalaram que visualizam uma estreita conexão. A sobrecarga de trabalho (que vai desde a preparação de aulas até uma multiplicidade de reuniões, mensagens e toda sorte de demandas em tempo integral), aliada à ausência de boas condições (materiais e imateriais) de exercício da atividade, gera um cenário de frustração e exaustão nos docentes. Em outras palavras, a ausência de separação entre vida pessoal e trabalho faz com que o trabalho envolva, por completo, todas as dimensões físicas e psíquicas dos professores, o que ocasiona adoecimento e impacta, negativamente, as potencialidades das práticas educativas. Soma-se a isso a tensão em face da possibilidade de contaminação pelo vírus (especialmente, nos casos em que o retorno à dinâmica presencial é projetado sem debate e sem respaldo científico-sanitário). Além disso, no caso da rede privada, foi possível também observar relato sobre o temor de perda do emprego.

A menção à ausência de condições materiais e de acesso dos discentes é mais recorrente nas respostas de docentes da rede pública – especialmente, nas faixas educacionais que vão do ensino infantil ao médio. A isso, adiciona-se a carga psíquica e a exaustão emocional que o momento implica. Muito embora as respostas sobre os desafios do ensino tenham tomado direções semelhantes, independentemente da faixa educacional e da localidade, nota-se que a situação se agrava quando se trata de ensino infantil, fundamental e médio. Nessas faixas, verifica-se um impacto maior no processo de aprendizagem, principalmente ao se considerar que o processo educativo demanda, sobretudo, troca, afetividade e interação.

Outro aspecto mencionado com relativa frequência diz respeito aos desafios para efetivar a prática educativa de uma forma que possa motivar e conquistar a atenção dos alunos. Esse desafio se alia, especialmente, ao fato de que o processo educativo precisou se alterar, em tempo recorde, e sem as devidas políticas de capacitação docente e condições materiais, tão necessárias para lidar com esse cenário. A propósito, é também presente nos relatos um sentimento de solidão dos docentes, tanto física quanto emocional. Alguns relatam que, caso houvesse políticas públicas e estruturas adequadas e igualitárias para o desenvol-

vimento do ensino, o manejo de novas ferramentas e habilidades didáticas poderia auxiliar a prática pedagógica mesmo após a pandemia e o completo retorno presencial. Mas que, na ausência dessas condições, a tendência que se percebe é a de aprofundamento da exclusão social. É recorrente, nas respostas, o fato de que a pandemia não criou as dificuldades econômicas, as desigualdades e as adversas condições de trabalho no processo educativo, elementos já existentes desde antes da emergência sanitária. O cenário pandêmico, portanto, apenas agravou e tornou mais explícito o contexto que já lhe era precedente. Somam-se a isso relatos de alterações curriculares realizadas sem debate com professores e comunidade escolar.

Expostos os principais resultados dos dados empíricos levantados nessa pesquisa, passamos agora a um cotejo teórico entre esses dados e algumas reflexões baseadas, especialmente, nas áreas da sociologia e da educação. No tópico seguinte, pretendemos compreender em que medida o processo de precarização das relações de trabalho impacta na atividade docente e, consequentemente, na prática educativa – e quais são as dimensões desse impacto durante a pandemia. Por fim, o terceiro e último item do desenvolvimento do artigo se debruça, mais detidamente, sobre a literatura de educação, tentando apreender as relações entre os dados empíricos obtidos e os debates a respeito das imbricações entre processo pedagógico, interculturalidade e transformação social.

3. A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E DA ATIVIDADE DOCENTE ANTES E DURANTE O PERÍODO PANDÊMICO

O processo de precarização do trabalho não é algo novo. Afinal, ele se insere na lógica do conflito capital-trabalho e da busca pelo aumento da extração de mais-valor (absoluto ou relativo) e valor produzido pelos trabalhadores, como pontuado por Marx (2017). Desse modo, o que ocorre, ao longo do tempo, é a *adaptação* do capital ao contexto social, na busca por sua autovalorização e expansão (Cf. MARX, 2017).

Nesse processo, há uma procura pelo silenciamento do princípio basilar da proteção trabalhista. Em última análise, tenta-se tornar o Direito do Trabalho uma verdadeira utopia. Afinal, diversos direitos trabalhistas são constantemente mitigados ou extintos em prol de uma alegada recuperação econômica que não

se concretiza³. Para se ter uma ideia, em novembro de 2020, por exemplo, havia 14 milhões de desempregados no Brasil (IBGE, 2020, p. 29). Assim, é perceptível que, durante o período pandêmico, “além dos altíssimos níveis globais de mortalidade, ampliam-se enormemente o empobrecimento e a miserabilidade na totalidade da classe trabalhadora” (ANTUNES, 2020, p. 8).

Nesse contexto, é imprescindível a compreensão de que pandemia não gerou a crise econômica (e social) que o país enfrenta. Muito menos, foi a gênese da precarização do labor, como destacado no item anterior desse artigo, mas, tão somente, conseguiu revelar, em uma maior proporção, o quanto o regime de acumulação neoliberal, entendido como a “razão do capitalismo contemporâneo” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17), é capaz de piorar as condições materiais de trabalho em conjunto com o ataque à subjetividade dos trabalhadores – ou seja, o trabalho é precarizado tanto em sua dimensão objetiva quanto subjetiva⁴.

Desse modo, não foram poucas as vezes que se ouviu o discurso do “retorno ao trabalho” para a elevação da economia e a manutenção dos empregos⁵. Esse tipo de discurso, que tenta colocar a “empregabilidade” como um privilégio e uma questão de adequação individual, ainda que direitos sociais e fundamentais sejam suprimidos ou o trabalhador exponha sua saúde e segurança, como uma forma de “justificar desigualdades sociais cada vez mais profundas” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17), faz parte da técnica neoliberal de dominação. Assim, tenta-se expandir, ao máximo, o “privilégio” de ser um “servo” (Cf. ANTUNES, 2018).

Desse modo, no contexto pandêmico, uma solução vislumbrada para a manutenção da extração de valor e mais-valor dos trabalhadores em nível elevado (Cf. MARX, 2017), tendo em vista a supramencionada adaptação do capital, foi a expansão do *home office*. Na pesquisa realizada pela SAP Consultoria em RH (2020, p. 7) com “mais de 500 empresas”, por exemplo, foi constatado que “52%

³ Como exemplo, podemos citar a Lei n. 13.467/2017 (considerada o estopim do processo de reforma trabalhista), que buscou, especialmente, trazer flexibilizações, retiradas de direitos e mitigações na aplicação dos princípios trabalhistas, tendência essa que se manteve nas alterações legislativas posteriores.

⁴ Conforme assinala Giovanni Alves (2005, p. 415), o capital tem procurado aprimorar seu controle sobre a dimensão subjetiva dos trabalhadores.

⁵ Cf. “Covid-19 e as relações de trabalho brasileiras: extinção do contrato de trabalho e os impactos da crise na subjetividade do trabalhador” (COELHO et al, 2020).

das empresas entrevistadas passaram a praticar teletrabalho/home office em função da Pandemia”.

Contudo, o trabalho em *home office* como uma forma de evitar a contaminação pelo coronavírus não foi uma possibilidade para toda a população brasileira. Em julho de 2020, por exemplo, havia 8,4 milhões de brasileiros em *home office*, sendo que 74% dessa totalidade possuía nível superior (DIEESE, 2020, p. 2) e apenas 4% recebiam até um salário mínimo, sendo maioria (32%) os que recebiam mais de três salários mínimos (DIEESE, 2020, p. 2). Percebe-se que as desigualdades sociais se acentuaram e se explicitaram de forma exorbitante. Não é à toa, por exemplo, que a primeira vítima de Covid-19 no Rio de Janeiro era uma empregada doméstica (UOL, 2020).

Nesse contexto, para os trabalhadores que tiveram que permanecer no trabalho presencialmente, o medo do adoecimento se tornou rotina, com o capital, como já exposto, fazendo uso da possibilidade de desemprego para manter sua expansão e autovalorização (Cf. MARX, 2017). Já os que foram para o *home office*, por sua vez, depararam-se com a constante transferência dos riscos da atividade para o trabalhador, pontuada tanto por respondentes no formulário elaborado nessa pesquisa (cf. item 2 desse artigo), quanto em outras pesquisas empíricas já realizadas⁶, em conjunto com uma sobrecarga física e psíquica dos trabalhadores em geral. Em última análise, ocorreu uma verdadeira mistura entre o tempo de vida e o tempo de trabalho.

Nesse sentido, a pesquisa realizada pelo “Centro de Estudos em Planejamento e Gestão de Saúde da Fundação Getulio Vargas (FGVSAUDE), em parceria com o Institute of Employment Studies (IES) do Reino Unido”, por meio de um questionário online entre junho e julho de 2020, que contou com 533 respondentes, constatou que a maior parte dos entrevistados possui “dificuldade em gerenciar o tempo e o equilíbrio entre a vida pessoal e profissional”. Desse modo, 46,2% afirmaram estar “trabalhando mais horas e em horários irregulares” e 35% informou ter continuado trabalhando, “apesar de ter ficado doente”. Muitos relataram, ainda, “preocupação com a estabilidade no trabalho” (47,4%), trazendo à tona o medo do desemprego supramencionado; “ansiedade com a saúde de um membro da família”; e a “sensação de solidão e isolamento” (OGATA et al, 2020, p. 3), que expõem a já destacada sobrecarga mental desses trabalhadores.

⁶ Cf. “Relatório técnico da pesquisa: o trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia covid-19” (REMIR, 2020).

Afinal, o trabalhador “está em casa quando não trabalha e, quando trabalha, não está em casa” (MARX, 2004, p. 83). Desse modo, com a casa se transformando em local de trabalho, torna-se ainda mais fácil ampliar a captura de mais-valor e valor dos trabalhadores em geral (Cf. MARX, 2017). Em síntese, a sociedade contemporânea é uma verdadeira “sociedade do trabalho”, a qual transforma o homem em um “animal trabalhador” (HAN, 2015, p. 22). Com isso, o trabalho, detentor de importância primordial, uma vez que é “fundante” do “ser social” (LUKÁCS, 2013, p. 118), tende a se tornar uma fonte de insatisfação e tensão, o que é facilmente perceptível na atividade docente durante a pandemia de Covid-19 (cf. item 2 desse artigo).

Dessa maneira, é importante destacar que três são os principais desdobramentos da precarização da atividade docente no período pandêmico. Os dois primeiros se referem à ampliação da extração de mais-valor tanto em seu aspecto absoluto, relacionado ao aumento quantitativo da jornada de trabalho realizada pelo professor, quanto em seu viés relativo, tendo em vista que o valor dessa força de trabalho é diminuído (cf. item 2 desse artigo).

Em terceiro lugar, está o sofrimento psíquico desses profissionais. Assim, é facilmente perceptível que os antigos desafios se renovam. Se antes da pandemia os docentes já se sentiam “obrigados a responder às novas exigências pedagógicas e administrativas”, sem contarem com “condições de trabalho adequadas” (OLIVEIRA, 2004, p. 1140), com o necessário isolamento, sem haver, em geral, um apoio por parte das instituições de ensino e, muitas vezes, dos próprios pais e/ou alunos, os professores se veem em um ciclo de cobrança, sofrimento e desamparo.

Além disso, no período imediatamente anterior, o valor da força de trabalho já era constantemente reduzido (Cf. MARX, 2017), tendo em vista o “aumento dos contratos temporários nas redes públicas de ensino, chegando, em alguns estados, a número correspondente ao de trabalhadores efetivos”, bem como “o arrocho salarial” e “a perda de garantias trabalhistas e previdenciárias oriunda dos processos de reforma do Aparelho de Estado” (OLIVEIRA, 2004, p. 1140). Tais medidas tiveram continuidade na pandemia, mas com a ampliação da possibilidade de sobrecarga docente dentro de casa.

Somado a isso, para os professores que já retornaram ao trabalho presencial, a sobrecarga se mantém. Afinal, precisam, mais uma vez, readaptar suas práticas educativas e conviver com a possibilidade de contrair a Covid-19, além

da necessária realização de atividades extraclasse (realidade também no *home office*). A título exemplificativo, na pesquisa “trabalho docente na educação básica no Brasil: sinopse do survey nacional”, realizada em 2009 pelo grupo de estudos sobre política educacional e trabalho docente da Universidade Federal de Minas Gerais, a qual foi “composta por 8895 sujeitos docentes de Educação Básica de estados do Brasil (Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Norte, Espírito Santo, Goiás, Paraná e Santa Catarina)” (UFMG; GRUPO DE ESTUDOS SOBRE POLÍTICA EDUCACIONAL E TRABALHO DOCENTE, 2010, p. 18), foi constatado que 47% dos entrevistados sempre “levam atividade para realizar em casa”; 24% frequentemente; 16% raramente; e 12% nunca, sendo que “a média de horas semanais dedicadas” a essas atividades “à exceção daqueles que responderam ‘Nunca’, é de cerca de sete horas” (UFMG; GRUPO DE ESTUDOS SOBRE POLÍTICA EDUCACIONAL E TRABALHO DOCENTE, 2010, p. 52).

Ainda, conforme destacado por Oliveira e Vieira (2012, pp. 174-175), “um mesmo docente leciona em duas ou até três estabelecimentos distintos, em geral, por necessidade de complementação de renda, tendo em vista que os salários docentes na América Latina são baixos” quando comparados com “outras funções exigentes de formação profissional similar”. Com isso, o professor tende a ficar “sem tempo para preparar as aulas, estudar e se atualizar, dedicando boa parte de seu fim de semana” para essas tarefas. No mesmo sentido, a pesquisa realizada pelo grupo de estudos sobre política educacional e trabalho docente (2010, p. 28) observou que, em média, os profissionais docentes estão insatisfeitos com os seus salários, por entenderem que se trata “de remuneração incompatível (injusta) com sua dedicação ao trabalho”.

Assim, as baixas remunerações, em conjunto com a sobrecarga física – em geral, consequente da majoração da jornada de trabalho não remunerada - e psíquica – em geral, decorrente da imposição de rápida adaptação às novas demandas educacionais sem o suporte adequado - se inserem, portanto, como exposto, no conflito capital-trabalho e na extração de mais-valor absoluto e relativo dos trabalhadores docentes.

A precarização da atividade docente, como já sinalizado, portanto, não é proveniente da pandemia, uma vez que antes do período pandêmico esses três fatores combinados já eram realidades no cotidiano desses profissionais. Contudo, a soma da possibilidade de adoecimento e a ampliação do *home office* na gênese do período pandêmico apenas agravaram esse processo precarizante e

trouxeram, como já observado, novas possibilidades para o capital. Com o retorno gradual das atividades presenciais, as antigas dificuldades, como já destacado, somam-se à readaptação em um “mundo novo”, marcado, sobretudo, pela incerteza da doença, mas com as mesmas cobranças e sobrecargas sempre vivenciadas pelos professores, o que será aprofundado no item a seguir.

Dessa maneira, uma vez tendo sido observada a precarização do trabalho e, mais ainda, das atividades docentes antes e durante a pandemia de Covid-19, o tópico seguinte irá destacar, com mais detalhes, a conexão entre os debates da precarização do trabalho docente e as práticas educativas, a partir da literatura sobre a educação.

4. A RENOVAÇÃO DE DESAFIOS DA PRÁTICA EDUCATIVA DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19 E A ABRUPTA ADAPTAÇÃO A UM “MUNDO NOVO” (SUPOSTAMENTE) PÓS-PANDÊMICO

A análise conjunta das respostas dos/as docentes nos permite observar o movimento, que já vinha se desenvolvendo, de precarização do trabalho docente. Com a nova realidade imposta pelas medidas de distanciamento social, antigos desafios da prática educativa foram renovados, frente às dificuldades de ordem sanitária, orçamentária e política trazidas pela pandemia de Covid-19.

A primeira parte do estudo se debruçou sobre os desafios de ordem sanitária encontrados na prática educativa. Um ponto marcante presente nas respostas foi o temor em contrair a doença nos espaços das escolas, compartilhado por docentes, alunos e familiares. Essa tensão pôde ser verificada, por exemplo, nos relatos que apontaram a falta de *quórum* dos/as alunos/as nas aulas. O retorno à dinâmica presencial também foi uma preocupação diagnosticada nas respostas. Os professores da rede privada e da rede pública de ensino relatam o desenvolvimento do projeto de retorno das atividades presenciais pela administração das escolas, sem o envolvimento do corpo docente e da comunidade escolar na elaboração das medidas, as quais ocorreram em um contexto marcado por incertezas sobre o seu respaldo científico.

Os desafios de ordem político-orçamentária enfrentados no país são identificados pela Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2021) no estudo sobre o estado da Educação Global durante os dezoito meses da pandemia de Covid-19. No que tange à educação pública, o

Brasil não aumentou o orçamento destinado à área nos meses analisados, como também reduziu em 27% os recursos para o ano de 2021, de acordo com o orçamento aprovado pelo Congresso Nacional (ANDES, 2021). No entanto, esse foi o período em que mais foram demandados esforços e recursos para adaptação das práticas educativas (no ensino remoto) e para reforço das medidas de distanciamento social e de higiene pessoal (no ensino presencial). Inclusive, a política adotada por dois terços dos países que integram ou são parceiros da OCDE foi de majoração do orçamento, o contrário do observado no Brasil (ANDES, 2021).

A OCDE também aponta que os valores percebidos anualmente pelos professores brasileiros estão abaixo da média anual da remuneração inicial registrada nos demais países analisados. Enquanto o salário inicial de um/a professor/a no Brasil foi de 13,9 mil dólares ao ano, a média identificada pela OCDE foi de 36,1 mil dólares ao ano (ANDES, 2021). Esses dados confirmam o movimento de precarização do trabalho docente no Brasil, diagnosticado no item 3 deste estudo.

A falta de investimento na área da educação não atinge apenas os educadores. A ausência de políticas públicas para garantia das condições materiais (financeiras e tecnológicas) no acesso às aulas *online* também reflete nos alunos, sendo este um ponto recorrente nas respostas do questionário. O aumento da evasão escolar⁷ e as disparidades socioeconômicas entre os alunos foram fatores que influenciaram nas condições de aprendizado durante o ensino remoto, a partir da percepção dos professores.

No que tange às práticas educativas, são relatadas dificuldades de ordem prática na implementação das alterações curriculares promovidas pelo sistema de ensino. Em relação ao ensino remoto, as dificuldades mais citadas pelos/as docentes foram manter a atenção e a assiduidade dos/as alunos/as nas aulas *online*. A falta de equipamentos eletrônicos necessários para o acesso ao ensino remoto foi uma dificuldade material encontrada tanto pelo corpo discente como pelo corpo docente, como apontam as respostas do questionário.

Essa hipótese é confirmada pelo estudo realizado pelo Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para Infância (UNICEF, 2020, p. 46)

⁷ De acordo com o Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para Infância (UNICEF Brasil, 2020, p; 24), o estudo sobre “Enfrentamento da cultura do fracasso escolar” registra que 1,38 milhão de crianças e adolescentes brasileiros deixaram suas escolas no contexto pandêmico. O número registrado sobre a evasão escolar corresponde a cerca de 3,8% do total de estudantes no país.

sobre o “Enfrentamento da cultura do fracasso escolar” no Brasil. A pesquisa, realizada em maio de 2020, com 3.978 escolas municipais brasileiras (o equivalente a 71% do total no país) aponta que, do universo analisado, apenas “33% dos domicílios contavam com computador, acesso à internet e havia algum morador com celular, enquanto 46% contavam com acesso apenas pelo celular”.

A partir da análise dos depoimentos dos/as docentes, foi possível identificar que as práticas educativas foram transformadas a fim de que fosse dada continuidade às atividades escolares no período da crise sanitária. Os relatos colhidos ilustram os esforços dos/as docentes para perpassar pelas dificuldades do período, que lhes exigiram desde a criatividade até seus próprios recursos financeiros. Contudo, nesse empenho para que fossem cumpridas as alterações curriculares e adaptadas as práticas educativas, também se verifica a transferência das consequências trazidas pela crise do coronavírus ao corpo docente, que foi onerado física, psíquica e financeiramente.

Nesse contexto, em que pese os esforços para a transformação das práticas educativas durante a pandemia, verifica-se que o modelo de direção e gestão de ensino seguido continua enraizado aos preceitos da escola tradicional, que reforça uma perspectiva linear no processo de aprendizagem e, por sua vez, reproduz tendências excludentes, como acima destacado. Esse modelo é contestado por António Nóvoa (2009, p. 10-18) que defende a importância de se pensar a escola a partir de uma “perspectiva multifacetada”, na qual o processo de ensino é centrado na aprendizagem do discente. Especialmente, para que os alunos menos favorecidos encontrem no estudo, um sentido para a escola e desenvolvam expectativas sobre o futuro de suas vidas. Assim, a educação é vista como um bem público, de responsabilidade coletiva e aberto à pluralidade de diferenças que compõem o corpo discente. Nesse sentido, reforça-se a necessidade de se pensar as políticas públicas voltadas às diferenças, como também às desigualdades socioeconômicas do alunado, as quais foram agravadas pela crise sanitária, como se verifica a partir dos depoimentos colhidos.

De forma semelhante, Paulo Freire (2001, p. 25) já sustentava que a educação é uma prática política. Política no sentido de possuir um caráter diretivo, enquanto um projeto de sociedade que se busca alcançar. Para o patrono da educação brasileira, o potencial transformador da sociedade está na educação, a qual pode ser orientada tanto por políticas excludentes como includentes. Nessa linha, o antropólogo e educador Darcy Ribeiro também firmava a sua célebre crítica sobre a crise na educação brasileira não ser uma crise, propriamente, mas um

projeto⁸. Projeto este que, ao não priorizar a “educação das massas” (FREIRE, 1967, p. 36), contribui para reafirmação de políticas excludentes pautadas nas “estruturas sociais” (FREIRE, 1967, p. 15) de dominação e opressão que perpetuam as desigualdades. O futuro, contudo, não é visto com desesperança por Freire. Ao contrário, “a desesperança das sociedades alienadas passa a ser substituída por esperança, quando começam a se ver com os seus próprios olhos e se tornam capazes de projetar” (FREIRE, 1967, p. 59).

A partir da formação de uma “consciência exata, crítica, dos problemas, das dificuldades e dos perigos que se tem à frente” (FREIRE, 1967, 59), é possível a construção de uma educação instrumental comprometida com o potencial emancipatório dos sujeitos, enquanto “prática da liberdade” (cf. FREIRE, 1967) para efetiva realização da democracia. Para tanto, Freire (2001, p. 35) projeta um modelo de “educação progressista”, em que se tem como marca a presença do/a professor/a e do/a aluno/a enquanto sujeitos: “o sujeito que, ensinando, aprende e o sujeito que, aprendendo, ensina”. A educação, como um espaço de trocas, é vista como uma responsabilidade coletiva, assim como entendido por Nóvoa. A escola, por sua vez, é compreendida como um ambiente aberto a toda comunidade, que “supera os preconceitos de raça, de classe, de sexo e se radicaliza na defesa da substantividade democrática” (FREIRE, 2001, p. 35).

Nessa perspectiva, Vera Candau (2016, p. 809) contribui trazendo a importância da participação conjunta das “famílias e comunidades” na “educação intercultural”, a qual parte da premissa da diferença enquanto uma riqueza a ser valorizada. É na desigualdade, porém, que está o problema central a ser enfrentado urgentemente pelas escolas, pelos/as professores/as e pelos gestores do sistema de ensino. Desigualdade esta que passa, por exemplo, pela constatação de que a vulnerabilidade social interfere diretamente no desempenho escolar dos alunos (CANDAU, 2016, p. 809).

A pesquisa realizada nos mostra, contudo, o outro lado dessa realidade, que ainda é marcada pelas políticas de padronização do ensino, que muitas vezes

⁸ A passagem citada do professor Darcy Ribeiro (2013, p. 57), na qual apresenta que a crise na educação brasileira “não é uma crise, é um programa. Um programa em curso, cujos frutos, amanhã, falarão por si mesmos”, foi publicada na primeira edição do livro “Ensaio Insólito”, em 1979, no texto denominado “Sobre o Óbvio”. Esse texto é a transcrição de sua fala proferida no Simpósio sobre o Ensino o Público, na 29ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), realizada em 1977 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

negligenciam a heterogeneidade presente na formação do corpo discente. Os relatos dos/as docentes reforçam, por exemplo, a preocupação com as condições materiais de acesso dos discentes às aulas remotas, com a evasão escolar e com que o processo pedagógico chegue efetivamente aos alunos e às famílias.

O relatório da UNICEF (2021, p. 46), acima apresentado, aponta que, nos primeiros meses da pandemia (abril e maio de 2020), 1.578 escolas municipais “não haviam produzido orientações para dar continuidade às atividades escolares”, o que demonstra a morosidade na elaboração das políticas públicas voltadas à área da educação no período emergencial. O estudo também realiza o levantamento das dificuldades encontradas na prática educativa como a carência de pessoal nas secretarias de Educação, as dificuldades na gestão do ensino e na comunicação remota com os estudantes, dada a falta de atualização das fichas cadastrais e dos contatos dos alunos. A dificuldade no acesso pelos docentes e pelos alunos aos meios telemáticos para realização do ensino à distância - seja pela falta de familiaridade no manejo da tecnologia, seja pela falta de equipamentos eletrônicos e de conectividade adequados – foi um impedimento muito recorrente encontrado nas respostas do questionário, sendo também confirmado pelo estudo da UNICEF. Por sua vez, as principais demandas do corpo docente apresentadas às secretarias de Educação foram “ferramentas e plataformas digitais gratuitas e que consumissem poucos dados de internet; normativas e orientações para agilizar a implementação de estratégias; e formação docente” (UNICEF, 2021, p. 46), o que evidencia grande parte das dificuldades estruturais encontradas na adaptação das práticas educativas no período do ensino remoto.

Por meio do estudo realizado, a UNICEF (2021, p. 51) estima que, apesar dos esforços da comunidade escolar e das famílias para a permanência escolar, os impactos provocados pela pandemia de Covid-19 na educação brasileira subsistirão "por tempo indeterminado". Contudo, a presente realidade pode ser revertida a partir da priorização da educação, enquanto propulsor de mudança social.

Por seu turno, as respostas colhidas no questionário apontam que, tanto no ensino público como no privado, as decisões sobre as alterações curriculares e sobre o retorno das atividades presenciais foram tomadas sem a participação e a escuta efetiva dos professores, dos alunos, das famílias e da comunidade escolar. Tal postura demonstra a dificuldade, ainda encontrada, de a escola ser vista como um espaço “aberto à comunidade” (FREIRE, 2001, p. 49), que transcenda a tomada de decisão de forma unilateral por gestores e diretores.

Apesar de todas as adversidades, é possível verificar que a “educação como prática da liberdade” (cf. FREIRE, 1987) segue resistindo nas escolas. No ano do centenário de Paulo Freire, é preciso refletir sobre as condições materiais e sociais necessárias para que a educação, enquanto um projeto e uma construção conjunta, pautados no permanente diálogo entre os sujeitos, possa se constituir efetivamente.

Embora o processo de aprendizado necessite do “contato” e da “proximidade”, como foi descrito por um/a docente, a educação como “prática libertadora” (cf. FREIRE, 1987), de resistência e de questionamento à barbárie, segue caminhando perseverantemente para a transformação social, tanto nas escolas quanto nos demais espaços de sociabilidade, graças aos esforços da comunidade escolar, conjuntamente com a sociedade como um todo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação teve como objetivo perquirir os reflexos da pandemia de Covid-19 na prática educativa e nas condições de trabalho docente no período. Os resultados da pesquisa empírica realizada, esboçada no segundo item desse artigo, apontaram para uma estreita relação entre a prática educativa, a desigualdade social e as condições de trabalho docente. Dentre os desafios para o ensino no período, os principais pontos relatados foram (i) desigualdades e falta de acessibilidade; (ii) transferência dos custos do trabalho para os docentes e ausência de políticas de capacitação; (iii) dificuldade de práticas coletivas de aprendizagem, o que impacta o processo pedagógico nas mais diversas faixas educacionais; (iv) sobrecarga física e psíquica dos docentes; (v) desafio de envolver a família nas atividades de aprendizagem propostas.

Nessa toada, o terceiro item explicitou o processo de precarização do trabalho não como uma novidade, mas como um meio, já existente na raiz do conflito capital-trabalho, de autovalorizar e expandir, ao máximo, o capital. Desse modo, restou perceptível que o período pandêmico, tão somente, explicitou e majorou desigualdades sociais já existentes.

Tal processo precarizante se desdobra em três principais fatores na atividade docente durante o período pandêmico, os quais já eram observados no momento imediatamente anterior: o aumento da extração de mais-valor absoluto e relativo, bem como o ataque à esfera subjetiva dos professores, uma vez que se veem constantemente pressionados a se adaptar rapidamente às novas demandas

que lhes são impostas, além de conviverem com o medo constante do adoecimento.

Assim, com a nova realidade trazida pelo advento da pandemia de Covid-19 e pelas medidas de distanciamento social, o quarto item pontuou o quanto é possível perceber que os antigos desafios da prática educativa se renovam diante das dificuldades de ordem sanitária, orçamentária e política. Sob o argumento de que a pandemia está controlada, como observado, os professores são constantemente expostos ao risco da doença, devendo, abruptamente, encaixarem-se em um “mundo novo”, rodeados de incertezas e, muitas vezes, desestimulados, pela estrutura inadequada que lhes é apresentada e/ou pela própria evasão estudantil.

REFERÊNCIAS

ANDES (2021). Estudo da OCDE aponta que Brasil tem o pior piso salarial para Educação entre 40 países. Disponível em: <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/estudo-da-ocde-aponta-que-brasil-tem-o-pior-piso-salarial-para-educacao-entre-40-paises1>. Acesso em: 03/11/2021.

ALVES, Giovanni (2005). “Trabalho, corpo e subjetividade: toyotismo e formas de precariedade no capitalismo global”. In: Trabalho, Educação e Saúde, v. 3 n. 2, p. 409-428. Disponível em: <http://www.revista.epsjv.fiocruz.br/upload/revistas/r116.pdf> Acesso em: 20 jul. 2021.

ANTUNES, Ricardo. “O privilégio da servidão”: o novo proletário de serviços na era digital. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. “Coronavírus: o trabalho sob o fogo cruzado”. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

CANDAU, Vera Maria Ferrão (2016). “Cotidiano escolar e práticas interculturais”. In: Cadernos de Pesquisa, v. 46, n.161, p.802-820, p. 802-820. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/GKr96xZ95tpC6shxGzhRDrG/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

COELHO, Bruna da Penha Mendonça et al (2020). Covid-19 e as relações de trabalho brasileiras: extinção do contrato de trabalho e os impactos da crise na subjetividade do trabalhador. In: “Revista do Tribunal Superior do Trabalho”, vol. 86, n. 2 (abr./jun. 2020). Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/176133> Acesso em: 05 out. 2021.

DARDOY, Pierre; LAVAL, Christian (2014). “A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal”. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIEESE. “Ocupados em home office: Brasil e unidades da federação”. 2020. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2020/homeOfficeBrasilRegioes.html>> Acesso em: 08 out. 2021.

FETZNER, Andréa Rosana (2018). “Interculturalidade nas Escolas: um estudo sobre práticas didáticas no Pibid”. In: Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 43, n. 2, p. 513-530. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/edreal/a/sXFSv96L5jT8zwZsx5VkVXs/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

FREIRE, Paulo (1967). “Educação como prática da liberdade”. Exemplar nº 1405. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

FREIRE, Paulo (1987). “Pedagogia do oprimido”. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREIRE, Paulo (2001). “Política e educação: ensaios”. 5. ed - São Paulo, Cortez, 2001. Coleção Questões de Nossa Época ; v.23.

IBGE (2020). “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios PNAD COVID19”. Novembro de 2020. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101778.pdf>> Acesso em: 05 out. 2021.

LUKÁCS, György. “Para uma ontologia do ser social”. II. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. “Manuscritos Econômico-Filosóficos”. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MARX, Karl. “O Capital: crítica da economia política”. Livro I: O processo de produção do capital. Tradução: Rubens Enderle. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

NÓVOA, António (2009). “Educação 2021: Para uma história do futuro”. In: Revista Iberoamericana de Educación. Disponível em: <https://rieoei.org/historico/documentos/rie49a07_por.pdf> Acesso em: 20 jul. 2021.

OCDE, “The State of Global Education: 18 Months into the Pandemic. OECD Publishing, Paris. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/1a23bb23-en>. Acesso em: 14 nov. 2021.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. A reestruturação do trabalho docente: precarização e flexibilização. In: “Revista Educação & Sociedade”. Campinas, vol. 25, n.

89, p. 1127-1144, set./sez. 2004. Disponível em:
<<https://www.scielo.br/j/es/a/NM7Gfq9ZpjpVcJnsSFdrM3F/?lang=pt&format=pdf>> Acesso em: 08 out. 2021.

OLIVEIRA, Dalila Andrade; VIEIRA, Livia Fraga (orgs.). “O trabalho docente na educação básica: a condição docente em sete estados brasileiros”. Belo Horizonte: MC, Fino Traço, 2012.

REMIR. “Relatório técnico da pesquisa: o trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia covid-19”. 2020. Disponível em:
<https://www.eco.unicamp.br/remir/images/Artigos_2020/RELATRIO_DE_DIVULGAO_DA_PESQUISA_SOBRE_O_TRABALHO_REMOTO.pdf> . Acesso em: 08 out. 2020.

RIBEIRO, Darcy. Ensaio Insólitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro, 2013.

SAP CONSULTORIA EM RH. “Pesquisa Home Office Brasil 2020”. Disponível em: < <https://sapconsultoria.com.br/pesquisa-home-office-brasil-2020/>> Acesso em: 05 out. 2021.

UNICEF (2021). “Enfrentamento da cultura do fracasso escolar: Reprovação, abandono e distorção idade-série”. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/media/12566/file/enfrentamento-da-cultura-do-fracasso-escolar.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS; GRUPO DE ESTUDOS SOBRE POLÍTICA EDUCACIONAL E TRABALHO DOCENTE. “Pesquisa trabalho docente na educação básica no Brasil: sinopse do survey nacional”. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: < https://gestrado.net.br/wp-content/uploads/2020/08/SinopseSurveyNacional_TDEBB_Gestrado.pdf> Acesso em: 08 out. 2021.

UOL. “Primeira vítima do RJ era doméstica e pegou coronavírus da patroa no Leblon”. 19 mar. 2020. Disponível em:
<<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/primeira-vitima-do-rj-era-domestica-e-pegou-coronavirus-da-patroa.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 08 out. 2020.

A VERDADE E A CIÊNCIA EM TEMPOS DE INCERTEZAS E DE PANDEMIA DE COVID-19

Wagner da Silva Reis
PPGDIN UFF
wagner_reis@id.uf.br

Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro
UFF
spauseiro@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

No contexto da pandemia de covid-19, a ciência foi pressionada a dar respostas fora de seu tempo, fora de seu escopo. A ciência se move segundo uma dinâmica própria, onde o questionamento e o falseamento são vistos segundo critérios bem situados, e assim se manifesta e trata dos assuntos e interesses que do homem. Ocorre que a sociedade, vitimada em momentos históricos por agentes patogênicos, foi instada a assumir posturas e procedimentos, individuais e coletivos, segundo o interesse público, considerando as tensões entre interesses individuais e coletivos, no sentido de adotar decisões públicas, onde a política e a ciência foram confrontadas em uma lógica justificadora de umas e consequencialista de outras. Se por um lado, foram necessárias decisões políticas nas quais se esperava dos agentes públicos a devida justificção; por outro lado, os cientistas foram pressionados por resultados pela sociedade a questionar sua essencialidade e efetividade, e a indústria farmacêutica ávida por lucros em um mercado de proporções globais. Inicialmente, o conceito a ser enfrentado, a verdade, será visto por lentes teóricas de diferentes correntes filosóficas; em uma segunda fase, a ciência estará no foco destas mesmas lentes. O objetivo deste artigo é discutir a relação entre ciência e verdade em tempos de pandemia de covid-19. Como justificar a adoção de medidas públicas diante da falta de comprovação científica de efetividade? Como responsabilizar gestores públicos em momentos de tamanha incerteza? Como é o tratamento do conceito “verdade” pela ciência? Essas e outras questões serão enfrentadas à luz da Filosofia da Ciência, a partir da verdade das ciências, da falseabilidade de Karl Popper; o coerentismo de Quine; da crítica à infalibilidade científica, o ceticismo e o método científico; as críticas de Paul Feyerabend. e outras questões de epistemologia de outros filósofos das ciências. O método de abordagem será o dedutivo e o método de procedimento será o bibliográfico.

2. ISSO É FAKE?

A velocidade da produção do conhecimento, os meios de comunicação, e as facilidades na aquisição da informação, em que pese a dificuldade de certificação, caracterizam esses tempos de incertezas. A internet é a nova ágora, e as diferenças entre doxa e episteme dos gregos, hoje são fato e fake; ainda que o rigor semântico e conceitual nos exija os contornos nítidos de uma coisa e outra. Abordar o conceito de verdade não é o propósito aqui, e nem poderia; o esforço reflexivo justificaria uma obra de fôlego.

Se nos tempos de pandemia de covid-19 a verdade tem sido uma questão de vida ou de morte, excursiona-se, ainda que de forma muito superficial, sobre conceitos de verdade. Isso para que tangenciássemos de forma provocativa, pelo menos, ao açodamento da resposta à pergunta: Isso é fake?

2.1 A verdade para os gregos

Para os gregos a verdade era aletheia, no sentido de realidade factual, morfológicamente a palavra é formada pela partícula a (negação) e lethe (esquecimento). Na mitologia grega, Lethe é um dos rios do Hades, cujas águas provocariam esquecimento. Já pseudos vem de pseudes, o que não é real, o falso (fake). Então, para os gregos, aletheia se opõe a pseudos.

Platão, na obra *A República*, no Livro VI, no fragmento 485A, argumenta com Gláucon sobre os motivos pelos quais os filósofos são mais apropriados para o governo, diz: “Parece-te que há alguma diferença entre os cegos e aqueles que estão realmente privados do conhecimento de todo o ser, e que não tem na alma nenhum modelo claro, nem são capazes de olhar, como pintores, para a verdade absoluta, tomando-a sempre como ponto de referência, e contemplando-a com o maior rigor possível, para só então promulgar leis cá na terra sobre o belo, o justo, o bom, se for caso disso, e preservar as que existirem, mantendo-as a salvo? (PLATÃO, 2001, p.266) Ressaltando que o acesso à verdade pode ser obstaculizado. No Livro VII, ao propor a alegoria da caverna, apela para a ideia que as pessoas presas e forçadas a manter um mesmo ponto de vista, naquelas condições, pensassem que a realidade fosse a sombra dos objetos (PLATÃO, 2001, p.316). O argumento com Gláucon em prol do limite do cognoscível é que a ideia do Bem é a origem da luz que no mundo inteligível, é a

senhora da verdade. (PLATÃO, 2001, p.319) Ou seja, nesse mundo dual platônico, a verdade pertence ao mundo das ideias e aos objetos e sua realidade ilumina.

Em Aristóteles encontra-se o princípio do terceiro excluído, do qual uma afirmação ou é verdadeira ou é falsa (ARISTOTELES, 2013, p.15). Na teoria da verdade de Aristóteles, o verdadeiro e o falso se referem à proposição em contraponto com o fato, com a realidade (ARISTOTELES, 2013, p.80). O falso e o verdadeiro existem na separação e na composição (ARISTOTELES, 2006, p.117). Aristóteles busca a verdade em uma ordem imanente ao mundo. Nesse sentido, segundo condições de possibilidade da inteligibilidade, é possível ultrapassar a pluralidade da contingência dos objetos percebidos para uma compreensão categorizada e principiológica, na qual se possa constar sobre os objetos a sua existência, o porquê são como se apresentam, a substância é aquilo que não é dito de um sujeito, nem em um sujeito, conforme dito nas categorias (Livro V, 15) do Organon (ARISTOTELES, 2010, p.42); sendo um dos princípios aristotélicos mais eloquentes a causalidade.

Em apertada síntese, Platão e Aristóteles, quanto à verdade, se diferenciam pela busca, o primeiro no mundo transcendente das ideias, o segundo no mundo onde se desenvolve a percepção da realidade.

2.2 A verdade em Agostinho

Para apenas arranhar o conceito de verdade em Agostinho, faz-se necessária menção à ontologia agostiniana (AGOSTINHO, 1995, p.46-47). Em Agostinho, nos níveis inferiores há os corpos, aí incluído tudo o que não possui espírito nem inteligência, e segundo a “participação”, são verdadeiros; em um segundo nível mais elevado está a alma humana, sendo esta apta a dois tipos de verdade: em latim, scientia (conhecimento), e sapientia (sabedoria); e, no nível mais elevado, acima de tudo, Deus, aquele que tem o ser por si mesmo (Ipse Esse Subsistens), sendo verdade em si mesmo, sendo a fonte de toda a verdade, o sumo Bem. (AGOSTINHO, 1995, p.106-109)

A verdade está acima do homem, o diz Agostinho platonista. O que se faz necessário, também, estabelecer é a diferença entre verum (ser verdadeiro) e veritas (conhecer a verdade), sendo o primeiro termo designação de um estado e o segundo uma condição de possibilidade. Somente o homem pode acessar veritas. O homem somente compreende as verdades e princípios eternos por intermédio de Deus que o dá a conhecer, a isso

Agostinho chama de sapientia(sabedoria). O acesso às verdades do mundo contingente, que Agostinho chama de scientia (conhecimento), e se dá, somente, se Deus ilumina os objetos para que o homem os compreenda pelos sentidos. Nos solilóquios, Agostinho desenvolve retórica na qual diz compreender haver grande diferença entre o que se atribui e os sujeitos aos quais se atribui. Chegando à conclusão de fora retido unicamente pelo fato de que aquilo que recebe a denominação de falso não o é, realmente, se não tiver alguma imitação em relação ao verdadeiro. (AGOSTINHO, 1998, p.93). Pode-se concluir que, em Agostinho, o verdadeiro é aquilo que é; mas aquilo que é, é precisamente o ente: portanto verdadeiro significa totalmente o mesmo que ente. (AGOSTINHO, 1998, p.67)

Uma passagem, útil a este texto, está nas Confissões, Livro III, VI, 10 na qual Agostinho relata sobre os homens que dizem mentiras como se fossem verdades: “Quanto ao resto o coração era vazio de verdade. E diziam: Verdade, verdade e me falavam muito dela, e nunca estava neles; e pronunciavam muitas falsidades”. (AGOSTINHO, 2017, p. 88)

2.3 A verdade em Tomas de Aquino.

Tomas de Aquino parte daquilo que é ontológico para aquilo que é intelectual, sendo, portanto, uma questão de adequação do que se conhece à coisa em si, englobando o pensar finito e o infinito. Isso está no artigo 1 da obra Verdade e Conhecimento. Cabe esclarecer, ainda, que a ratio de qualquer coisa é o que faz com que uma coisa seja o que é; portanto, a sua essência é aquilo que é significado pela sua definição. (TOMAS de AQUINO, 2011, p.197)

A verdade está no intelecto e se consuma na alma. Sendo útil a consideração que são distintos o intelectivo a partir das coisas e as coisas que são constituídas a partir do intelecto. Na definição do verdadeiro pode-se colocar a visão em ato do intelecto divino, mas do intelecto humano só a potencial. (TOMAS DE AQUINO, 2011, p.209). Essa ideia está no artigo 2 da mesma obra.

A verdade, em Tomas de Aquino, está no intelecto, particularmente ao intelecto componente e dividente, entenda-se, aos juízos afirmativo e negativo, porque somente desta forma acessa-se a verdade no intelecto como aquela conhecida no sujeito. Em que pese ser transcendentemente verdadeiro, à adequação desta ao intelecto por adequação confere o estado de verdade. Assim está no artigo 3 a “teoria dos juízos”: A verdade encontra-se propriamente no intelecto humano ou divino; nas outras coisas, porém, a verdade encontra-se pela relação ao intelecto. Portanto a verdade está primeira e propriamente no intelecto

divino; própria, mas secundariamente no intelecto humano; nas coisas, todavia, imprópria e secundariamente, porquanto se encontra somente por relação a uma das duas verdades. Portanto a verdade do intelecto divino é uma apenas, desta derivam no intelecto humano muitas verdades. (TOMAS DE AQUINO, 2011, p.216)

Assim, o Verbo (logos) que ilumina todo homem e que vem a este mundo é o Verbo (logos) que eleva o intelecto humano ao patamar do inteligível em “ato”, tornando o homem apto ao universal, mas não é o Verbo (logos) quem comunica ao homem as ideias acabadas. Ou seja, o Verbo (logos) concede ao intelecto humano aptidão (potência) para criar as próprias ideias. Aquela verdade imutável é a verdade primeira, esta nem é percebida pelo sentido nem é algo criado. A própria verdade criada não tem algo semelhante ao falso, conquanto toda a criatura tenha algo semelhante ao falso: enquanto é deficiente; mas a verdade não se segue da coisa criada por seu aspecto deficiente, mas enquanto se afasta do defeito, conformada à primeira verdade. (TOMAS DE AQUINO, 2011, pp. 218-219) É a síntese do artigo 4 de Verdade e Conhecimento.

O artigo 5 defende a unicidade da Verdade primeira, e defende a verdade da Universalidade; o artigo 6, da imutabilidade da Verdade em face da mutabilidade das coisas criadas; o artigo 7 diz que em Deus a Verdade não é adequação entre dois distintos, mas a identidade entre ser e pensar, pois é de Deus a identidade absoluta. O artigo 8 trata da dependência de todas as “verdades” à primeira Verdade, decorrente da distinção entre ser e verdade. O artigo 9 a teoria do conhecimento tomista explora o conhecimento como ato de reflexão do intelecto, sendo integral sobre o ato e no ato de conhecer a verdade. O artigo 10 menciona o agir da alma no conhecer o objeto, e o artigo 11 identificam-se os limites do conhecimento pelos sentidos em relação ao conhecimento intelectual. E, finalmente, no artigo 12, a Obra Verdade e Conhecimento apresenta a possibilidade do falso, sendo o objeto sempre verdadeiro. A adequação aristotélica está presente no pensamento tomista sobre a verdade.

2.4 A Verdade em Kant

Immanuel Kant, na fase pré-crítica, desenvolveu um pensamento racionalista, muito influenciado pela lógica, disciplina que lecionava na Universidade de Königsberg. Em uma primeira fase, Kant conceitua a verdade como a concordância do conhecimento ao objeto (KANT, 1992, p.67); sendo que, nesse

sentido, enfrenta dois problemas: se o objeto é algo intrínseco ao sujeito cognoscente, então a definição resta tautológica; e, se o objeto é extrínseco ao sujeito cognoscente, e o conhecimento está no próprio sujeito, resta a impossibilidade da definição. (KANT, 1992, p.68)

Na Crítica da Razão Pura, A158, Kant afirma que a verdade é a concordância com o objeto pelo fato de nada mais conter senão o necessário à unidade sintética da experiência em geral. (KANT, 2001, p.220) Sendo este o princípio de todos os juízos sintéticos, pois todo o objeto está submetido às condições necessárias da unidade sintética do que distingue da intuição, numa experiência possível.

Na Crítica da Razão Prática, Kant propõe uma doutrina dos elementos (elementarlebre) que apesar da literalidade da tradução como doutrina elementar, o autor aborda como uma investigação de elementos, seja das regras de verdade, seja da ilusão dos juízos da razão prática. Por isso, uma doutrina do método, com uma analítica enquanto regra da verdade, e uma dialética na apresentação e resolução da ilusão dos juízos da razão prática. (KANT, 2016, p.27)

Mesmo na Crítica da Faculdade de Julgar, §60, 355, Kant considera a inaplicabilidade da divisão de uma crítica em doutrina dos elementos e doutrina do método, que anteceda a ciência, à crítica do gosto, porque não pode haver uma ciência do belo, sendo por isso o juízo de gosto não determinável por princípios. “Pois o elemento científico de cada arte, que diz respeito à verdade na exposição do seu objeto, é por certo a condição incontornável (conditio sine qua non) da arte bela, mas não ela mesma”. (KANT, 2018, p.252)

2.5 A verdade em Ludwig Wittgenstein

Wittgenstein, no *Tractatus*, enfrenta o conceito de “verdade” pelo prisma da correspondência (WITTGENSTEIN, 2001, p. 147), sendo a linguagem o instrumento de concretude da realidade, sendo as proposições submetidas ao escrutínio do sentido. A lógica é o ponto de apoio da teoria da linguagem wittgenstianiana, sendo os critérios da representação necessários para constatar se uma proposição, de fato, corresponde ao que afirma sobre o mundo. Trata-se de uma forma de compreender em que condições uma assertiva acerca do mundo é tida por verdade. Enquanto filósofo analítico, Wittgenstein enfrenta o problema entre os conceitos de sentido e denotação (sinn/bedeutung), pois um mesmo

termo pode denotar algo, assumindo mais de um sentido; sendo a escrita conceitual (*begriffsschrift*) uma forma de se evitar falhas na linguagem (WITTGENSTEIN, 2001, p. 155).

Para Wittgenstein, apenas na sua utilização que uma proposição faz sentido. (WITTGENSTEIN, 1992, p. 17) A verdade das afirmações é a prova da compreensão das afirmações; e, aquilo que conta como prova adequada de uma afirmação é do domínio da lógica, e pertence à descrição do jogo de linguagem. A verdade de certas proposições empíricas pertence a um determinado quadro de referências. (WITTGENSTEIN, 1992, p. 35) Sobre a gramática da verdade, Wittgenstein afirma que o fato de uma proposição empírica ser verdadeira e outra falsa não faz parte da gramática. Segundo ele, o que pertence à gramática são todas as condições, ou métodos, necessários à comparação da proposição com a realidade. Ou seja, todas as condições necessárias ao entendimento do sentido da proposição. Assim, o significado das palavras torna-se claro no cumprimento de uma expectativa, na satisfação de um desejo, na execução de uma ordem; ou seja, ele já se mostra quando se coloca a expectativa na linguagem. O significado está determinado na gramática, tanto no que poderia ser previsto, quanto no que se poderia falar antes mesmo da ocorrência do evento. (WITTGENSTEIN, 2003, § 45 p. 63)

O erro, segundo Wittgenstein, ocorre quando se quer dizer que a asserção consiste em dois atos, o considerar e o afirmar, assim entendida a afirmação como atribuição de valor de verdade, e que esses atos são executados conforme a proposição; essa é a diferença entre o dizer e o “querer dizer”. (WITTGENSTEIN, 2017, §22 p.24)

Os conceitos formais da ontologia do *Tractatus* dão conta que a verdade se estabelece por relações internas entre as coisas e os estados de coisas de que podem fazer parte; entre a proposição e o fato que ela representa; entre o nome e o objeto; entre o sujeito metafísico e a substância do mundo. (SIMÕES, 2008, p.93)

Edgar Marques comenta o *Tractatus* dizendo que, se uma proposição somente possui sentido quando representa uma situação possível, ao se apreender intelectualmente o sentido de uma proposição, necessariamente são conhecidas as condições atendidas no mundo para que ela possa ser verdadeira, ou seja, são conhecidas as circunstâncias nas quais uma determinada assertiva acerca de um fato do mundo faça com que a proposição corresponda à verdade. Assim, a realidade representada em uma proposição com sentido se encontra em uma de

duas alternativas exaustivas e mutuamente excludentes: ou a situação corresponde aos fatos ou não. Se corresponde, a proposição é verdadeira; se não corresponde, é falsa. (MARQUES, 2005, p.16)

Segundo João José Almeida, ao comentar a singularidade das Investigações filosóficas de Wittgenstein diz que em vez de uma linguagem que dependa das condições de verdade, como proposta no *Tractatus*, as Investigações Filosóficas propõem uma concepção de linguagem dependente de “condições de assertividade” ou de “condições de justificação”, das quais a verdade é apenas um subconjunto. A mudança do primeiro Wittgenstein para o segundo tem por propósito enfrentar questões sobre o significado de sentenças e palavras, para os quais se pressupõem o uso da linguagem. Dito de outra forma, o que é necessário à legitimação, as condições de assertividade, são, por si mesmas, a própria linguagem. (ALMEIDA, 2015, p.171)

2.5 Algumas correntes teóricas sobre a verdade

A partir deste ponto serão apresentadas correntes teóricas sobre a verdade que representam um conjunto significativo daquilo que é apresentado. A concepção de verdade como correspondência; a concepção de verdade como coerência; a concepção de verdade como pragmatismo; e, a concepção de verdade como objeto de verificação.

A concepção de verdade como correspondência possui bases aristotélicas, conforme já apresentado acima. A correspondência fática encontra apoio no Kant pré-crítico e na filosofia analítica do *Tractatus* de Wittgenstein. Os correspondentistas são contestados por pensadores relativistas.

Michael Dummett defende o princípio do contexto como argumento sobre o sentido, quando diz que “o sentido de uma expressão está exclusivamente conectado ao seu papel em frases, e consiste em sua contribuição ao pensamento expresso por qualquer frase na qual ocorre”. (DUMMETT, 1978, p. 94) Assim, o sentido de uma palavra consistiria de uma regra que, junto a outras regras constitutivas dos sentidos de outras palavras, determinaria a condição para a verdade de uma frase na qual a referida palavra estivesse.

Os defensores da verdade como coerência, tem como argumento a compreensão de enunciados, frases ou concepções entre si, guardando a coerência. A verdade, na concepção coerentista, não se constitui em um predicado aplicável a expressões isoladamente, mas a conjuntos de expressões segundo a sua natureza,

vistas como um todo, sistemicamente. Assim, um sistema de expressões é tido como coerente quando seus elementos são consistentes entre si, harmonicamente.

Quine, um coerentista, diz: “Pregar a verdade da oração é o mesmo que pregar a brancura da neve; é nisso que consiste a correspondência neste exemplo. A atribuição de verdade apenas remove as aspas. A verdade não foi citada.” (QUINE, 1992, p.123) A abordagem não citada da verdade não define o predicado “verdade” no sentido estrito da palavra definir; já que uma definição em sentido estrito nos diria como eliminar o termo definido de qualquer contexto que escolhermos, para substituí-lo por uma expressão previamente estabelecida. Mas a abordagem define a verdade em um sentido menos estrito da palavra "definir". (QUINE, 1992, p.125) A verdade seria uma espécie de “propriedade” de um conjunto, onde o pertencimento pressupõe o atributo, fonte da tal “coerência. A corrente coerentista é claramente relativista.

Uma outra corrente sobre a verdade é o pragmatismo. Os pragmatistas defendem que a verdade está necessariamente vinculada à experiência. Entende-se por “experiência” a expressão de algo compartilhado por quem experimentou circunstâncias semelhantes.

Segundo William James, o pragmatismo representa uma atitude empirista; mas, segundo ele mesmo diz, o faz de uma forma mais radical e ao mesmo tempo menos questionável do que a adotada até aquele momento histórico. Um pragmático afasta-se da abstração e da considerada insuficiência das soluções verbais, das tidas por “más razões a priori”, dos princípios tidos por “imutáveis”, dos sistemas fechados e dos chamados "absolutos" e "origens". O pragmático se volta para a concretude e para a determinação, para os fatos, para a ação e para o poder. Isso significa, segundo James, o predomínio do empirismo e um abandono racionalismo. O pragmatista prega as possibilidades da natureza, assumindo uma atitude contrária aos dogmas, à chamada “artificialidade” e à pretensão de possuir a verdade de forma conclusiva. (JAMES, 2000, p.83) Sobre a verdade, James diz: “As idéias verdadeiras são aquelas que podemos assimilar, validar, corroborar e verificar. As idéias falsas são aquelas com as quais não podemos agir assim. Essa é a diferença prática que nos faz ter idéias verdadeiras; esse, portanto, é o significado da verdade, pois é tudo como pode ser conhecida a verdade. (JAMES, 1974, p.24)

John Dewey, na obra “Lógica: Teoria da Investigação” enquanto pragmatista, defende a verdade como consenso. Diz Dewey que “Se o conhecimento

não estivesse unido à investigação como um produto está ligado às operações pelas quais é produzido, não haveria distinções que requeressem designações diferenciadoras específicas. Um material seria tão-somente questão de conhecimento ou de ignorância e de erro; seria tudo o que se poderia dizer. O conteúdo de qualquer proposição dada teria os valores "verdadeiro" e "falso" como atributos finais e exclusivos. Mas, se o conhecimento está ligado à investigação como seu produto garantidamente asseverável (warranty assertibility) e se a investigação é progressiva e temporal, então o material investigado revela propriedades distintivas que têm de ser designadas por nomes distintivos. Enquanto sofrendo investigação, o material possui condição lógica diversa daquela que possui como resultado da investigação. (DEWEY, 1974, p.227)

E a concepção de verdade no pragmatismo de Dewey é assim enunciada: “Se a ideia pragmática da verdade tem ela mesma algum valor pragmático, é porque ela representa o conduzir a noção experimental de verdade que reina entre as ciências, vistas tecnicamente, ao interior das práticas políticas e morais, vistas humanamente.” (DEWEY, 2018, p.96)

Finalmente, a concepção de verdade como objeto de verificação. Abrange a corrente de pensamento que parte de um teste de hipótese, chamada genericamente de “verificação”, por intermédio de método empírico, como esforço de se chegar à verdade. O propósito da verificação, então, é determinar a veracidade ou não da hipótese, observando, reiteradamente a experimentação, até que se chegue a um resultado científico. Karl Popper é um crítico da concepção verificacionista. Popper defende que os enunciados científicos empíricos sejam presumidamente conclusivamente decisíveis, isso quer dizer, que sua verificação e falsificação sejam, em princípio, possíveis. Ao se rejeitar esse requisito e admitindo-se como empíricos os enunciados decisíveis apenas em um sentido – unilateralmente decisíveis e, mais especialmente, falseáveis – e que estes sejam suscetíveis de comprovação através de tentativas sistemáticas de falseá-los, então a contradição desaparecerá.” (POPPER, 1972, p.44)

Popper afirma questiona, retoricamente, se seria possível falar em abordar a verdade ou chegar mais próximo da verdade. Admite que a assertiva que estabelece que “a” constitui uma melhor aproximação da verdade do que “b” não é desprovida de significado. (POPPER, 1999, p.213) Assim, apoiado na refutação, Popper conclui que o verificacionismo não pode ser admitido como uma alternativa.

Para Paul Feyerabend, os paradigmas devem ser considerados segundo sua moldura temporal e no âmbito de uma sociedade. Feyerabend na obra “Contra o método”, XVIII ,afirma que a aceitação e a rejeição de ideologias devem caber ao indivíduo, segue-se que a separação entre o Estado e a Igreja há de ser complementada por uma separação entre o Estado e a ciência, mais recente, mais agressiva e mais dogmática instituição religiosa. Tal separação será, talvez, a única forma de alcançarmos a humanidade de que somos capazes, mas que jamais concretizamos. (FEYERABEND, 1977, p. 447) Nesse sentido, o verificacionismo, assim considerado como corrente de pensamento para acessar a verdade, visto como científico, instrumentaliza o paradigma consequencialista da observação dos objetos, inseridos inevitavelmente no contexto histórico, o que afasta a alternativa de aplicação às ciências.

Vistas as considerações sobre o conceito de verdade, passa-se a lançar luz sobre aspectos relacionados à ciência e tecnologia.

3. A PALAVRA DA CIÊNCIA

O que se busca está entre uma perspectiva da ciência, assim compreendida como fenômenos físicos, químicos ou biológicos, fatos naturais, relações entre elementos observados e entre estes e observadores, por intermédio de uma lente teórica, mas que seja constatável, que possua condição de possibilidade de sistematização, coerente e consistente dentro de uma lógica a qual se possa referenciar; e, por outro lado, em uma perspectiva existencial, a partir da qual o homem escolhe viver, por acreditar ser a melhor forma de viver e conviver, e justifica-se segundo aspectos que considera serem aqueles que melhor acomodam as relações entre as pessoas, inclusive no sentido de resolução de inevitáveis controvérsias, assim como das pessoas com a natureza. É a perspectiva ética. E, segundo uma terceira perspectiva, o ponto de vista pelo qual se vê o mundo segundo uma visão de sua relação com um plano suprassensível, como o das ideias de Platão, ou do conhecimento puro e apriorístico de Kant, a perspectiva metafísica.

A verdade é esse conceito multifacetado e que exige um estudo sob o rigor que considere a ontologia da gnoseologia; a ideia de adequação perfeita ao objeto; ou, de uma adequação imperfeita, na medida da imperfeição da capacidade humana, segundo o que se pode conhecer ou não, seja pela compreensão

ou pela apercepção. Considerada a metafísica algo à priori, a prescindir da experiência, a verdade volta-se ao objeto residindo nele, e não no observador limitado pela capacidade dos sentidos; e, por isso, afastando a condição de possibilidade de tratamento científico da metafísica.

No sentido grego de uma visão de mundo, uma teoria pode descrever ou prescrever perspectivas de um observador diante de determinado objeto. Os dois tipos de abordagem teórica resultam diferentes. No grupo das teorias prescritivas estão aquelas que sugerem determinadas normas, princípios, procedimentos, em suma, regras que devem ser obedecidas de modo a propiciar decisões mais adequadas, mais racionais, mais justas, mais racionais, mais corretas, mais naturais, em uma palavra, decisões de alguma maneira melhores, isto é, mais desejáveis do ponto de vista teórico. Essas teorias sempre revelam alguma forma do que podemos denominar conteúdo moral, na falta de melhor expressão, vez que revela a visão de mundo dos teóricos que as prescrevem já têm. Isto parece ocorrer mesmo quando as prescrições se apresentam como exclusivamente formais ou analíticas. Se o que é prescrito pode ou não se realizar é outra questão e, de qualquer sorte, sua resposta dependerá do contexto ou do procedimento a ser seguido. Por outro lado, tais teorias deixam claro que os procedimentos sugeridos não são efetivamente observáveis, não são parte da realidade perceptível empiricamente, vez que os que prescrevem em vez de descrevê-los, o que releva o seu caráter, ao menos temporariamente ideal. (...) A perspectiva dessas reflexões é descritiva. O postulado defendido é que instâncias persuasivas, plenas de conteúdo axiológico, são inadequadas às retóricas e aos procedimentos jurídicos quando o objetivo do observador é descrevê-los tais como ocorrem. (ADEODATO, 1996, pp.15-16)

A ciência não acredita em magia. Mas o senso comum teimosamente se agarra a ela. (...) Esta torcida de corpo é um ritual mágico, uma tentativa de mudar o curso dos eventos por meio do desejo. A crença na magia, como a crença no milagre, nasce da visão de um universo no qual os desejos e as emoções podem alterar os fatos. A ciência diz que isto não é verdade. O senso comum continua, teimosamente, a crer no poder do desejo. (ALVES, 1981, p.12)

O senso comum e a ciência são expressões da mesma necessidade básica, a necessidade de compreender o mundo, a fim de viver melhor e sobreviver. E para aqueles que teriam a tendência de achar que o senso comum é inferior à

ciência, eu só gostaria de lembrar que, por dezenas de milhares de anos, os homens sobreviveram sem coisa alguma que se assemelhasse à nossa ciência. (ALVES, 1981, p.16)

Este espanto perante a ordem é a primeira inspiração da ciência. Quando um cientista enuncia uma lei ou uma teoria, ele está contando como se processa a ordem, está oferecendo um modelo da ordem. Agora ele poderá prever como a natureza vai se comportar no futuro. É isto que significa testar uma teoria: ver se, no futuro, ela se comporta da forma como o modelo previu. (ALVES, 1981, p.21)

Montaigne desenvolveu uma discussão extremamente original para a época sobre as consequências das teorias de Copérnico e sobre o conflito entre a nova visão de cosmo e a herdada da tradição antiga, que pareceu, então, cair por terra. Formulou um argumento que pode ser considerado como precursor do relativismo histórico: o que podemos conhecer sobre a realidade natural, se aquilo que acreditávamos no passado é questionado no presente? O que garante que nossas crenças atuais não serão também elas próprias questionadas no futuro e que outras teorias não sucederão as nossas, assim como as nossas sucedem as do passado? Isso parece indicar que o conhecimento científico é simplesmente relativo a cada época. (MARCONDES, 2016,p.59)

Bacon, na obra *Novum Organum* (I, 3), faz afirmações sobre o papel da ciência, sobretudo entendida como ciência experimental: O conhecimento e o poder do homem são sinônimos; saber algo é saber fazer, produzir efeitos. (...) Um conhecimento é válido pelos resultados que produz. (MARCONDES, 2016, p.71)

O processo de inquisição sofrido por Galileu é um dos grandes exemplos históricos do confronto entre a ciência e as instituições políticas e religiosas, levantando a questão do comprometimento institucional do cientista e da necessidade de liberdade de pensamento. Galileu foi criticado por retratar-se diante do tribunal da Inquisição. (MARCONDES, 2016, p.85)

Os *Princípios da Filosofia*, de 1644, contém uma síntese do pensamento de Descartes. Nas Partes II e IV, especialmente dedicadas à sua concepção de ciência, Descartes mostra que são necessárias hipóteses que façam a intermediação entre a fundamentação metafísica da ciência em princípios gerais e a explicação de fenômenos particulares, sem que se tenha certeza sobre essas hipóteses.

Descartes usa a metáfora do relógio para ilustrar sua concepção, na qual o mostrador é representativo dos fenômenos, dos quais não conhecemos o mecanismo interno, que poderiam ser os imensuráveis modos de se arranjar as engrenagens que o fazem funcionar, dos quais olhando-se somente o mostrador externo só se pode inferir. O mundo físico seria, assim, como um grande mecanismo de cujo funcionamento interno só possível fazer conjecturas. Descartes aponta para uma concepção não dogmática de ciência. Cita-se excerto da conclusão de *Princípios de Filosofia*: “Peço aos leitores que não creiam em tudo o que encontram escrito aqui, a não ser que a evidência e a força da razão os façam crer”. (MARCONDES, 2016, pp.115-116)

Isaac Newton gozava de grande prestígio na comunidade científica, formulou a lei da gravitação universal, tendo sua principal obra *Princípios Matemáticos de Filosofia Natural*. Além da carreira acadêmica, foi membro do parlamento britânico, e foi condecorado pela monarquia passando a ser chamado de sir Isaac Newton. Contudo, considerava a modéstia traço essencial do cientista, apontando para os limites do conhecimento, tema central da ciência moderna. Em uma trecho Newton faz uma ilustração: “Não sei como o mundo me vê, mas para mim mesmo eu pareço um menino brincando na praia e me divertindo ao encontrar vez ou outra uma pedrinha mais redonda ou uma concha mais bela que o usual enquanto o grande oceano da verdade se encontra diante de mim sem ser descoberto”. (MARCONDES, 2016, pp.135-136)

Jacques Ellul, filósofo e sociólogo francês, desenvolve, na obra *A Técnica e o Desafio de Século*, as características do que chama de “técnica moderna” e que se pode entender por tecnologia. (...) Ellul se preocupa com o modo como a tecnologia pode se tornar um risco à liberdade humana. Nesse contexto, a questão da liberdade está relacionada com a técnica ao se considerar os aspectos que podem levar a visões determinísticas sobre ela. Assim, uma visão determinística da técnica, segundo Ellul, pode significar que a técnica determina a realidade social e a vida humana, e que ela mesma não possa ser influenciada por estas. Ou seja, ao se adotar uma visão determinística da técnica, admite-se que esta não sofra influência de valores sociais e humanos e, desta forma, esteja sujeita, somente, aos seus próprios valores e regras. (MOCELLIN, 2020, p.93-94)

Andrew Feenberg, nascido nos Estados Unidos da América, é um pensador da filosofia da tecnologia, cujas influências teóricas são da Escola de Frankfurt (Feenberg foi orientando de Herbert Marcuse), sendo uma das suas ideias o fato da sociedade e da tecnologia serem construções históricas contingentes. O

autor articula a Teoria Crítica com os estudos de ciência e tecnologia, construindo uma teoria crítica da tecnologia, o que o próprio autor chama de “Construtivismo Crítico”. O crucial é a defesa filosófica que a solução técnica não seja puramente instrumental, mas que incorpora outros elementos, dentre eles, valores éticos e políticos. Feenberg, na Teoria da Dupla Instrumentalização busca evidenciar que não existe uma racionalidade puramente instrumental a guiar o desenvolvimento tecnológico. Ao contrário, esse desenvolvimento tecnológico seria regido por uma racionalidade sociotécnica. Em função de características intrínsecas da tecnologia, o autor defende que em uma sociedade que se pretenda democrática, há o imperativo que os caminhos de desenvolvimento da tecnologia sejam democraticamente disputados. E, segundo Feenberg, os códigos técnicos representam desafio para a democratização da tecnologia. Esses códigos seriam padrões estabilizados para as soluções técnicas, que assumem a forma de regras, procedimentos e uma escala de valores instrumentais a serem perseguidos no projeto de determinada solução. (CRUZ, 2020, pp.110-11)

Segundo Carlos Ratton, Michel Foucault, ao apresentar um seminário na University of Vermont, em 1982, teria explicado o seu “contexto do estudo”, e teria abordado o conceito de tecnologia da forma que construiu seu argumento e viria a pavimenta-lo em momentos posteriores, assim o fez: “Meu objetivo, há mais de 25 anos, tem sido esquematizar uma história das diferentes maneiras de como os homens, em nossa cultura, elaboram um saber sobre eles mesmos: a economia, a biologia, a psiquiatria, a medicina e a criminologia. O essencial não é tomar esse saber como um valor de face, mas analisar essas assim chamadas ciências como “jogos de verdade” bastante específicos relacionados a técnicas específicas que os homens utilizam, a fim de compreender eles mesmos. Como contexto, devemos entender que há quatro grandes tipos dessas “tecnologias”, cada uma delas uma matriz da razão prática: 1. As tecnologias de produção por meio das quais nós podemos produzir, transformar e manipular objetos; 2. As tecnologias de sistemas de signos, que permitem a utilização dos signos, dos sentidos, dos símbolos ou da significação; 3. As tecnologias de poder, que determinam a conduta dos indivíduos, os submetem a alguns fins ou à dominação, objetivam o sujeito; 4. As tecnologias de si, que permitem aos indivíduos efetuar, sozinhos ou com a ajuda de outros, certo número de operações sobre seu corpo e sua alma, seus pensamentos, suas condutas, seu modo de ser; transformar-se a fim de atingir certo estado de felicidade, de pureza, de sabedoria, de perfeição, ou de imortalidade.” (RATTON, 2020, p.117)

Segundo Mauricio Fernandes, o conceito de técnica desenvolvido por Jürgen Habermas desde as suas primeiras produções deixa clara a centralidade do conceito de esfera pública a relacionar-se com a técnica, ampliando o grupo de discussão, antes restrito a especialistas. Nesse sentido, a técnica e a ciência estão submetidas à manifestação dos concernidos, os quais, em situações ideais de fala, passam a integrar espaços aos quais antes se auto impediam de participar. Habermas está firmemente estabelecido no potencial emancipatório que se expande desde o Iluminismo, observando o arrefecimento do dogmatismo em estruturas constitutivas da nossa condição. Assim, critica o cientificismo e, com relação à tecnologia, propõe uma deflação do cerne de dominação e centralidade decisória para o discurso da esfera pública. (FERNANDES, 2020, p. 147)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo, de discutir a relação entre ciência e verdade em tempos de pandemia de covid-19 parece estar pavimentado. Infelizmente, o questionamento sobre decisões públicas acerca de assuntos relacionados à pandemia de covid-19, como políticas de distanciamento social (chamadas genericamente de Lockdown), eficácia e efeitos colaterais, doses necessárias, comprovante e outros aspectos relacionados às vacinas, o ato médico para tratamento de infectados, opiniões de médicos e cientistas respeitados na comunidade acadêmica, institutos de pesquisa, Organismos Internacionais, governos, pessoas, parecem estar sob o crivo geral de controle, seja por parte de empresas (plataformas de internet), agentes públicos e da mídia. Não se pode condenar as pessoas e seus esforços no sentido de tomar decisões que objetivam o bem-estar social. A Organização Mundial da Saúde, em 27 de agosto de 2021, publicou em seu sítio na internet, estudos sobre eventos adversos de vacinas como miocardite, trombose e neuropatias. Esse tipo de ocorrências nos leva a considerar as decisões dos agentes públicos em tempos de incertezas, não se pode condená-los à priori. Não se pode afastar a característica de busca da verdade pelos cientistas, onde o questionamento é da sua natureza. Não se pode obrigar a ciência a apressar o seu tempo. Os concernidos precisam estar em condições ideais de fala, os indivíduos estão legitimados em suas preocupações diante de tantas mortes. A tolerância e a boa vontade para com as pessoas, assim como a empatia, precisam voltar a ser incentivadas. É a verdade e a ciência em tempos de incerteza e de pandemia de covid-19.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

AGOSTINHO. O livre-arbítrio. Nair de Assis Oliveira (Tradução, Organização, Introdução e notas). Honório Dalbosco(Revisão) 2ª ed. São Paulo : Paulus, 1995.

AGOSTINHO. Solilóquios; A vida feliz. Solilóquios. Adaury Fiorotti (Tradução, Introdução e notas). A vida feliz. Nair de Assis Oliveira(Tradução); Roque Frangiotti (Introdução e notas). H. Dalbosco(Revisão). São Paulo: Paulus, 1998.

AGOSTINHO. Confissões. Lorenzo Mammi (tradução do latim e prefácio). Penguin Classics. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ALMEIDA, João José R. L. A singularidade das Investigações filosóficas de Wittgenstein: fisiognomia do texto. Campinas: Editora da Unicamp, 2015.

ALVES, Rubem. Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e suas regras. Brasília: Editora Brasiliense, 1981.

ARISTÓTELES. Da Interpretação. José Veríssimo Teixeira da Mata (Tradução). 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

ARISTOTELES. De Anima. Maria Cecília Gomes dos Reis (Apresentação, Tradução e notas). São Paulo: Editora34 Ltda, 2006.

ARISTOTELES. Organon: Categorias, Da Interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Edson Bini (Tradução, textos adicionais e notas). 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2010.

CRUZ, Cristiano Cordeiro. O desenvolvimento tecnológico é uma arena política. In. Filosofia da Tecnologia: seus autores e seus problemas. Jelson Oliveira (organizador). Caxias do Sul: EducS, 2020.

DEWEY, John. Lógica: Teoria da Investigação. Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme (Tradução). Coleção “Os Pensadores”. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

DEWEY, John. Democracia, Filosofía y Verdad: Tres ensayos de John Dewey. Jose David Gonzalez, Juan Pablo Vargas y Willian Duica (Tradução). Señal que Cabalgamos. N° 109, Nueva Epoca. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018.

DUMMETT, Michael. Truth and Other Enigmas. Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

FERNANDES, Mauricio. A tecnologia entre instrumentalidade e comunicação. In. *Filosofia da Tecnologia: seus autores e seus problemas*. Jelson Oliveira (organizador). Caxias do Sul: Educs, 2020.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Octanny S, da Mata e Leonidas Hegenberg (Tradução). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1977.

JAMES, William. *Pragmatismo: Un nuevo nombre para viejas formas de pensar*. Ramón del Castillo (Tradução e notas). Madrid: Alianza Editorial S. A., 2000.

JAMES, William. *Pragmatismo: Textos selecionados*. Coleção “Os Pensadores”. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Guido Antônio de Almeida (Tradução). Texto original de Gottlob Benjamin Jäsche. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Manuela Pinto dos Santos (Tradução) e Alexandre Fradique Morujão (Tradução, Introdução e notas). 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Valerio Rohden (Tradução baseada na edição original de 1788, Introdução e notas). 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade de Julgar*. Fernando Costa Mattos (Tradução). Petrópolis: Vozes, 2018.

MARCONDES, Danilo. *Textos Básicos de Filosofia e História das Ciências*. Rio de Janeiro: Zahar. 2016.

MARQUES, Edgar. *Wittgenstein & o Tractatus*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

MOCELLIN, Vanessa Delazeri. A Construção do Conceito de Técnica Moderna. In. *Filosofia da Tecnologia: seus autores e seus problemas*. Jelson Oliveira (organizador). Caxias do Sul: Educs, 2020.

PLATÃO. *A República*. Maria Helena da Rocha Pereira (Introdução, Tradução e notas). 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (Tradução). São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix Ltda, 1972.

POPPER, Karl. *O mito do Contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Paula Taipas (Tradução). Lisboa: Edições 70, 1999.

QUINE, W.V. La Búsqueda de la Verdad. Javier Rodríguez Alcázar (tradução). Barcelona: Critica, 1992.

RATTON, Carlos. Os dois registros da tecnologia: teórico-conceitual e estudos concretos. In. Filosofia da Tecnologia: seus autores e seus problemas. Jelson Oliveira (organizador). Caxias do Sul: Educs, 2020.

SIMÕES, Eduardo. Wittgenstein e o Problema da Verdade. Belo Horizonte: Argumentvm, 2008.

TOMAS DE AQUINO. Verdade e conhecimento. Luiz Jean Lauand, Mario Bruno Sproviero(Tradução e notas).2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophicus. Luiz Henrique Lopes dos Santos (Tradução). 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Da Certeza. Maria Elisa Costa (Tradução). Lisboa: Edições 70, Lda. 1992.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Gramática Filosófica. Luís Carlos Borges (Tradução). 2 ed. São Paulo: Edições Loyola. 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. João José R. L. de Almeida (Tradução). 1 ed. Campinas: Wittgenstein Translations - UNICAMP. 2017.

DEMOCRACIA E INTERDISCIPLINARIDADE ENFRENTANDO INCERTEZAS E TRANSFORMANDO O MUNDO

Renato Zanolla Montefusco

UEMG, Universidade do Estado de Minas Gerais, Ituiutaba, Brasil
renato.montefusco@uemg.br

Jamile Gonçalves Calissi

UEMG, Universidade do Estado de Minas Gerais, Ituiutaba, Brasil
jamilc.calissi@uemg.br

1. INTRODUÇÃO

A construção “pré-moderna” de posturas e pensamentos impingidos pelo idealismo de desenvolvimento desnudou etapas progressivas da revolução industrial, tendo início na maquinofatura culminando na revolução tecnocientífica do século XX que, evidenciou uma necessária desconstrução “moderna” diante da nominada sociedade de risco imersa na tecnosfera, mas simbioticamente atrelada à biosfera em face dos problemas da modernização. Nesse cenário evolucionista “pós-moderno” reconstruir novas identidades socioculturais, político-econômicas e científicas, impulsionadas pelos levantes interdisciplinares do CTS, na dinâmica social contemporânea desnuda a forja de um pensamento “pós-abissal”, onde há necessário abandono de posturas colonialistas em prol de posturas decolonialistas e regenerativas dos indivíduos em nosso planeta. Não poderia ser diferente que, para justificar a aclamada (re)construção pós-moderna, surgem escolas de pensamento em prol da manutenção e revitalização da existência e sobrevivência do humano na Terra através de organizações, redes colaborativas, gestão de informação e inovações que impactam diretamente no fenômeno da globalização. Neste cenário, é factível observar o pensamento de Vittorio Anca-rani em seu estudo sobre “Globalizando o mundo: ciência e tecnologia nas relações internacionais” quando então afirma que,

A introdução de tecnologias avançadas em uma economia global durante a última década alterou radicalmente as relações entre os estados, ao mesmo tempo em que aumentou a presença e a eficácia das empresas multinacionais. (...) A desaceleração recente da economia mundial vem se revelando um fator mais forte e agravante da rivalidade entre Estados e empresas. Os blocos comerciais e o protecionismo paroquial provavelmente

serão incluídos nos pacotes de políticas elaborados pela maioria dos países industrializados. (ANCARANI, 1995, p. 652, nossa tradução).

Diante a argumentação evidenciada por Vittorio Ancarani é factível observar que “a ciência e a tecnologia podem ser vistas hoje como atividades transnacionais que envolvem uma difusão mundial de pessoal e atividades científicas” (1995, p. 653).

O Homem é uma emergência histórica da vida terrena afirma Edgar Morin (2003, p.40) exposto ao enfrentamento de incertezas na teia orgânica evolutiva que pode ser observada como uma paleta de cores com diferentes matizes. Diante incertezas, aprender a viver em um harmônico onde tecnosfera e biosfera coexistem demanda estratégia e desafio.

Nesse contexto, em esforço hercúleo, a comunidade internacional busca através de arranjos políticos transnacionais, construir e distribuir conhecimento de forma interdisciplinar através de Conferências Globais sobre desenvolvimento, clima, consumo sustentável, saúde, trabalho digno entre outros, nominados como indicadores, expostos na atualidade pela Agenda 2030; a cabeça bem feita rende frutos sensíveis para a sociedade “pós-moderna” no século XXI. Insta ser mencionado que a cabeça bem feita na contemporaneidade é fruto de argumentos transdisciplinares que impingiam ao Homem cenários catastróficos a sua própria existência; fato é que neste contexto Silke Bech em seu estudo sobre “*The Making of Global Environmental Science and Politics*”, afirmou:

Compreender como o meio ambiente global passou a ser objeto de estudos científicos e a preocupação política pode nos ajudar a compreender os valores e práticas sociais que influenciam explicações da mudança ambiental global. Esses insights podem ser usados para indicar como influências alternativas podem levar a percepções complementares sobre o meio ambiente mudança; ou como rotular os problemas como "globais" em alguns contextos pode enfatizar certos valores e resultados desejados mais do que outros. (BECK *et. al.*, 2016, p. 1060, tradução nossa).

A convergência de inúmeros parâmetros, que podem ser expostos inicialmente como socioeconômicos, políticos, culturais e ambientais se tornaram a mola propulsora no espaço e tempo para a construção interdisciplinar de conhecimentos; cogita-se o espaço tempo como um binômio necessário, um pressuposto, quiçá uma centelha que iluminou a humanidade rumo a novos paradigmas do construtivismo social de conhecimentos, que tem o condão de gerar creduli-

dade aos atores globais para uma possível (re)construção e (re)conexão da tecnosfera à biosfera. Na medida em que espaço tempo é cortejado, como restará observado, uma linha temporal de posturas da comunidade internacional se prostra como realidade através das inúmeras Conferências das Partes (COP) em âmbito internacional. As Conferências se tornaram um paradigma para os Estados-Nações, sendo que representam um desdobramento da cúpula da terra – A Conferência Rio-92; nesse contexto, COP hodiernamente expõe a “união” da comunidade internacional diante a catastrofização das relações do “Homem tecnosférico” envolvido pela biosfera.

O fato é que tais Conferências nascem de uma disruptura pregressa, ou seja, ao passo em que Estados-nações, no exercício de sua soberania interna e internacional, fundam posturas desenvolvimentistas na seara político-econômicas, que evidenciaram comportamentos isolacionistas, culminando em típicos problemas da modernização. Entretanto, diante da modernidade, Zygmunt Bauman afirma que a vida se tornou líquida, e nesse aspecto pontua:

As condições necessárias para garantir a sobrevivência humana (ou, ao menos, para aumentar suas probabilidades) deixou de ser divisível e 'localizável'. O sofrimento e os problemas de nossos dias tem, em todas as suas múltiplas formas e verdades, raízes planetárias que precisam de soluções planetárias. (BAUMAN, 2007, p. 193)

Como aludido, a evolução Humana outorgou um legado às gerações futuras, a modernização e suas problemáticas, que deixaram de ser afetas às comunidades enraizadas em suas localidades em face de seus hábitos e costumes; infere-se nessa premissa que àqueles problemas modernos se desdobraram a tantas outras comunidades culminando efeitos sensíveis em âmbito planetário. Nesse ínterim, “raízes planetárias que precisam de soluções planetárias” transcendem à posturas locais, sendo certo afirmar que as ameaças da evolução social são um típico “risco da modernização” (BECH, 2011, p. 26).

Do âmbito local ao planetário é possível vislumbrar nuances econômicas, políticas, sociais e culturais, lembrando que os “problemas modernos” são globais; globalização e glocalização se tornaram verbetes usuais e, ao mesmo tempo paradoxais diante o exercício das soberanias interna e internacional dos Estados-nações. Atos internacionais, pactos, protocolos e acordos celebrados pela comunidade internacional em prol de novos parâmetros sustentáveis influenciaram políticas públicas, arranjos institucionais e legislações nacionais; um

efeito dominó daquelas raízes planetárias que exigem soluções planetárias diante problemas globais.

O fenômeno da globalização, recente para os leigos, mas antigo para os mais observadores, é de reconhecida importância como agente modificador do mundo e gerador da chamada cooperação transnacional. E, sendo a globalização redefinidora de conceitos, será também causa direta das modificações na teia social contemporânea.

2. PROBLEMAS GLOBAIS, GLOBALIZAÇÃO E GLOCALIZAÇÃO

A soberania é uma racionalização jurídica do poder e, junto ao povo, território e governo é um elemento fundamental do conceito de Estado. Sua definição clássica aborda dois aspectos: internamente, é o poder de auto-organização do Estado e externamente, a independência e igualdade frente aos outros Estados nacionais (LORA ALARCON, 2011, p. 4). No âmbito dessa racionalização jurídica do poder, o Estado moderno soberano constituiu-se instrumento de legitimação da força coercitiva ao transformar o poder de fato em poder de direito, por intermédio de festejados teóricos como Maquiavel, passando por Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Desde os primórdios, as palavras “ordem” e “organização” são importantes. Se hoje é possível que parte do mundo seja composta de sociedades desenvolvidas regidas por conjuntos de normas próprias, é porque os ancestrais se preocuparam com sobredita ordem e, em uma clara manifestação de refinada sabedoria, perceberam o poder que dela emana (MONTESQUIEU, 1997, p. 37)⁹.

Diferentemente do mundo bipolar vivido até o final da década de 80, onde o planeta era dividido ideologicamente entre os capitalistas, tendo como força motora os Estados Unidos, e os socialistas, representados pela então União

⁹ Defendia, Montesquieu, a existência da Leis Naturais, invariáveis e anteriores à todas as leis, quer às ligadas ao sentimento, quer às ligadas ao conhecimento (positivadas), pois decorrem unicamente da constituição de nosso ser. É a lei considerada basicamente no homem antes da sociedade (homem em estado natural). São quatro as Leis Naturais de Montesquieu: a que leva à ideia de um criador e, por temor, portanto, ninguém procuraria atacar; a que determinava a busca por alimentos; outra que demonstrava a necessidade natural de existência mútua de homem e mulher; e por fim a do desejo de viverem em sociedade.

Soviética, muitos países implementaram a convivência “cooperativa”, o que culminou na formação de blocos onde a ideologia cedeu espaço para outras questões, principalmente práticas e econômicas.

O aspecto da quebra de ideologias, no entanto, não pode ser justificado unicamente por questões político-ideológicas, pois vem acompanhado de toda uma cadeia de desenvolvimentos que o mundo experimentou, quer seja economicamente, quer seja culturalmente, quer seja ambientalmente e juridicamente, e este último como consequência imediata dos outros.

A globalização é conceituada básica e unitariamente como um “[...] fenômeno cultural de convergência de pensamento em escala mundial” (MENDES, 1998, p. 9). Esse conceito, no entanto, não é suficiente para designar as reais consequências do fenômeno. Anthony Giddens em sua obra “As consequências da modernidade” traça definição para globalização como:

“a intensificação das relações sociais à escala mundial, relações que ligam localidades distantes de tal maneira que as ocorrências locais são moldadas por acontecimentos que se dão a muitos quilômetros de distância.” (GIDDENS, 1995, p. 52).

Como aludido anteriormente o fenômeno da globalização pode ser recente para leigos, no entanto é antigo para os mais observadores. Segundo Giddens (1995) trata-se de um fenômeno espontâneo impulsionado pela evolução econômico-política e social que representa um processo de ampliação de hegemonia econômica, política e cultural desde a época dos “Descobrimentos”.

Neste contexto, a identidade globalizada, a título de indagação, seria fruto apenas de levantes econômicos e políticos onde o campo social orbitaria como coadjuvante? Não seria adequado conjugar aquele fenômeno espontâneo, apontado acima por Giddens (1995), como “socioeconômico” e político ou “sócio-político” econômico? Problemas modernos são insculpidos das interações sociais, culturais e científicas de uma sociedade concebida do “pré-moderno” ao “moderno” e, por fim, o “pós-moderno”; sob essa perspectiva é factível afirmar que ameaças e riscos na evolução do Homem; incertezas também. O incerto poderia ser observado como utopia? Em sua obra “Direito e Utopia”, João Batista Herkenhoff afirma que utopia “é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para sua concretização” (HERKENHOFF, 1999, p. 06), ou seja, uma antevisão consciente da realidade do amanhã no manejo de projetos que ainda não existem e, por este fato, podem

ser construídos. Não há utopia na globalização, tão somente uma antevisão daquilo que poderá ser concretizado no amanhã pela sociedade atual às futuras gerações. O fato é que ao lado da definição de globalização a percepção sobre globalismo que, segundo Paul James, em sua obra sobre globalismo, nacionalismo e tribalismo observam que:

"pelo menos em seu uso mais específico, (...) como ideologia dominante e subjetividade associada a diferentes formações historicamente dominantes de extensão global. A definição implica, portanto, que existiam formas pré-modernas ou tradicionais de globalismo e globalização muito antes de a força motriz do capitalismo procurar colonizar todos os cantos do globo, por exemplo, remontar ao Império Romano no segundo século II, e talvez para os gregos do século V a.C.." (JAMES, 2006, p. 22)

A globalização tem três aspectos enfáticos: (i) aspecto material, resulta a identificação, por exemplo, dos fluxos de comércio, capital e pessoas em todo o globo. Tudo isso gerando uma interligação mundial; (ii) aspecto cognitivo diz respeito à conscientização popular do modo como acontecimentos distantes podem afetar destinos locais (e vice-versa), bem como as percepções públicas da redução do tempo e do espaço geográfico, e; (iii) aspecto espaço-temporal diz respeito à mudança na escala da organização social que liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo (HELDE; MCGREW, 2001, p. 11-17). Relações tribais pós-modernas, poderia ser aventado.

Diante do conjunto de conceituações, pode-se extrair alguns pontos gerados pelo fenômeno: ação à distância, compressão espaço-temporal, interdependência acelerada, mundo em processo de encolhimento, integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional (HELDE; MCGREW, 2001, p. 17).

Do âmbito local ao planetário e vice-versa a sociedade, imersa na tecnologia envolvida pela biosfera, se depara com a des-localização, mas, ao mesmo tempo com a re-localização, num processo não linear, de caráter reflexivo e dialético onde é alcançada a ressignificação para "local".

A glocalização desnuda um entrelaçamento global-local, "não trata apenas de declarações ou posturas locais de distinção, quiçá oposição dos processos globais" (ROBERTSON, 1992, p.11). Fato é que, o pensamento de Robertson em face do "localismo" não é um argumento "comunitarista" de proteção ao "local", um levante isolacionista contra pressões 'externas'.

Nesse contexto, a glocalização toma vulto no contexto global, sendo um neologismo da fusão dos termos *global* e *local*, onde é sensível a dimensão local na produção de uma cultura global. O conceito de glocalização guarda o mérito de restituir à globalização seu caráter multidimensional, ou seja, a necessária interação entre *global* e *local*. Inere-se, nesse contexto, a necessidade de somar a glocalização ao contexto da interdisciplinaridade propiciada pelo CTS no século XXI, para ser possível observar o modo pelo o ciência e tecnologia em prol ao bem estar social se desdobrar e evoluirá na sociedade pós-moderna. Ulrich Beck delinea em seus pensamentos a preeminente necessidade de serem cortejados novos conceitos fora do arsenal conceitual existente, mas em relação ao mundo empírico; “*out of the existing conceptual arsenal, but in relation of empirical world*” (BECK, SLATER e RITZER, 2001, p.263) que facilitem uma acrescida apreensão das transformações que a sociedade moderna enfrenta diante incertezas. Entretanto, como alerta Steven Yearley em seu estudo ‘*The environmental challenge to science studies*’,

Por um lado, a percepção de que os movimentos nas organizações estão se tornando mais próximos da ciência estabelecida pode ser uma desvantagem porque muitos dos apoiadores mais radicais do movimento verde ideologicamente opõe-se à sociedade tecnológica e seus aportes científicos e são alienados de coisas que os cientistas fizeram(...). (YEARLEY, 1995, p. 462, nossa tradução).

Em tempo, é cabível ressaltar que “a consciencia dos desastres ecológicos é antiga, viva, fundamentada, documentada, provada, mesmo desde o início da chamanda era industrial ou civilização da máquina” (LATOUR, 2020, p. 26). Nesse diapasão, os problemas modernos globais, globalização e glocalização tem o condão de alicerçar transformações planetárias sensíveis; a comunidade internacional, que envolve os Estados-nação e suas soberanias, busca estratégias para criar mecanismos de eco efetividade rumo a uma postura regenerativa pós-sustentável, pois “imersir na sustentabilidade, por si só, não é suficiente” (WAHL, 2019, p. 23), quiçá plausível.

3. A INTERDISCIPLINARIDADE CTS PARA ENFRENTAR INCERTEZAS

A Revolução Industrial, marcada por três períodos históricos: 1º (1760 a 1850); 2º (1850 a 1950), e; 3º (1950) até dias atuais (HOBSBAWM, 2014, p. 79),

descortinou um processo de degradação e devastação dos bens ambientais, entendidos como capital natural, sem precedentes na evolução da civilização. A substituição da manufatura pelo maquinofatura, processos evolutivos da tecnologia e a revolução tecnicocientífica contribuíram, indubitavelmente, para a explosão demográfica, o surgimento de grandes centros urbanos, a formação de cadeias de produção e consumo em larga escala, demandas de consumo cada vez maiores e competitividade desenfreada por mercados em âmbito nacional e transnacional.

A ausência de fomento à pesquisa, desenvolvimento e investimento em infraestruturas conservacionistas trouxeram à humanidade novas formas de poluição, expondo sensíveis mudanças climáticas. Nessa perspectiva inicial, o ser humano é provocado a buscar novas posturas de pensar e agir em seu habitat em amplitude local, regional, nacional ou transnacional. Segundo Edgar Morin (2003) em sua obra “A cabeça bem feita: repensar a reforma reformar o pensamento” um argumento delineador expõe a simbiose do “homem ao meio” e o local onde este se encontra:

Terra não é a soma de um planeta físico, de uma biosfera e da humanidade. A Terra *é* a totalidade complexa físico-biológica antropológica, onde a vida é uma emergência da história da Terra, e o homem, uma emergência da história da vida terrestre. A relação do homem com a natureza não pode ser concebida de forma reducionista, nem de forma disjuntiva. A humanidade é uma entidade planetária e biosférica. O ser humano, ao mesmo tempo natural e supranatural, deve ser pesquisado na natureza viva e física, mas emerge e distingue-se dela pela cultura, pensamento e consciência. Tudo isso nos coloca diante do caráter duplo e complexo do que é humano: a humanidade não se reduz absolutamente à animalidade, mas, sem animalidade, não há humanidade. (MORIN, 2003, p. 40).

Se o processo de degradação e devastação ambiental, acima mencionado, é tributado ao ser humano e sua existência na Terra, entender o planeta como uma somatória de elementos físico-biológica antropológica em que o homem é “uma emergência na história” da vida terrena é fundamental, pois suas interações com o meio socioambiental são fruto de experiências, doces e amargas, na teia orgânica que lhe envolve; uma teia social que se apresenta à sociedade em gradativa complexidade de acordo com sua própria evolução. Se a humanidade não pode ser reduzida a um critério de animalidade, onde Morin (2003) afirma que em não havendo animalidade não haveria humanidade, se observa que a construção de pensamentos eco efetivos e regenerativos nasce da ruptura daquilo que

outrora era avaliado como adequado, ou seja, há um imbricado processo des-
construtivo de paradigmas históricos em busca do que se entende adequado à
sociedade no séc. XXI. Ademais, a percepção de justiça ambiental se faz presente
no contexto argumentativo da comunidade global ao buscar, através de redes
colaborativas e organizações governamentais e não governamentais, posturas e
tomada de decisões fundamentais ao enfrentamento climático global; sob esta
ótica, Gween Ottiger expõe de forma conceitual o que seja justiça ambiental cor-
tejando a ideia de que embora haja inequidades que se protraem no tempo é
necessário observar o problema, diagnosticá-lo e apresentar soluções.

Começamos esclarecendo os significados de justiça ambiental, argumen-
tando que é um quadro para a compreensão da desigualdade com respeito
ao meio ambiente que inclui a distribuição de perigos, a participação na
tomada de decisões e o reconhecimento da identidade cultural e do co-
nhecimento único dos grupos marginalizados.

(...)

A justiça ambiental é uma forma particular de entender as desigualdades
baseadas em raça e classe na poluição, localização de instalações e aplica-
ção de leis ambientais. Embora essas iniquidades tenham uma longa his-
tória, a justiça ambiental “enquadra” - uma forma de olhar para um pro-
blema que o diagnostica e aponta para soluções (OTTINGER *et. al.*, 2017,
p. 1030, tradução nossa)

Debates ocorreram e diagnósticos foram expostos; soluções passaram a
ser tomadas em decisões multilaterais. Debates iniciados na Alemanha, com vis-
tas a definir medidas de consenso sobre o combate às alterações climáticas; deci-
sões multilaterais foram tomadas pela adesão de Estado-nações a um protocolo
da UNFCCC em dezembro de 1997 estabelecendo para o período (2008 - 2012)
compromisso de diminuição de emissões totais dos gases geradores do efeito
estufa; com base em diagnósticos e metas de emissão 5% abaixo dos níveis mo-
nitorados em 1990, insta ser mencionado que se tratava de uma meta ambiciosa.

Entretantes, a humanidade, por ser tratada como uma entidade plane-
tária e biosférica, exposta de forma ingênua – poderia ser cogitado desta maneira
ou de forma inconsequente as interações de sua própria evolução, trouxe a baila
uma necessária desconstrução, evidenciada tanto pela degradação e desequilíbrio
sócio ambiental quanto político-econômico em linhas abissais de pensamento,

expondo comportamentos colonialistas de dominação sócioeconômica e político-científica na busca da aclamada “evolução”.

Boaventura de Souza Santos (2007), quando expõe seu pensamento em “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes” afirma que existem “linhas abissais”, linhas cartográficas por assim dizer, entre o Velho e Novo mundo, presentes na época da pré-modernidade das “grandes colonizações” que ainda subsistem na pós-modernidade de forma (in)visível afirmando que “a injustiça social global estaria estritamente associada à injustiça cognitiva global, de modo que a luta por justiça social global requer a construção de um pensamento “pós-abissal”, (SANTOS, 2007, p. 01).

Da construção “pré-moderna” de posturas e pensamentos à desconstrução “moderna” e, por fim, à (re)construção “pós-moderna” de novas identidades socioculturais, político-econômicas e científicas, impulsionadas por levantes interdisciplinares do CTS, na dinâmica social contemporânea desnuda a forja daquele pensamento “pós-abissal”. Não poderia ser diferente que, para justificar a (re)construção, escolas de pensamento em prol da manutenção e revitalização da existência e sobrevivência do humano na Terra surgem no mosaico social. Nesse cenário de construção social de saberes, CTS representa “um campo recente e heterogêneo, crítico ao essencialismo tradicional da ciência e tecnologia, com natureza interdisciplinar onde se busca compreensão da dimensão social da ciência e tecnologia” (GARCIA et.al., 1997, p. 16) para, desta feita, jungir campos de conhecimento capazes de atender as exigências da sociedade; daquele homem, concebido como uma emergência histórica da vida terrena.

Entrementes, insta ser mencionado que “jamais fomos modernos”, afirma Bruno Latour (1994) em seu ensaio: assoreamento e poluição de rios e mares, devastação de florestas, poluição com novos contornos de acordo com o grau evolutivo da sociedade, efeito estufa, buraco na camada de ozônio, nano robôs munidos de sensores – os “modernos” não pararam de criar objetos híbridos aplicados à tecnosfera, nesse contexto:

a modernidade é muitas vezes definida através do humanismo, seja para saudar o nascimento do homem, seja para anunciar sua morte. Mas o próprio hábito é moderno, uma vez que este continua sendo assimétrico. (LATOUR, 1994, p. 19).

No pensamento acima evidenciado, a sociedade de risco surge como argumento reconstrutivo “moderno”, diante a desconstrução socioambiental gradualmente observada pela natural evolução humana, inserida na tecnosfera, em

face da biosfera; Ulrich Beck cunha aquela expressão descrevendo o modo pelo qual a sociedade moderna busca organizar-se em resposta a riscos e ameaças tanto das bases naturais da vida quanto divisões entre natureza, cultura e sociedade para o século XXI, em face do “risco da modernização” afirmando que:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhante por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. (BECH, 2011, p. 26).

Discussões sobre “o progresso a qualquer custo” e o risco da modernização se tornaram a pedra angular no cenário internacional pós-moderno, pois a mudança do clima abarcou implicações para diversos setores da sociedade diante da perspectiva de que “a (mudança do clima) é a maior e mais abrangente falha de mercado jamais vista” (STERN, 2006, p.01). Riscos e ameaças atuais, portanto são observados num vislumbre holístico onde há o entendimento de que um sistema não pode ser definido e caracterizado apenas pela somatória de suas partes; neste cenário, sob a ótica CTS, a interdisciplinaridade entre ciência e tecnologia na busca do bem estar social se faz presente, pois há uma convergência de inúmeros campos no pêndulo da sociedade de risco.

O campo nas sociedades, modernas ou industriais, “são consideradas como um conjunto caracterizado por forte diferenciação social das funções e das atividades” (CATANI, et. al., 2017, p. 64); um microcosmo inserido no macrocosmo social constituído de forma imbricada pelo espaço nacional e transnacional acerca da sustentabilidade, pois os interesses sociais e científicos são específicos nesta seara não se reduzindo ao mero interesse de tipo econômico. O pensamento bourdieusiano é de mais valia, pois demonstra existir convergência de inúmeros campos como tributários para construção de saberes à sociedade pós-moderna e de risco, nesse sentido afirma:

O universo ‘puro’ da ciência ‘mais pura’ é um campo social como qualquer outro, com suas relações de força e seus monopólios, suas lutas e estratégias, seus interesses e suas vantagens, mas no qual todas essas invariantes revestem formas específicas, (BOURDIEU, 1976, p. 89).

De forma paradoxal a sociedade pós-moderna é provocada, diante certezas anteriormente enraizadas, à incertezas atualmente expostas em face de ris-

cos e ameaças na busca de posturas regenerativas sendo que “a maior contribuição do conhecimento do século XX foi o conhecimento dos limites do conhecimento” (MORIN, 2003, p. 55). Neste hiato temporal, da modernidade à pós-modernidade, a construção social do conhecimento se apresenta factível e desnuda o comportamento “glocalizado” na busca de soluções às questões ambientais e climáticas onde posturas interdisciplinares almejam explicar a complexidade do esgotamento dos recursos naturais, riscos pelas mudanças climáticas e desastres ambientais, além de questões sociais sobre pobreza e miséria, (SALLES *et al.*, 2017, p. 117).

4. AGENDA 2030 E CTS TRANSFORMANDO O MUNDO

A “Comunidade Global” ciente do caráter transnacional da questão ecológico-climática deu início a inúmeras conversações, aprendizagens, programas e conferências, a saber: (i) “O Homem e a Biosfera”, da UNESCO, em 1971; (ii) a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em Estocolmo (1972); (iii) a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, formada em 1983 pela Organização das Nações Unidas (ONU), e, por fim; (iv) a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), a notória ECO-92, na qual foi oportunizado às Nações, de forma inédita, estabelecer critérios para se vislumbrar e alcançar o almejado desenvolvimento sustentável.

Insta ser mencionado que em 1972, na Primeira Conferência Mundial sobre o Clima, o *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) foi criado com intuito de informar formuladores de políticas acerca de avaliações técnico-científicas sobre mudanças climáticas, suas imbricações e potenciais riscos futuros desnudando o risco da modernização de Beck (2011), acima mencionado. O IPCC fomentou o arcabouço teórico-científico para a Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre a Mudança do Clima (UNFCCC), que foi adotada na Cúpula da Terra (Rio-92) tendo o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável, com foco nos seres humanos e na proteção do meio ambiente como partes fundamentais desse processo, sendo a Agenda 21 a primeira carta de intenções ou de estratégias para promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI.

Sendo tratada como um projeto ou plano, mas não como um programa a Agenda 21 tal como suas sucessoras: (i) Rio+20: “o futuro que queremos”, e; (ii) Agenda 2030: “plano de ação global para um 2030 sustentável”, que serão observadas a seguir, tem em comum a percepção do segundo viático, exposto

por Morin (2003), a estratégia: que é oposta a ideia de programa mesmo que possa conter elementos programados, pois a princípio o programa representa uma sequência de ações específicas e desejadas, sendo eficaz quando existem condições estáveis; a dinâmica social e as interações sociopolíticas e econômicas da sociedade de risco não traduzem estabilidade, sendo certo afirmar que em havendo perturbações a execução de um programa de sustentabilidade, este estaria fadado a parar, nesse diapasão:

A estratégia, como o programa, é estabelecida tendo em vista um objetivo; vai determinar os desenvolvimentos da ação e escolher um deles em função do que ela conhece sobre um ambiente incerto. A estratégia procura incessantemente reunir as informações colhidas e os acasos encontrados durante o percurso. (MORIN, 2003, p. 62).

Por ser uma estratégia global da sociedade de risco na busca de paradigmas sustentáveis herdados de Estocolmo (1972), Cúpula do Clima (1992), Rio+20 (2012) e Agenda 2030 fruto do acordo de Paris em 2015 “buscam compreender a dimensão social da ciência e da tecnologia, tanto desde o ponto de vista de seus antecedentes sociais como de suas consequências sociais e ambientais” (PALACIOS, 2001, p.125), evidencia-se o desafio, tratado como terceiro viático por Morin (2003, p. 62), que emerge como realidade para jungir pensamentos interdisciplinares sobre ciência e tecnologia em busca do bem estar social.

A comunidade internacional periodicamente buscou se reunir através das nominadas “COPs” – Conferência das Partes, desdobramento da cúpula da terra e, de mais valia a evolução dos diálogos transnacionais sobre questões interdisciplinares que orbitam a biosfera, sociedade e economia sendo possível observar o trabalho hercúleo das COPs em sua linha temporal evolutiva. Inserida nesse contexto a “Rio+20”, que não foi uma COP, mas uma reunião convocada pelas Nações Unidas em 2012, reconhecida como um marco regulatório na evolução temática da sustentabilidade, com o objetivo de avaliar progressos e lacunas das cúpulas anteriores teve como foco a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza e o arcabouço institucional para o desenvolvimento sustentável que, sob a ótica CTS, pode ser interpretado como construtivismo social do conhecimento onde “abstrações são valorizadas na construção social das realidades científicas” (SISMONDO, 2010, p. 203).

O fato é que, o arcabouço tecnocientífico da Agenda 2030 nasce do fomento realizado na reunião “Rio+20” diante o documento “o futuro que queremos” onde foram lançadas as bases de um processo intergovernamental abrangente para promover objetivos para o desenvolvimento sustentável.

O Acordo de Paris (COP 21) foi ambicioso, pois trouxe à baila a ideia: “transformando o nosso mundo: Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável” (ONU/UNIC-Rio 2015) que culminou em novo acordo climático global com apoio da comunidade internacional convergindo à Agenda 2030 com 17(ODS), indicadores para objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas distribuídas a cada indicador. Os indicadores e metas são integrados e refletem de maneira equilibrada três dimensões (social, econômica e ambiental); indivisíveis sob a perspectiva de ser necessário trabalhar o mosaico de todos os 17 ODS tornando, segundo a COP21, o desenvolvimento sustentável uma realidade, visando dentre tantos outros exemplos, a limitação do aumento da temperatura global ao máximo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, um problema da modernização. Em tempo “o papel das ciências na tarefa de sondar o Terrestre é inegável. Sem elas, o que saberíamos sobre o novo regime climático?”, indaga Latour (2020, p. 80), na obra “Onde aterrar? Como se orientar politicamente no antropoceno”.

Em resposta é possível ser considerado que, o pensamento globalizado acerca do desenvolvimento sustentável trouxe novas perspectivas para a teia econômico-social mundial. A globalização, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), pode ser pensada como um processo no qual os mercados econômicos, tecnológicos e de comunicação adotam características cosmopolitas refutando posturas exclusivamente locais. Em busca de alterar tais padrões a globalização carrearou consequências afetando tanto “o Homem”, a economia e o meio ambiente diante do desafio de conciliar o progresso com a conservação da biosfera, uma luta simbólica desponta na realidade da sociedade do século XXI, pois “é nesse intervalo, em meio a essa estranha guerra, que nos encontramos, ao mesmo tempo mobilizados no *front* e desmobilizados na retaguarda” afirma Latour (2020, p. 110). Neste cenário, a tecnociência fundada na interdisciplinaridade busca delinear possíveis respostas à sociedade através de *designs* de culturas regenerativas que, de forma holística alcançam as dimensões sociais, econômicas e ambientais nos 17 ODS da Agenda 2030.

Nesse sentido a ONU, ao firmar o ideal “transformando o nosso mundo: Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável”, a título de elucidação expõe:

na dimensão social a erradicação da pobreza (ODS 01); na dimensão econômica o trabalho decente e crescimento econômico (ODS 08), e; na dimensão ambiental (biosfera) a ação contra a mudança global do clima (ODS 13). Como afirmado, os indicadores são integrados e indivisíveis, desta feita, é factível afirmar que para erradicar a pobreza a existência de trabalho decente é necessária, onde ações contra mudança global do clima impactam diretamente na cadeia de produção e consumo; portanto, há um mosaico integracional de todos os ODS, que se conjugados, poderão alcançar o objetivo almejado pela Agenda 2030 que, como aludido anteriormente, é ambiciosa tendo diferentes matizes naquela paleta de cores acima cogitada para a sociedade no século XXI.

Em tempo, observar os desdobramentos dos argumentos acima insculpidos na 26ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP26-2021), em Glasgow, na Escócia onde posturas que coadunam mecanismos para o desenvolvimento limpo se tornaram ponto cardeal nas discussões dos Estados-nação é elemento fundamental para observar que as relações do Homem transcendem às fronteiras de seu Estado-nação; relações transnacionais são rotuladas na atualidade como um fenômeno típico da globalização.

Um doloroso parto da mãe terra, afirma Leonardo Boff, rumo a uma sociedade fraterna, sem fronteiras e de amizade social onde “a história nos tem mostrado que depois de uma grande crise seja natural seja cultural, irrompe um novo tipo de sociedade” (BOFF, 2021, p.09), com sonhos, valores, formas de organização de produção e consumo renovados. Nesse sentido, Latour (2020) afirma que a questão climática é central em todos os problemas geopolíticos ligadas às injustiças e desigualdades, ou se nega ou se aterra a existência do problema. A Agenda 2030 está em busca do aterramento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerar a interdisciplinaridade promovida através da produção do conhecimento pelo estudo da ciência e tecnologia em busca do bem-estar eco efetivo da sociedade demonstra o impacto CTS na contemporaneidade. Isto porque os aportes epistemológicos expostos por Sergio Sismondo (2010) acerca da construção social do conhecimento; inovações impulsionadas por projeções climáticas catastróficas evidenciadas por Silk Beck (2016); a busca de uma propensa justiça ambiental desnudada por Gween Ottiger (2017); a globalização mundial sob a influência da ciência e tecnologia nas relações internacionais anunciadas

por Vittorio Ancarani e a simbiose do Homem ao meio em que a vida é uma emergência histórica da terra, onde o homem é uma emergência da história da Terra, revelado por Morin (2003) são indubitavelmente tributários na construção das escolas de pensamento que fomentam e alicerçam o processo de globalização, fortalecimento de organizações e redes colaborativas transnacionais.

O pensamento de Edgar Morin sobre: “a cabeça bem-feita: repensar a reforma reformar o pensamento” norteia a construção argumentativa da “interdisciplinaridade CTS enfrentando incertezas e transformando o mundo” neste artigo, em que a Agenda 2030 almeja no desenvolvimento sustentável a transformação do mundo.

Como aludido, a Terra é um mosaico físico-biológico antropológico. A vida, segundo Morin (2003), é uma emergência da história terrena onde o homem é uma emergência histórica da vida no planeta. Sendo certo afirmar que a relação humana com a natureza não pode ser caracterizada de forma reducionista ou disjuntiva, pois existe uma relação simbiótica entre ambos.

A gradativa complexidade permeada pelos problemas da modernização trouxe a baila uma imbricada relação do homem, inserido na tecnosfera, com a biosfera e, nesse contexto restou evidenciada etapas evolutivas daquela modernização pelos influxos da revolução industrial que se desdobram à sociedade contemporânea. A dinâmica social atual busca um pensamento “pós-abissal”, tendo por base a avaliação da construção “pré-moderna” de posturas e pensamentos à desconstrução “moderna” e, por fim, à (re)construção “pós-moderna” de novas identidades socioculturais, político-econômicas e científicas, impulsionadas por levantes interdisciplinares do CTS.

Neste cenário atual, a Agenda 2030, seus 17 ODS e 169 metas foram expostos como mecanismos de uma estratégia global que se desdobrou em desafios, viáticos expostos por Morin (2003, p.61-62), em um novo acordo climático global com apoio da comunidade internacional e dos Estados-membros. Como restou observado, o desdobramento do empenho das organizações e redes colaborativas em âmbito global desaguará na 26ª Conferência das Partes (COP26) onde a comunidade global vislumbra mecanismos de desenvolvimento limpo que, por sua vez, impactam em posturas socioeconômicas, político-jurídicas e culturais do ‘global’ para o ‘local’ em que Estados-nações ou adequaram, ou adequarão posturas para cingir a uma ideologia global.

O construtivismo social do conhecimento orbitou o novo acordo climático exposto à humanidade onde, abstrações sobre ciência e tecnologia foram indubitavelmente valorizadas e, conforme afirmado por Sismondo (2010, p. 62) ocorreu uma verdadeira construção social das realidades científicas. Tal construção restou observada como de mais valia à Agenda 2030 diante a perspectiva de que os ODS e METAS, expostos à sociedade de risco são observados de forma integrada e indivisível.

Portanto, a Agenda 2030 não é um “doloroso parto à mãe terra”, tão somente um caminho para a sociedade de risco, na dita pós-modernidade, em busca da eco-efetividade rumo a uma sociedade fraternal e sem fronteiras.

REFERÊNCIAS

Ancarani, V. (1995). Globalizing the world: Science and technology in international relations. *Handbook of science and technology studies*, 652-670.

Bauman, Z. (2007). *Vida líquida*. Rio de Janeiro: J.

Beck, U. (2011). *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora, 34.

Beck, U. (2001). Interview with Ulrich Beck. *Journal of consumer culture*, 1(2), 261-277.

Beck, S., Forsyth, T., Kohler, P. M., Lahsen, M., & Mahony, M. (2016). The making of global environmental science and politics.

Boff, L. (2021). *O doloroso parto da mãe terra: uma sociedade de fraternidade sem fronteiras e de amizade social*. Petrópolis: Editora Vozes.

Bourdieu, P. (1976). *Le champ scientifique*. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2(2), 88-104.

Catani, A. M., Nogueira, M. A., Hey, A. P., & MEDEIROS, C. C. C. (2017). *Vocabulário Bourdieu*. Belo Horizonte: Autêntica.

García, M. I. G., Luján, J. L., & Cerezo, J. A. L. (Eds.). (1997). *Ciencia, Tecnología y Sociedad: lecturas seleccionadas*. Ariel.

Giddens, A. (1995). *As consequências da modernidade*. Unesp.

Held, D., & McGREW, A. (2001). *Prós e contras da globalização*. Zahar.

Herkenhoff, J. B. (1999). *Direito e utopia*. Livr. do Advogado.

Hobsbawm, E. (2014). *A era das revoluções: 1789-1848*. Editora Paz e Terra.

- James, P. (2006). *Globalism, nationalism, tribalism: Bringing theory back in*. Pine Forge Press.
- Latour, B. (1994). *Jamais fomos modernos*. Editora 34.
- Latour, B. (2020). *Onde aterrar?: como se orientar politicamente no Antropoceno*. Bazar do Tempo Produções e Empreendimentos Culturais LTDA.
- Latour, B. (2020). *Diante de Gaia: oito conferências sobre a natureza no Antropoceno*. Ubu Editora.
- Alarcón, P. D. J. L., & de Jesús, P. (2011). *Ciência política, estado e direito público*. São Paulo: Verbatim, 447-462.
- Mendes, M. C. (1998). *O Direito Globalitário—O novo céu que nos protege*. *Jornal Síntese*, (11).
- Montesquieu, C. L. (1997). *Do Espírito Das Leis Vol. 1 (Vol. 1)*. São Paulo: Nova Cultural.
- Morin, E. (2003). *A cabeça bem-feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 99.
- OECD. *Economic Globalization and the Environment*. Organization for Economic Co-operation and Development. *A Framework For Biotechnology Statistics*. Paris, 1997. Disponível em <https://www.oecd.org/science/inno/34935605.pdf>. Acesso em 16 jul. 2021.
- ONU. *Relatório Brundtland. Nosso futuro comum*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em 08 jul. 2021.
- ONU. *Transformando nosso Mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última edição em 08 de setembro de 2015. Disponível em <https://www.undp.org>. Acesso em 17 jul. 2021.
- ONU. *Acordo de Paris. (COP 21)*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>. Acesso em 06 de jul. 2021.
- Ottinger, G., Barandiaran, J., & Kimura, A. H. (2017). *Environmental justice: knowledge, technology, and expertise*. *The Handbook of Science and Technology Studies*, 1029-57.
- Palacios, E. M. G., Galbarte, J. C. G., Cerezo, J. A. L., Luján, J. L., Gordillo, M. M., Osorio, C., & Valdés, C. (2001). *Ciencia, Tecnología y Sociedad: una aproximación conceptual*. Organización de Estados Iberoamericanos (OEI).
- Robertson, R. (1992). *Globalization: Social theory and global culture (Vol. 16)*. Sage.

- Salles, V. O., & Matos, E. A. S. A. (2017). A teoria da complexidade de Edgar Morin e o Ensino de Ciência e Tecnologia. *Revista Brasileira de Ensino de Ciência e Tecnologia*, 10(01), 1-12.
- Santos, B. D. S. (2007). Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos CEBRAP*, 71-94.
- Sismondo, S. (2010). *An introduction to science and technology studies* (Vol. 1, pp. 1-11). Chichester: Wiley-Blackwell.
- Stern, N., & Stern, N. H. (2006). *The economics of climate change: the Stern review*. Cambridge University press.
- UNESCO. O futuro que queremos. Disponível em <http://www.unesco.org/new/pt/natural-sciences/ioc-oceans/focus-areas/rio-20-ocean/blueprint-for-the-future-we-want/>. Acesso em 16 jul. 2021.
- Wahl, D. C. (2020). *Design de culturas regenerativas*. Bambual Editora LTDA.
- Yearley, S. (1995). The environmental challenge to science studies. *Handbook of science and technology studies*, 457-479.

AS AÇÕES DE PERMANÊNCIA ESTUDANTIL DESENVOLVIDAS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
cibelecarneiro@id.uff.br

Letícia de Andrade Costa

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
leticiaandradecosta@id.uff.br

Giselle Picorelli Yacoub Marques

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
gisellepicorelli@id.uff.br

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar as políticas adotadas pela Universidade Federal Fluminense (UFF) no que tange à permanência estudantil, especialmente durante a pandemia da COVID-19, de alunos que ingressaram por Ações Afirmativas. O exame da Lei de Cotas (Lei nº 12.711/2012) será realizado ao longo do trabalho, bem como as ações sociais da UFF voltadas para estes estudantes durante esse período excepcional de isolamento social e atividades de ensino remotas.

O debate proposto se apresenta essencial haja vista que (i) a Lei de Cotas tem validade de dez anos, tendo sua revisão agendada para agosto de 2022 e (ii) apesar de ser medida necessária, a política pública das Ações Afirmativas carecem do debate acerca da permanência desse aluno na Universidade.

A partir da análise dos últimos anos de validade da Lei nº 12.711, somado ao contexto de pandemia, importante avaliar a necessária revisão da norma no sentido de promover a inclusão, de fato – não apenas ingresso, mas também condições de permanência e graduação completa, dessas pessoas na Universidade.

2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS DESAFIOS DA PERMANÊNCIA ESTUDANTIL

As cotas estudantis para ingresso em instituições públicas de ensino superior e técnico de nível médio foram instituídas pela Lei nº 12.711, em 29 de agosto de 2012. De acordo com essa norma, 50% das vagas ofertadas em instituições federais de ensino superior serão reservadas para estudantes que tenham cursado o ensino médio em escolas públicas, de maneira integral. Esses indivíduos, de acordo com o artigo 3º da Lei, devem ser autodeclarados pretos, pardos e indígenas ou pessoas com deficiência¹⁰, preferencialmente (BRASIL, 2012, doc. online).

Quando essa política pública de promoção da igualdade foi implementada, muitos argumentos foram contrários a ela¹¹. Um dos principais era o de que se estaria segregando pessoas negras e as desqualificando, como se fosse uma afirmação da inferioridade desse grupo a necessidade de estipulação de cota para o acesso ao ensino superior. No entanto, Sueli Carneiro, feminista negra brasileira, traz resposta que rebate com potência essa afirmação:

A reivindicação de cotas e políticas de ação afirmativas não desqualifica o grupo negro. Ao contrário, representa sua confirmação como sujeito de

¹⁰ É válido ressaltar que as cotas para pessoas com deficiência apenas foram instauradas em 2016, com a publicação da Lei nº 13.409/2016. Essa norma alterou a Lei nº 12.711/2012 e incluiu pessoas com deficiência no rol trazido pelo artigo 3º e 5º. No entanto, cabe apontar que o prazo de revisão para as cotas – em geral – é em agosto de 2022, conforme determina o artigo 7º da Lei de 2012. Isso quer dizer que pessoas com deficiência tiveram um período mais curto ainda para fruir da ação afirmativa.

¹¹ É interessante o ponto argumentativo de “tratamento especial” para pessoas negras de quando as cotas foram implementadas. Apesar de o cenário nas universidades ser majoritariamente branco, a ideia de democracia racial ligada à meritocracia fez grande peso contrário à elaboração e efetivação dessa ação afirmativa. Em sua tese de doutorado, Sérgio Pereira dos Santos vai tratar acerca das relações de raça e classe nas ações afirmativas inseridas no processo seletivo para graduação da Universidade Federal do Espírito Santo. Segundo o educador, as cotas de escola pública e de classe eram mais aceitas que as cotas para afro-brasileiros: “[a]ssim, percebemos uma tendência, nas falas da maioria dos sujeitos, pela predileção às cotas sociais que, ao mesmo tempo, transparece como tentativa de inclusão dos afro-brasileiros no ensino superior e também como o não reconhecimento do racismo como mecanismo produtor de desigualdade racial e de perpetuação de privilégios de grupos e instituições que utilizam o racismo na reprodução de uma lógica social desigual entre negros e brancos, principalmente no ensino superior. Logo, o argumento e/ou a implementação das cotas sociais muitas vezes são utilizados como alternativa em relação às cotas raciais, pressupondo a ideia de uma aceitação da exclusão racial pela via de um reconhecimento exclusivo da escola pública precária ou da pobreza, mantendo assim uma tradição, recentemente desestabilizada, tanto por uma parte da esquerda quanto por outra da direita política brasileira” (2014, p. 272/273).

direitos, consciente de sua condição de credor social de um país que promoveu a acumulação primitiva de capital pela exploração do trabalho escravo, não ofereceu nenhum tipo de reparação aos negros na abolição e permanece lhe negando integração social por meio das múltiplas formas de exclusão racial vigentes na sociedade, das quais o não acesso à educação é uma das mais perversas. O que devemos abominar é um processo histórico que transformou os seres humanos em mercadorias e instrumentos de trabalho. E, depois de explorá-los por séculos, destinou-os os à marginalização social. A adoção de ações compensatórias deve ser a expressão do reconhecimento de que é chegada a hora de o país se reconciliar com uma história em que o mérito tem se constituído em um eufemismo para os privilégios instituídos pelas clivagens raciais persistentes na sociedade (2011, p. 102).

Dessa maneira, incontestável é a necessidade da elaboração de uma ação pública que garantisse a efetividade do direito à igualdade para pessoas negras que, sistemicamente, vem sendo excluídas de muitos espaços na sociedade, como nas Universidades. Joaquim Barbosa e Fernanda da Silva trazem conceito importante acerca de ações afirmativas para que se entenda melhor a necessidade de sua aplicação:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (...) Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (2003, p. 94/95)

Com a política de cotas¹², ou discriminação positiva, como pode ser chamada, o número de pessoas negras, indígenas e com deficiência na Universidade

¹² Cabe trazer que a Política de Cotas referida é àquela à nível Nacional, instituída pela Lei nº 12.711/2012. Antes disso, algumas universidades estaduais, que tinham vestibular próprio, já haviam inserido tal política na forma de ingresso. Exemplos como a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (ROCHA, 2019, doc. online) e a Universidade de Brasília (VELOSO, 218, doc. online) podem ser mencionados aqui, como pioneiras, no Brasil, da implementação da política da ação afirmativa.

umentou consideravelmente¹³. Isso é fruto de longas lutas de movimentos sociais e do avanço dos direitos sociais, conforme traz Silvio Almeida (2019, p. 102):

Ao permitir que membros de grupos sociais historicamente discriminados participem de espaços em que decisões importantes são tomadas ou que pertençam a instituições que gozam de prestígio, espera-se como efeito político:

o fortalecimento dos laços sociais, impedindo o isolamento de grupos e retirando a força de práticas discriminatórias;

o exercício da pluralidade de visões de mundo e a dedução de interesses aparentemente específicos do grupo, que agora, com voz ativa, poderá participar da produção de um “consenso”, dando legitimidade democrática às normas de organização social;

a redistribuição econômica, uma vez que a maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho é característica marcante em membros de grupos historicamente discriminados. (ALMEIDA, 2019, p. 99)

Com isso, é inegável o impacto das ações afirmativas para o grupo historicamente oprimido que elas abarcam. A importância da Lei nº 12.711 é indiscutível e ela representou uma grande conquista dos movimentos sociais além de um passo importante na busca pela efetivação do direito à igualdade, previsto na Constituição.

No entanto, garantir o ingresso dessas pessoas na Universidade, apesar de ser uma etapa essencial, pode não ser suficiente para causar os efeitos políticos esperados – e demonstrados por Silvio Almeida. Para serem alcançados os efeitos

¹³ De acordo com estudo feito pelo IBGE, “[c]om vistas a ampliar e democratizar o acesso ao ensino superior, uma série de medidas foi adotada a partir dos anos 2000: na rede pública, a institucionalização do sistema de cotas, que reserva vagas a candidatos de determinados grupos populacionais, o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI e o Sistema de Seleção Unificada - SISU; e, na rede privada, a expansão dos financiamentos estudantis, como o Fundo de Financiamento Estudantil - FIES e o Programa Universidade para Todos - PROUNI. Nesse contexto, e com a trajetória de melhora nos indicadores de adequação, atraso e abandono escolar, estudantes pretos ou pardos passaram a compor maioria nas instituições de ensino superior da rede pública do País (50,3%), em 2018. Entretanto, seguiam sub-representados, visto que constituíam 55,8% da população, o que respalda a existência das medidas que ampliam e democratizam o acesso à rede pública de ensino superior”. (IBGE, 2019, p.08/09)

demonstrados por Almeida (2019, p. 99), é necessário que esse aluno cotista conclua o ensino superior.

Essa ressalva é feita para se abordar a questão da permanência estudantil¹⁴. Após a entrada pelo vestibular e garantida pela ação afirmativa, o estudante negro/PCD/indígena precisa buscar maneiras de se manter na graduação e isso pode ser muito custoso¹⁵. A ideia de permanência, conforme Maíra Mendes (2020, p. 386), se opõe ao movimento de saída, quando se trata do assunto no ensino superior. Ainda segundo a educadora, quando se discute sobre permanência estudantil, deve-se “considerar as condições para viabilizar a fruição das oportunidades passíveis de serem vivenciadas na educação superior, com vistas à sua conclusão” (MENDES, 2020, p. 386).

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) faz resumo técnico anual e o mais recente, de 2019, demonstra dados interessantes para reflexão acerca do assunto abordado no presente artigo.

Inicialmente, cabe trazer que o estudo referenciado acima demonstra, a partir dos dados coletados, que em 2019 apenas 14,5% dos alunos que se matricularam na graduação concluíram o estudo (BRASIL, 2021, p. 42). Além disso, apenas 20,1% desses concluintes estavam inscritos na categoria administrativa pública: “sendo 12,0% na federal, 6,9% na estadual e 1,2% na municipal” (BRASIL, 2021, p. 42).

Os dados também apontam as diferenças de idade desses concluintes quanto à modalidade de ensino – se presencial ou à distância¹⁶. No ensino presencial, a idade geral dos concluintes é 23 anos, enquanto no ensino à distância essa idade sobe para 30 anos (BRASIL, 2021, p. 44). Além disso, é interessante notar o perfil do concluinte dos cursos de graduação no Brasil:

¹⁴ É importante dar atenção ao fato de que as pesquisas sobre permanência estudantil são recentes e, de certa forma, escassas. A educadora Maíra Mendes traz em seu artigo “Mapeando a produção sobre permanência estudantil” que tais produções são, majoritariamente, teses de mestrado e doutorado e publicadas no final da última década (2020, p. 387). De acordo com o mapeamento da autora, existe um total de 301 trabalhos sobre permanência estudantil, com seu pico de produção em 2017 e cuja maioria são publicadas pela região Sudeste. (BORGSMANN, 2020, p. 388/389).

¹⁵ Custoso aqui sendo utilizado não só como ideia de algo que custa dinheiro, mas também com o significado de difícil; árduo (FERREIRA, 2008, p. 174).

¹⁶ Valendo destacar que o Resumo Técnico é de 2019, portanto antes da pandemia do Coronavírus, não tendo Resumo, ainda, do ano de 2020.

No ensino presencial, a maioria das concluintes são mulheres brancas que concluíram o ensino médio em escola pública, o grau acadêmico é bacharelado, em redes privadas de ensino (BRASIL, 2021, p. 44);

No ensino à distância, a maioria das concluintes também são mulheres brancas que concluíram o ensino médio em escola pública, o que diferencia é que o grau mais comum é o de licenciatura, mas também concluem em redes privadas de ensino (BRASIL, 2021, p. 45).

No presente texto será abordada, principalmente, a permanência em Universidades públicas. A partir da análise dos dados que demonstraram o baixo número de concluintes nessa categoria de ensino superior, questiona-se acerca da efetividade da Lei de Cotas, afinal, apenas o ingresso na Academia não é suficiente para efetivação do direito constitucional à igualdade.

Nessa seara, pode-se refletir acerca das diferentes adversidades apresentadas para os variados perfis de cotistas¹⁷. O empecilho mais comumente imaginado para a permanência estudantil é o custo econômico de manutenção na faculdade¹⁸: gastos com transportes, estadias e materiais, por exemplo, podem entrar nesse orçamento alto. Contudo, aplicando a interseccionalidade¹⁹ ao tema, é possível notar outras questões, como bem aponta Máira Mendes:

A expansão da presença destes novos sujeitos nas instituições levou também a uma demanda por novas temáticas na produção de conhecimento. A diversificação sobre o que se entende por desigualdades de classe passou a incluir as violências simbólicas vivenciadas por estudantes pobres, a sonegação de conhecimentos decorrente da precarização da educação pública, o sofrimento psíquico decorrente de relações com conflitos de poder. Seguindo a tendência de uma diversificação de pautas nos movimentos sociais, a universidade também passou a considerar, nas análises de

¹⁷ Nesse ponto, é possível relacionar com o conceito de interseccionalidade trazido pela estadunidense Kimberle Crenshaw. Em seu texto, a autora irá abordar acerca da inefetividade da política pública que se formula a partir de uma experiência “geral” e “universal”. Crenshaw irá destrinchar a problemática de políticas públicas formuladas para mulheres que usam como base a vivência de mulheres brancas e políticas públicas para pessoas negras elaboradas a partir da perspectiva de homens negros: será uma ação insuficiente. Dessa forma, a jurista elabora sobre o conceito de interseccionalidade, que define como maneira de se analisar os mais diversos fardos que uma só pessoa pode carregar (1989).

¹⁸ Inclusive, o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES – instituído pelo Decreto nº 7.234/2010 enfatiza, em seu artigo 5º, a prioridade de atendimento a estudantes oriundos da rede pública de ensino ou com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio (BRASIL, 2010, doc. online).

¹⁹ Conforme nota de rodapé anterior.

classe, suas desigualdades internas – ou, dizendo de outra forma, como negras/os vivenciam as desigualdades de classe combinadas ao racismo – ; como as mulheres, em especial as negras, são afetadas, por exemplo, pela dupla/tripla jornada de trabalho como estudantes mães; as formas de apagamento e negação das pessoas trans nos espaços institucionais, e de como isso reafirma suas dificuldades no que concerne à cidadania plena e à inserção profissional; ou de como estudantes com deficiência são invisibilizados e desrespeitados em seu pleno direito à educação superior. (2020, p. 394)

Isso quer dizer que a efetividade do direito fundamental da igualdade e o direito social à educação dependem de políticas que se baseiem nas mais diversas experiências, ao invés de se basearem em conceitos “imparciais” e “objetivos” – que na verdade são o oposto disso.

A doutora em Educação, Sônia Dias, faz revisão literária acerca dos possíveis motivos para evasão escolar e conclui que podem se constituir em três diferentes fatores: “1) efeitos da educação pré-universitária; 2) os fatores relacionados ao conjunto de interações que se estabelecem ao longo do curso; 3) intenção de permanecer na universidade a partir da combinação de características do estudante e da instituição” (2017, p. 13).

Em sua tese, Dias focou no grupo de cotistas negros da Universidade Federal de São Paulo e abordou aspecto interessante ao pontuar que os estudantes que ingressaram por cota de escola pública, sendo negros ou não-negros, tem, em geral, “dificuldade em acompanhar as aulas ou interagir com pares e professores” (2017, p. 20) e “a necessidade de conjugar o tempo entre escola e trabalho ou então a falta de recursos para adquirir material didático” (2017, p. 20). Para a autora, apesar desses pontos em comum, é válido fazer o recorte racial, visto que indivíduos negros que ingressam na Academia também enfrentam outras adversidades culturais, como o impacto de sua mera existência dentro desse espaço – tendo em vista que “fazem parte de um grupo que está historicamente afastado do ensino superior” (DIAS, 2017, p. 21).

Outro grupo de indivíduos, que enfrentam adversidades, é o de pessoas com deficiência, que também foram historicamente afastados da Academia²⁰. A

²⁰ A doutora em educação Marta Borgmann traz interessante síntese histórica que explica essa exclusão: “[d]esta forma, também observo que os grandes problemas sociais se configuraram na eliminação da diferença pelas práticas educativas, no caso da educação especial, pela segregação, que substituiu a institucionalização através da criação de classes e escolas especiais para os deficientes, impedindo-os de frequentarem o ensino regular.

dificuldade para não evadir pode se basear em outros pontos. Tal questão pode ser encontrada na tese “Reconhecimento da diferença: desafios para a inclusão dos estudantes com deficiência no ensino superior” de Marta Borgmann. A doutora irá corroborar com o argumento já trazido da necessidade de criação de mecanismos para efetivamente garantir a inclusão proposta pela Lei de Cotas²¹.

No trabalho da autora, são trazidos relatos de pessoas com deficiência que envolvem o direito à educação – garantido constitucionalmente e ratificado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência²² – e que demonstram a necessidade de adaptação para a garantia do seu exercício. Borgmann vai apontar que, “além da postura de aceitação das diferenças, conhecimentos técnicos para saber trabalhar com estudantes que possuem dificuldades de aprendizagem decorrentes de deficiência quer sejam elas intelectuais, sensoriais ou físicas” são necessárias no corpo docente e nas instituições de ensino (2016, p. 129). Ainda,

Como a inclusão é respaldada por lei, e muitas vezes traz a ameaça de penalidades, a concretização de ações que possam auxiliar na organização de práticas que contemplem a diferença permanece limitada ao acolhimento, disfarçada de “socialização” para os estudantes com deficiência. Na verdade, o quadro é muito mais complexo do que simplesmente inserir o estudante na sala de aula. O poder público tem seu papel no sentido de providenciar as adequações estruturais necessárias, assim como os docen-

Estas práticas limitaram as possibilidades de o deficiente lograr espaços nos níveis mais elevados de escolaridade, sendo uma das grandes causas do número inexpressivo de pessoas com deficiência no ensino superior. (...) O interesse pelo debate acerca da diferença/deficiência no âmbito da luta pelo reconhecimento liga-se, portanto, aos estudantes que chegam a frequentar um curso de nível superior, por entender que estes nunca foram reconhecidos como alunos capazes de estarem na classe comum de ensino regular e quiçá na universidade. Percebo que os alunos com deficiência na universidade e talvez em qualquer espaço, ainda são vistos como sujeitos incapazes, doentes, coitadinhos e, com isso muitas vezes excluídos pelas suas diferenças.” (2016, p. 86/87).

²¹ A autora traz o seguinte: “[p]enso que é nas políticas públicas e em sua efetivação que se pode avaliar o real compromisso da sociedade em defesa da inclusão, mas o acesso a educação em nível superior marcado pelas iniciativas legais, até então existentes, são os elementos que podem promover as discussões, mas não garanti-las efetivamente. A inclusão se mostra muito mais complexa e, com certeza, transcende um discurso meramente romântico de estarem todos juntos, com os mesmos direitos. É um processo que se mostra em realidades de múltiplos interesses, principalmente quando se intensificam os questionamentos acerca da diversidade humana e das desigualdades sociais, em especial na sociedade brasileira devido ao grande número de excluídos, por razões diversas (classe, gênero, etnia, deficiência...)” (BORGSMANN, 2016, p. 83).

²² Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

tes as adequações curriculares, mas geralmente o que assistimos na educação básica é a isenção da responsabilidade de ambas as frentes ao processo de inclusão. Ela somente acontece de forma efetiva quando os interlocutores desse processo sentem-se co-responsáveis. (BORGSMANN, 2016, p. 129/130)

Em suma, ressalta-se novamente que falar sobre permanência requer a aplicação da interseccionalidade ao tema, tendo em vista que diferentes vivências requerem diferentes mecanismos para manutenção na graduação, conforme observado.

3. AS POLÍTICAS ADOTADAS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Conforme abordado no ponto anterior, para a efetivação plena do direito à igualdade e do direito à educação, é necessária a criação de mecanismos que priorizem a permanência do estudante ingressante. No presente artigo, o campo de estudos dessas políticas será focado na Universidade Federal Fluminense – UFF, especificamente no nível de graduação.

A UFF conta com *campus* em 10 Municípios diferentes e mais de 60 mil alunos de graduação²³. O sistema de ingresso na Universidade é feito com a prestação da prova ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio – e por meio da plataforma SISU – Sistema de Seleção Unificada: o aluno presta o vestibular e, com a nota recebida, se inscreve no sistema em institutos federais do país inteiro.

O sistema de cotas, instituído pela Lei nº 12.711/12, é, obrigatoriamente, incluído nesse processo e, conforme matéria publicada no site da UFF, teve aumento de 200% de cotistas no ano de 2021²⁴ (CUPOLILO, 2021, doc. online).

Nessa seara, já sendo possível concluir que o ingresso desses alunos requer políticas voltadas para a continuação – e consequente conclusão – no curso

²³ Esses dados constam no Portal de Transparência da UFF e estão disponíveis em: <https://app.uff.br/transparencia/>. Acesso em 25 nov. 2021.

²⁴ A comparação foi feita com o número de alunos ingressantes em 2013 – pós-publicação da Lei de Cotas –, que era de 615 alunos cotistas, com os ingressantes em 2021 – contando com 1856 alunos cotistas ingressantes. Matéria disponível em: <https://www.uff.br/?q=noticias/24-11-2021/inconsciencia-sobre-realidade-dos-negros-desafios-da-universidade-publica-frente>. Acesso em 21 nov. 2021.

superior, irá se abordar quais são as ações organizadas pela Universidade Federal Fluminense nesse sentido.

No sistema de transparência da UFF é possível consultar as bolsas disponibilizadas e o número de alunos contemplados com elas. De acordo com essa plataforma, são 31 tipos diferentes de bolsas oferecidas pela Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES²⁵. Em suma, atualmente, 9639 – de mais de 60 mil – alunos da graduação são contemplados por essas ações da Universidade. Novos tipos de bolsas foram elaboradas com a realidade da pandemia do coronavírus, mas, nesse ponto, o foco será naquelas elaboradas antes dessa situação.

3.1 Ações para permanência da(o) aluna(o) com deficiência e alunas(os) com doenças crônicas

Inicia-se pela Bolsa de Apoio aos Estudantes com Deficiência que, de acordo com a Instrução de Serviço PROAES nº 10/2017, tem como objetivo “contribuir para a permanência e desempenho dos estudantes dos cursos de graduação matriculados nos cursos de graduação modalidade presencial”²⁶ (MEC, 2017, doc. online). De acordo com o último Edital do programa, o valor da bolsa é de R\$400 mensais e foram disponibilizadas 60 vagas (UFF, 2019f, p. 2) – na qual é possível notar que apenas 31 foram preenchidas, conforme Portal da Transparência da UFF²⁷.

Outro mecanismo que foi recentemente criado para auxiliar o aluno com deficiência é a Bolsa Apoio a Inclusão de aluno apoiador. De acordo com o site da UFF, esse serviço é descrito como um programa financiado pelo Programa Nacional de Assistência Estudantil e “tem como objetivo promover condições de acessibilidade na interlocução com a coordenação do Curso, professores e

²⁵ Ressalta-se que, além das bolsas oferecidas pela PROAES, ainda existem as bolsas oferecidas pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica e pelo programa de monitoria. De acordo com o site da transparência, são utilizadas 727 bolsas do PIBIC e 898 da monitoria (UFF, 2021). No entanto, entende-se que essas bolsas têm o intuito de incentivar a pesquisa e a docência, respectivamente, podendo o objetivo tangenciar com a permanência, mas não sendo o foco principal – como nas bolsas da PROAES.

²⁶ Capítulo II, art. 4º, alínea “b” da Instrução de Serviço nº 10/2017.

²⁷ O edital de 2019 contou com mais alunos beneficiados pois a quantidade de bolsas utilizadas foi 41, conforme Portal da Transparência, vide nota de rodapé nº 14.

colegas de turma, no compartilhamento do conhecimento e auxílio nas dificuldades existentes da aprendizagem acadêmica” (UFF, 2021, doc. online).

De acordo com o site da transparência, não há alunos beneficiários dessa última ação – podendo o motivo variar desde a criação recente desse auxílio até a pouca divulgação dele. De toda forma, é um programa que visa fomentar a permanência do estudante com deficiência ao ampliar a acessibilidade, de certa maneira.

Por fim, ainda há auxílio para estudantes que passam por tratamentos de doenças crônicas, que é o Programa Auxílio Saúde. A ajuda de custo é de R\$80 mensais e no Edital de 2019 foram disponibilizadas 35 vagas, com 23 preenchidas²⁸ (UFF, 2019c, doc. online).

É válido o destaque de que em todos os outros programas que visam a permanência estudantil, há reserva de 5% das vagas para Pessoa com Deficiência, atendendo a Lei nº 13.146/2015, artigos 27, 28 e 30.

3.2 Ações para permanência da(o) aluna(o) em situação de vulnerabilidade socioeconômica

Entende-se, para os fins dos editais desses programas, como vulnerabilidade econômica os estudantes cujas unidades familiares tenha renda per capita igual ou inferior a 1,5 salários-mínimo.

Nesse ponto, um programa que deve ser demonstrado é o da Moradia Estudantil. Essa ação também tem como objetivo ampliar a permanência dos estudantes de graduação presencial com perfil de vulnerabilidade socioeconômica²⁹ (UFF, 2021e, doc. online). A Moradia Estudantil, conforme site da Universidade Federal Fluminense, é “um programa de assistência estudantil que oferece estrutura física e condições de permanência para os alunos residirem durante

²⁸ Dado encontrado no Portal da Transparência da UFF, vide nota de rodapé nº 14.

²⁹ Além disso, existem outros requisitos que precisam ser preenchidos para poder realizar a inscrição no programa como a necessidade de não ter concluído outra graduação e ter o núcleo familiar residindo em município diferente do curso de Graduação. (UFF, 2018, doc. online)

o período que cursam a graduação presencial” (UFF, 2021e, doc. online). O último edital é o nº 2/2018, onde são oferecidas 82 vagas³⁰ e apenas 12 foram preenchidas³¹.

O Auxílio Moradia, apesar de ter a mesma finalidade que o programa acima mencionado, ajuda o graduando com apoio financeiro, no lugar da estrutura. Com esse programa, pode ser percebido o valor de R\$300 mensais para auxiliar nos gastos com moradia (UFF, 2019b, doc. online). No último Edital, de 2019³², foram disponibilizadas 650 vagas, das quais 639 foram preenchidas.

Além desses, há o Programa Bolsa Apoio Transporte, também para alunos que se encontram em vulnerabilidade socioeconômica e que tenham despesas com o deslocamento para chegar à Unidade Acadêmica. O Edital de 2019 ofereceu 350 vagas, das quais 288 foram preenchidas, e disponibilizou bolsa mensal de R\$275,00, até 31 de dezembro de 2019 (UFF, 2019d, doc. online).

Ainda, cabe trazer que a possibilidade de alimentação com baixo custo financeiro no *campus* da Universidade é um diferencial no fomento à permanência. O restaurante universitário³³ da UFF, também chamado de bandejão, oferece alimentação com prato principal, guarnição, sobremesa e refresco por R\$0,70 para o estudante³⁴ (UFF, 2021h, doc. online). De acordo com o site da transparência, são servidas, em média, 7.000 refeições por dia³⁵ (UFF, 2021i, doc. online)³⁶.

³⁰ No campus de Niterói: 37 vagas femininas e 25 vagas masculinas. No campus de Rio das Ostras: 13 vagas femininas e 7 masculinas. (UFF, 2018, doc. online)

³¹ Dados do Portal da Transparência da UFF, vide nota de rodapé nº 14. Soma de Moradia Estudantil de Niterói e Rio das Ostras do Edital 2018/2.

³² O benefício foi cessado em 31 de março de 2020, conforme ponto 2.2 do Edital de 2019 (UFF, 2019, doc. online).

³³ O Restaurante Universitário, no entanto, permaneceu fechado nos anos de 2020 e 2021 por conta da pandemia do coronavírus.

³⁴ Para os técnicos-administrativos ou terceirizados, o almoço é no valor de R\$2,50; para professores, R\$5 e para visitantes, R\$8. (UFF, doc. online)

³⁵ Dado disponível no site de transparência, na sessão de restaurante: https://app.uff.br/transparencia/restaurante/avaliacao?utf8=%E2%9C%93&data_inicial=01%2F11%2F2019&data_final=. Acesso em 27 nov. 2021.

³⁶ No entanto, até o presente momento, o bandejão apenas foi construído nos campi da sede da UFF, em Niterói. Nas outras localidades, é possível se inscrever no Programa Auxílio Alimentação para Estudantes dos Campis em Expansão, que, conforme o último Edital, oferece R\$240 mensais – e disponibilizou 650 vagas, das quais 632 foram preenchidas (UFF, 2020e, p. 2).

Na mesma intenção de contribuir para a permanência do aluno da graduação, a Bolsa de Acolhimento para Estudantes Ingressantes foi criada³⁷. Essa ação desenvolvida pela UFF, atendendo ao Programa Nacional de Assistência Estudantil, oferece bolsa mensal de R\$350 para alunos ingressantes que estejam em condição de vulnerabilidade socioeconômica (UFF, 2021, p. 2) – o Edital nº06/2021³⁸ disponibilizou 300 vagas, das quais 280 foram preenchidas.

Por fim, traz-se o Programa Bolsa Desenvolvimento Acadêmico que, em 2019, disponibilizou 1040 vagas – sendo 1033 preenchidas – com auxílio mensal de R\$440 (UFF, 2019e, doc. online). Pode participar desse programa estudantes que estejam matriculados no curso de graduação presencial, inscritos em, no mínimo, quatro disciplinas e que sejam hipossuficientes.

3.2.1 Ações para permanência de alunas(os) com filhas(os) em idade de Educação Infantil

O Programa Auxílio Creche tem como objetivo auxiliar nas despesas de estudantes matriculados na graduação, em situação de vulnerabilidade socioeconômica, e que tenham filhos em idade de Educação Infantil que estejam matriculados em instituições educacionais com pagamento de mensalidade (UFF, 2019a, doc. online). No último Edital, de 2019, foram disponibilizadas 50 vagas – das quais 11 foram preenchidas – que dariam o suporte de R\$100 mensais até 31 de março de 2020.

Além disso, a UFF participa de movimento nacional “Parent in Science” que, de acordo com notícia divulgada no site da Universidade,

É fruto da necessidade de perceber a maternidade e a paternidade como fatores que impactam a carreira de cientistas do Brasil. A iniciativa, criada na Universidade do Rio Grande do Sul, é pioneira no levantamento de

³⁷ De acordo com o artigo 4º da Instrução de Serviço PROAES nº 01, de 03 de janeiro de 2018, o objetivo do programa é “a) Atender aos estudantes regularmente matriculados nas disciplinas do primeiro período dos cursos de graduação, modalidade presencial, e que se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica. b) Contribuir para a permanência e desempenho dos estudantes dos cursos de graduação matriculados nos cursos de graduação modalidade presencial”. (BRASIL, 2018, doc. online).

³⁸ O referido Edital foi publicado em 14/06/2021 e o término das inscrições ocorreram em 24/06/2021. O término do auxílio coincidiu com o término do semestre letivo, em 25/09/2021, conforme ponto 2.3 do Edital nº06/2021 (UFF, 2021, p. 1). Ou seja, estima-se três meses de auxílio recebido pelos estudantes.

dados quantitativos sobre o tema, que avalia profundamente as consequências da chegada dos filhos em diferentes etapas da vida acadêmica (NUNES, 2021, doc. online).

O projeto recebeu prêmio de revista internacional na categoria “Mulheres inspiradoras na ciência” e foi a primeira vez que uma equipe brasileira foi agraciada com a premiação (NUNES, 2021, doc. online).

Apesar de ter essas políticas progressistas e que buscam efetivar a assistência estudantil para auxiliar na manutenção do aluno da graduação, problemas recentes foram divulgados por integrantes do Coletivo Mães da UFF. No grupo de Facebook “UFF Niterói”, criado para alunos, professores e servidores do campus de Niterói, há diversas postagens denunciando que as mães são proibidas de acessar o Restaurante Universitário com seus filhos. Isso cria barreira para o acesso dessas estudantes à ação que visa a permanência e a proibição alimenta, justamente, a evasão escolar.

3.3 Ações voltadas para saúde mental do estudante de graduação

O fator econômico, como já se abordou no ponto 2 do presente artigo, nem sempre será o motivo principal para o abandono de curso. Por isso, o atendimento à saúde mental do estudante pode ser essencial para auxiliá-lo a concluir a graduação. A Universidade Federal Fluminense dispõe de algumas ações nesse sentido, como o Acolhimento ao estudante, a Escuta psicológica³⁹, a Orientação e Encaminhamento rede SUS e o Ambulatório Clínico do Serviço de Psicologia Aplicada.

O programa de Acolhimento ao Estudante consiste em encontros em grupo realizados por profissionais onde se promove o acolhimento para melhor compreensão de como oferecer apoio ao indivíduo (UFF, 2021a, doc. online). Ainda, existe o programa “Orientação e Encaminhamento rede SUS⁴⁰”, que auxilia os estudantes com esclarecimento de dúvidas acerca da Rede SUS, além de direcioná-los ao serviço necessário (UFF, 2021g, doc. online).

³⁹ Esse programa foi desenvolvido durante a pandemia da COVID-19 e será mais bem abordado no ponto 4 do presente artigo.

⁴⁰ Sistema Único de Saúde do Brasil, criado pela Constituição de 1988 que tem como objetivo universalizar o direito à saúde, com atendimento gratuito.

Pode-se falar, por fim, do Ambulatório Clínico do Serviço de Psicologia Aplicada – também conhecido como SPA – onde estudantes do curso de psicologia, sob orientação de um professor supervisor, fazem atendimentos de psicoterapia individuais com inscritos no programa. O SPA não atende apenas alunos, como também o corpo docente, os técnicos administrativos e a sociedade (UFF, 2021b, doc. online).

3.4 Ações públicas e seus prováveis efeitos práticos

Após a compreensão das ações oferecidas pela Universidade Federal Fluminense que tem como objetivo a assistência estudantil, mais especificamente, a permanência desses alunos na graduação, serão abordadas algumas respostas obtidas pelas autoras do artigo.

O formulário foi divulgado nos grupos de redes sociais em que alunos da graduação da UFF tinham acesso e permaneceu aceitando respostas por dois meses, coletando o total de 38 respostas de alunos que já tinham se beneficiado de alguma das ações acima descritas.

Compreende-se que, para um estudo mais aprofundado dos efeitos práticos dessas ações, muito mais respostas seriam necessárias, tendo que haver, inclusive, maior apoio em tal pesquisa. No entanto, a situação pandêmica e o modelo de ensino remoto foram empecilhos para coleta de respostas mais abrangentes. Por esse motivo, serão utilizados os dados recolhidos para compreender, a partir desse grupo de indivíduos, quais seriam os possíveis efeitos práticos dessas políticas de assistência estudantil.

Pelos dados recolhidos, houve maioria de indivíduos se reconhecendo enquanto brancos – 50% das respostas –, seguido de pessoas que se reconheciam enquanto pardas – 31,6% –, com 15,8% das respostas sendo de pessoas que se reconheciam enquanto pretas e, por fim, 2,6% como indígena. Além disso, a grande maioria dos indivíduos que responderam o formulário ingressaram na Universidade pela Ampla Concorrência – 36,8%. O segundo maior número de respostas vieram de alunos que ingressaram pela cota L141 – 21,1% – e o terceiro

⁴¹ Candidatos com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

mais exponents ingressou pela cota L242 – 18,4%. A maioria das respostas – 86,8% – vieram do campus de Niterói, também tendo respostas do campus de Rio das Ostras – 5,3% –, Nova Friburgo – 5,3% – e Campos dos Goytacazes – 2,6%.

Também foi observado que 63,2% desses estudantes tem previsão de conclusão do ensino superior entre dez e doze semestres – sendo considerada a média de 10 semestres para a maioria dos cursos da UFF.

Em relação às ações utilizadas fora do período de ensino remoto, a Bolsa de Desenvolvimento Acadêmico e o Restaurante Universitário foram as mais utilizadas – 36,8% e 28,9%, respectivamente.

Quando perguntados se a ação da UFF auxiliou na permanência para sua manutenção na Universidade, boa parte dos estudantes responderam que sim. A estudante P.G.43 do campus de Niterói, pode ser citada nesse ponto. Ingressante pela cota L1, utilizou a Bolsa de Desenvolvimento Acadêmico, Restaurante Universitário, Bolsa Acolhimento para Estudantes Ingressantes e bolsa do PIBIC. Segundo a aluna,

Fui bolsista do PIBIC e o auxílio (sic) me ajudou a me manter na faculdade durante a pandemia e um pouco antes (consegui a bolsa no final de 2019). Me ajudou a pagar as contas e, na época do ensino presencial, era decisiva pra (sic) que eu pudesse me locomover até a UFF e as vezes me alimentar, comprar algo que era necessário para as aulas etc.

Outras respostas nesse sentido foram coletadas, de estudantes informando a importância desses programas para conseguir ir até a faculdade, adquirir material didático, se alimentar etc. Portanto, é possível notar que o auxílio, muitas vezes, será o diferencial necessário para manter aquele indivíduo no curso de ensino superior.

No entanto, questiona-se acerca da quantidade de bolsas ofertadas. Conforme trazido no ponto 3, a UFF conta com mais de 60 mil alunos na graduação e oferta cerca de 9639 bolsas de assistência estudantil, isto é, cerca de 16% do

⁴² Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

⁴³ Sigla utilizada para proteger a identidade da aluna, que participou da pesquisa, mas preferiu não ser nominalmente identificada no artigo.

total de alunos é atendido. Em estudo realizado pela própria Universidade, o índice de evasão no ano de 2018 entre os campus foram de 11,20% até 27,33%⁴⁴, sendo o índice geral da UFF de 22,85% de evasão. Relacionando essa porcentagem geral com o número atual de graduandos, seria uma evasão de, aproximadamente, 13.710 alunos em um ano.

As bolsas estudantis, sem dúvidas, contribuem com a permanência dos alunos na graduação. Muitas vezes, essas ações são o que mantém o indivíduo na Universidade. No entanto, se repete a necessidade de pensar de forma interseccional essas políticas para que sejam efetivas, de fato.

Nesse sentido, apontamento necessário a ser feito é trazido por Sérgio Santos, no ponto de sua tese “‘todo pobre é negro e todo negro é pobre’: a preterição das cotas étnico-raciais em prol da escola pública e da renda na inclusão na universidade” (2014, p. 272).

Como observado no título, o educador vai falar da omissão dessas ações quando se tratar das cotas raciais: nota-se a partir dos Editais referenciados nos pontos 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 que não há menção a pessoas racializadas como alvos da política de permanência. Ao tentar fazer justiça social utilizando a desigualdade econômica, subentende-se que se está incluindo pessoas negras – pois todo pobre é negro e todo negro é pobre –, quando na verdade a política está sendo pensada a partir de uma vivência única e não a partir de viés interseccional.

O reconhecimento das ações públicas é necessário, pois são mecanismos de manutenção dos graduandos. Contudo, também precisa se questionar a efetividade de tais ações e seu alcance em um corpo estudantil plural.

4. POLÍTICAS ADOTADAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 PARA INCENTIVAR A PERMANÊNCIA ESTUDANTIL

Como de conhecimento geral, o ano de 2020 foi marcado pelo início da pandemia da COVID-19, levando muitas Universidades a suspenderem suas ati-

⁴⁴ De acordo com o estudo feito em 2018, em Pádua a taxa de evasão foi de 27,33%; em Angra foi de 23,71%; em Petrópolis foi de 23,31%; em Volta Redonda foi de 22,09%; em Campos foi de 17,81%; em Niterói foi de 17,25%; em Rio das Ostras foi de 15,09%; em Macaé foi de 14,92% e em Nova Friburgo foi de 11,20%. Disponível em: <https://www.uff.br/node/14982>. Acesso em 27 nov. 2021.

vidades presenciais e optar pelo ensino remoto. A Universidade Federal Fluminense, por meio da Resolução nº 160/2020 do CEPEX45 instaurou e regulamentou o ensino remoto, de caráter excepcional e temporário, como solução para a continuação dos estudos do ensino superior, durante o período de isolamento social.

Apesar de os períodos de isolamento terem se iniciado em março de 2020, a Resolução referida apenas foi publicada em agosto. Durante o período de quarentena, sem aulas, muitas reuniões ocorreram para decisões de quais seriam as soluções possíveis, haja vista que um ensino remoto iria requerer de todos os alunos diferentes acessos: à internet, à dispositivo (notebooks, celulares etc.) e à um espaço propício para estudar. A Resolução, então, determinou que o docente poderia optar por dar conteúdos assíncronos que equivalessem à aula síncrona e que essa última estaria limitada a 30% da carga horária total da disciplina (UFF, 2020a, doc. online). Além disso, foram criados programas para auxiliar os alunos em situação de vulnerabilidade econômica durante esse período.

Ponto que corrobora para essa questão é a taxa de sucesso⁴⁶ apresentada pelo Portal de Transparência da UFF que, em 2019.2 era de 57,99 e em 2021.2 caiu para 12,48.

Vale ressaltar que a maioria das bolsas antes oferecidas pelo PROAES tinham como requisito o aluno estar vinculado à modalidade presencial do curso⁴⁷. Por esse motivo, é possível notar que os últimos editais foram em 2019.

⁴⁵ Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal Fluminense. Vale registrar que a Resolução CEPEX nº 156/2020 e a Instrução de Serviço PROGRAD nº 07/2020 normatizaram o Período Letivo Especial composto por Atividades Acadêmicas Emergenciais planejadas para prováveis concluintes/formando entre junho e agosto de 2020. Além disso, com o avanço do período de pandemia e a identificação de demandas e necessidades, outras resoluções e instruções normativas foram implementadas no sentido de aprimoramento das atividades remotas, dentre elas a Resolução CEPEX nº 197/2020 que possibilitou a oferta de atividade síncrona entre 30% e 50% (trinta por cento e cinquenta por cento) da carga horária da disciplina.

⁴⁶ De acordo com o Portal de Transparência, a taxa de sucesso é o “indicador de desempenho adotado em instituições de ensino superior, principalmente aquelas que mantêm uma produção científica, que informa a relação percentual entre o número de diplomados e o número total de ingressantes” (UFF, doc. online). Disponível em: https://app.uff.br/transparencia/taxa_sucesso. Acesso em 28 nov. 2021.

⁴⁷ Pelo que se depreende do Portal da Transparência, a única bolsa que permaneceu foi a de Acolhimento para Estudantes Ingressantes.

4.1 Ações durante o período de ensino remoto voltadas para alunas(os) com deficiência

Antes do início do semestre, foi publicado edital de chamamento e apoio ao estudante com deficiência, cujo objetivo era “apoiar a inclusão acadêmica para estudantes com deficiência física, auditiva, visual e mental em situação de vulnerabilidade social” (UFF, 2020d, doc. online). O programa contaria com auxílio de estudantes apoiadores, além dos recursos tecnológicos assistivos necessários para inclusão desses alunos no período de ensino remoto.

O referido apoio foi disponibilizado para até 350 estudantes, conforme Edital, mas apenas 23 vagas foram preenchidas⁴⁸.

4.2 Ações durante o período de ensino remoto voltadas para alunas(os) em situação de vulnerabilidade socioeconômica

Uma das maiores preocupações do corpo docente e discente durante a instauração do ensino remoto foi a da dificuldade de acesso de muitos alunos à internet, notebooks ou até espaços ideais para estudo. Com a população em isolamento social, muitos espaços domésticos contavam com a presença de toda a família no mesmo ambiente, tendo que organizar home office, ensino remoto e tarefas domésticas. Dessa forma, a UFF desenvolveu alguns programas cujo objetivo era auxiliar esses indivíduos para que pudessem participar das aulas durante a pandemia.

O Apoio Emergencial para Acesso à Internet é um desses programas onde a Universidade concederia auxílio de R\$100 mensais, chip com modem ou chip para alunos hipossuficientes. Unindo os Editais lançados até o semestre de 2021.1 que estão registrados no site da transparência, 2175 estudantes utilizam essa ação. Ainda, há o Apoio para Empréstimo Emergencial de Chromebook e Similares, em que 939 alunos desfrutaram do programa.

Além desses programas, ainda há o Auxílio Emergencial COVID-19/UFF que tem como objetivo conceder bolsa de R\$250 mensais para até 1.000 estudantes em situação de vulnerabilidade econômica enquanto subsistirem os efeitos da Pandemia COVID-19 (UFF, 2020c, doc. online) – foram concedidas

⁴⁸ Dado encontrado no Portal da Transparência. Vide nota de rodapé nº 14.

1285 bolsas nesse edital e mais 834 em outros editais, totalizando 2119 estudantes com o auxílio⁴⁹.

4.3 Ações voltadas para a saúde mental durante o período de ensino remoto

Além das ações descritas no Ponto 3.4, durante o período de ensino remoto foi desenvolvida a Escuta psicológica. Essa ação consistia em até três encontros com psicólogos da Divisão de Atenção à Saúde do Estudante (DASE) e poderia ser utilizada por qualquer aluno regularmente matriculado. O atendimento era na modalidade remota – assim como passou a ser o atendimento do SPA – e se incentivava abordar questões referentes ao isolamento social e os diversos impactos trazidos por isso na vida do estudante. Era possível fazer nova inscrição após três meses do último atendimento (UFF, 2021d, doc. online).

4.4 Ações públicas durante a pandemia e seus possíveis efeitos práticos

Retornando ao formulário referenciado no ponto 3.4, há coleta de dados de alunos que utilizaram algumas das ações elaboradas pela UFF durante o período de pandemia, que ainda perdura.

Dentre todas as respostas, a bolsa de Apoio Emergencial e Apoio para Empréstimo Emergencial de Chromebook e Similares foram as mais utilizadas. No entanto, 65,8% das respostas são negativas quando perguntado se foi possível a renovação do auxílio utilizado durante o período de ensino remoto.

Apesar disso, os relatos são positivos quando questionados se a ação auxiliou na permanência. A aluna L.G⁵⁰, ingressante pela cota L2, utilizou, durante a pandemia, as bolsas de Apoio Emergencial para Acesso à Internet, Apoio para Empréstimo de Chromebook e Similares e Escuta Psicológica Pontual. Para essa aluna, o dinheiro do auxílio foi essencial para se manter na Universidade, pois a auxiliou a trabalhar de casa e continuar assistindo as aulas.

Outros relatos informam que a bolsa deu o auxílio extra para manutenção na faculdade quando houve perda do emprego durante a pandemia, ou até o

⁴⁹ Dados disponíveis no Portal da Transparência da UFF. Ver nota de rodapé nº 14.

⁵⁰ Sigla utilizada para proteger a identidade da aluna, que participou da pesquisa, mas preferiu não ser nominalmente identificada no artigo.

pagamento da internet para possibilitar o trabalho remoto, para que se tivesse tempo para realizar as tarefas da faculdade de maneira, também, remota.

5. CONCLUSÃO

A permanência estudantil é importante para que o direito social à educação e o direito constitucional à igualdade não fiquem apenas na teoria. Esses direitos possibilitam a mobilidade social, além de promover efeitos práticos na sociedade que indicam a diminuição da desigualdade social.

Dessa maneira, é incontestável que as ações públicas de fomento à assistência e permanência do estudante de graduação são essenciais para cumprir esse objetivo. Além de serem um complemento da renda mensal do estudante, tornam a faculdade um pouco mais acessível e estimulam os indivíduos a não só concluir a graduação, mas como também a ter bom desempenho acadêmico.

A Universidade Federal Fluminense conta com inúmeras ações nesse sentido, além de também abarcar a questão do tratamento da saúde mental do estudante na Universidade para auxiliar no caminho do diploma do ensino superior. No entanto, é necessário refletir sobre os fundamentos de eixo único que essas ações podem apresentar, isto é, a necessidade de se pensar em interseccionalidade ao elaborar tais políticas públicas.

Durante a pandemia da COVID-19, a UFF apresentou, conforme demonstrado no ponto 4, queda aparente na taxa de sucesso, que informa o percentual entre número de diplomados e número de ingressantes. Isso apesar das ações desenvolvidas pela Universidade para manter esses alunos na graduação. Ou seja, o problema da permanência, que já era preocupante antes da pandemia, durante ela se tornou ainda mais.

A reflexão acerca da questão de manter o aluno na Universidade até sua conclusão pode ser recente, mas é reconhecida. É necessário que se reflita ainda mais sobre o tema, levando em consideração o perfil único de cada estudante ingressante, para que o número de evasão diminua e os efeitos práticos demonstrados por Silvio Almeida (2019, p. 102) sejam alcançados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. (2019). *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros.

BORGMANN, M. E. (2016). Reconhecimento da diferença: desafios para a inclusão dos estudantes com deficiência no ensino superior (Tese de Doutorado). Recuperado de: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5020/Marta%20Estela%20Borgmann.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

CARNEIRO, S. (2011). Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro.

CRENSHAW, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, p. 538-554.

CUPOLILO, F. (2021). A inconsciência sobre a realidade dos negros: desafios da universidade pública frente à ameaça de extinção da lei de cotas. Niterói. Recuperado de: <https://www.uff.br/?q=noticias/24-11-2021/inconsciencia-sobre-realidade-dos-negros-desafios-da-universidade-publica-frente>.

Decreto nº 4.875, de 11 de novembro de 2003. Institui o “Projeto Milton Santos de Acesso ao Ensino Superior”, no âmbito do Ministério da Educação. Brasília, DF. Recuperado de: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4875.htm>.

Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Brasília, DF. Recuperado de: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>.

DIAS, S. M. B. (2017). Desafios para a permanência no ensino superior: um estudo a partir da experiência da universidade federal de são paulo (unifesp) (Tese de Doutorado). Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-06122017-142006/publico/SONIA_MARIA_BARBOSA_DIAS_rev.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

DORNELLAS, M. P. (23, novembro, 2017). Abaixo assinado contra a Resolução nº 11/20210, que proíbe a entrada e o consumo de refeições a crianças no Restaurante Universitário da UFF. Essa proibição impede que as estudantes que são mães tenham acesso a essa importante política de assistência estudantil, influenciando de forma decisiva na evasão dessas mulheres. Vamos propor a revogação da resolução no próximo CUV, no dia 29/11. Contamos com o apoio de vocês!! Recuperado de: <https://www.facebook.com/groups/796808757134911/posts/944971108985341/>.

FERES JUNIOR, J.; DAFLON, V. T. (2015). Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. *Sociologias*, v. 40, p. 92-123. Recuperado de: <https://www.scielo.br/pdf/soc/v17n40/1517-4522-soc-17-40-00092.pdf>.

FERREIRA, A. B. H. (2011) Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo.

GOMES, J. B. B. (2011). Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar.

GOMES, J. B. B. y SILVA, F. D. L. L. (2003). As ações afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva. Série Cadernos do CEJ, v. 24 (n. 10), p. 85-153. Recuperado de: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_205135.pdf.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (2019). Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Estudos e Pesquisas - Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 41.

Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>.

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. Recuperado de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>.

Lei nº 13.409 de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. Brasília, DF. Recuperado de: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113409.htm >.

MADRUGA, S. (2019) Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva Educação.

MENDES, M. T. (2020). Mapeando a produção sobre permanência estudantil: categorias em articulação e estratégias de permanência. Revista de Estudos Universitários - REU, v. 46 (n. 2), p. 385–407. DOI: 10.22484/2177-5788.2020v46n2p385-407. Recuperado de: <http://periodicos.uniso.br/ojs3/index.php/reu/article/view/4040>.

Ministério da Educação e Cultura (MEC). Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). (2021). Resumo Técnico Censo da Educação Superior 2019. Brasília: INEP. Recuperado de: < https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_censo_da_educacao_superior_2019.pdf>.

- Ministério da Educação (MEC). Universidade Federal Fluminense. (2017). Instrução de Serviço PROAES nº 10/2017. Recuperado de: <https://www.uff.br/sites/default/files/paginas-internas-orgaos/instrucao_de_servico_deficiencia_proaes.pdf>.
- Ministério da Educação. Universidade Federal Fluminense. (2018). Instrução de Serviço PROAES nº 01 de 03 de janeiro de 2018. Recuperado de: <https://www.uff.br/sites/default/files/informes/instrucao_de_servico_programa_bolsa_acolhimento_para_estudantes_ingressantes_0_0_1.pdf>.
- Ministério da Educação. Universidade Federal Fluminense. (2019) Instrução de Serviço PROAES nº 01 de 17 de janeiro de 2019. Recuperado de: <https://www.uff.br/sites/default/files/paginas-internas-orgaos/instrucao_de_servico_alimentacao_proaes.pdf>.
- Ministério da Educação. Universidade Federal Fluminense. (2019). Instrução de Serviço PROAES nº 04/2019. Recuperado de: <https://www.uff.br/sites/default/files/informes/instrucao_de_servico_auxilio_transporte_proaes.pdf>.
- NUNES, F. (2021). UFF participa de movimento nacional que luta pelo apoio às mães na academia. Recuperado de: <<https://www.uff.br/?q=noticias/19-11-2021/uff-participa-de-movimento-nacional-que-luta-pelo-apoio-maes-na-academia>>.
- ROCHA, M. (2019). Primeiros cotistas da UERJ refletem o sucesso do programa, 15 anos depois. *Época*, Rio de Janeiro. Recuperado de: <https://epoca.globo.com/primeiros-cotistas-da-uerj-refletem-sucesso-do-programa-15-anos-depois-23595995>.
- SANTOS, S. P. (2014). Os intrusos e os outros quebrando o aquário e mudando os horizontes: as relações de raça e classe na implementação das cotas sociais no processo seletivo para cursos de graduação da Ufes 2006-2012. (Tese de Doutorado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.
- SARLET, I. W. (2008). *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.
- SARLET, I. W. (2010). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.
- UFF. (2021a). Acolhimento ao estudante. Recuperado de: <<https://www.uff.br/node/15316>>.
- UFF. (2021b). Ambulatório Clínico do Serviço de Psicologia Aplicada. Recuperado de: <<https://www.uff.br/?q=servico/ambulatorio-clinico-do-servico-de-psicologia-aplicada>>.

UFF. (2021c). Bolsa Apoio a Inclusão de aluno apoiador. Recuperado de: < <https://www.uff.br/?q=servico/bolsa-apoio-inclusao-de-aluno-apoiador>>.

UFF. (2021d). Escuta psicológica. Recuperado de: < <https://www.uff.br/node/15313>>.

UFF. (2021e). Moradia Estudantil. Recuperado de: <https://www.uff.br/?q=moradia-estudantil-no-grupo-assistencia-estudantil>.

UFF. (2021f). Na UFF o menor índice de evasão na graduação presencial ocorreu em Nova Friburgo, Macaé e Rio das Ostras. Recuperado de: <https://www.uff.br/node/14982>.

UFF. (2021g). Orientação e Encaminhamento rede SUS. Recuperado de: <https://www.uff.br/node/15315>.

UFF. (2021h). Restaurante universitário. Recuperado de: <https://www.uff.br/?q=br/restaurante-universitario>.

UFF. (2021i). Sistema de Transparência da UFF. Recuperado de: <https://app.uff.br/transparencia/>.

UFF. (2021j). Taxa de Sucesso da UFF. Recuperado de: https://app.uff.br/transparencia/taxa_sucesso.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão. Resolução nº 160/2020. (2020). Regulamenta o ensino remoto emergencial, em caráter excepcional e temporário, nos cursos de graduação presencial da Universidade Federal Fluminense e dá outras providências. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/paginas-internas-orgaos/bs_-150-20_-_resolucao_cepex_160-2020_ensino_remoto.pdf>.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. (2020). Edital de Apoio Emergencial para Acesso à Internet. Edital nº 01/2020. Recuperado de: < <http://www.editais.uff.br/sites/default/files/arquivos/Edital%20de%20Acesso%20%C3%A0%20Internet%202020%20%281%29.pdf>>.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. (2020). Edital Auxílio Emergencial COVID-19/UFF-2020. Edital nº 03/2020. Recuperado de: < <http://www.editais.uff.br/sites/default/files/arquivos/Edital%20Aux%C3%ADlio%20%20Emergencial%20COVID.pdf>>.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. (2020). Edital de Chamamento e Apoio ao Estudante com Deficiência. Edital nº 07/2020. Recuperado de: <

https://www.uff.br/sites/default/files/informes/edital_de_chamamento_e_apoio_ao_estudante_com_deficiencia__0.pdf>. Acesso em 27 nov. 2021

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2020). Programa Auxílio Alimentação para Estudantes dos Campi em Expansão. Edital 2020. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/paginas-internas-orgaos/edital_auxilio_alimentacao_2020_proaes.pdf >.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2019). Programa Auxílio Creche. Edital 2019. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/informes/programa_auxilio_creche_2019_.pdf >.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2019). Programa Auxílio Moradia. Edital 2019. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/informes/programa_auxilio_moradia_2019.pdf >.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2019). Programa Auxílio Saúde. Edital 2019. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/informes/programa_auxilio_saude_2019.pdf >.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2021). Programa Bolsa Acolhimento para Estudantes Ingressantes 2021.1. Edital 06/2021. Recuperado de: <https://www.uff.br/sites/default/files/informes/edital_bolsa_acolhimento_2021.1.pdf>.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2019). Programa Bolsa Apoio Transporte. Edital 2019. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/informes/programa_bolsa_apoio_transporte_2019.pdf >.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Divisão de Programas Sociais. (2019). Programa Bolsa Desenvolvimento Acadêmico. Edital 2019. Recuperado de: < https://www.uff.br/sites/default/files/informes/programa_bolsa_desenvolvimento_academico_2019.pdf >.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF). Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis – PROAES. Coordenação de Apoio Social – CAS. Secretaria de Acessibilidade e Inclusão – SEI. (2019). Programa Bolsa Apoio ao Estudante com Deficiência. Edital 1/2020. Recuperado de: https://www.uff.br/sites/default/files/informes/edital_apoio_deficiencia_2020_proaes.pdf.

VELOSO, S. (2018). Aprovação das cotas raciais na UnB completa 15 anos. Unb Notícias, Brasília. Recuperado de: <https://noticias.unb.br/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>.

PAINEL 7:
**Direitos humanos, política e
justiça social**

A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA SOB A LUZ DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Izabela de Oliveira Trajano

Graduanda na Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Brasil,
izabelatrajano@hotmail.com

Monica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Coordenadora do NEDID/UFMA.
monica.teresa@ufma.br

1 INTRODUÇÃO

O trabalho visa suscitar a legalidade e os impactos da realização de audiências de custódia por videoconferência e sua eficácia em assegurar o direito à integridade física da pessoa detida, sob a óptica da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH).

Possui como objetivo apontar como a inserção das audiências de custódia se desenvolveu no ordenamento jurídico interno. Ato contínuo, pretende demonstrar se a realização do referido ato processual na modalidade telepresencial respeita a essencialidade das audiências de custódia e se coaduna com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) e com os atos normativos que a regem, bem como identificar os argumentos contrários e favoráveis à sua realização por meios virtuais.

Para isso, inicialmente abordará os aspectos legais que regulam a realização da audiência de custódia, como foi inserida no ordenamento jurídico, as normativas internas e tratados internacionais que a regulam, como funciona e suas finalidades. Em seguida, passará a tratar dos argumentos contra e a favor da modalidade remota, para, em seguida analisar precedentes da CtIDH a respeito do tema, apontar como o debate desenvolveu-se no âmbito da pandemia, e, por fim, levantar a conclusão.

O estudo usará do método indutivo e pesquisa de natureza qualitativa, realizada por uma abordagem bibliográfica com revisão literária de livros e artigos científicos, bem como pesquisa documental, orientada por consultas à legislação

nacional e internacional (leis, decretos, medidas provisórias, normatizações e tratados), e análise de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que se utilizará de uma abordagem crítica de leitura e interpretação dos dados a serem coletados no material bibliográfico e documental com fulcro de fundamentar a hipótese levantada.

A importância do tema retira-se da necessidade de preservar os direitos humanos dos presos, especialmente em um período de pandemia, bem como do risco que a ineficácia das audiências online representa para a proteção da integridade física dos custodiados. Para a discussão, usaremos os termos “audiência de custódia” e “apresentação pessoal do preso” como sinônimos.

O trabalho será dividido em três partes: a primeira, a tratar da inserção das audiências de custódia no ordenamento jurídico. A segunda, visará apresentar como o tema é abordado na jurisprudência da CtIDH. A terceira, e última parte, contextualizará o debate no âmbito da pandemia.

2 INSERÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

As chamadas audiências de custódia foram introduzidas no ordenamento jurídico por meio de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual determina em seu artigo 7º, item 5, a necessidade de apresentar toda pessoa presa - detida ou retida - à autoridade judicial competente para avaliar as condições da prisão, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) das Nações Unidas, que possui a mesma previsão em seu artigo 9º, item 3.

Dessa forma, o direito de apresentação pessoal do preso já se encontrava previsto desde 1992, com as promulgações do PIDCP, pelo Decreto nº 592/1992, e da CADH, pelo Decreto nº 678/1992. Tal fato implica que a audiência de custódia deve ser observada e cumprida, pois o direito internacional de direitos humanos não teria relevância se cada país dispusesse de uma margem para apreciar a utilidade ou não dos direitos e das garantias previstos em tratados e convenções internacionais que aderiram (OCAMPOS, 2021, p. 44).

Em estudo contínuo, Toledo (2019) aponta que por muitos anos organizações da sociedade civil, como Conectas Direitos Humanos, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e Instituto Sou da Paz, lutaram pela implementação da audiência de custódia, inclusive no âmbito do Legislativo.

Antes da inserção desse instrumento no ordenamento jurídico, o flagranteado era encaminhado à autoridade policial competente, onde era formalizada a prisão, lavrando-se o respectivo Auto de Prisão em Flagrante (APF). Preenchidas as formalidades legais o APF era enviado ao juiz, o qual, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal, após oitiva do Ministério Público, decidiria pela homologação e quanto a possibilidade de concessão da liberdade provisória.

Com o surgimento da audiência de custódia, foi acrescentado neste momento pré-processual uma solenidade para a oitiva do preso, perante a autoridade judiciária, o qual deverá decidir quanto à manutenção da prisão e sua legalidade.

Todavia, apenas em 2015 tal garantia processual veio a ser efetivamente regulada no âmbito nacional. O Projeto “Audiência de Custódia”, de autoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), prevê a elaboração de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça, a fim de que os presos sejam apresentados a um Juiz de Direito em um prazo de no máximo 24 horas para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

Assim preceitua a Resolução n. 213 do CNJ (BRASIL, 2015):

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

De acordo com o órgão, as justificativas para a resolução estão embasadas na ideia de que “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão” (CNJ, 2015). Dessa forma, assegura o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Tal iniciativa mostrou-se atrasada, vez que a CADH e o PIDCP foram ratificados desde 1992, e a referida medida somente foi recepcionada pelo Código de Processo Penal em 24 de dezembro de 2019, por intermédio da Lei nº13.964, que alterou as redações dos arts. 287 e 310 desse dispositivo legal.

Entretanto, em que pese a regulação ter ocorrido na seara penal apenas em 2019, a apresentação pessoal imediata do preso ao juiz não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, conforme recordado por Ocampos (2021, p. 25):

(...) o art. 236, § 2º, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), 31 já previa determinação semelhante para as prisões ocorridas cinco dias antes e 48 horas após as eleições, situação em que a pessoa presa deverá ser imediatamente “conduzida à presença do juiz competente”. Ela também está prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 7.960/198932, para a prisão temporária, e no art. 175 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), 33 na chamada “audiência de apresentação do adolescente”, que exige a apresentação do menor imediatamente após a sua apreensão, mas em modos diversos, uma vez que a legislação específica prevê a oitiva pelo Ministério Público, ainda que já tenha sido ouvido pela autoridade policial.

Com efeito, a audiência de custódia é um mecanismo que visa conferir imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade é cerceada, fortalecendo, assim, importantes princípios do processo penal, tais como a publicidade, a celeridade e o contraditório (OCAMPOS, 2021).

Dessa forma, é uma maneira de humanizar o ato de prisão, ao permitir um maior controle da legalidade do flagrante e criar condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (LOPES JUNIOR, 2016, p. 512).

Trata-se de evento crucial para a efetivação do contraditório e, principalmente, para a garantia da oitiva da pessoa presa e sua defesa com vistas a impedir a manutenção da prisão (OCAMPOS, 2021, p. 24), que tem por objetivo fornecer uma visão mais realista da situação de pobreza e vulnerabilidade social da esmagadora maioria das pessoas que a polícia prende diariamente nas ruas (LEMGRUBER et al., 2016, p. 20).

Nesses termos, o instituto é dotado de natureza inegavelmente garantista, na medida em que visa fixar mecanismos de proteção à dignidade da pessoa humana, e consequentemente assegurar a proteção contra abusos das autoridades policiais e preservar a integridade física/ psíquica do indivíduo (REBES et al., 2018).

Lopes Júnior e Paiva (2014, p. 161) mencionam as principais vantagens da implementação da audiência de custódia, a citar: adequar o processo penal

brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e reduzir o encarceramento em massa no país, vez que haveria a obrigatoriedade de um encontro do juiz com o preso.

Demais disso, o curto lapso temporal de 24 horas entre a prisão e a apresentação da pessoa presa possibilitam ao magistrado notar nuances que não seriam observadas apenas no exame de documentos, como características físicas, marcas de violência, gestos corporais, empatia e estado emocional, o que representou uma oportunidade inovadora de contato até então não experimentada em nosso ordenamento processual (TOLEDO; JESUS, 2020, p. 3).

Portanto, as audiências de custódia possuem um papel fundamental em assegurar a garantia dos direitos humanos no sistema de justiça criminal brasileiro, tanto no âmbito do combate à tortura e violência policial quanto para oportunizar que os acusados tenham o direito de responder um possível processo em liberdade (TOLEDO; JESUS, p. 3).

Ainda, há de se mencionar a influência positiva que o instituto exerce na redução dos casos de maus tratos e tortura durante a apreensão de indivíduos. Nesse sentido, Oliveira (2015, p. 102) explica que a certeza de que o indivíduo será conduzido a presença de magistrado, promotor de justiça e defensor, faz com que o instrumento aja como uma prevenção a eventuais abusos por parte da polícia.

Outro aspecto favorável que merece destaque retira-se do fato de que na audiência de apresentação também é oportunizada voz à vítima de violência, que, em regra, só teria contato pessoal com um defensor na audiência de instrução e julgamento, a qual, em razão da morosidade característica do judiciário, ocorre meses após o episódio de violência, o que dificulta qualquer investigação exitosa (LEITE, 2018, p. 255).

Assim, observa-se que o referido ato processual toma forma de um importante mecanismo que objetiva garantir que o preso seja entrevistado pelo Magistrado, na presença do Ministério Público e do procurador do preso, além de dar cumprimento aos tratados internacionais ratificados pelo país. Diz respeito não só a um direito da pessoa detida, como também uma obrigação conferida ao Estado, e, portanto, um direito irrenunciável de todo cidadão (REBES et al., 2018).

Nessa seara, destaca-se a grande divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de realização desse ato por meio de videoconferência ou demais recursos tecnológicos de transmissão de imagens em tempo real.

Para parcela dos juristas, seria possível a aplicação da videoconferência à audiência de custódia. Segundo Rebes et al. (2018), o principal objetivo que se busca atingir com a realização de audiências por videoconferência é o respeito aos princípios da celeridade processual e da ordem pública, pois essa modalidade possibilitaria a realização do ato processual sem que o preso precise ser deslocado até o Fórum, o que otimizaria a dinâmica para realização das audiências, haja vista a redução dos custos das escoltas policiais e riscos de fuga.

De acordo com as autoras, não há porque não permitir sua realização por videoconferência, desde que em casos excepcionais e que não prejudique o direito de defesa do réu. Ademais, o Código de Processo Penal ao permitir que o interrogatório do acusado e outros atos processuais sejam realizados “on-line” abre a possibilidade de estender tal interpretação para as audiências de custódia (REBES et al., 2018).

A esse respeito, compreende Renato Brasileiro (2020, p. 298) que, se presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do §2º do art. 185 do CPP, seria possível que esta apresentação ocorra por meio de sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que seja possível constatar a plena observância dos direitos fundamentais do preso.

Da mesma forma, entendem os doutrinadores Pacelli e Fischer (2016, p. 678) que o contato pessoal do juiz com o preso não necessariamente precisa ser físico, pois seria possível a realização da audiência de custódia, de forma excepcional, por intermédio de videoconferência, já que já há regulamentação a respeito da utilização desse método em sede de interrogatório policial.

Por outro, para parcela da doutrina a forma virtual do ato não se coaduna com a natureza das audiências de custódia.

Sob essa perspectiva, Lopes Júnior e Paiva (2014, p. 168) defendem que o contato pessoal do preso com o juiz é um ato de grande importância, primordialmente para quem é vítima das violentas manifestações de poder do Estado. Para os autores, um cenário de audiência por videoconferência promoveria um

afastamento dos atores envolvidos no ato processual, por excluir o caráter antropológico do ritual judiciário, o que contribui para a desumanização do processo penal (LOPES JÚNIOR, PAIVA, 2014, p. 169).

É o que entende Cintra Júnior (2005, p. 99), segundo o qual o sistema de videoconferência “impossibilita perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer para a atividade futura de individualização da pena, se for o caso de condenação”.

Com efeito, Jeferson e Vidal (2017, p. 12) argumentam que as normas que regulam a audiência de custódia são bastante explícitas quando estabelecem que o preso deve ser “conduzido à presença” da autoridade judicial, na hipótese de realização da apresentação por videoconferência, haveria uma violação às expressões destacadas.

Nessa seara, entendem Lopes Júnior e Paiva (2014, p. 170) que o direito de defesa e do contraditório (incluindo o direito à audiência) são direitos fundamentais, cujo nível de observância reflete o avanço de um povo. Em razão disso, seria um retrocesso suprimir-se o direito de ser ouvido por um juiz, substituindo-o por um monitor de computador.

No tocante ao argumento dos custos para a segurança pública inerentes à condução do preso, há de se ressaltar que, conforme Vitagliano e Souza (2018, p. 234), aceitar a realização das audiências de custódia por videoconferência em razão dos gastos com logística para condução dos presos seria como se “o peso da ineficiência do Estado pudesse recair sobre os ombros de quem está no polo passivo da persecução criminal”.

Demais disso, os custos gerados no âmbito da segurança pública para a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial são inerentes à atuação estatal para persecução penal, consistindo em dificuldades normais e previsíveis, não podendo, por si só, justificar o uso da videoconferência (OCAMPOS, 2021, p. 97).

Por fim, Vitagliano e Souza (2018, p. 234) evidenciam que não há como sustentar a aplicação da inovação legislativa que permite a realização de atos processuais por videoconferência, pois as hipóteses elencadas pela Lei nº 11.900/2009 são excepcionais, e, portanto, taxativas, não passíveis de serem aplicadas por analogia.

Percebe-se, a partir disso, o dissídio doutrinário a respeito da realização da audiência de custódia na modalidade remota, que já era fruto de grandes ce-leumas doutrinários desde sua concepção. Passa-se, então, a analisar o debate sob a óptica dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 19 de janeiro de 2021, em apelo urgente encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), mais de 60 organizações da sociedade civil denunciaram a aprovação de audiências de custódia por videoconferência e pediram que o órgão ligado à Organização dos Estados Americanos (OEA) cobre esclarecimentos do Brasil.

As entidades que assinam o documento, como a APT (Association for the Prevention of Torture), Conectas Direitos Humanos, Pastoral Carcerária, ISER (Instituto de Estudos da Religião), MNPCT (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura) e as Defensorias Públicas de São Paulo e do Rio de Janeiro, apontam que o procedimento remoto inviabiliza a análise, por um juiz, das condições físicas da pessoa detida em flagrante e se esta foi submetida a algum tipo de violência ou tortura pela polícia, e que vai de encontro à farta jurisprudência da Corte a respeito da importância das audiências de custódia.

Com efeito, é de se destacar que a inserção da audiência de custódia está alinhada à necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal brasileiro com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Político (PIDCP) (OCAMPOS, 2021, p. 24),

Nesses termos, incumbe aos juízes e tribunais, ao aplicar o Código de Processo Penal, não só buscar conformidade constitucional, mas também observar se a lei aplicada está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que a Constituição deixou de ser o único referencial de controle das leis ordinárias (LOPES JÚNIOR, PAIVA, 2014, p. 159).

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi inserida no ordenamento jurídico nacional por intermédio do Decreto nº 678/92, em 06 de novembro de 1992, assinado pelo então Presidente Itamar Franco.

Nesse sentido, dispõe o art. 7.5 da respectiva Convenção:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

De maneira semelhante, assim determina o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”.

Sob essa óptica, a Corte Interamericana de Direitos humanos possui uma série de precedentes a respeito da importância da audiência de custódia para evitar prisões arbitrárias e ilegais, bem como para a proteção do direito à liberdade pessoal, à vida e à integridade física.

Ademais, conforme recordam Lopes Júnior e Paiva (2014, p. 161), é cediço na Corte IDH que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”, e ainda, que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”.

Conforme apontado por Vitagliano e Souza (2018, p. 240), os julgados não referem expressamente a respeito da questão da videoconferência em audiência de custódia, posto que o uso de tal recurso tecnológico é recente. Todavia, são expressos em afirmar a inafastabilidade da presença física daquele que é detido perante a autoridade judicial.

Segundo a Corte, o controle judicial imediato é medida destinada a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência.

Tal entendimento foi reiterado no caso *Meninos de Rua* (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Segundo a CtIDH, apenas a pronta análise e intervenção permite detectar, prevenir e reprimir atos contra a vida ou sérios maus-tratos após a prisão. Para o órgão internacional, estão em risco “tanto a proteção

da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal”.

Logo, é possível entender que a previsão de audiência de custódia por videoconferência não se encontra alinhada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil se filiou voluntariamente, vez que a jurisprudência da CtIDH preconiza o contato pessoal entre juiz e detido.

Trata-se, inclusive, de uma das finalidades da audiência de custódia a promoção de um encontro da pessoa presa com a autoridade judicial, de modo a superar a “fronteira do papel”, de forma que “a decisão da autoridade judicial responsável por determinar se o preso responderá em liberdade pela infração penal a ele imputada não será sustentada apenas por documentação apresentada e produzida unilateralmente na delegacia.” (OCAMPOS, 2021, p. 46).

Nesse trilha, a CADH é expressa em garantir em seu artigo 7.5 que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não permite uma interpretação tal que equipare “presença” com “ausência” (OCAMPOS, 2021, p. 89). Portanto, tendo-se ainda em conta a redação sancionada do art. 310 do CPP, não há margem nos referidos diplomas normativos para realização da audiência de custódia sem a presença física da pessoa presa.

É a perspectiva adotada por Vitagliano e Souza (2018, p. 233), segundo os quais os diversos diplomas legais que preveem a audiência de custódia, nacionais e internacionais, possuem disposições expressas a respeito da necessidade da efetiva presença da pessoa detida, especialmente em razão da necessidade de analisar o estado em que ela se encontra após ser privada de sua liberdade.

Com efeito, o Comitê de Direitos Humanos da ONU é preciso ao reafirmar que não cabe na norma a videoconferência, consoante trecho da sua Observação Geral n.º. 35:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura ou dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Não sem razão, Ocampos (2021, p. 52) compreende que o olho no olho, sentindo o contato imediato e pessoal, é fundamental para que se possa assimilar toda a complexidade dos fatos e da situação jurídica apresentada, humaniza o procedimento de apreciação da custódia e possibilita a averiguação de aspectos que se perdem na formalidade fria do papel, tais como o porte físico e o estado emocional do custodiado.

Isso porque é necessário existir um ambiente seguro para o diálogo, distante das autoridades policiais que realizaram a prisão e na presença da autoridade judicial, da defesa e do Ministério Público, para que o custodiado se sinta confortável em relatar eventuais abusos de ordem física ou psicológica, a fim de que o Ministério Público, competente para exercer o controle externo da atividade policial, possa averiguar o caso e determinar as providências cabíveis.

É de se dizer: o ato processual existe para justamente garantir um contato pessoal entre a autoridade judicial e o preso, finalidade que é desvirtuada quando a audiência é realizada por meios remotos, vez que esta modalidade não fornece os meios necessários para que o juiz tenha uma percepção real do acusado e das condições que embasaram a privação de sua liberdade.

4. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Com o surgimento da pandemia por COVID-19 e a edição da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que permitiu a suspensão das audiências de custódia pelos tribunais brasileiros, o debate acerca da apresentação do preso custodiado à autoridade judicial por meios virtuais adquiriu novos panoramas.

Com efeito, a pandemia de Covid-19 escancarou as desigualdades existentes nos mais variados sistemas do mundo no que tange à efetivação de direitos fundamentais. Verificou-se um aumento na dificuldade de acesso à alimentação, saúde e condições básicas para um ser humano viver com dignidade. Tal contexto é perceptível de sobremaneira no sistema carcerário, que em condições “normais” já padece de uma série de problemas estruturais, os quais mostraram-se ainda mais evidentes no cenário de pandemia.

No âmbito da realização das audiências de custódia, inicialmente houve uma orientação para sua não realização, conforme art. 8º da Resolução nº 62 do CNJ.

Posteriormente, houve proibição expressa pela Recomendação n° 329, de 30 de julho de 2020, a qual regulamentou e estabeleceu critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, em razão da pandemia mundial por Covid-19, in verbis: “Art. 19. É vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ no 213/2015”.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do órgão, assim defende a vedação:

Audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, estandarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica.

O Ministro pontua uma série de decisões recentes que proibiram que a tecnologia fosse utilizada para realização desse ato, concluindo que a videoconferência “vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, que tem por objetivo não apenas aferir a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, mas também verificar a ocorrência de tortura e maus tratos”.

Todavia, em dezembro de 2020 o CNJ mudou seu posicionamento. Segundo Luiz Fux, presidente do Conselho, “A pandemia não justifica que não se faça audiência de custódia por videoconferência”, por se tratar de momento excepcional.

Assim, foi aprovada a Resolução 357, modificando a Resolução 329, a fim de admitir a realização por videoconferência das audiências de custódia, desde que “garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e o advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação”.

Nessa conjuntura, uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal chama a atenção: a liminar tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6841), que autorizou a realização de audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia da Covid-19.

Segundo Nunes Marques, a realização da audiência na modalidade presencial em um contexto de pandemia coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato. Entende o ministro

que a garantia que toda pessoa presa seja conduzida à “presença de um juízo” significa contato em tempo real, não necessariamente contato presencial (STF, 2021).

A ADI foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em face do § 1º do art. 3-B, do Decreto-Lei n. 3.689/1941 (CPP), inserido pela Lei n. 13.964/2019, dispositivo que proibiu o uso de videoconferência nas audiências de custódia, o qual foi objeto inicialmente de veto presidencial, mas posteriormente foi rejeitado pelo Congresso Nacional, na sessão de 19/4/2021, e objeto de nova publicação no DOU de 30/4/2021,

Na referida ADI, a AMB argumenta que o emprego da videoconferência vai proporcionar maior celeridade aos processos e favorecer a saúde dos detentos e dos magistrados no período da pandemia da covid-19, vez que esta modalidade “permite ao magistrado a visualização da pessoa presa e o contato direto para constatação da sua integridade física e psicológica, ainda mais quando acompanhada do seu defensor, que poderá sempre denunciar alguma violação do direito do preso”.

Demais disso, o Projeto de Lei 1473/21 visa permitir a realização de audiências de custódia por videoconferência enquanto persistir a emergência de saúde pública decorrente da pandemia de Covid-19. O texto, que já foi aprovado pelo Senado, tramita na Câmara dos Deputados. Segundo o autor da proposta, o senador Flávio Arns, o objetivo do referido projeto é reverter os efeitos de trecho da Lei Anticrime, que atualmente proíbe audiências de custódia por videoconferência.

Entretanto, setores da sociedade civil insurgem-se contra a realização das audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia, sob a justificativa de que a ausência física do juiz dificulta a percepção de situações de abuso e impede o contato relevante entre juízes e presos, restando ineficaz para combater as violações dos direitos humanos.

É a conclusão adotada por Ocampos (2021, p. 24), segundo a qual o simples encaminhamento dos autos da prisão em flagrante como medida protocolar de índole meramente formal não tem o condão de prover a garantia de apresentação pessoal em juízo, de modo que tal previsão se mostrava insuficiente, desarmônica e menos benéfica ao preso do que as garantias asseguradas pelos tratados e convenções internacionais.

Nesse sentido, o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais emitiu nota pública, em 08 de junho de 2020, se posicionando a favor das audiências de custódia e contra sua utilização por videoconferência. De acordo com o órgão, “A pretexto de combater a tortura, corre-se o risco de aumentar o perigo à pessoa privada de liberdade, perdendo-se a segurança na credibilidade de declarações prestadas pelo custodiado em condições de extrema vulnerabilidade. Haveria, aqui, uma falsa sensação de controle da atividade policial” (CONDEGE, 2020).

Ainda a esse respeito, em 19 de junho de 2020, 153 entidades assinaram e encaminharam ao CNJ o Ofício nº 01/2020 contra a audiência de custódia por videoconferência, sob a argumentação de que a audiência de custódia não cumpre sua função precípua quando realizada por meio virtual, por não ser possível ao magistrado identificar adequadamente indícios da prática de tortura, e por não haver como garantir que o ambiente em que a pessoa presa estará quando ouvida seja livre de interferências externas, garantindo-se um mínimo de segurança para um relato desembaraçado e verdadeiro (AGENDA NACIONAL PELO DESENCARCERAMENTO E OUTROS, 2020).

Tal preceito restou exposto por dados da Associação Para Prevenção da Tortura (APT, 2020), os quais apontaram que em março de 2020 foram realizadas 11.900 audiências de custódia no país, nas quais se registraram 1.033 relatos ou indícios de tortura e maus-tratos. Já entre abril e maio, este número caiu para 403 casos entre 28.510 prisões efetuadas.

Sob esse entendimento, um estudo feito pela Defensoria Pública do Estado da Bahia a respeito dos efeitos da Recomendação 62/2020 do CNJ nos flagrantes ocorridos em Salvador apontou para o prejuízo na informação sobre eventual ocorrência de violência no momento da prisão (DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA, 2020).

Nessa óptica, uma pesquisa realizada por Ocampos (2021) nos anos de 2019 e 2020 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal concluiu que a suspensão da apresentação pessoal do preso nas audiências de custódia ocasionou uma queda substancial nos relatos de violência policial ou tortura.

Enquanto nos meses de abril a outubro de 2019 um percentual de 7,32% das pessoas apresentadas ao Núcleo de Audiência de Custódia do Distrito Federal relataram ter sofrido algum tipo de violência no momento da prisão, no

mesmo período em 2020, correspondente ao período de suspensão das apresentações pessoais, esse percentual foi de apenas 0,93% do total de pessoas presas (OCAMPOS, 2021, p. 191).

Assim, Ocampos (2021, p. 192) concluiu que durante o período de suspensão da apresentação pessoal, ocorrida em 19 de março de 2020 e estendida até 4 de novembro de 2020, a apuração da violência institucional, considerada como uma das principais funções da audiência de custódia, ficou completamente esvaziada no Distrito Federal.

Segundo a autora, a “falta de relatos de violência policial e de apuração não significa que não houve abusos, mas sim que o mecanismo implementado a partir da pandemia e, conseqüentemente, a partir da suspensão das apresentações, não estava sendo eficiente”. (OCAMPOS, 2021, p. 193).

Destaca-se, também, dados colhidos pelo CNJ, os quais apontaram para uma queda de 84% na detecção de tortura e maus-tratos por conta da suspensão das audiências de custódia presenciais devido à pandemia, entre março e maio de 2020 (CNJ, 2020).

Com base nesses exemplos, Ocampos (2021, p. 197) conclui que esse decréscimo no percentual de verificação de casos de tortura deixa evidente como não é possível ver, reconhecer, nem escutar a tortura e a violência institucional sem a presença física da pessoa presa junto ao magistrado e às demais partes.

Isso porque a relativização da presença do custodiado torna o ato ineficiente, na medida em que dificulta o depoimento livre da pessoa presa e impossibilita o juiz, a defesa e o Ministério Público de analisarem as circunstâncias em que se deu a prisão pela autoridade judicial, como a ocorrência de eventuais lesões corporais.

Demais disso, além de a videoconferência não ser capaz de identificar adequadamente indícios da prática de formas de violência policial, também o senso de seriedade e formalidade do ato se reduz quando praticado mediante vídeo e, a depender de como a pessoa presa se comporte durante a audiência, isso pode ser interpretado de forma negativa a ela; existe a perda da comunicação não verbal, o que pode modificar a forma com que os atores de justiça percebem a pessoa presa, e que o contato entre a pessoa presa e sua defesa técnica é diminuído com o uso do meio virtual, o que pode trazer sérios prejuízos ao princípio da ampla defesa. (OCAMPOS, 2021, p. 212).

Dessa forma, sob o pretexto de proteção dos atores envolvidos da audiência de custódia, retira-se a garantia de jurisdição e o direito do custodiado em ser ouvido pessoalmente. Tal previsão, inclusive, mostra-se contraditória em um cenário de flexibilização das medidas restritivas contra a Covid-19, na medida em que uma audiência composta por poucos agentes não oferece um risco sanitário maior do que eventos já permitidos.

É a compreensão adotada por Ocampos (2021, p. 97), segundo a qual a flexibilização dos protocolos de segurança sanitária e gradual retomada das atividades presenciais é uma realidade nos estados brasileiros, de forma que não subsiste a tese de que não há como realizar tal ato com segurança, “sobretudo em se considerando o instituto como um serviço que deve ser visto como essencial e de qualificação da porta de entrada do sistema prisional”.

Destarte, é necessário discutir formas seguras para realização presencial do ato, haja vista que o serviço deve ser observado como essencial e de qualificação da porta de entrada do sistema prisional (OCAMPOS, 2021, p. 212).

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou expor o longo caminho percorrido pelo ordenamento jurídico pátrio até a efetiva inserção das audiências de custódia no rito penal.

Assim, constatou-se que a apresentação pessoal do preso perante autoridade judicial faz valer os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, além de permitir uma análise mais célere e apurada acerca da situação da pessoa detida, legalidade e necessidade da custódia cautelar, bem a existência de tortura e maus tratos no ato da prisão, antes mesmo da inserção do autuado no ambiente carcerário, de forma a assegurar a prevalência dos direitos humanos no sistema penitenciário.

Observou-se que desde sua concepção o projeto Audiência de Custódia foi recebido com certa divergência entre os juristas, especialmente no tocante à possibilidade da realização das audiências por videoconferência.

Contatou-se que, em que pese os argumentos favoráveis à realização virtual das audiências de custódia, a não realização presencial da apresentação pessoal do preso à autoridade judicial não se coaduna com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe de inúmeros precedentes a respeito da inafastabilidade da presença física da pessoa presa. Assim, demonstrou-

se que não é possível extrair a possibilidade de realização de audiências de custódia por videoconferências de nenhum nível normativo, seja interno ou internacional.

No contexto da pandemia, evidenciou-se que os dados levantados durante a suspensão das audiências presenciais, pela Associação Para Prevenção da Tortura (2020), pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (2020), pelo Conselho Nacional de Justiça (2020) e por Ocampos (2021) apontaram para uma nítida queda no número de relatos ou indícios de tortura e maus-tratos.

Desta forma, concluiu-se que a não apresentação presencial do detido à autoridade policial ocasionou prejuízo na informação sobre eventual ocorrência de violência no momento da prisão, o que vai de encontro à essencialidade da audiência de custódia, que visa justamente, além da análise da legalidade e necessidade de manutenção da prisão, averiguar a ocorrência de tortura e maus tratos no ato da prisão.

Demais disso, evidenciou-se que a previsão de realização das audiências de custódia por meios remotos mostra-se contraditória em um cenário de flexibilização das medidas restritivas contra a Covid-19 e gradual retomada das atividades presenciais, na medida em que uma audiência composta por poucos agentes não oferece um risco sanitário maior do que eventos de grande porte já permitidos, especialmente por se tratar de instituto essencial e de qualificação da porta de entrada do sistema prisional.

REFERÊNCIAS

AGENDA NACIONAL PELO DESENCARCERAMENTO et al. Apelo urgente: Realização de audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/01/Apelo-urgente-CIDH-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia.pdf>. Acesso em 06 de out. de 2021.

_____. Ofício nº 01/2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-22-06-2020-15-11-28-762979.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. AMB requer ao STF a realização de audiências de custódia por videoconferência. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-requer-ao-stf-realizacao-de-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia/>. Acesso em: 3 out. 2021.

ASSOCIAÇÃO PARA PREVENÇÃO DA TORTURA. Comparecimento presencial nas audiências de custódia é crucial para enfrentar abusos policiais no Brasil. APT: 2020. Disponível em: https://www.apr.ch/pt/news_on_prevention/comparecimento-presencial-nas-audiencias-de-custodia-e-crucial-para-enfrentar. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ato Normativo - 0004117-63.2020.2.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI - 35ª Sessão Virtual Extraordinária - julgado em 10/07/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/conselho-nacional-justica-proibe.pdf>. Acesso em: 01 de out. de 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em 05 out. 2021.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em 01 de nov. de 2021.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original133456202008265f4665002a5ee.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 357, de 26 de novembro de 2020. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em 01 de nov. 2021.

_____. Conselho Nacional De Justiça. Relatório de monitoramento da COVID-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relat_Form_Monitoramento_I.pdf>. Acesso em 11 out. 2021.

_____. Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 out. 2021

_____. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 de nov. de 2021.

_____. Projeto de Lei nº 1.473, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148142>. Acesso em: 05 out. 2021.

CINTRA JUNIOR., Dyrceu Aguiar. Interrogatório por videoconferência e devido processo legal. Revista de Direito e Política. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, v. 5, abril/junho 2005.

COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. Nota Pública a favor das audiências de custódia e contra sua realização por videoconferência. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/nota-publica-condege/>. Acesso em 04 out. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Estudo sobre impacto da Recomendação 62/20 do CNJ nos flagrantes ocorridos em Salvador/BA (de março a junho de 2020). ESDEP Editorial: Salvador, 2020. Disponível em: https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/12/sanitize_relatacc83_rio-custacc83_dia-pandemia-ssa.pdf_031220-123057.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

JEFERSON, Luiz; VIEIRA, Tiago Vidal. Audiência de custódia. 5ª Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais. COOPEX - Coordenação de Pesquisa e Extensão do Centro Universitário FAG: 2017. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c13f251f8d.pdf>. Acesso em: 18 de out. de 2021.

LEITE, Michele de Menezes. Importância da audiência de custódia na obrigação do estado de investigar os relatos de tortura por agentes policiais nas prisões em flagrante. Cadernos estratégicos – análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. Defensoria Pública do Rio de Janeiro: 2018, págs. 248 a 255.

LEMGRUBER, Julita et al. Liberdade mais que tardia: as audiências de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime. Comentários à Lei N° 13.964/19 – Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 298/299

LOPES JUNIOR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. IBCCRIM - Revista Liberdades, n° 17 – setembro/dezembro de 2014. Disponível em: <<https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/82/67>>. Acesso em 16 de nov. 2021.

_____. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

OCAMPOS, Lorena Alves. O direito à presença em audiência de custódia como direito fundamental: uma análise do cenário do Distrito Federal em 2019-2020. 2021. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. – 19ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2015.

_____; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 8ed. São Paulo: Atlas, 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Observação Geral n° 35, aprovada em 16.12.2014, § 34, do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

REBES, Beatriz Ferruzzi; AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim; DA SILVA SANCHES, Matheus. Possibilidade da audiência de custódia por videoconferência frente aos direitos e garantias fundamentais do preso. ETIC-Encontro de Iniciação Científica, v. 14, n. 14, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7095>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 6841. Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 28/06/2021, Data de Publicação: 29/06/2021.

TOLEDO, Fabio Lopes. “O flagrante ganha voz?”: os significados da presença da pessoa presa nas audiências de custódia no estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019.

_____; JESUS, Maria Gorete Marques de. Olhos da justiça: o contato entre juízes e custodiados nas audiências de custódia em São Paulo. Revista Direito GV, v. 17, n. 1, p. 1-28, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/83759/79387>. Acesso em 20 de out. de 2021.

VITAGLIANO, Daniella; SOUZA, Ricardo André de. Audiência de custódia por videoconferência: incompatibilidade à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Cadernos estratégicos – análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. Defensoria Pública do Rio de Janeiro: 2018, págs. 226 a 246. Disponível em: <http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d48483fc2f80e3a585.pdf>. Acesso em: 10 de out. de 2021.

A VIGILÂNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NA SOCIEDADE DE CONTROLE - USOS E CONTROVÉRSIAS DE TECNOLOGIAS DIGITAIS

Clóvis Ricardo Montenegro de Lima

Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia.
clovismlima@gmail.com

Valéria Cristina Lopes Wilke

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
valeria.wilke@unirio.br

Elisângela Faustino

Universidade Federal de Santa Catarina.
lisafaustino@gmail.com

Flávia da Silva Carvalho

Universidade Federal Fluminense.
flaviaslvcarvalho@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A pandemia global da Covid-19 que emerge na China no início de 2020 traz consigo uma confluência de infecções virais com letalidade elevada com doenças respiratórias e coagulopatias difusas mortais, ao lado de tentativas, erros e controvérsias em torno das medidas de prevenção e controle e dos procedimentos terapêuticos adequados.

A ameaça e o medo têm o poder de fazer os seres humanos encontrarem e enfrentarem a sua finitude, buscando ir além dos seus limites. A pandemia da Covid-19 causa profundas mudanças globais porque, sendo uma doença infecciosa viral nova, avança dentro da sociedade sem que esta possa interpor medidas de prevenção eficazes ou realizar cuidados terapêuticos específicos.

Quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) declara alerta sanitário global em fevereiro de 2020, as autoridades médico-sanitárias sabem pouco ou quase nada para resistir à disseminação do vírus. Cabe antecipar duas questões pertinentes: a proteção específica contra infecções são as vacinas, e os vírus respiratórios sofrem mutações que dificultam o desenvolvimento de vacinas.

Assim, sem ter instrumentos específicos para a prevenção da Covid-19 os governos nacionais usam das ferramentas tradicionais das sociedades disciplinares: das medidas extremas de confinamento domiciliar geral às medidas parciais de vigilância epidemiológica com a testagem sorológica em massa para detecção do vírus, o isolamento social dos casos detectados e procedimentos como uso de máscaras e higiene.

Os procedimentos de vigilância epidemiológica incluem a identificação e o controle dos infectados e dos seus comunicantes nas comunidades, bairros e cidades. Este procedimento de vigilância e controle faz uso de uma tecnologia digital disponível: a geolocalização de infectados e de todos os que entraram em contato com eles. Em termos claros: faz-se a localização com uso dos celulares.

Apesar de ser largamente usada por aplicativos desenvolvidos por empresas privadas e redes sociais, a geolocalização, quando empregada por governos e autoridades sanitárias, desencadeia reações e discussões sobre a privacidade dos cidadãos. Há um conflito e debate de argumentos entre interesses comunitários e liberdade individual.

Neste artigo apresenta-se a democracia deliberativa proposta pelo filósofo e sociólogo alemão Jurgen Habermas como modo de equacionar interesses comunitários republicanos e as liberdades individuais. Busca-se responder se o controle da pandemia da Covid-19 pode usar meios de rastreamento e controle dos indivíduos.

O interesse por esta discussão extrapola o caso específico, pois o Estado pode usar este potencial das redes de celulares para localizar e controlar pessoas em outras situações. Por outro lado, os cidadãos podem não querer ser localizados em nome da sua liberdade de ir e vir.

2 VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA DA COVID-19: RASTREAMENTO DIGITAL E CONTROLE DE DOENÇAS

A partir da pandemia da nova doença infecciosa que emergiu na cidade chinesa de Wuhan, a OMS declara o alerta sanitário global e os sistemas nacionais de vigilância epidemiológica nacionais são acionados para responder ao chamado de formas distintas, conforme o país.

Observa-se uma sequência de posicionamentos para o enfrentamento do novo vírus Sars-Cov-2: primeiramente repressão de divulgação na China, com

resposta imediata de países vizinhos como Taiwan, depois a minimização da doença por parte de alguns países como a Inglaterra e os Estados Unidos, passando por análise cuidadosa chefiada por líderes da União Europeia e Oceania rodeados de cientistas evidenciados.

Nestas circunstâncias abre-se espaço para as investidas contínuas de corporações sedentas de novas oportunidades comerciais, assim como reativação e atualização de instrumentos de vigilância com o intuito de controle da doença, como ocorreu, principalmente, nos países asiáticos.

A vigilância sanitária e epidemiológica para a pandemia da Covid-19 conta com o uso massivo de tecnologia, além de orientações como o isolamento social e medidas de higiene de lavagem das mãos e uso de máscaras.

As estratégias com uso da tecnologia parecem ser eficazes e abrangentes, principalmente, pelo fato de fornecerem dados quantitativos e concretos quanto à evolução da doença e/ou o sucesso das medidas de controle. Em diferentes frentes a tecnologia se mostra um instrumento flexível, adaptando-se aos objetivos de combate ao Covid-19 proferidos pelos cientistas, assim como para os governos. Todos os mecanismos tecnológicos encontram facilidades de uso em uma sociedade contemporânea caracterizada pela conectividade, transparência, instantaneidade e eficiência.

Os países europeus disponibilizaram para seus cidadãos aplicativos para serem usados em smartphones, a partir de parcerias com empresas de tecnologias e de telefonia móvel, destinados para que o rastreamento de contatos fosse possível. O uso de drones em Madrid auxiliou a polícia a monitorar as aglomerações (DOFFMAN, 2020).

Viana (2020) menciona que na Alemanha foram usadas selfies e pulseiras eletrônicas para monitorar os sinais vitais das pessoas. Nos Estados Unidos, os rastreamentos de casos são auxiliados por corporações como Google e Apple, que, além de disponibilizarem interfaces para o desenvolvimento de aplicativos, também contribuem construindo a possibilidade de reconhecimento de aparelhos por bluetooth, posteriormente usados por outros países (OLHAR DIGITAL, 2020).

No Brasil, devido à negligência do governo federal na coordenação ações do SUS para controle e prevenção do novo coronavírus, cada estado executa distintas estratégias, incluindo o uso de aplicativos. Estados como São Paulo e Rio de Janeiro trabalharam com geolocalização dos seus cidadãos em parceria

com empresas de telefonia, que aglomeram e tornam os dados anônimos disponíveis em nuvens. Outros estados aderem à tecnologia que se baseia nas informações dadas por uma companhia de segurança digital, que proporciona aos governos o índice de isolamento social por regiões (SCHREIBER, 2020).

Na cidade de Florianópolis utilizou-se a tecnologia batizada de Smart Tracking, que funciona a partir do cadastro voluntário que gera o QR Code, que é apresentado nos ambientes por onde seus portadores passam. Esse processo gera um banco de dados que é acessado pelas autoridades médicas, que informam ao sistema que o proprietário de determinado código está contaminado e assim os outros usuários ficam sabendo se tiveram no mesmo ambiente que este cidadão, tudo sem identificação pessoal.

O sistema é apresentado como seguro e desprovido de ameaça quanto a invasão de privacidade, por se considerar não rastreador. No Brasil houve também uso de câmeras de segurança que comprovam que pessoas com Covid-19 estavam circulando nos espaços públicos ao invés de estarem isolados.

Estas informações sobre vigilância digital no controle da pandemia demonstram o encontro entre a situação emergencial com demandas que se convergem para o um uso potencial e exploratório deste cenário. Por um lado, há empresas ligadas à tecnologia que podem desenvolver instrumentos direcionados para a função de controle e prevenção da doença, mas que também criam um ambiente propício à apresentação de outros elementos que se farão necessários pós-pandemia em diferentes aspectos.

O Estado pode dispor de informações para orientação das políticas públicas no estado de emergência sanitária, ao mesmo tempo que as condições se mostram favoráveis ao flerte com o desenvolvimento de mecanismos que cerceiam a privacidade e a liberdade de seus cidadãos.

O que se tem observado é que o grau de experiências do Estado, por meio de suas estruturas de poder, com o avanço tecnológico, refere-se à clareza do tratamento dos dados, que interfere diretamente no nível de conflitos gerados por estes avanços e possibilidades de uso dos mesmos, assim como as propriedades intrínsecas do tecido social formador do lugar que se analisa.

Alguns países orientais dispunham de estrutura legal e prática para a aplicação da vigilância e controle em decorrência de outras epidemias, como a de 2003, provocada por vírus da mesma família do coronavírus. Essa experiência

anterior causou a situação descrita por Max Kim (2020), que observa que governantes da Coreia do Sul, impressionados com a propagação do vírus pelo país, além de estabelecer quarentena doméstica obrigatória, recorreram ao uso de aplicativo de smartphone para o monitorar cidadãos e para rastrear, via sistema de geolocalização, as pessoas que interrompiam por conta própria o lockdown. O aplicativo (chamado de Self-quarantine safety protection) foi desenvolvido pelo Ministério do Interior e da Segurança, sob a alegação de contribuir para gerenciamento dos casos e para evitar a situação de pessoas “super spreaders”, e lançado nas versões Android e IOS.

Esse aplicativo se enquadra dentro de medidas médico-sanitárias tomadas para a controle e prevenção da Covid-19, que incluía também a ordem médica que proibia portadores do vírus de deixar o local de cumprimento da quarentena e de manter contato com não infectados mesmo dentro de casa. As autoridades sanitárias reconhecem que o aplicativo funciona como serviço de suporte, uma vez que faz parte das medidas voltadas para acompanhamento e monitoramento dos infectados, e para a contenção da sua circulação e do aumento de casos.

No início do enfrentamento da pandemia em Israel, uma crise política se abriu porque o governo Netanyahu tratou de monitorar emergencialmente celulares de prováveis infectados. A tarefa esteve a cargo da agência Shin Bet de combate ao terrorismo. Mesmo invocando a urgência para não buscar aprovação prévia dessa medida no parlamento, a determinação foi levada à Suprema Corte de Israel (Reuters, 19 março 2020).

A agência também comunica que, no começo da pandemia, entre as medidas iniciais implementadas pelo governo russo, a polícia de Moscou recorreu à tecnologia de reconhecimento facial para identificar pessoas que teriam violado a determinação de quarentena.

Outro fato que ganhou notoriedade no início da quarentena foi um acontecimento na cidade do México: a Uber suspendeu dois motoristas e contas de 240 usuários do aplicativo que teriam transitado nos carros desses condutores. Eles, por sua vez, teriam tido contato com um turista infectado pelo Covid-19, que passou dois dias na cidade em janeiro de 2020, antes de seguir viagem para os EUA, onde testou positivo. As suspensões decorreram da precaução por receio de ampliar a disseminação do vírus.

A União Europeia já dispunha de legislação para fins de proteção de dados desde 2015, enquanto o Brasil foi surpreendido pela necessidade do uso

dos meios e dados digitais na pandemia em 2020 enquanto sua Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD ainda estava em trâmite pelo Congresso Nacional.

Os instrumentos de vigilância epidemiológica, por si só, provocam tensão nas estruturas e seu nível de abalo está ligado à gravidade da doença a ser controlada e à estrutura política, econômica e cultural da sociedade e os dispositivos usados para sua efetivação. As reações provocadas pelo encontro destas variáveis podem ser utilizadas para avaliar tanto a efetividade das estratégias para controle da pandemia, e para refletir sobre os elementos que são convocados a participar deste processo.

3. CONTROVÉRSIAS E CONFLITOS DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E DA SOCIEDADE DO CONTROLE

Essas controvérsias e conflitos em torno da vigilância digital serão avaliadas partindo-se do que, na esteira da análise de Giles Deleuze, tornou-se conhecido como sociedade de controle, uma vez que é relevante o uso intenso das tecnologias de vigilância durante a pandemia de Covid-19, a partir do seu início em 2020.

Todas as sociedades, modernas ou anteriores à modernidade, ocidentais ou orientais, do norte ou do sul global, pressupõem dispositivos e instrumentos de controle social, sendo que mesmo as sociedades sem Estado contaram com mecanismos para a regulação das relações sociais. Os seres humanos, marcados pela temporalidade e historicidade, tornam-se humanos mediante o processo de assujeitamento, que guarda os sentidos de tornar-se sujeito e de ser submetido a algo. Essa regulação social age também sobre as formas de tornar-se sujeito.

Na contemporaneidade, tal processo transcorre em meio às grandes transformações e para elas também concorrem a revolução nas tecnologias de informação e mais recentemente o advento da internet. A análise de Deleuze (2008) sobre a sociedade do controle é uma das primeiras abordagens que considerou esses dois aspectos na reflexão da organização social.

No conhecido Post-scriptum sobre a sociedade do controle (2009), Deleuze chama atenção para o que Foucault detectou como um outro formato social, que estaria emergindo no cenário marcado pelo declínio da hegemonia da sociedade disciplinar, na qual, por sua vez, o confinamento e a vigilância assinalaram a modalidade social centrada em diferentes formas de enclausuramento dos

indivíduos em espaços fechados, cuja imagem e estrutura emblemáticas é o panóptico. Entretanto, segundo Deleuze (2008), na contemporaneidade era possível detectar que o confinamento não funcionaria tão a contento como antes, à proporção em que se percebia a crise dos espaços tradicionais de confinamento e também o aparecimento de novas formas de controle estabelecidas pelas transformações tecnológicas em curso. No diagnóstico deleuziano, os espaços estavam perdendo as fronteiras rígidas e se interpenetravam.

Manuel Castells (2005) indicou o aparecimento de novas formas espaciais que se conformam em termos de fluxos. Viver sem limites territoriais definidos, como na sociedade em rede, conduziria a experimentação de uma nova forma espacial, o espaço de fluxos.

Se o confinamento disciplinar moldou e adestrou os sujeitos na escola ou na fábrica ou qualquer outra instituição, na nova organização social Deleuze (2008) percebeu que o controle seria contínuo justamente pelo crescimento exponencial das trocas info-comunicacionais mediante a comunicação instantânea, facultada pelas tecnologias de informação digital; ele produziria, ademais, efeitos mais rapidamente ao não depender das instituições por excelência disciplinares, mas do próprio indivíduo que teria interiorizado a lógica empresarial, modelo da nova fase do capitalismo. Para o filósofo, a empresa seria como “uma alma” desses novos tempos.

Deleuze (2009) observou que a sociedade disciplinar se caracteriza pela assinatura que individualiza a pessoa e por algum número como, por exemplo, o de matrícula que o posiciona na massa. Contudo, na linguagem digital o controle é realizado pelas cifras que marcam o acesso às infovias e à informação ou a rejeição. Na sociedade que o filósofo viu emergir, a senha passou a ser o que singulariza o indivíduo e que ao ser aceita facultava-lhe o trânsito pelo espaço digital, tornando-se o instrumento que permite localizar e identificar as pessoas onde quer que estejam e naquilo que estiverem fazendo. Nesse contexto, as massas tornam-se amostras, informações de bases de dados, segmentos que podem ser rastreados, e analisados tendo em vista a percepção de padrões de comportamentos a serem capturados pelo mercado. No lugar do indivíduo e de massa – pares conceituais do Estado-nação da era industrial – apareceram outras figuras indicadas por Deleuze (2008), consumidor, indivíduo, perfis, amostras, nichos de mercado, targets, bases de dados e para lidar com esses elementos têm sido criados permanentemente programas que capturam os dados essenciais para a economia de mercado.

Pode-se afirmar que as tecnologias de controle surgem da relação indissociável entre governos e empresas. As tecnologias de identificação, vigilância e de investigação estão baseadas em dois pressupostos essenciais: a assimetria no conhecimento dos códigos da rede e a capacidade de estabelecer um espaço determinado de comunicação suscetível de controle. As tecnologias de controle podem ser de identificação (senhas, procedimentos de identificação, cookies); de vigilância que permitem determinado usuário ser identificado por marcadores colocados para o rastreamento dos fluxos comunicacionais, a partir da localização e monitoramento das máquinas; de investigação que estão relacionadas à construção de bases de dados por meio de vigilância e armazenamento de informações, que podem ser recombinadas para se gerar os perfis informacionais agregados desejados.

No que concerne a essas tecnologias, em primeiro lugar, os controlados em geral desconhecem os códigos utilizados pelos controladores; em segundo, os modos de controles são exercidos em espaços definidos na rede, por exemplo, num provedor, numa empresa, numa universidade. Um elemento fundamental para o quadro da ampliação do controle é o desenvolvimento das tecnologias de coletas de dados, como as usadas no comércio eletrônico, que permitiram o recolhimento de cada informação a cada clique em algum ambiente da internet.

No quadro desta revolução informacional, as redes de comunicação digital passaram a ser o eixo central da sociedade interconectada, estruturada a partir das tecnologias de organização, processamento e fluxo e fluxo de informações. Não obstante toda a retórica e sensação de liberdade e de liberalidade presentes nas redes digitais, nelas subsiste forte teor de controle precisamente por meio do sistema info-comunicacional digital, que fornece a espacialidade para as trocas interativas daqueles que estão conectados, para os comportamentos interativos, para os diferentes tipos de trocas que ali se realizam mediante os fluxos informacionais circulantes pelas infovias e, por conseguinte, para os rastros deixados pelos transeuntes, que são armazenados, devidamente minerados e tratados, e, em última instância, concebidos como mercadoria.

A chamada “sociedade do controle” deleuziana opera, pois, pelos interesses da empresa, pela cifra e pela linguagem digital. Essa forma de organização social é realizada dentro do que a filósofa Shoshana Zuboff (2018, 2020) nomeia de Capitalismo de Vigilância. Ela afirma que o Big Data não consiste num efeito inevitável das tecnologias de informação mas, como elemento fundamental da

lógica do Capitalismo de Vigilância, e é usado na extração de dados dos que circulam pelas infovias para fins de previsão e modificação do comportamento humano, tendo em vista gerar receitas e controlar o mercado.

A origem do Big Data 1[1] é recente e as populações se tornaram as fontes de renda das corporações capitalistas de vigilância, pois elas são as fontes dos dados extraídos e comercializados e os indivíduos, dentro delas, os alvos finais da nova lógica de acumulação de informações e de capital. Em diálogo com Constantiou e Kallinikos, a filósofa Zuboff sustentou que os dados produzidos pelos interconectados transformaram-se em elementos intrínsecos à vida social e institucional, e à economia mundial. O Big Data reúne dados provenientes de transações financeiras, de bancos de dados governamentais e corporativos, de compras realizadas por qualquer cartão (mesmo as efetuadas nas lojas físicas), de registros médicos, de câmaras de segurança privadas e pública e dos smartphones e satélites, dos fluxos mediados por computador, dentre outros, e também os resultantes do trânsito frenético dos conectados usuários das multiplataformas digitais, nos seus momentos de consumo, entretenimento e de lazer.

Cada indivíduo conectado e que transita pelas infovias fornece as informações capturadas e segmentadas no Small Data, cujos fluxos de dados são os resíduos ou os rastros 2[2] dos indivíduos (Data Exhausts). Esse processo é conhecido como Datification e significa a transformação em dados de qualquer interação, mediada por máquina, de um indivíduo conectado no ambiente digital. Esse movimento faz com que pessoas, eventos, processos, objetos se tornem visíveis, cognoscíveis, compartilháveis e, sobretudo, informações que podem ser comercializadas, num contexto em que o mundo renasce permanentemente como dados [3].3

¹ Big Data é o termo que nomeia gigantescos volumes de dados produzidos e disponibilizados na internet; sua grande dimensão é quantitativa e qualitativa, pois implica o imenso tamanho e a diversidade, e a elas se soma a velocidade com que crescem, pois a utilidade dos dados depende da atualização constante.

² Como afirma Wilke: “Todo e qualquer trânsito pelo ambiente digital gera rastros a partir das informações fornecidas pelo próprio usuário por meio de seus acessos mediados pela internet. Esses rastros constituem os dados que são coletados, armazenados, tratados e vendidos por diferentes tipos de empresas que realizam essas ações, ou seja, eles passam pelo processo de *Mineração de Dados* que permite identificar dentre os usuários, os indivíduos suscetíveis a determinadas informações, inclusive as Fake News (mas não somente elas).”. (WILKE, 2020, p. 19)

³ Todos esses dados são capturados online e processados continuamente pelas empresas voltadas para o Capitalismo de Vigilância, que operam para alcançar hiperescala de dados

O diagnóstico de Zuboff é que nessa fase atual do capitalismo, o capitalismo de vigilância manifesta-se, por um lado, como nova forma de acumulação. Por outro, ele implica em nova forma de fazer política, a partir do contexto que ela nomeia de “des-contrato”, uma vez que na realidade do mundo mediado por computador, de fato, não aparecem novas formas de contrato, mas uma arquitetura universal de poder que a filósofa chamou de BIG OTHER: um novo regime institucional ubíquo, em rede que “registra, modifica, mercantiliza a experiência cotidiana [...]” (2018, p. 43), marcado por novo regime de conformidade administrado de modo privado e sustentado pela redistribuição unilateral de direitos.

Galloway (2004) diz que as redes da era da internet conformam o diagrama de poder dos protocolos de comunicação como formas de monitorar os rastros digitais na sociedade de controle.

A pandemia escancarou a sensação de medo estabelecida nas sociedades e nesse cenário, Estados e corporações têm utilizado o medo como ferramenta para vender segurança e proteção da vida, numa repaginação, em termos da estrutura info-comunicacional da época dos algoritmos e Big Data, de uma velha fórmula tantas vezes usada anteriormente. Essas ocasiões mostram que não é difícil instrumentalizar o medo para justificar e legitimar mais controle e mais vigilância.

No horizonte da sociedade em rede, a crescente necessidade de segurança evidencia que os dispositivos tecnológicos estão cada vez mais eficientes e que a integração entre mercado e governos vende a ideia da necessidade vigilância e controle como modo de apaziguarem a cultura do medo.

No contexto atual, pela própria lógica do modelo de negócios vigente na estrutura do capitalismo de vigilância, o rastreamento e monitoramento dos sujeitos individuais e coletivos que transitam pelas infovias é realizado no âmbito comercial, ou seja, a própria estrutura que põe em funcionamento o sistema info-comunicacional contém dispositivos que permitem rastrear, monitorar, controlar e modular comportamentos.

Igualmente, eventos recentes da história política global revelam que essa forma empresarial de lidar com os dados dos usuários que transitam pela internet

a custos quase nulos e baixas capacidades materiais. As receitas delas são de um novo tipo, os *ativos de vigilância*, e que são obtidos pela extração dos dados sem as devidas reciprocidades empresa-usuário.

também é aplicada à ordem política e os casos mais emblemáticos estão associados à volta da extrema-direita à esfera pública, tais como as eleições de Modi, Trump e Bolsonaro e também à decisões como no plebiscito "Brexit".

A pandemia da Covid-19 aumentou a visibilidade aos usos de recursos da vigilância digital, empregados em determinadas situações ligadas à saúde pública, a fim de conter a circulação das pessoas ou propiciar maior segurança frente à doença, ou que poderão ser ainda usados especialmente quando relacionados ao controle social das populações. Esse fato indica que, em meio a crise sanitária mundial, é necessário refletir sobre as possibilidades de uso dos dados garimpados e de informações tratadas e armazenadas, segundo a lógica e a estrutura do capitalismo de vigilância, para controle social sobre o indivíduo e as populações.

As épocas marcadas por grandes epidemias têm proporcionado diferentes tipos de iniciativas de controle e vigilância sobre as populações locais, em nome da sobrevivência e da saúde, e que variam conforme o escopo do conhecimento dos vetores causadores, da própria doença e das possibilidades de ação conforme o nível de desenvolvimento das forças produtivas.

A medicina moderna estabeleceu ao longo dos últimos séculos protocolos e procedimentos que os Estados incorporam como medidas médico-sanitárias para a saúde pública e como aparato jurídico-político. Em paralelo o Estado-nação estabeleceu-se sobre a ideia das liberdades individuais e sobre os direitos e deveres da cidadania.

Na sociedade contemporânea, os Estados são atores importantes no jogo do capitalismo de vigilância, habilitados a desfrutarem do que a estrutura da sociedade em rede disponibiliza em termos de possibilidades de controlar o avanço da Covid-19 nas populações. Nesse sentido, afirmou o filósofo sul coreano Byung Chul Han (março 2020, s/p): “Pode-se dizer que as epidemias na Ásia não são combatidas apenas por virologistas e epidemiologistas, mas sobretudo por cientistas da computação e especialistas em big data. Uma mudança de paradigma sobre a qual a Europa ainda não aprendeu”.

4 INTERESSES COLETIVO, LIBERDADE INDIVIDUAL E POLÍTICA DELIBERATIVA

A pandemia de Covid-19 atualiza a discussão entre comunitarismo e liberalismo político. Indaga-se se o interesse coletivo autoriza o Estado a invadir

a privacidade dos indivíduos. Propõe-se usar a ideia de uma democracia deliberativa de Jürgen Habermas, que busca conciliar o republicanismo com a liberdade política individual.

Pode-se observar que na sociedade de controle há uma simbiose entre individual e coletivo, quer dizer, a tecnologia de controle coleta dados pessoais e quase instantaneamente o individual desaparece para se tornar parte integrante de um coletivo e nesse contexto, a relação entre público e privado, empresas e governo determina ou se torna parte determinante no modo de se fazer política, influenciando diretamente no modo de governar.

A internet confirmou, através das redes sociais, a idealização quase irrestrita da liberdade individual e, mesmo que haja ciência de que essa liberdade tem como preço a coleta de todos os dados pessoais possíveis, se estabelece como válida a relação: de um lado, a sensação de “liberdade” e, do outro, o capitalismo de vigilância se nutre o Estado em volume de informações inédito.

Contudo, a internet, via redes sociais, não só atende aos anseios do pensamento liberal como dá espaço para o pensamento comunitarista, evidenciando as comunidades que se formaram e fortaleceram a partir dessas redes. A pandemia mundial de Covid-19 faz retornar às discussões entre liberais e comunitaristas sobre as medidas para contenção e controle..

A controvérsia entre liberais e comunitaristas está na pergunta: uma concepção do bom ou do bem comum pode conduzir a uma restrição de direitos fundamentais? Os comunitaristas acreditam que a resposta é clara: sim, o bem comum sempre prevalecerá; os liberais vão dizer não, direitos e liberdades fundamentais não podem ser sacrificadas em nome de uma concepção do bom ou do bem. Assim, há primazia dos direitos fundamentais sobre uma concepção comunitária do bem (WEBER:2013).

Neste tempo da pandemia de Covid-19, em que nível interesses individuais precisam ser suprimidos, qual é o limite dessas restrições? Bruno Latour destaca que a pandemia de coronavírus trouxe a importante e espantosa lição de que se pode e deve repensar o estado das coisas e que é possível sim, mudar quando os argumentos e estudos científicos nos apontam outros caminhos. “De fato, ficou provado que é possível, em questão de semanas, suspender, em todo o mundo e ao mesmo tempo, um sistema econômico que até agora nos diziam ser impossível desacelerar ou redirecionar.” (LATOURE.2020)

A pandemia constrange a sociedade a repensar suas posições quanto às políticas públicas, o Estado, a sociedade e suas formas de ação no mundo. Na sociedade contemporânea a tecnologia está nas mãos de grandes corporações multinacionais. Todo tem um aparelho de celular, por exemplo, e com isso, elas detêm o domínio silencioso da população mundial global.

Latour aponta para a situação atual de suspensão do sistema econômico que não está mais funcionando a contento. Por outro lado, tão invisível quanto o vírus, está a possibilidade real de vigilância e controle dos indivíduos na sociedade, através da tecnologia, sob o abrigo do interesse coletivo e do bem-estar social.

A discussão crítica sobre o uso amplo e irrestrito da tecnologia, como forma de vigilância epidemiológica, sob o argumento de oferecer segurança e bem-estar social pode parecer um tanto óbvia e frívola mas não se encerra, no pensamento liberal e tão pouco no ideal comunitaristas. Assim, busca-se argumentação na proposta da democracia deliberativa de Jürgen Habermas (1997).

As democracias liberais ocidentais têm encontrado dificuldades em relação à execução das medidas eficazes de controle da pandemia. Rawls (2000) acredita que a sociedade bem ordenada é mais do que estar organizada para oferecer o bem-estar aos indivíduos, ou regulada por uma concepção de justiça. A sociedade ordenada é aquela em que todos têm a consciência de que há interesses próprios, pessoais, com a vigilância de uns sobre os outros. Surge a partir daí uma concepção pública de justiça, tornando assim a associação segura.

Ora, se tal prática se realizasse as sociedades liberais estariam mais próximas do controle do vírus, uma vez que cada um protegendo seus próprios interesses manteria o todo sob a vigilância. Contudo, Rawls reconhece que “uma sociedade é um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito de interesse.” (RAWLS.2000, p.4).

O modelo liberal de Estado mínimo não se mostrou adequado nesta pandemia. Frente a novas crises sanitárias, a intervenção estatal será insuficiente e a população seguirá sofrendo o seu impacto. Assim, sociedades cada vez mais indefesas frente a crises terão maior vontade de proteger os seus direitos individuais.

Por outro lado, Walzer (2003) considera que deve se priorizar a comunidade, visto que “os indivíduos estão divididos tanto no âmbito do privado – ou

do interno – quanto do público” (CITTADINO. 2000, p. 88). Nesta visão o indivíduo é uma construção cultural, parte divisível de outras partes e essa multiplicidade fortalece a sociedade como um todo. Sob este ponto de vista o ideal comunitarista leva vantagem frente ao liberalismo. Entre outras questões é a organização da sociedade "onde o conjunto de bens predomina e determina o valor em todas as esferas da distribuição” (WALZER.2003. p.11).

A agregação se torna mais forte em momentos de exceção, como é na pandemia de COVID-19. Na ótica comunitarista a vigilância por meio das tecnologias digitais, como celulares, se torna mais factível. Todavia não se pode descurar da ação do Estado sob pena dos bens serem capturados.

Habermas (1997) falando sobre os modelos de Democracia aponta o calcanhar de Aquiles das concepções liberal e comunitarista. Ele apresenta a proposta de política deliberativa como caminho para preservar a dignidade humana e os direitos individuais, sem que isso afete a proteção e o bem-estar social nas esferas públicas.

Habermas parte de uma metodologia reconstrutivista, em que pretende reconstruir a dimensão moral a partir do agir comunicativo. É através da linguagem que se estabelece a prática argumentativa, sendo um terceiro modelo de democracia “que se apóia precisamente nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda a sua amplitude”. (HABERMAS.1995, p. 4)

A democracia deliberativa de Habermas enfatiza a teoria discursiva como modo para os cidadãos se entenderem. Através do procedimento de argumentação, com a participação do cidadão e das coletividades nas políticas públicas, é possível uma solução para as controvérsias entre liberais e comunitaristas. É um “caminho do meio”, onde através da argumentação e das deliberações, grupos, indivíduos e comunidades estabelecem novas relações entre sociedade e Estado.

A pandemia de COVID-19 e os desafios que ela traz instigam a buscar novos rumos para proteção do coletivo e ao mesmo tempo resguardar o direito à dignidade humana e dos direitos individuais.

A pandemia está muito presente na realidade brasileira, com mais de 20 milhões de casos de Covid-19 e com mais de 600 mil mortos. Ao mesmo tempo, temos que repensar nossa história recente de tensões entre saúde e economia,

com intensa difusão de informações fraudulentas e com a omissão do governo federal na coordenação das ações do sistema único de saúde (SUS).

Este cenário abre espaço profícuo para a construção de acordos sociais. É a possibilidade de um novo modo de vida, de um modelo político, econômico e social em que a tecnologia não pode ser afastada ou ignorada, mas ponderada em função das suas possibilidades do uso da tecnologia.

Entre as possibilidades de uso está a vigilância epidemiológica e o controle de doenças, sob o argumento de promoção de bem-estar social em situações excepcionais como numa emergência sanitária global contra uma pandemia. Afinal, as tecnologias digitais podem oferecer instrumentos para controle, prevenção e tratamento de doenças.

Contudo, essas possibilidades abrem caminhos para um Estado totalitário, visto que podem nos colocar em armadilhas. Afinal, as tecnologias fazem parte do dia a dia dos indivíduos sem que, muitas vezes, se deem conta. O discurso deliberativo pode ampliar a racionalidade e ponderar finalidades, usos, freios e contrapesos das tecnologias para controle e vigilância do Covid-19.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades modernas têm entre as suas características a racionalização das relações das pessoas consigo, com os outros e com as coisas. A mediação pelo conhecimento destas relações está imbricada com as relações econômicas e as relações de poder. São muitos os autores que destacam a racionalização nas análises da sociedade, entre eles Max Weber e os autores da primeira geração da Escola de Frankfurt.

As tecnologias fazem parte da organização social, especialmente da produção e da reprodução. O seu desenvolvimento está entre os elementos que caracterizam os diferentes modos de produção. Na sociedade industrial a técnica está orientada para a produção eficiente em ciclos repetitivos. Na sociedade contemporânea as tecnologias digitais e a Internet estruturam relações em rede, e possibilitam a interação e a comunicação instantâneas.

A organização social e as suas mudanças são estimuladas pelas contingências do mundo da vida. As características do capitalismo atual, com instru-

mentos de vigilância como elementos formadores das estruturas de controle social, se mostram dinâmicos. A emergência sanitária global contra a Covid-19 mostra as possibilidades e os limites destas dinâmicas.

A emergência da Covid-19 renova conflitos políticos em torno do modo de produção e da organização da sociedade. Uma destas questões é a controvérsia política entre interesses comunitaristas (ou republicanos) e as liberdades individuais. São muitos os exemplos deste conflito. Neste artigo buscamos focar na discussão sobre o uso das tecnologias digitais na vigilância epidemiológica.

A ameaça da morte pelo Covid-19 gera demandas sociais por meios de controle, prevenção e tratamento da doença. A situação de insegurança por medo do coronavírus acontece em uma sociedade de controle, no capitalismo de vigilância. É nesta sociedade que se discute e decidem as políticas e estratégias do sistema único de saúde.

Os exemplos de controvérsias sobre controle da pandemia e vigilância epidemiológica são muitos. Elas começam nas medidas de controle da epidemia, onde se contrapõe isolamento e distanciamento social com manutenção das atividades produtivas. É neste cenário que acontecem os usos de tecnologias digitais para controle da pandemia, tais como o rastreamento de casos e o reconhecimento de pessoas.

Acreditamos que a proposição de Habermas de política deliberativa pode ser o modo democrático de resolução dessa complexa equação entre interesses comunitários e liberdades individuais. A discussão sobre os usos das tecnologias digitais no controle da pandemia pode ampliar a racionalidade para além do meramente instrumental.

A reconstrução racional das ações de controle, prevenção e tratamento da Covid-19, que se tornaram controversas no curso da pandemia, passam por crítica e discurso na esfera pública. Essas implicam na exposição dos pontos de vista e em processo de argumentação, que potencialmente incluem todos os interessados e a perspectiva daqueles usualmente excluídos. É assim que as sociedades podem equacionar seus problemas em democracias pluralistas.

REFERÊNCIAS

BBC. 2020. “Coronavírus: Uber blocks drivers who picked up coronavirus man”, disponível na URL <https://www.bbc.com/news/technology-51358042>

- CASTELLS, M. (2005) *A sociedade em rede*. São Paulo, Brasil: Paz e Terra.
- CITTADINO, G. (2000) *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Brasil: Lumens Júris.
- CONSTANTIOU, Ioanna, KALLINIKOS, Jannis. (2015) New games, new rules: Big Data and the changing context of strategy. *Journal of Information of Technology*, 30(1), p. 44-57. DOI:10.1057/jit.2014.17
- DELEUZE, G. (2009) “Post-scripitum” sobre a sociedade de controle. In: _____. *Conversações*. São Paulo: Editora 34.
- DOFFMAN, Zak. (2020) Coronavirus Spy Drones Hit Europe: This is how they’re now used. *Forber*. Recuperado de <https://www.forbes.com/sites/zak-doffman/2020/03/16/coronavirus-spy-drones-hit-europe-police-surveillance-enforces-new-covid-19-lockdowns/#3d9d83f77471>
- GALLOWAY, Alexander. (2004) *Protocol: how control exists after decentralization*. Cambridge. MIT Press.
- HABERMAS, Jürgen. (1997) *Os três Modelos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. pp 48/63, 154/168 e 230/240 (volume I) e pp.221/247 (volume 2)
- HAN, Byung-Chul. (mar. 2020) O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã. *El País*. Recuperado de <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html?rel=listapoyo>
- HAN, Byung-Chul (ou7. 2020) Por que a Ásia está melhor que a Europa na pandemia? O segredo está no civismo. *El País*. Recuperado de <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-10-30/por-que-a-asia-esta-melhor-que-a-europana-pandemia-o-segredo-esta-no-civismo.html?rel=listapoyo>
- KIM, Max S. (2020) South Korea is watching quarantined citizens with a smartphone app. *MT Technology Review*. Recuperado de <https://www.technologyreview.com/2020/03/06/905459/coronavirus-south-korea-smartphone-app-quarantine/>
- LATOURE, Bruno. (2020) *Imaginar gestos que barrem o retorno da produção pré-crise*. Recuperado de http://www.bruno-latour.fr/sites/default/files/downloads/P-202-AOC-03-20-PORTUGAIS_2.pdf
- LATOURE, Bruno. (2020) Este é um ensaio geral? Recuperado de <https://critiq.wordpress.com/2020/03/26/is-this-a-dress-rehearsal/>.
- LIMA, Clóvis R. M.; SÁNCHEZ- TARRAGÓ, Nancy; MORAES, Danielle ; GRINGS, Luciana; MAIA, Mariangela R. (2020) *Emergência de saúde pública*

global por pandemia de Covid-19. Revista Folha de Rostto, v. 6, p. 5-21. Recuperado de <https://periodicos.ufca.edu.br/ojs/index.php/folhaderosto/article/view/490>

LIMA, Clóvis R. M.; MORAES, Danielle. (2021) Atenção básica e tratamento precoce contra a Covid-19: entre o charlatanismo enganado e as evidências científicas e boas práticas terapêuticas. Asklepion: Informação em Saúde, v. 1, p. 50-63. Recuperado de <https://revistaasklepion.emnuvens.com.br/asklepion/article/view/6>

OLHAR DIGITAL (online). (2020) EUA ganha o primeiro APP com sistema de rastreamento da Apple e Google. Recuperado de <https://olhardigital.com.br/2020/08/06/coronavirus/eua-ganham-primeiro-app-com-sistema-de-rastreamento-da-apple-e-google/>.

PROUHET, Frank; ROUSSET, Pierre. (2021) How to fight the pandemic? Notes on experiences in Asia and Europa. International Viewpoint. IV553. Recuperado de <https://internationalviewpoint.org/spip.php?article7040>

RAWLS, John. (2020) Uma teoria da justiça. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.

REUTERS. (2020) Israel orders citizens to stay home in partial lockdown. Recuperado de <https://news.trust.org/item/20200319202022-jesd6>

_____. (2020) First coronavirus death reported in Russia, which plans to quarantine all new arrivals. Recuperado de <https://news.trust.org/item/20200319132732-2c3av>

SCHREIBER, Mariana. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco a sua privacidade? BBC News Brasil. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>

VIANA, Ana Cristina Aguilar. (2020) Vigilância Digital em tempos de pandemia: Crise do coronavírus tem mostrado situações sensíveis sobre a limitação de direitos de liberdades individuais. JOTA. Recuperado de <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vigilancia-digital-em-tempos-de-pandemia-04062020>

WALZER, Michael. (2003) Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.

WEBER, Thadeu. (2013) Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis, Brasil: Vozes.

WILKE, Valéria. (2020) Pós-verdade, Fake News e outras drogas - vivendo em tempos de informação tóxica. LOGEION: Filosofia da informação, Rio de Janeiro, v. 7 (n. 1), p. 8-27, sRecuperado de <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/5427>

ZIZEK, Slavoj. (2020) Um golpe como “Kill Bill” no capitalismo. In: DAVIS, Mike. O Coronavírus e a luta de classes. Terra sem Amos: Brasil.

ZUBOFF, Shoshana. (2018) Big Other, capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda et alli. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo, Brasil: Boitempo.

ZUBOFF, Shoshana. (2020) A era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca.

CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA: o espaço cinzento entre a normalidade e a exceção

Amanda Mendes Gimenes

Mestranda, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Londrina, Brasil
amandam_gimenes@hotmail.com

André Guimarães Borges Brandão

Mestre, Universidade Rural do Rio de Janeiro, Brasil
andreborgesbrandao@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A observação do espaço político brasileiro tem revelado que o país passa por uma crise democrática. Diante de um cenário de incertezas, inclusive da constante possibilidade de um golpe de Estado, não se pode dizer, todavia, que o país tenha deixado de ser um regime democrático, embora se identifique cotidianamente elementos que apontam para a expansão de espaços autocráticos.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo investigar a crise democrática brasileira a partir da perspectiva da redução dos espaços democráticos e normalização da exceção.

Para tanto, é construído um caminho factual que parte da criminalização da política, passa pela identificação do neoliberalismo e do conservadorismo como essenciais para a instalação e manutenção da crise e finalmente traça alguns parâmetros exemplificativos de atuação antidemocrática do atual governo executivo federal, que servem para tensionar a esfera da política e da legalidade, desestabilizando o regime democrático e permitindo a expansão do autoritarismo diante da criminalização do ato de se fazer política, essencial para a construção da democracia, normalizando-se, assim, a exceção.

Cabe ainda esclarecer que esta pesquisa foi desenvolvida conforme metodologia hipotético dedutiva, utilizando o método de levantamento bibliográfico e documental em livros, teses, revistas especializadas nacionais e estrangeiras e jornais, bem como de consulta a decisões processuais e à legislação.

2. CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A ideia básica fundamental do termo “criminalizar” consiste em transformar algo em crime. Contudo, quando se pensa em criminalização da política

não se trata da tipificação que tem em vista a inserção de um novo dispositivo ao Código Penal Brasileiro, mas de tratar um elemento normal à vida em sociedade com o estigma da criminalidade, atribuindo a uma conduta lícita as marcas da ilicitude e o conseqüente repúdio social. O estigma que antes acompanhava o delinquente e suas relações passa a incorporar ações, movimentos, escolhas, caminhos, os quais, na maioria das vezes, sequer passam por uma história criminal.

É certo que no Brasil o fenômeno da macrocriminalidade político-econômica (CERVINI, 2011) não é recente. Ao contrário, o que se entende popularmente como corrupção - mas que na verdade envolve uma ampla gama de diversos tipos penais, entre eles peculato, crimes tributários, corrupção ativa e passiva, concussão e prevaricação, além dos relacionados à associação dos sujeitos para a prática de delitos - há muito se trata de uma prática associada à esfera da administração pública e dos sujeitos políticos. É uma prática que tem a ver com o tratamento privado da coisa pública, sendo portanto a república e a democracia seus principais alvos.

Contudo, é preciso cuidado ao analisar, pois, em verdade, o que se verifica na história recente do país é a atuação das próprias instituições que compõem o Estado, mais especificamente de sujeitos que compõem a organização do Estado, no sentido de promover uma efetiva criminalização de sujeitos políticos e da própria política. Sendo a política entendida como jogo de interesses e o cenário consagrado como terra arrasada, o Direito Penal passa a ser utilizado como ferramenta para a moralização da política.

Desta forma, é certo que essa atuação resulta em uma descrença do desenvolvimento da atividade política como um todo e, ao invés de se individualizar as condutas criminais que podem permear a esfera do político, o que se tem verificado é uma imputação genérica da prática de crimes aos sujeitos ou movimentos envolvidos com a prática da atividade política. A partir daí, o estigma da criminalidade e os sentimentos por ela desencadeados, como a aversão, a ojeriza, o desejo por uma vingança social ou coletiva, passam a se associar à prática política.

O grande problema causado por esse viés de criminalização da política é a confusão de compreensão quanto ao seu sentido e seu lugar, haja vista ainda se tratar de elemento fundamental para a convivência humana em sociedade. Os cidadãos deixam de compreender o papel da política em suas vidas. Mas, além disso, quando se pensa em sociedades complexas marcadas pelo pluralismo de visões de mundo, é impossível ter em vista o desenvolvimento em sociedades democráticas sem que o exercício da política seja valorado por todos, sem que

resulte em um amplo e irrestrito movimento de aproximação do povo com as discussões e decisões políticas, a fim de que não só se dê justificativa para o ordenamento jurídico, mas seja possível articular a legitimidade de um Estado Democrático de Direito.

Na medida em que existe um vácuo de poder criado pela criminalização da política, esse vácuo certamente será preenchido. Se os cidadãos não se interessam pela política e dispensam a possibilidade de atuar para construir seu próprio ordenamento jurídico e para contribuir com a administração do Estado, então grupos ou sujeitos assumirão essas funções. Quanto maior o distanciamento dos indivíduos da política, maior o poder entregue àqueles que se dispõem a atuar politicamente, inclusive quanto a decisões que acabarão influenciando diretamente a vida de todos.

Se o poder soberano do Estado não é exercido conforme os anseios dos sujeitos que o formam, em um regime democrático, enquanto participantes da formação da opinião e da vontade, que só pode se desenvolver através da atuação política dos cidadãos, seja de forma direta ou indireta, então esse poder será exercido por outros interesses, deteriorando completamente a ideia de democracia.

2.1. Da judicialização à criminalização da política pós Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada em um cenário de desconfiança em razão do período político que o país atravessava, período de transição de um modelo autoritário para um modelo democrático (STRECK, 2019). Assim, todos os grupos que atuavam na elaboração do novo texto constitucional se preocupavam em fazer constar expressamente suas pautas, a fim de evitar que um eventual novo governo não as respeitasse.

Considerando que o país saía de uma ditadura militar que por anos havia silenciado a população, os grupos que compuseram a Assembleia Constituinte eram variados e, muitas das vezes, antagônicos, de forma que além de ser conhecida como uma Constituição Cidadã, também foi chamada de “Constituição sem vencedores” (RODRIGUEZ, 2019), na medida em que esses interesses diversos foram inseridos no texto, muitas vezes se determinando a posterior regulamentação, fosse pelo próprio Poder Legislativo, fosse através de ações do Poder Executivo, para que então passassem a ter efetividade, dada a impossibilidade do consenso na elaboração do texto.

Isso posto, após o início da vigência da Constituição o que se verificou foi, por muitas vezes, a ausência dessa regulamentação ou de ações que seriam necessárias para dar efetividade ao texto constitucional, o que passou a levar esses grupos a acionarem o Poder Judiciário a fim de garantir a concretização do disposto na Carta Magna.

Esse movimento não se dá de forma isolada, mas em uma conjuntura de ascensão do ativismo judicial em outras partes do mundo. O ativismo, por sua vez, é um movimento que se destacou entre os juristas norte-americanos, sendo importado pelos constitucionalistas brasileiros, todavia, sem a devida observância quanto às diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos, especialmente quanto às divergências entre a rigidez constitucional brasileira (SILVA, 2013) e o modelo consuetudinário norte-americano. Assim, o que se verificou no Brasil não foi apenas a adoção do ativismo judicial, mas uma espécie de superativismo, em que os julgadores deixaram de ser intérpretes criativos da lei, ou de interpretar os ditames infraconstitucionais de acordo com a nova norma constitucional, para realizar uma interpretação além do texto legal e até mesmo contrária à própria Constituição Federal (STRECK, 2013).

Considerando a somatória desses dois fatores, entre o constante acionamento do Poder Judiciário para resolver questões que não haviam sido completamente delimitadas pelo próprio texto constitucional e crença de que os julgadores estariam atuando dentro dos limites de sua competência ao decidirem para além da própria previsão legal, criou-se um cenário de constante judicialização de matérias que deveriam ser solucionadas, em verdade, no campo político, através do diálogo e da atuação daqueles sujeitos devidamente eleitos pelos cidadãos.

O fenômeno da judicialização da política consiste nesse deslocamento de decisões que deveriam ser tomadas por integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, para os magistrados do Poder Judiciário, um fato que acaba refletindo, inclusive, na separação dos poderes da República e nos freios e contrapesos que deveriam existir para o controle do poder exercido por cada um deles (DALLARI, 2011).

A judicialização da política, todavia, caminha para um outro rumo quando as decisões passam para a esfera penal. O que se observa é que diante da ideia de que a desonestidade teria se enraizado na política brasileira, e frise-se o uso do termo desonestidade, que não constitui nenhum tipo penal, o Poder Ju-

diciário despontou como o único Poder da República que estaria realmente atuando em favor da população, sendo conclamado a moralizar então a esfera política, através da via penal.

É nesse ponto que diversos magistrados, com destaque para o Supremo Tribunal Federal a partir da Ação Penal 470, instaurada para apurar um esquema criminoso nominado como “Mensalão”, dispuseram-se a agir no combate à criminalidade político-econômica, abandonando seu posto reativo e a equidistância das partes e das causas, na medida em que a decisão judicial deve partir da imparcialidade do julgador, para assumir um papel ativo, julgando e sancionando a classe política a partir de decisões que foram além da técnica legal, mas que se inseriram em uma lógica emergencial (FERRAJOLI, 2006) e espetacularizada do processo penal, para que respostas rápidas e contundentes pudessem ser dadas diante do anseio da população pela punição dos agentes políticos que, supostamente, estariam praticando uma série de condutas criminosas.

A partir desse ponto se verifica a transição da judicialização para a criminalização da política com todas as conseqüências já apontadas para o ato de criminalizar. De se analisar, assim, como essa criminalização da política se opera no período recente da história do país, pensando nesse fenômeno a partir do julgamento do chamado “Mensalão”.

2.2. Criminalização da política na história recente e *Lawfare State*

A Ação Penal 470, que tramita ainda perante o Supremo Tribunal Federal, atualmente tratando apenas da execução das sanções penais impostas, é trazida como elemento relevante para a análise do referido fenômeno de criminalização da política na medida em que a partir dela os Ministros da Corte passaram a conhecidos por toda a população, bem como se dedicaram a esse novo papel que, por um lado lhes foi cobrado pela campanha midiática feita em torno do processo penal que se desenrolava, e por outro foi assumido pelos próprios julgadores, que passaram a atuar com a finalidade de oferecer uma resposta não apenas processual, mas uma resposta moralizadora para a esfera política a fim de corresponder às expectativas sociais.

É certo que não se pode saltar da Ação Penal 470 para a crise democrática atual, mas é possível dizer que a partir do referido processo iniciado em 2007, houve uma alteração de paradigmas em relação a como a Corte era vista e cobrada por parte da sociedade e da mídia. A atenção dada às decisões do Supremo

Tribunal Federal hoje é resultado de um caminho que foi trilhado desde a década de 2000, no qual a Corte permitiu a espetacularização do processo que nela tramitava e se comprometeu com a sociedade a atuar pela moralização da política brasileira.

As sessões de julgamento tiveram início em 2012, perduraram por meses e o acórdão da sentença de mérito do feito foi proferida apenas em 2013. Quando se verifica a cronologia desse processo, percebe-se facilmente que quando o processo penal que julgou os crimes relacionados ao “Mensalão” chegava ao fim, nos meses seguintes, após o julgamento de diversos recursos, já se iniciava, em 2014, a divulgação de notícias relacionadas à Operação Lava-Jato. Assim, embora a primeira vista pareça que os dois eventos não se conectam, a verdade é que, ao contrário, são muito próximos, sendo preciso ressaltar que quando notícias sobre uma operação policial são divulgadas, especialmente uma operação da dimensão da Lava-Jato, quer dizer que os atos de investigação tiveram início muito antes.

Como se sabe, a referida Operação teve início em uma Vara Criminal da Justiça Federal em Curitiba, capital do estado do Paraná no Sul do Brasil, tramitando assim perante a primeira instância federal em uma cidade bastante distante de Brasília, a capital política do país. Todavia, foram os processos decorrentes dessa Operação que revelaram a relação entre a criminalização da política no país e o que tem sido chamado de Lawfare State (GLOPPEN, 2018).

Se entre 2014 e 2018 houve alguma dúvida de que o Direito e o Processo Penal estavam sendo usados como instrumentos para uma finalidade política alheia ao próprio Estado Democrático de Direito, essas dúvidas foram sendo dissipadas com o tempo. Todavia, retomando à época de trâmite das ações penais, em relação ao então juiz Sérgio Moro, juiz da Vara Criminal da Justiça Federal em Curitiba, restou claro que sua atuação não se atinha apenas a aspectos técnicos e jurídicos quando, em março de 2016, após decidir pela quebra de sigilo telefônico do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, divulgou um diálogo gravado de forma ilegal, quando a autorização para a interceptação telefônica já não tinha mais validade, em que o então apenas investigado conversava com a Presidente da República em exercício, Dilma Rousseff.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, em 2016 a Corte altera entendimento adotado desde 2009, para, em contrariedade ao texto constitucional, admitir o início do cumprimento da pena após decisão proferida em segunda instância. Tal decisão recebeu toda a atenção dos meios de comunicação e da sociedade, pois havia uma enorme pressão sobre a Corte para decidir de forma a

combater a impunidade em relação aos réus da Operação Lava-Jato, permitindo que fossem presos e dessem início ao cumprimento de suas penas o quanto antes. As decisões da Corte foram nitidamente influenciadas pelo clamor público e pela repercussão que trariam na esfera da política no país, inclusive em relação à eleição que ocorreria no ano de 2018.

O que se tem chamado de Lawfare State concerne à noção do uso do Direito como um mecanismo de guerra contra um inimigo (SERRANO; MEGANE, 2019). No caso da criminalização da política que tem ocorrido no Brasil, verifica-se que gradualmente o Direito passou a ser usado exatamente como um instrumento para afastar da esfera política determinados grupos, a perspectiva da exceção tornou-se regra e o vácuo de poder criado através desse instrumento possibilitou a ascensão mais explícita ao governo do país dos grupos neoliberais e conservadores, aos quais o texto da parte cidadã da Constituição nunca interessou, como se expõe adiante.

3. CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA: ENTRE O NEOLIBERALISMO E O CONSERVADORISMO

Em anos recentes, não apenas o Brasil, mas diversos países do mundo nitidamente tiveram seus regimes democráticos enfraquecidos. Esse processo não se deu através de rompimentos abruptos, mas por meio de eleições, nas quais saíram vitoriosos candidatos populistas de uma direita mais radical.

É difícil falar em movimentos políticos de direita ou de esquerda, vez que muitas vezes as diferenças ou limites em relação a esses movimentos políticos não é muito bem delimitada, mas o que se destaca é que os novos governantes tinham um elemento comum em seus discursos, a exaltação do conservadorismo, apresentando, por exemplo, falas misóginas, de preconceito ou negação em relação à população LGBTQIAP+, anti-imigração e xenofóbicas, entre outras.

Como exemplos de países com governantes, sejam presidentes ou primeiro-ministros, que adotaram tal perfil e se revelam pouco afeitos ao regime verdadeiramente democráticos, tem-se Hungria, Turquia, Índia, Estados Unidos da América do Norte, Polônia e, claro, o Brasil.

Especificamente em relação ao Brasil, a crise democrática revela duas faces. Além do conservadorismo, desde o impeachment da presidenta Dilma Rousseff, se nota que ideais neoliberais se mantiveram como foco de efetivação na

perspectiva econômica. Aqui, neoliberalismo e conservadorismo se alinharam, embora a princípio pareçam perspectivas opostas (BROWN, 2019).

As demandas neoliberais e conservadoras se complementaram de forma simbiótica e a ascensão do atual presidente da república revelou isso, embora desde o governo do vice-presidente Michel Temer, que assumiu a presidência após o impedimento, seja possível verificar que se firmaram essas ideias, especialmente os neoliberais, que, embora tendo seus interesses atendidos desde sempre, ainda encontravam alguns obstáculos a serem vencidos, especialmente a implementação de reformas precarizadoras da condição de vida dos mais vulneráveis através de maior corte de gastos com mecanismos de redistribuição de renda e seguridade social.

De se investigar, então, de forma mais detida, o papel do neoliberalismo e do conservadorismo na atual crise democrática brasileira e como eles se complementam no discurso do atual governante, eleito conforme o vácuo de poder aberto pelo uso do Lawfare State, exposto no tópico anterior.

3.1. A necessidade das crises para o neoliberalismo

Conforme Dardot e Laval (2016), o neoliberalismo surge como uma das alternativas possíveis à crise do próprio liberalismo que, segundo os autores, já dava sinais de problemas desde o final do século XIX, mas que se divide definitivamente em duas novas propostas em meados do século XX, trazendo uma vertente neoliberal e outra a princípio denominada como novo liberalismo, mas que resulta, em determinado momento, no que se chamou Estado de Bem-Estar Social, ou, Welfare State.

Ainda de acordo com os autores, já era possível identificar ideias neoliberais nos escritos do jornalista americano Walter Lippmann, conhecido como um dos fundadores do neoliberalismo, antes de 1938 (DARDOT; LAVAL, 2019). Todavia, conforme Anderson (2005), o surgimento do neoliberalismo pode ser datado de 1944, próximo do fim da Segunda Guerra Mundial, quando Friederich Von Hayek escreve a obra “O caminho da servidão”.

Conforme Peixoto (2020), o neoliberalismo chegou ao Brasil em 1989, com a eleição para a presidência de Fernando Collor de Melo, logo após a elaboração da Constituição de 1988, que, ao contrário, apresentava uma perspectiva completamente pautada não no neoliberalismo, mas na garantia de direitos sociais.

Assim, de plano se verifica, historicamente, que o projeto neoliberal no Brasil sempre se viu atravancado pela Constituição, o que não impediu, todavia, que durante os governos que se seguiram ao de Collor, todo o possível fosse feito para se aproximar de um modelo mais neoliberal, que prestasse satisfação ao mercado, que promovesse uma diminuição dos investimentos públicos em programas sociais e na oferta de serviços básicos para a população, promovendo-se, cada vez mais, a perspectiva das privatizações, das parcerias público privadas e as tentativas constantes de promoção de toda sorte de reformas na contramão da justiça social.

A política neoliberal, todavia, não se perdeu e, ao contrário, ganhou força exatamente nos últimos anos, quando, a partir de uma atuação desenfreada do Poder Judiciário no combate à corrupção, a política passou a ser não apenas judicializada, mas criminalizada.

Ocorre que, a crise democrática brasileira percebe-se realmente crescente quando, em 2018, após a utilização massiva das redes sociais como elemento de campanha, amparado na nomeação de um super-ministro da economia sabidamente neoliberal, comparado constantemente aos Chicago-Boys que atuaram no planejamento econômico chileno na época do ditador Augusto Pinochet, elegeu-se o presidente Jair Bolsonaro.

Embora este governo não tenha cumprido com todas as promessas de reformas que fez ao mercado, na tentativa de manter minimamente seus índices de popularidade, o que se verifica é a predominância da perspectiva neoliberal, não apenas na economia, com o referido ministro, mas através, também, da contínua criação de crises políticas, seja através da crise entre os Poderes da República, seja através do uso das redes sociais para proliferar desinformação e desgastar a população, o certo é que todas as crises formadas tem por base a disseminação de discursos de ódio que se erigem a partir do descontentamento dos sujeitos com suas próprias condições de vida.

Nesse ponto, de se observar que o neoliberalismo se alimenta de crises (BROWN, 2019). O modelo neoliberal ascendeu a partir da crise econômica de 2008, sendo que toda a responsabilidade pelos resultados da crise econômica passou a ser depositada sobre os Estados, mais especificamente, sobre a política dos Estados de Bem-Estar Social. Na verdade, para lidar com a crise econômica, ao invés de se optar novamente pela intervenção estatal na economia a fim de efetivar direitos básicos dos cidadãos, tomou conta do cenário a perspectiva neoliberal.

A partir daí, o que ocorreu em diversos países foi o corte de gastos estatais com políticas públicas de bem-estar social e o desencadeamento da promoção de diversas reformas políticas com o único objetivo de reduzir os gastos estatais para, assim, recuperar a economia. Essas reformas incluem reformas trabalhistas, na seguridade social e tributárias.

Ocorre que todas essas reformas acabam resultando em mais dificuldades para as populações não ricas, são as classes média e baixa que sofrem os impactos dessas crises econômicas e políticas e se veem então desamparadas pelos governantes, os quais já não atuam em favor de concretizar políticas que beneficiem as massas que os elegeram, mas sim em favor do sistema econômico dominante que passa a reger a política.

Essa carga prática de redução da qualidade de vida, somada à crise de representatividade de um sistema autorreferenciado, tendo como combustível a perspectiva egoística e narcísica das redes (HAN, 2018), além da desinformação programada para utilizar as pessoas como massa de manobra, forma o melhor ambiente possível para a ascensão de regimes totalitários, para a propagação de discursos de ódio de toda a espécie, criando-se a perspectiva de exceção, inimizade e de guerra (SCHMITT, 2015).

Basta, assim, que um determinado sujeito, ou determinado grupo, olhe pra a realidade tal como ela é e aponte para um inimigo comum, o que é bastante fácil em uma sociedade de perspectiva multicultural como a que se vive hoje (HANSEN; HANSEN JÚNIOR, 2017). Nesse viés, o conservadorismo se apresenta como um aliado interessante ao neoliberalismo, entre outros pontos, por que apresenta à sociedade um foco de descontentamento, grupos a serem responsabilizados e cortinas de fumaça de crise política, capazes de criar a ilusão necessária para que os cidadãos não possam compreender que a precarização de sua existência possui outra fonte.

Assim, dois pensamentos em tese antagônicos na verdade se revelam aliados. É que o neoliberalismo se vale das crises políticas criadas pelo conservadorismo, ambos desejando a presença de um Estado forte, vez que, ao contrário do liberalismo tradicional, o neoliberalismo demanda a existência de um Estado forte, capaz de controlar qualquer tipo de revolta ou discordância quanto à sua realização econômica. É preciso compreender que o neoliberalismo não é apenas um modelo econômico, mas uma combinação de pensamentos político-econômicos que dominam o agir estatal.

A partir dessa visão, é necessário partir para a análise de como o atual governo - ancorado nos grupos neoliberais e conservadores, que contribuíram diretamente para a criminalização da política ocorrida nos últimos anos, valendo-se do Direito como um instrumento para derrotar seus inimigos e tomar o poder -, atua contribuindo para redução da própria esfera pública de discussão, tão cara à democracia.

4. EXPANSÃO DOS ESPAÇOS AUTORITÁRIOS

O termo “crise democrática” não é unívoco, ao contrário, trata-se de um desses termos que, uma vez popularizados, passam a ser usados de forma indiscriminada, inclusive por aqueles próprios atores que trabalham para aprofundar a crise, ao se referirem àqueles que estão a enfrentá-la, corrompendo seu verdadeiro sentido e exercendo mais uma forma de dominação (MARCUSE, 2015).

Assim, é preciso primeiro expor qual sentido está sendo atribuído à expressão crise democrática. O regime político brasileiro, consistente num modelo de democracia liberal representativa está em crise. Existe uma séria crise de representatividade dos cidadãos, os quais já não se veem mais contemplados pelas ações dos grupos que elegeram, pois as políticas são pautadas nos acordos e tentativas de fazer prevalecer interesses privados de diversos seguimentos, sendo a máquina pública apenas ferramenta para efetivas esses interesses.

Aliás, é preciso compreender uma dissonância ao se tomar como base o modelo democrático liberal (HABERMAS, 2018), na medida em que, enquanto se trata de uma crise da democracia liberal, a sociedade é tomada por um movimento que na verdade antagoniza até mesmo com esse modelo de democracia. Trata-se do neoliberalismo.

E de outra parte, é preciso considerar que a crise de representatividade é impulsionada pelas mídias e redes sociais, bem como pela reforma nas relações interpessoais e na própria subjetividade dos cidadãos promovida pelo fato de que os sujeitos entendem que possuem voz e que devem ser ouvidos diretamente, sem ter que passar por um processo de representação, de eleição de uma pessoa que fale em seu nome (HAN, 2018).

Em relação a tudo que foi pontuado, cumpre observar de forma mais detida o que vem ocorrendo no Brasil desde o ano de 2018, com a eleição para o cargo de presidente de Jair Messias Bolsonaro.

Parece haver um consenso no sentido de que o Brasil enfrenta uma crise democrática. As instituições foram aparelhadas e ocupadas por militares e apoiadores fiéis ao atual chefe do Executivo. Esse aparelhamento impede o bom funcionamento dos mecanismos de controle de poder do Presidente da República, que insiste em fazer discursos nos quais ameaça o normal andamento do processo democrático, não se resumindo a desfiles militares no dia 07 de setembro, mas abertamente suscitando a possibilidade de não acatar o resultado da próxima eleição presidencial, no ano de 2022.

A perspectiva que se adota, então, é de que a crise pode ser notada a partir de dois pontos teóricos de observação que no caso em análise se complementam, consistentes na redução dos espaços democráticos (LANDAU, 2013, p. 191) e de normalização da exceção (DULCI, 2016).

4.1. A ideia de não-ruptura a partir da leitura do artigo “*Abusive constitutionalism*”⁴ de David Landau

Em um artigo escrito em 2013, cujo título em português pode ser livremente traduzido como Constitucionalismo abusivo⁵, David Landau aponta que nem sempre as fronteiras entre um regime político democrático e um regime autocrático possuem definições claras e rígidas.

No referido artigo, o autor trata do uso abusivo que alguns governantes fazem das emendas constitucionais e qualquer outro mecanismo que permita se manterem no poder e governarem de acordo com suas próprias perspectivas em desprezo às leis vigentes em seus países, à coerência do ordenamento jurídico e, mesmo, à vontade do legislador constituinte originário, mas tudo isso sem romper formalmente com a democracia constitucional instituída.

Isso é dizer que, na contraposição entre democracia e constitucionalismo - como se sabe, os dois elementos se chocam e se tensionam nas democracias constitucionais -, esses líderes se mantêm fiéis a uma atuação constitucional, contornando, todavia, as decisões democráticas através de alterações por eles promovidas de forma autocrática no texto legal ou mesmo na interpretação do texto legal. Isso possibilita o desenvolvimento de um governo que, embora não tenha rompido com a ordem Constitucional, embora não tenha aplicado um golpe de

⁴ Por nós traduzido como “*Constitucionalismo abusivo*”.

⁵ O texto foi produzido em língua inglesa e seu título original é “*Abusive constitutionalism*”, conforme consta no título desta subseção, vide nota explicativa anterior.

Estado, tomando o poder e abolindo a Constituição ou estabelecendo uma nova carta, na verdade realiza significativas alterações nos textos, bem como promove interpretações enviesadas que acabam por reduzir os espaços públicos de discussão. Ao invés de ampliar a democracia, o que se pretende é reduzi-la a fim de interpretar a sua maneira os preceitos constitucionais.

A partir dessa perspectiva é possível traçar um paralelo com a realidade brasileira, à medida em que, embora, muitas das vezes, não se esteja tratando de alterações constitucionais que permitam a perpetuação do governante no poder, verifica-se que informalmente o presidente da República e o grupo que o acompanha cotidianamente expressam, através do discurso, desrespeito à democracia e às Instituições que compõem a República, como os outros poderes.

Ainda que informalmente, esse grupo dominante tem agido desde a eleição de 2018, aparelhando todo o sistema a fim de se manter no poder e contornar os mecanismos que democraticamente foram estabelecidos a fim de conter o poder do Executivo. Nota-se que a redução dos espaços democráticos ocorre principalmente através de três frentes, consistentes em um discurso autoritário, a promoção de crises com os outros dois Poderes e o aparelhamento de diversas instituições com a nomeação e membros das forças armadas para ocupação de cargos públicos.

Como se observa, a redução dos espaços democráticos com expansão do agir autoritário se dá através de uma série de atos que tensionam as delimitações da legalidade e transitam entre o agir conforme a norma e a possível contrariedade a ela, tendendo em direção à máxima flexibilização quanto a esse agir. Os espaços e momentos de exceção acabam se tornando, assim, regra, conduzindo irreparavelmente à redução dos espaços democráticos e concretização de espaços permanente de governança autoritários, como se especifica adiante.

4.2. A perspectiva da exceção no Brasil

Especificando o que foi mencionado anteriormente, para que se compreenda os espaços de exceção no atual cenário político brasileiro, em relação ao discurso autoritário, é de se observar que o regime político democrático historicamente se origina do exercício político pautado no diálogo. A democracia ateniense sempre é utilizada como referência de origem da democracia e a palavra política vem exatamente do termo pólis, retomando à atividade desenvolvida pelos cidadãos que habitavam as pólis gregas. Na àgora, o que os cidadãos faziam

era o que hoje se entende por política. Obviamente, o ato de fazer política não tem, intrínseco a si, uma conotação negativa, ao contrário, embora se reconheça que poucas pessoas eram cidadãos em Atenas, pode-se ter em mente que o ato dos cidadãos se reunirem para decidir sobre os mais diversos aspectos da vida em comunidade, é fundamentalmente um exercício político. Realiza-se a passagem do movimento privado da palavra no Despotismo para a movimento público da palavra na democracia.

Esse ponto é retomado porque a eleição de 2018, num cenário de criminalização da política, pautou-se exatamente na ausência do diálogo e na busca por um candidato outsider, que se colocasse como dissociado da política. O resultado dessa busca foi a eleição de um sujeito que não podia ser mais ligado à política, com uma longa carreira exercendo cargos eletivos e com sua família igualmente inseria no cenário político. Todavia, era o candidato que se colocava como nome novo, alguém que, apesar de político, recusava-se a fazer política na medida em que se recusava a dialogar com quem quer que fosse que pensasse diferente de si.

Esse discurso que, mais que apolítico, é antipolítico, resulta no autoritarismo alheio e avesso à proposta de um regime democrático, que não pode se manter, senão, fundamentado no diálogo. A negação ao diálogo impede a construção de espaços democráticos de governo, ao contrário, serve como pilar fundamental de uma governança autoritária que silencia grupos vulneráveis e suas demandas.

Quanto à promoção de crises, conforme já foi exposto na seção anterior, as crises servem sempre como distração para que medidas que interessam mais aos grupos dominantes sejam tomadas sem despertar protestos ou críticas. Todavia, quando se criam crises com os demais Poderes também se fragiliza e desestabiliza a base para o bom funcionamento de uma democracia constitucional, que prevê, como no caso da Constituição Federal brasileira, a tripartição de poderes pautada em freios e contrapesos. Trata-se, em verdade, do ataque à República como base da democracia.

Por diversas vezes o atual presidente se colocou como uma espécie de comandante do país que estaria acima dos membros dos outros dois Poderes, ou

mesmo acima da Constituição⁶, o que não apenas contraria o texto constitucional, como inflama a sociedade contra os demais poderes, gerando instabilidade política e, mais uma vez, servindo a enfraquecer os espaços democráticos e buscando apoio “popular” para a tomada de decisões autocráticas.

Por fim, o aparelhamento das instituições serve diretamente a buscar uma permanência e estabilidade no Poder, mesmo quando se atenta contra o ordenamento jurídico vigente e contra a Constituição, o fato de preencher o governo e os ministérios com militares serve a intimidar opositores ou mesmo os membros dos demais poderes. Além disso, o aparelhamento no atual governo se deu também com o desrespeito à lista triplíce da Procuradoria-Geral da República, resultando em um sério prejuízo ao controle externo dos atos presidenciais, forçando a atuação dos outros Poderes, como do próprio Judiciário, como se verifica das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, para tentar frear as investidas contra a Constituição, o ordenamento e a democracia.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo investigar a crise democrática brasileira a partir da perspectiva da redução dos espaços democráticos e normalização da exceção. Para tanto, o que se tentou fazer foi traçar alguns fatores que contribuíram para o surgimento e que seguem contribuindo para a manutenção de atitudes autoritárias que vêm sendo normalizadas.

Logo, foi pontuada qual a relação entre a criminalização da política que ocorreu de forma acentuada no país nos últimos anos com a ascensão de um governo expressamente pautado em uma política neoliberal e conservadora.

Nesse viés, o trabalho alcança sua conclusão apontando para o fato de que não é necessário haver um rompimento constitucional para que exista uma crise com significativa redução dos espaços democráticos, pautados no diálogo e no atuar político, na medida em que informalmente é possível agir às margens da

⁶ Em abril de 2020 Jair Bolsonaro afirmou que ele era, realmente, a Constituição. No mesmo mês o presidente participou de atos considerados antidemocráticos, com críticas especialmente ao Supremo Tribunal Federal. Conforme: CARVALHO, Daniel (2020) “Eu sou a Constituição, diz Bolsonaro ao defender democracia e liberdade um dia após ato pró-golpe militar” na Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaro-apos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2021.

legalidade, tensionando o controle legal do ordenamento jurídico sobre o espaço político e de atuação dos governantes.

Diante da análise factual elaborada e dos conceitos utilizados como fundamentos jusfilosóficos e jurídico-sociológicos da situação ora vivenciada no país, o que se depreende é que a atual crise se ampara em um cenário de constante tensão e exceção. Tal cenário foi erigido sobre a criminalização da política, pausada por um agir judicial que esteve além da técnica e da legalidade jurídicas, invadindo a esfera política e servindo como um mero instrumento para a concretização de ideais neoliberais que necessariamente se contrapõem ao texto constitucional na medida em que este exige uma ampla proteção a direitos sociais.

Ao mesmo tempo, essa política neoliberal que se enraíza na crise democrática, também é um fator que a retroalimenta, porquanto, por um viés, as reformas promovidas para a efetivação econômica do neoliberalismo aprofundam a precarização da vida dos cidadãos, e por outro, alia-se ao conservadorismo, que serve para agravar a polaridade política da sociedade, contribuindo para que os espaços de diálogo se tornem ainda mais escassos, multiplicando a ideia de grupos inimigos.

A crise democrática, então, se mantém, pois além das referidas crises, a criminalização da política, por si só, colabora com a expansão do autoritarismo, ao transformar em crime o atuar político, que é essencial para a construção do espaço público, essencial à democracia. Assim, o agir autoritário do atual governo é amparado, revelando-se no limite da legalidade, normalizando a exceção e abrindo espaços autocráticos no interior de um regime democrático cada vez mais fragilizado e reduzido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Perry (2005) “Neoliberalismo: un balance provisório” em SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.) La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusion social, Argentina, Libronauta, p. 9-23.

BROWN, Wendy (2019) Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente, São Paulo, Filosófica Politeia.

CARVALHO, Daniel (2020) “Eu sou a Constituição, diz Bolsonaro ao defender democracia e liberdade um dia após ato pró-golpe militar” na Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaro-apos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2021.

- CERVINI, Raul (2011) “Macrocriminalidad económica – apuntes para una aproximación metodológica” em PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.) Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2.
- DALLARI, Dalmo de Abreu (2011) Elementos de teoria geral do estado. São Paulo: Saraiva.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian (2016) A nova versão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal, São Paulo, Boitempo.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian (2019) Never-ending nightmare: the neoliberal assault on democracy, [S. l.], Verso.
- DULCI, Pedro Lucas (2016) “Exceção como regra: a teologia política de Carl Schmitt em diálogo com Giorgio Agamben” na Revista Contemplação, n. 13, p.201-216. Disponível em: <http://fajopa.com/contemplacao/index.php/contemplacao/article/view/119/130>. Acesso em: 29 nov. 2021
- FERRAJOLI, Luigi, (2006) Direito e razão: teoria do garantismo penal, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- GLOPPEN, Siri (2018) Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framework (CMI/LawTransform working paper) Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework.
- HABERMAS, Jürgen (2018) A inclusão do outro: estudos de teoria política, São Paulo, Unesp.
- HAN, Byung-chul (2018) No exame: perspectivas digitais, Petrópolis, Vozes.
- HANSEN, Gilvan Luiz; HANSEN JÚNIOR, Gilvan Luiz (2017) “Política, utopia e fundamentalismo: desafios ao Multiculturalismo” em DIFANTE, Édison Martinho da Silva, et. al., (org.) Reconhecimento e tolerância em sociedades multiculturais, Passo Fundo, Universidade de Passo Fundo.
- LANDAU, David (2013) “Abusive constitutionalism” na University of California Davis Law Review, n. 47, p. 189 – 260. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf> Acesso em: 02 ago. 2021
- MARCUSE, Herbert (2015) O homem unidimensional : estudos da ideologia da sociedade industrial avançada, São Paulo, Edipro.
- PEIXOTO, Luiz Antonio da Silva (2019) “A hegemonia da razão econômica em tempos neoconservadores” em MONICA, Eder Fernandes et. al. (Org.) Conferencias magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Cidadania y Estado de Derecho, Ourense, Universidade de Vigo, p. 62-70.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (2019) “Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira” na Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 461-479. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.11> > Acesso em: 25 nov. 2021

SCHMITT, Carl (2015) O conceito do político, Lisboa, Almedina.

SILVA, José Afonso (2013) Curso de direito constitucional positivo, São Paulo, Malheiros.

STRECK, Lenio (2013) Jurisdição constitucional e decisão jurídica, São Paulo, Revista dos Tribunais.

STRECK, Lênio (2019) Jurisdição constitucional, Rio de Janeiro, Forense.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; MAGANE, Renata Possi (2020) “A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil” na Revista De Investigações Constitucionais, v. 7, n. 2, p. 517-547.

ESTADO PÓS-CRISTÃO, PLURALISMO RELIGIOSO E OS ESTEIOS FUNDANTES DE UMA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE DIREITO: UMA ABORDAGEM DISCURSIVA

Cleber da Cruz Cunha

Mestre Em Justiça Administrativa-UFF
teto.mateto@gmail.com

Mônica Alves de Carvalho Cunha

Pós-Graduada em Penal e Processo Penal-EMERJ
kinha.kunha@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir do nascimento ou renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, o que implica assunção de uma série de compromissos estatais vinculados umbilicalmente a esta forma estruturante, que ressalta o elemento subjetivo do estado, ou seja, o povo, e mais particularmente, o indivíduo, como detentor de direitos vinculados à sua dignidade enquanto ser humano.

Entre esses direitos, a partir do texto constitucional brasileiro, estaria o direito liberdade de consciência e de crença, assegurando-se o livre exercício dos cultos religiosos, e garantindo-se, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, conjunto de se vincula, em um aspecto subjetivo, à dignidade da pessoa humana, e, em um quadro maior, aos direitos humanos.

O Brasil, outrossim, pôs-se, nessa reestruturação, como um estado laico, e, nesse sentido, neutro, assumindo um dever negativo: não estabelecer uma religião oficial; e um positivo: garantir o livre exercício de crença a todos, independentemente do viés religioso.

Há de se observar que tem crescido um movimento – processo – conhecido como estado pós-cristão, com surgimento na Europa, com reflexos crescente nos Estado Unidos da América, que tem por fim, em tese, afastar toda influência religiosa do Estado, com implicações que vão para além da esfera pública ou política, e que podem atingir direitos individuais relativos à liberdade de crença.

Nesse sentido, o presente trabalho visa a, como objetivo principal, analisar se as ideias pós-cristãs se alinham aos direitos fundamentais garantidos pelo Brasil, enquanto república democrática de direito, especificamente no que tange ao direito à liberdade de crença, ou se vão de encontro aos mesmos, questionando-se, entre outras coisas, se esse estado pós-cristão, na leitura supra, no microcosmo brasileiro, feriria os direitos expressos na Constituição Federal de 1988, em particular o direito fundamental de manifestação de crença, como visto na primeira parte deste estudo. Outrossim, perquirir-se-á se o estado pós-cristão, na mesma perspectiva, iria de encontro aos esteios fundantes de uma república democrática de direito, com uma pluralidade religiosa eminentemente intrínseca, como a brasileira. Por fim, se o estado pós-cristão, na mesma leitura, amoldar-se-ia a um estado laico, como se propõe constitucionalmente ser o Brasil.

Buscar-se-á, ainda, em objetivo secundário, analisar os esteios fundantes de uma república democrática de direito, e a vinculação desses marcadores com o direito à liberdade de consciência e de crença, incluindo, análise dos princípios da igualdade e da liberdade.

A fim de alcançar os objetivos propostos, far-se-á uma revisão bibliográfica, com fulcro entre outros, nos ensinamentos de Jürgen Habermas, seguindo-se de uma análise conjuntural dos temas propostos, passando por uma análise da “pluralidade religiosa e o estado democrático de direito”, seguindo-se de uma análise da “pluralidade religiosa e o estado pós-cristão”, e, ainda, sobre “o direito à liberdade de crença e ao culto, através de uma análise discursiva”, buscando, ao fim, chegar a alguma conclusão, com eventual proposta de intervenção, se for o caso.

1. A PLURALIDADE RELIGIOSA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Brasil, a partir do nascimento ou renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de direito, formatação estatal que traz em seu bojo uma série de compromissos e esteios estatais, cujo fim, nos termos do preâmbulo constitucional (BRASIL, 1988), é assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que se funda em harmonia social e solução pacífica das controvérsias.

O estabelecimento de um *preambulus*, embora não seja um elemento obrigatório ou mesmo necessário, oportuniza uma apresentação sintética e reflexiva do Direito e da sociedade que participou, ainda que indiretamente, da construção do referido Texto Maior, no qual, como um predecessor, aponta ao princípio motivadores, as intenções, os valores e fins que inspiraram os constituintes (CANOTILHO et al., 2013).

A partir desse elemento orientador, vê-se que o Brasil, a partir de 1988, escolhe como forma de governo a república, estrutura que, em seu âmago, tem como esteio fundante a titularidade estatal de todos os bens que suportam a existência estatal.

A república, embora tenha ganhado força com os movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, em contraposição à monarquia, regime em que os bens que suportavam a existência estatal pertenciam a um indivíduo, ou seja, o rei ou monarca, já era trabalhada em reflexões romanas sobre a relação governantes e governados, cujo primeiro instante significativo parece ter sido proposta de Cícero, quando o mesmo indica que a república seria coisa do povo, voltada para a utilidade comum, não como de todos os homens, congregados de qualquer modo, mas sob uma reunião juridicamente consentida, com a outorga do uso do bem públicos no trato utilitário comum (CANOTILHO et. al., 2013, p. 108).

Essa conjunta impõe-nos identificar quais bens materiais ou imateriais que foram escolhidos para suportar a existência estatal e, nesse sentido, comporem o escopo das res publica, ou seja, coisa do povo, voltada para a utilidade comum, e, em última análise, como se verá abaixo, de titularidade desse amálgama subjetivo que compõe a referida sociedade.

A Constituição Federal, em uma rasa leitura, mostra que o Brasil tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana, macro princípio que abarca o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, como a promoção do *venire* de todos, sem preconceito ou qualquer forma de discriminação, com regência da prevalência dos direitos humanos (BRASIL, 1988).

A perspectiva principiológica posta ganha concretização com o direito à liberdade, elevado à condição de garantia fundamental, em que um dos direitos que orbitariam esse sistema seria a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, cuja abrangência incluiria a o livre exercício dos cultos religiosos com a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Nessa linha exegética, vê-se que o Brasil teria eleito como um “bem imaterial”, que suporta a existência estatal, a liberdade de crença, implicando a proteção a eventual local de culto e suas liturgias, o que ganha contornos especiais em um país em que mais de noventa por cento (90%) da população declara pertencer a um grupo religioso, com pelo menos sete grandes matrizes religiosas diferentes, implicando uma pluralidade religiosa que marca de forma indelével a sociedade brasileira (IBGE, 2010).

Há de se observar, outrossim, que o Brasil, enquanto Estado emoldurado pela pluralidade religiosa, comprometeu-se, em expressa vedação constitucional, a não “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (BRASIL, 1988).

A vedação posta, para além de uma perspectiva negativa, e, assim, de não atuação, disposta pelo não estabelecimento de uma religião oficial - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, pelo não financiamento - subvencioná-los, e pela não intervenção - embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, tem um aspecto positivo, que implica atuação estatal, ou seja, a garantia de exercício pleno do direito de crença por todos, sem que haja supremacia, preferência, ou qualquer tom discriminatório em relação aos credos professados, o que abarca, inclusive, a respectiva liturgia.

O Supremo Tribunal Federal (STF, 2019), órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, e responsável pela guarda da Constituição Federal, ao decidir o Recurso Extraordinário 494601/RS, em acórdão com tom didático, apontou para a constitucionalidade de sacrifício de animais em cultos religiosos, quando se abordou, como visto acima, temas como patrimônio cultural imaterial, liberdade religiosa, pluralidade religiosa, e princípio da laicidade, senão, in verbis, vejamos:

1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB).
2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas

comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais.

3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade.

4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos.

5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado.

6. Tese fixada: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

O amálgama posto aponta para o fato que o Brasil elencou como “bens” que suportam a existência estatal não só o direito de crença em si, mas, também, toda a liturgia que envolve os respectivos cultos, em um grande “patrimônio cultural imaterial”, que se conforma com a própria pluralidade religiosa que compõe a sociedade brasileira, e, assim, com a ideia de res publica, e esteio fundante da república, como visto acima.

Há de se ver que o Brasil, além de república, renasce juridicamente com a Constituição Federal de 1988, como um estado democrático, regime de governo que se estrutura pelo descolamento do domínio do poder estatal de um indivíduo – monarquia, ou de alguns indivíduos – oligarquia, para o povo, ou seja, demos cracia.

A ideia de democracia nos remete à antiguidade clássica, quando o ideário democrático já era trabalhado pelos antigos filósofos, entre os quais, Aristóteles, que na obra “A Política”, a despeito de críticas modernas quanto à efetiva existência de uma democracia na antiguidade clássica (BONAVIDES, 1995, pp. 268-270), aponta elementos fundantes desse regime, notadamente no que tange ao princípio da igualdade, quando afirmou que todos os homens eram iguais por nascimento, pois todos advinham de mulher; e que todos, para além, eram iguais pela capacidade de falar, implicando a intromissão discursiva na construção e desenvolvimento societário (CUNHA, 2017, pp. 13-20).

A ideia de democracia, em sua estruturação hodierna, parece exigir, em contraposição aos regimes autocráticos, para a concretização do efetivo exercício do poder pelo povo, o reconhecimento não só da igualdade (NOVELINO, 2012, p. 371), inclusive a igualdade no falar, mas também da liberdade (NOVELINO, 2012, p. 371), notadamente no que tange à liberdade de exercício de crença e prática de culto religioso.

A democracia, assim, na leitura sob a lente da pluralidade religiosa, exige um diálogo reflexo da igualdade e da liberdade que venha suportar as dicotomias naturais decorrentes da profissão de crenças distintas, incluindo, por lógico, o direito de não crer, em que o exercício do direito de um não se sobreponha ou impeça o direito do outro.

Essa abordagem discursiva deve abranger, inclusive, as possíveis antinômias e manifestações díspares que se amparem na fonte ou objeto de crença de cada matriz religiosa, sem que isso signifique sobreposição, discriminação, ou qualquer outra forma de menosprezo, o que só se perfaz com a efetiva percepção de que a manifestação de crença é um “bem imaterial” que suporta a existência do estado brasileiro, seja como república, seja como democracia, e, nesse sentido, bem titularizado por todos os exercentes de poder, ou seja, o amálgama subjetivo estatal, isto é, o povo.

O Brasil, além de república e democracia, estruturou-se, ainda, como a Constituição Federal de 1988, como um Estado de Direito, o que implica dizer que os titulares do poder, ou seja, cada concernido componente do povo, escolheu um fator comum, ou seja, a norma, como elemento harmonizador das individualidades e personalidades, com poder de submeter a todos, inclusive o próprio Estado, em uma ordem legitimada que garanta o exercício dos direitos fundamentais, entre os quais, o direito de crença, em concretização de uma liberdade justa exigida pela pluralidade religiosa.

A estruturação estatal sob a perspectiva do estado de direito, em uma república democrática, ganha contornos eminentemente importantes, porque deriva, ou deveria derivar, da manifestação dialógica dos titulares do poder, ou seja, de cada indivíduo que, integrante do povo e em atuação discursiva, age comunicativamente (HABERMAS, 2003, p. 175) na elaboração dos limites normativos a que todos devem se submeter, em movimento geratriz de uma legitimidade que a todos constrange, sem que implique, na perspectiva da manifestação de crença, discriminação ou qualquer outro tipo de ilícito, pois garantidor da harmonização de um exercício plural e, algumas vezes, conflitantes.

Não se pode olvidar que, em sede de estado de direito, recentemente, foi promulgada lei que alterou o Código Penal Brasileiro, incluindo, nessa perspectiva, novo título ao referido código, qual seja, CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, positivando como ilícito, sob a rubrica de violência política: “Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (Grifo nosso), o que se alinha, salvo melhor juízo, ao posto quanto ao direito à manifestação de crença em uma república democrática de direito.

Nessa linha, ou seja, sob o viés de uma república democrática de direito, como se estruturou o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade de crença, na exegese posta, parece ter sido alçada à “bem jurídico imaterial” e, nesse sentido, para além de um direito fundamental pautado no conceito de direito humano e, por lógica inclusiva, na dignidade da pessoa humana, exsurge-se como um esteio fundante do Brasil enquanto república democrática de direito, haja vista a ideia de res publica, legitimada pela atuação dos concernidos como titulares do poder na formulação normativa equalizadora que a todos constrange.

2. A PLURALIDADE RELIGIOSA E O ESTADO PÓS-CRISTÃO

A concepção de um estado pós-cristão está intrinsicamente ligada a pós-modernidade e a cultura do fragmento e do ultrapassamento dos sistemas fechados que, nessa perspectiva, e em certo recorte, aponta a religião como um modelo mitológico, mas, também, autoritário e hierárquico, implicando um afastamento de um modelo apologético, em particular quanto ao cristianismo, para a afirmação de um paradigma hermenêutico de secularização (CALDEIRA, 2018).

Há de se observar que a concepção de estado pós-cristão, envolto no contexto da religião pós-moderna, não significaria, em um primeiro momento, um afastamento do ser religioso, da crença e da fé, mas, sim, um distanciar crítico das religiões institucionais com suas pretensões de domínio sobre a subjetividade e de totalidade (CALDEIRA, 2018).

Uma leitura inicial aponta para o fato de a estrutura, isto é, a ordem religiosa institucionalizada, principalmente quando ligada às ordens monoteístas, como a estabelecida na crença cristã, ser identificada como um modelo de poder

autoritário que imporia a sua crença, valores, e vontade aos demais, inclusive, ao próprio Estado.

A leitura indica, ainda, uma visão modelar hierarquizada da religião, em que uma crença se sobreporia a outra em certa estratificação impositiva de credo, cultura e princípios, que se firmaria, para além da própria estrutura da respectiva religião, no Estado, cuja máquina passaria a refletir e impor, como posto, um credo sobre o outro, em certo domínio que, ao que tudo indica, e sob a leitura posta, iria de encontro à liberdade individual, em prospecção totalitária.

Essa concepção, em rasa análise, implica a defesa de uma religião sem religião (MENDOZA, 2010, p. 62, apud CALDEIRA, 2018), que se caracterizaria pelo afastamento ou não reconhecimento dos excessos de significação e sentido das mediações institucionais (CALDEIRA, 2018), com suas liturgias, credos, e fontes, e pela possibilidade de um exercício de crença individual e subjetivo que se restringiria a esfera do indivíduo, sem reflexos no coletivo e influência no Estado.

A lógica pós-cristã, assim, em certa vertente, vincula a crença à uma ordem da religião (Mendonza, 2007c, p. 16, apud (CALDEIRA, 2018), parecendo implicar a necessidade de um afastamento das ordens religiosas, e, como posto acima, de suas liturgias, regras, ordens, costumes e credos, o que aponta para um processo de desconstrução que tem como fim a renúncia à totalidade, o desmonte do fundamento e dos obstáculos que impedem o acesso ao mistério, que as religiões monoteístas, incluindo a cristã, chama de Deus (CALDEIRA, 2018).

Esse processo se vincula, ao que tudo indica, ao conceito de secularismo, que, ao nivelar os princípios religiosos e, assim, metafísicos, à construção humana, passou a reconhecer como arcaicas, superadas e desvalorizadas, todas as ideias contidas nas doutrinas religiosas (OLIVEIRA, 2016), requerendo o devido afastamento das mesmas, e a reasunção de uma liberdade individual que não se dobraria a normas, princípios, costumes e credos impostos por eventual entidade religiosa.

Há, assim, ao que tudo indica, nessa perspectiva pós-cristã, a ideia da superação da religião, pelo menos no que tange à submissão a ordens estruturadas institucionalmente, enquanto sistema de crenças e valores, implicando uma desconstrução que propugna pelo afastamento de todo relato totalitário, decorrendo, sobre o ponto de vista das sociedades pós-modernas, que “Deus é inútil”

(CALDEIRA, 2018), e que as eventuais regras decorrentes de formulações religiosas não poderiam ser impostas a outrem, inclusive ao Estado, e, o pior, pelo Estado.

Há de se ver que a leitura posta não indicaria um abandono ou afastamento de fé ou crença na perspectiva individual, mas um afastamento ou um rechaçar de estruturas religiosas que, na perspectiva posta, imporiam seu querer ao indivíduo, e à sociedade, de modo totalitário, em um sistema binário cuja eventual posição ou o reconhecimento de uma crença imporiam o não reconhecimento de outra.

A pós-modernidade, assim, traria uma mudança epocal, com grande ruptura cultural, cuja perspectiva transmutaria de uma univocidade para uma pluri-dimensionalidade, que poria em questão a ideia unificadora professada pelos sistemas religiosos monoteístas, possibilitando uma rejeição do sistema de crenças e de moral (CALDEIRA, 2018, p. 1271), principalmente quando eventual “estado único de voz” está atrelado à eventual estruturação estatal.

Há, ao que tudo indica, uma nova realidade vivencial, em que não se nega a experiência religiosa, mas coloca sobre escombros o cristianismo, rechaçando-se a mediação institucional, em ultrapassamento da ideia de totalidade monoteísta, em constante vigilância “ante os excessos das mediações históricas, do pensamento da totalidade e dos totalitarismos, tanto do pensamento como da ação” (CALDEIRA, 2018, pp. 1273-1274).

Nessa perspectiva, CALDEIRA (2018, p. 1275), ao analisar o ultrapassamento da religião como sistema de totalidade, afirma, *in verbis*, que:

Todo o processo cultural e filosófico da modernidade tardia leva à constatação de que o esgotamento da religião se deve à sua tentativa de totalização do Mistério. Contra essa perspectiva, os instrumentos da razão crítica, praxica e linguística desencadearam uma verdadeira crise nos modelos totalitários da religião, questionando as expressões doutrinárias e morais da religião, sob a alegação de que elas reproduziram e perpetuam a tentativa de esgotar o Mistério no conceito.

Há de se observar que, além da perspectiva posta, que não abandona a possibilidade de exercício de fé e crença em algo sobrenatural ou metafísico, ainda que em redirecionamento individual e subjetivo, sem a intermediação de instituição totalizadora, nasce - renasce ou reforça-se - um novo movimento ateuísta que, professante, atua em uma “guerra de cultura” contra o fundamentalismo

cristão, em visão secularista (BARBOSA et al, 2013, p. 129), e, assim, em certo grau, materialista e positivista.

Esse movimento ganha vulto com os atentados que de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, a partir do que escritores americanos passaram a afirmar que a religião, em particular as religiões monoteístas, seriam ameaça à sobrevivência da sociedade, e que a ciência seria o único meio válido e possível para o conhecimento (BARBOSA et al, 2013, p. 129).

Essa abordagem, conhecida como neo-atéista, destaca-se por uma cosmovisão que considera toda forma de fé ou crença em qualquer deidade como algo negativo em si, devendo, por isso, ser eliminada, seja no que tange ao contexto social, seja quanto ao contexto educacional (BARBOSA et al, 2013, p. 130).

O neo-atéismo teria ainda como característica a efetiva ligação com o discurso científico, que reconhece a teoria evolucionista de Darwin como um poderoso suporte da concepção materialista da existência (BARBOSA et al, 2013, p. 130).

Importante observar que, no entendimento dos autores citados, o neo-atéismo seria uma resposta a um momento, ou modelo, político-cultural em que o religioso estaria retornando ao espaço público, em particular no que tange a um fundamentalismo cristão, que estaria dominando certa linha política, em um tipo de republicanismo evangélico (BARBOSA et al, 2013, p. 131).

Essa posição neo-atéista, envolta no contexto geral do pós-modernismo, ou da modernidade tardia, diferentemente do que foi visto inicialmente, não vislumbra, ao que parece, a possibilidade do exercício de fé ou crença, ainda que de modo subjetivo e, assim, individual, que, nessa visão última, iria de encontro ao racional, apontando qualquer fé religiosa como irracional, imoral e perigosa (BRADLEY et al, 2010, p. 3, apud BARBOSA et al, 2013, p. 132), ao revés, e para além, a profissão ativa contrária ao exercício da fé parece ir de encontro a qualquer manifestação de crença, que, nessa leitura, seria negativa em si mesma, implicando a necessidade de erradicação do religioso e das instituições religiosas (BARBOSA et al, 2013, p. 132).

A despeito da visão neo-atéista ir de encontro a qualquer manifestação de fé ou crença, em sua mira principal parece estar o cristianismo, o que reforçaria o estado pós-cristão, não só no que tange ao afastamento dos princípios cristão na perspectiva totalitária, mas na própria negação integral dessa manifestação de fé e, para além, na caracterização negativa dessa religião.

Nesse sentido, DAWKINS (DAWKINS, 2007, p. 43, apud BARBOSA et al, 2013, p. 132) afirma que:

“O Deus do Antigo Testamento talvez seja o personagem mais desagradável da ficção: ciumento, e com orgulho; controlador mesquinho, injusto e intransigente; genocida étnico e vingativo, sedento de sangue; perseguidor misógino, homofóbico, racista, infanticida, filicida, pestilento, megalomaniaco, sadomasoquista, malévolo”.

O conjunto analisado, em apertada e rasa síntese, haja vista a complexidade e extensão do objeto sob estudo, mostra que o estado pós-cristão se caracteriza por um afastamento dos princípios cristãos de uma diretriz estatal, permanecendo a possibilidade, ao que tudo indica, do exercício pessoal e subjetivo de fé ou crença - em uma perspectiva comum e menos radical; ou distanciamento efetivo de qualquer manifestação de fé, seja no nível estatal, seja no individual, por ser esta algo negativo em si – na posição neo-ateísta.

A questão que se põe, como visto na introdução, e que será discutida abaixo, é: esse estado pós-cristão, na leitura supra, no microcosmo brasileiro, feriria os direitos expressos na Constituição Federal de 1988, em particular o direito fundamental de manifestação de crença, como visto na primeira parte deste estudo? Outrossim, o estado pós-cristão, na mesma perspectiva, iria de encontro aos esteios fundantes de uma república democrática de direito, com uma pluralidade religiosa eminentemente intrínseca, como a brasileira? Por fim, o estado pós-cristão, na mesma leitura, amoldar-se-ia a um estado laico, como se propõe constitucionalmente ser o Brasil?

3. O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E AO CULTO: UMA ANÁLISE DISCURSIVA.

O Brasil, como analisado acima, reestruturou-se, a partir da Constituição Federal de 1988, como uma república democrática de direito, o que traz, em seu bojo constitutivo, uma série de compromissos umbilicais vinculados ao princípio da igualdade e da liberdade, que, elevados à condição de direito fundamental, concretiza-se, ainda que de forma contida ou programática, em diversas vertentes, inclusive no que tange ao direito de manifestação de crença, à garantia do livre exercício do culto, e à proteção aos locais de culto de suas liturgias.

A digressão relativa ao direito de exercício de crença, na perspectiva posta no caso específico do Brasil, além da firmação nos princípios da igualdade

e liberdade, há de ser feita no contexto de pluralidade religiosa encontrada em sua constituição social, em que mais de noventa por cento (90%) da população declara pertencer a um grupo religioso (IBGE, 2010).

O direito de crença, a partir dessa ótica, parece fundar-se, em um primeiro momento, no princípio da igualdade, e, em um segundo momento, no princípio da liberdade, elementos que devem ser garantidos, no microcosmo do direito de crença, por um Estado laico, que, pautado na neutralidade, em uma dimensão objetiva, articula-se entre princípios, deveres de proteção, e garantias institucionais (CANOTILHO et al., 2013, p. 707), visando sempre ao justo equilíbrio entre as diversas matrizes religiosas, de modo que, de um lado, o direito à manifestação de crença seja garantido, sem a sobreposição de um sobre outro; e, de outro, que o Estado a nenhum se vincule.

A análise do princípio da igualdade, nessa ótica, remete-nos à antiguidade clássica, em particular à obra “A Política” de Aristóteles, quando o referido filósofo trata da igualdade sobre uma perspectiva objetiva ao afirmar que todos os homens são iguais por, pelo menos, dois motivos: todos nascem de mulher (ARISTÓTELES, 1985. p.20); e todos nascem com a prospecção de fala (ARISTÓTELES, 1985. p.21).

A despeito das críticas modernas às ideias aristotélicas (CUNHA, 2017, P. 18), a concepção objetiva de igualdade parece ter se firmado hodiernamente, pelo menos no plano constitucional positivo brasileiro, em que se estabeleceu que todos são iguais perante a lei, firmando-se uma isonomia que põe no mesmo nível todos e cada indivíduo.

O princípio de igualdade, além da origem – nascimento, firma-se quanto à fala, característica que firma o homem como ser inteligente, racional, com efetiva (potencial) capacidade de se expressar e assim se comunicar com outrem, o que, para além de uma capacidade individual, permite, através da manifestação de pensamento, um agregar, que parece ser natural ao ser humano.

A ideia de igualdade, incluindo a face do poder de fala, não tem razão de ser se, em paralelo, não existir a possibilidade – garantia – de manifestação de pensamento, binômio que, como posto, garante não só a agregação, mas, para além, uma agregação em contexto plúrimo, em que todos, pelo poder da palavra, e em ação comunicativa eficaz, trabalhem a convivência harmoniosa, a despeito de divergências pessoais, que são apequenadas pela legitimidade do diálogo plural e eficaz.

Essa amálgama, ou seja, o “nascer de mulher” e o “falar”, condição inata do ser humano e estruturador do direito de igualdade, deve estar pautado na liberdade, em uma conjuntura lógico que mutuamente se suporte, de forma a permitir a concretização da isonomia que a democracia pressupõe e exige, seja quanto à possibilidade ou liberdade de agir - comunicativamente, seja quanto à possibilidade ou liberdade de manifestar seu pensamento no seio da sociedade (CUNHA, 2017, p. 37).

Não se pode olvidar que a manifestação de pensamento não há de ser absoluta, uma vez que sempre deve se harmonizar com outras subjetividades, de modo que um não se sobreponha ao outro, em respeito legítimo que só se obtém com o devido diálogo, o que se obtém com a justa submissão de todos ao estado - legítimo - de direito, como analisado acima.

CUNHA (2017, p. 50), pautado nos ensinamentos de HABERMAS (2003, p.175), nessa mesma direção, aponta que:

Essa situação parece nos direcionar, mais uma vez, para a necessidade de se estabelecer parâmetros que orientem a manifestação de pensamento, uma vez que, levando em consideração que a limitação ao direito de se expressar deve pautar-se em normas legítimas, que para tal devem decorrer da ação comunicativa conjunta dos concernidos, o que ganha contornos plúrimos em um Estado democrático de direito, o Estado deve rever e analisar sua atuação.

A análise do direito à manifestação de crença necessita, parece, ser feita sob a ótica da igualdade e da liberdade, em harmonia legitimada por diálogo que permita a coexistência da pluralidade religiosa, sem que haja sobreposição totalitária, ou anulação do direito pela não crença.

Nesse viés, o direito de crença estaria abarcado pelo direito de manifestação de pensamento, em uma relação binária elemento-conjunto, que se vincula ao direito de igualdade, em que cada indivíduo poderia expressar sua fé, em liberdade, em que qualquer restrição só seria admitida pela legítima atuação dos concernidos, vinculada, no recorte brasileiro, como visto acima, ao estado de direito, sempre com o norte da não anulação de direito, mas do coexistência harmônica na pluralidade.

A garantia do direito de crença, dessa forma, como já posto outrora, firma-se para além de um direito fundamental, ao revés, põe-se como verdadeiro esteio fundante de uma república democrática de direito, que, em laicidade, deve

garantir a possibilidade de coexistência de diversos credos, como reflexo estruturante da própria constituição societária estatal.

A partir dessa hermenêutica, parece que as ideias – ou processos - difundidas pelo estado pós-cristão, na leitura supra, no microcosmo brasileiro, feriria os direitos expressos na Constituição Federal de 1988, em particular o direito fundamental de manifestação de crença, quando se propaga, sobre uma ótica subjetiva, que os princípios cristãos iriam de encontro à democracia, em alegação de uma profissão de fé totalitarista, que parece não se alocar mais na realidade social brasileira.

Outrossim, ainda sob um viés subjetivo e, assim, individual, alegar, como põe a doutrina neo-atéista, que toda manifestação de fé é irracional, e, nesse sentido, deve ser evitada, soa, parece, como um contrassenso, uma vez que se equipararia a uma crença (religião) totalitarista, só que sob o viés negativo, ou seja, da não existência de Deus ou qualquer estrutura sobrenatural ou metafísica.

Há de se ver que, sob o ponto de vista individual, com fulcro na igualdade e na liberdade, não se está afirmando que posições neo-cristãs e neo-atéistas não devem ou não podem prosperar, ao revés, como manifestação de pensamento devem ser respeitadas e garantidas, mas sem a perspectiva totalitária, discriminatória e exclusivista, como parece se por.

A questão, assim, parece, sob uma ótica prática, ser: o que se fazer, sob o viés da igualdade, com o direito dos milhares de indivíduos que se autodeclararam cristãos ou professante de outra crença, seja ela qual for?

Há de observar que, para além de uma perspectiva individual, há, ainda, a perspectiva institucional da manifestação de crença, estrutura em agregações próprias em comunidades que professam a mesma fé ou crença – igrejas, mesquitas, sinagogas, templos, centros, etc, o que também estaria abarcado pelo direito de manifestação de crença, inclusive, como já visto, com a proteção não só dos locais de culto, mas, também da própria liturgia.

Negar ou excluir essa realidade social seria, ao que parece, o mesmo que negar a natureza gregária do ser humano, o que iria de encontro não só à dignidade indivíduo, enquanto Homem, naturalmente igual por nascimento e poder de fala, mas, também, ao Estado democrático, enquanto, igualmente, reunião de pessoas, como visto acima.

Não se pode olvidar que a pluralidade religiosa há de ser suportada por uma neutralidade estatal, firmada no conceito de laicidade, em que, seja individualmente, seja institucionalmente, uma crença não se sobreponha a outra, ou de alguma forma domine a direção estatal, o que parece ir ao encontro do alegado seja pelo pós-cristianismo, seja pelo neo-ateísmo.

Habermas (HABERMAS, 2007, p.142) parece ir nessa direção ao afirmar que um Estado secular e tolerante deve sopesar a imposição de obrigações com a realidade existencial religiosa, de modo a não impor deveres que não combinem com essa religiosidade, o que seria exigir dos concernidos o impossível, o que ganha contornos de imprescindibilidade em um Estado plúrimo, religiosamente falando, como o Brasil.

Nessa visão, o Estado, em particular o Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, tem, em regra, como visto acima, duas atuações: uma positiva – garantir a todos o direito de manifestação de crença; e uma negativa – não estabelecer ou se vincular a qualquer viés religioso.

Assim, em uma perspectiva republicana, democrática e de direito, como se propõe estruturar o Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, há de se reconhecer o direito à manifestação de crença e fé, para além de um direito fundamental, como um esteio fundante da própria estrutura estatal posta, como visto acima, não parecendo razoável qualquer manifestação, seja de que direção vetorial for, que pretenda anular esse direito, ou subjugar-lo a outro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, a despeito da rasa abordagem devido à complexidade do tema, pretendeu analisar as possíveis implicações de um estado pós-cristão no Brasil, enquanto república democrática de direito, e se as ideias e políticas pós-cristãs implicam cerceamento à liberdade de crença e ao culto, na perspectiva laica e plúrima, como se mostra no caso brasileiro, e, ainda, eventuais e possíveis riscos aos esteios democráticos, em suma, implicações de um estado pós-cristão na democracia brasileira.

Nesse sentido, viu-se que o Brasil, com a reestruturação advinda com a Constituição Federal de 1988, renasce como uma república democrática de direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos umbilicais, que se materializam em fundamentos, princípios, objetivos, e direitos, entre os quais estaria

o direito à manifestação de crença, o exercício dos cultos religiosos, inclusive, com a garantia, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Nessa ótica, viu-se que o direito à manifestação de crença é um direito que, vinculado aos norteadores dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, para além de fundamental, firma-se na própria formação estatal brasileira, enquanto república democrática de direito, com concretização efetiva dos princípios da igualdade e da liberdade.

Outrossim, analisou-se, em rasa descritiva, o estado pós-cristão e as ideias neo-atéias, quando se verificou um certo tom ácido relativo a doutrinas religiosas, em particular às doutrinas cristãs, com conclusões como: intolerância, totalitarismo, irracionalidade, etc, a partir do que se questionou, no microcosmo brasileiro, se essas ideias feririam os direitos expressos na Constituição Federal de 1988, em particular o direito fundamental de manifestação de crença, e se as mesmas iriam de encontro aos esteios fundantes de uma república democrática de direito, com uma pluralidade religiosa eminentemente intrínseca, como a brasileira, bem como se as mesmas amoldar-se-iam a um estado laico, como se propõe constitucionalmente ser o Brasil.

A partir de todo o exposto, em leitura quase introdutória, dependente de outros trabalhos, haja vista a complexidade do tema, viu-se que, ao que parece, as ideias divulgadas pelo estado pós-cristão, ao que indica a leitura posta, e, reitera-se, salvo melhor juízo, vão de encontro a uma república democrática de direito, que se firma, ainda que sob uma realidade em construção, em uma pluralidade religiosa, que deve ser garantida por uma estado laico, pautado na neutralidade, que por uma lado não se promiscui com uma religião oficial, e, de outro, garante a manifestação de fé de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. rev. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Constituição federal de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 de nov. 2021.

BRASIL. Código penal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 24 de nov. 2021.

CALDEIRA, C. (2018). Desconstrução do cristianismo: imperativo ontológico à experiência de Deus na pós-modernidade. *HORIZONTE - Revista De Estudos De Teologia E Ciências Da Religião*, 16(51), 1270. <https://doi.org/10.5752/P.2175-5841.2018v16n51p1270>.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.

CUNHA, Cleber da Cruz. Os desafios da manifestação de pensamento no estado democrático de direito: uma abordagem discursiva. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IBGE. Disponível em [:https://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/pdf/Pag_203_Religi%C3%A3o_Evang_miss%C3%A3o_Evang_pentecostal_Evang_nao%20determinada_Diversidade%20cultural.pdf](https://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/pdf/Pag_203_Religi%C3%A3o_Evang_miss%C3%A3o_Evang_pentecostal_Evang_nao%20determinada_Diversidade%20cultural.pdf)>. Acesso em 16 nov. 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

OLIVEIRA, Juliano Cordeiro da Costa. Do secularismo ao pós-secular: a religião em Feuerbach e Habermas. *Revista Reflexões, Fortaleza-CE - Ano 5, Nº 9 - Julho a Dezembro de 2016*.

STF. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>>. Acesso em 16 de nov. 2021.

EM DEFESA DA DEMOCRACIA, DA DIGNIDADE E DOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES SOBRE O NEGACIONISMO POLÍTICO

Kátia R. Salomão

Centro Universitário-UNIVEL, Cascavel, PR
salomao@univel.br

Gabriel Jasper Kracieski

Centro Universitário-UNIVEL /UNIOESTE
gabrieljasper6@gmail.com

INTRODUÇÃO

O artigo pretende perscrutar, a partir do conceito de Dignidade Humana, sobre a perniciosidade do negacionismo político, que começa com a desvalorização da Democracia e chega à desconsideração da existência de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. O negacionismo inicia-se na ciência renunciando a sua eficácia e validade, mas, atualmente, no cenário nacional e internacional, o imbróglio que o envolve vincula-se ao fato de extrapolar as barreiras científicas e atingir abruptamente a esfera da política.

Para Habermas, em sua obra ‘Sobre a constituição da Europa’ (2012), a Dignidade Humana é erguida toda vez que é negligenciada de alguma forma, pois ela é um sismógrafo capaz de mensurar os Direitos Humanos. Por isso, o problema de investigação enfrentado envolve conjecturar sobre o negacionismo político, que, por meio dos ecos dos clamores públicos pelo retrocesso, nega a Democracia e desloca o sentido da Dignidade.

Para Habermas, não existem razões para se abordar a Dignidade Humana sem conectá-la aos Direitos Humanos. Assim, a partir das atrocidades nazistas da Segunda Guerra Mundial, do Holocausto, isto é, condições negacionistas presentes no início do século XX, torna-se mais nítida e aparente a noção moral da Dignidade. Todavia, a justificativa de tal condição não pode ser apresentada apenas historicamente. Logo, ao se remontar às versões clássicas dos Direitos Humanos, tratados no sentido de inatos ou inalienáveis, deve-se perceber, em tais concepções, a ocorrência de uma sobrecarga de noções religiosas e metafísicas. Na modernidade, com o surgimento das sociedades complexas, ocorre, analogamente, a amplificação da Moral, mas que, gradativamente, rompe esses laços secularmente estabelecidos.

De acordo com Habermas, “(...) a noção geradora de status do reconhecimento social da Dignidade do outro fornece a ponte conceitual entre o conteúdo moral do respeito igual de cada um e a forma jurídica dos Direitos Humanos” (2012, p.19). Mediante tal afirmação, a Dignidade particular do status ou da honra digna torna-se universal e, por isso, capaz de projetar os Direitos Humanos na visão habermasiana.

O negacionismo, que primeiro foi histórico, depois científico e até mesmo climático, na era digital, expande-se substancialmente em informações vazias e confusas, como se a Doxa, criticada por Platão, em ‘A República’, tivesse encontrado êxito meritório nos novos tempos. Capacitado em simular a verdade, o negacionismo político está habilitado a negar a Dignidade Humana. Negacionismo que ultrapassa a esfera virtual para atingir o mundo da vida, apto em negligenciar qualquer tentativa de defesa da vida, da existência de Direitos Fundamentais ou, ainda, de Direitos Humanos.

Carl Sagan, ao defender a ciência dos ataques a ela dirigidos, em ‘O mundo assombrado pelos demônios’ (2006), a define como a maior conquista do homem. O objetivo desse arrazoado é defender do negacionismo aquilo que é concebido como a maior conquista política do homem: a Democracia e seu conjunto de instituições fundadas na Dignidade e nos Direitos Humanos. Essa tarefa pode ser realizada por meio da metodologia de análise dialética e bibliográfica das obras supramencionadas e comentadores correlatos a elas. Por fim, pode-se considerar que tanto a democracia quanto a ciência não têm resposta imediata para tudo; mas elas carregam consigo os princípios necessários a essa busca.

1 A NEGAÇÃO FILOSÓFICA *VERSUS* O NEGACIONISMO CONSPIRATÓRIO

Nesses tempos sombrios, sobressalta-se o desenvolvimento de uma postura negacionista confundida com a própria capacidade de exercício do senso crítico e da negação dialética. E quando se refere ao negacionismo, não se limita somente ao direcionando apenas ao negacionismo científico atual, mas a toda postura negacionista, a saber, o negacionismo do holocausto, o negacionismo das vacinas, no começo do século XX, o negacionismo da AIDS, o negacionismo climático, entre tantas outras posturas que se manifestam nas inúmeras condutas que inspiram as mais variadas teorias da conspiração.

A ética é o ponto de partida para a tomada de decisão, seja ela negacionista, crítica ou neutra. O ethos proveniente da Antiguidade Clássica parece muito distante da atual realidade. Porém, será que essa afirmação tem sentido ou será que, de algum modo, ocorre uma reprodução dos comportamentos éticos ancestrais, como os dos antepassados gregos? Os contemporâneos da era da informação, considerados evoluídos e ‘modernos’, precisam acender o sinal de alerta mental para certas coisas, que nem sempre se apresentam como realmente são.

Mas, esse emaranhado entre postura negacionista e negação dialética, ou seja, a capacidade filosófica de questionar e levantar antíteses a respeito das coisas da vida precisa ser esmiuçada a fim de dissolver tais imbróglis.

O grande conflito da Antiguidade Clássica de Platão e Sócrates, da disputa entre aparência e essência, indubitavelmente, não foi superado. Nesse sentido, tanto Platão quanto Sócrates alertaram sobre a Doxa, sua aparência de verdade, seus impactos para a vida ética, seus desdobramentos às ações e decisões dos indivíduos.

Francalanci (2010) considera que o termo Doxa se insere em um contexto conflituoso de ideias e se articula com variantes centrais em relação ao seu significado no interior da Paideia Grega; nos livros da República de Platão, no Teeteto, dentre outros momentos, a Doxa vai receber tratamento distinto. Aqui, nesse excuro, a Doxa foi considerada a partir de sua incursão no livro II e III com o foco de postular sua simbologia como opinião particular, apontado como resultado de um comportamento intrínseco ao sujeito do conhecimento.

De tal forma, a Doxa corresponde, na República, a um tipo de realidade sensível; são as sombras, são a aparência do conhecimento seguro e verdadeiro, o qual, por sua vez, é caracterizado como Epistémé. Na República, Platão divide a Doxa entre eikasía (imaginação) e pístis (crença). O conhecimento da realidade sensível (Doxa) subdivide-se em: imaginação (eikasía), que corresponde ao conhecimento das sombras, como é metaforicamente caracterizado no mito da caverna; e crença (pístis) comum, vinculada ao ethos humano. De acordo com Platão, as imagens correspondem: “as sombras, depois os reflexos que avistamos nas águas, ou à superfície dos corpos opacos, polidos e brilhantes (...)” (PLATO, Republic, p. 101, Tradução Nossa).

Essa mesma, a *Dóxa*, foi descrita por Platão⁷⁷ e por Sócrates como uma opinião superficial a respeito das coisas, da vida e do cotidiano social. Para esses pensadores da Grécia Antiga do século IV a. C., as pessoas eram influenciadas por opiniões alheias, o que as dotava de uma verdade irrefutável a respeito da vida comum. Era o império da *Doxa*, o reinado de opiniões especulativas sobre a realidade.

Platão especulava que a *Doxa* simula uma realidade, sendo a mera manifestação da aparência, ou seja, daquilo que dissimula o olhar sobre o que essencialmente é real. Segundo Platão, a verdade não se vincula ao objeto sensível “[...] não se encontra nela mesma, mas na ideia da qual é cópia [...] o conhecimento verdadeiro não está na opinião (*Dóxa*) que resulta da apreensão do sensível (CASAGRANDE, 1999, p. 112).

Entretanto, será que ainda estamos sobre a égide do reinado da *Doxa*? Mesmo diante das mudanças históricas inegáveis e apesar das ‘centenas de milhares’ de anos que nos separam deles, suspeitamos que Platão e Sócrates continuam muito atuais. A *Doxa*, hoje, pode ser aproximada do senso comum, como das sombras e da crença compartilhada pelo homem gregário dos séculos de Platão, vinculada ao mundo da vida e presente na esfera pública. O senso comum, que é uma simples opinião, em geral, pessoalizada, que nas redes sociais pode viralizar e tornar-se a opinião de muitos, conseqüentemente, transmuta-se na *eikasía* (imaginação) e *pístis* (crença).

Na nossa época, existem muitas opiniões rasas, falaciosas, subjetivistas que convergem nos negacionistas conspiratórios. Por isso, simulam uma situação que não é real. Simulam uma ilusão e uma aparência do real. O negacionismo, que primeiro foi histórico, depois científico e até mesmo climático, na era digital, expande-se substancialmente em informações vazias e confusas, que simulam a verdade. A *Doxa* é puro subjetivismo, relativismo e pluralismo sem nenhuma verdade. Essa *Doxa* é o ‘lócus’ do negacionismo, das opiniões sem conteúdo e nulas de validade.

⁷⁷ Plato, Republic, 368d. (Domínio público). Disponível em: <http://faculty.smcm.edu/jwschroeder/Web/ETHR1002/Global_Justice_Readings_files/3.PlatoRepublic.pdf>. Acesso em: 02 de dez. 2021.

2. NEGACIONISMO VERSUS NEGAÇÃO DIALÉTICA

De tal modo, os novos tempos são a época do simulacro da ética, na qual o negacionismo substitui a possibilidade do senso crítico, que, em Platão e Sócrates, demonstrava o que realmente valia a pena ser vivido, isto é, a essência da vida humana, a manifestação da autonomia da razão humana ou, ainda, aquilo que realmente importa, ou seja, a essência de todas as coisas.

Para os gregos do período em que viveu Sócrates, a negação dialética era algo necessário para a desconstrução das opiniões rasas e superficiais: o ato de negar estava em repudiar as desigualdades da vida social ou, ainda, em buscar refutar a máscara que omitia a realidade. Os gregos atenienses julgavam que, por viverem em uma democracia, tinham um sistema igualitário e melhor que os demais sistemas de governo. Julgavam que, por terem um modelo de educação, afinal, foram eles (pensadores gregos) que inventaram a educação, eram mais cultos e inteligentes que os demais povos da Antiguidade e, talvez, diante de um mundo cego, aqueles que aprenderam a ver as sombras; acreditavam que as sombras eram reais.

A própria razão atinge pelo poder da dialética, formulando hipóteses que ela não considera princípios, mas realmente hipóteses, isto é, pontos de partida e trampolins para elevar-se até o princípio universal que já não pressupõe condição alguma; uma vez apreendido este princípio, ela se apegue a todas as consequências que dele dependem e desce assim até a conclusão, sem recorrer a nenhum dado sensível, mas tão somente às ideias, pelas quais procede e às quais chega (PLATÃO, 1965, p. 103).

No modelo de educação dos gregos, os Sofistas (rivais de Sócrates) pregavam por meio do discurso retórico, suas Doxa/opiniões, isto é, suas visões limitadas sobre o mundo existente. Sócrates foi o primeiro a erguer-se contra essas ideias pré-concebidas. E ele, como qualquer pessoa que se coloca contra o discurso vigente, pagou caro por isso. Nesse momento, você (aluno) deve estar se perguntando: mas que legal ser negacionista, pois essa foi a postura de Sócrates diante de sua pseudorealidade, na qual estava circunscrito? Você pode, inclusive, sentir-se impelido a acreditar que ser um Sócrates moderno seria negar a tudo e a todos! Todavia, a postura da negação dialética nada tem a ver com negacionismo. A dialética é uma ferramenta filosófica que quer trazer algo de novo à tona. A dialética persegue a verdade e procura sobressair discursos válidos superando as trevas da ignorância.

Porém, o negacionismo, difundido principalmente nas redes sociais, tornou-se algo tão constante que a negação já não é mais a crítica; ele (o ato de negar) é a própria regra. Negar a verdade é aderir às sombras e propagar discursos pré-fabricados, para a pseudossatisfação individualista e restrita. Assim, cada um pode creditar para si a condição da inteligência e da esperteza pré-fabricada e cada qual à sua maneira satisfazem a si mesmos, autointitulando-se ‘críticos negacionistas’, um criticismo esvaziado de dialética e de episteme.

Malgrado Anitto, Meleto e Lincão considerarem que estavam promovendo um bem maior para a sociedade Grega, ao acusar Sócrates diante do tribunal de Atenas, eles erraram. Nós recusamos a verdade, rejeitamos a essência dos discursos e compramos argumentos preconcebidos, de maneira que, como os sofistas, falhamos.

Nos novos tempos, ainda resta uma centelha de esperança. De acordo com o pensamento de Habermas, toda esperança atrela-se aos princípios esvaziados da moralidade e imersos em conteúdo discursivo proveniente do mundo da vida e da razão prática. Para ele, toda vez que as problemáticas do mundo da vida são ressoadas nos discursos, nos quais imperou a Doxa e a aparência do real, princípios, como a Dignidade Humana, sobressaltam-se como um grito de esperança ‘utópica’ para tais indivíduos. “Em síntese, Habermas argumenta (...) o modelo discursivo da razão prática: a repressão dos interesses generalizáveis mediante seu tratamento como interesses particulares” (McCARTHY, 1987, p. 414, tradução nossa).

Portanto, as degenerações discursivas, nas quais estão imersas as pessoas no mundo da vida, segundo MacCarthy (1987), continuam sendo provenientes dessa inversão, devendo ser compreendidas a partir da crise de legitimação no capitalismo, mas não apenas do ponto de vista econômico. Não obstante, para Habermas, a crise atua em todos os sistemas do mundo da vida, isto é, afeta todas as extensões das organizações da vida humana e das instituições estatais. Isso significa uma crise da racionalidade, condicionada aos critérios de uma racionalidade estratégica voltada para o sucesso técnico da Economia e da Política e analisada como a submissão das sociedades contemporâneas à instrumentalização das relações humanas.

Diante de tal faceta, o humano é menos digno, quer faça parte do mundo sistêmico, quer faça parte do mundo da vida, sendo a única forma de escapar dessa cilada da modernidade e tentar obter níveis de esclarecimento. Ao retornar

a Platão e a Sócrates, pode-se considerar que seria trazer o conhecimento imamente a si, por meio da dinâmica dialética maiêutica, fazendo esse sujeito sair das sombras da Doxa.

Do contrário, resta, aos discursos negacionistas, todas as condições para que se alastrem no mundo da vida de cada indivíduo, de tal forma comprometendo as suas percepções pessoais. Na esfera pública, o negacionismo invade e, conseqüentemente, estabelece padrões de conduta duvidosos. Princípios, como Dignidade Humana, Direitos Humanos, democracia, nos últimos tempos, passaram a ser enfrentados a partir do negacionismo, que os solapa, infringindo-lhes os mais absurdos e degradantes tratamentos.

3. DEMOCRACIA EM TEMPOS DE POLARIZAÇÃO E AS REDES SOCIAIS

Caso a problemática do negacionismo frente à dinâmica filosófica tenha como propósito principal abordar a perniciosidade do negacionismo político para as sociedades democráticas, tal tarefa estaria incompleta se o fenômeno correlato da polarização não fosse importado ao texto. Carl Sagan, em *O mundo assombrado pelos demônios*, lembra que a pseudociência e a ciência errônea são duas coisas absolutamente distintas: esta prospera e aprende com seus erros; aquela formula hipóteses com o intuito de se tornar invulnerável a qualquer experimento que ofereça refutação (SAGAN, 2006, p. 39).

Malgrado esse processo, no qual a pseudopolítica torna-se aquela incapaz de reconhecer erros e buscar caminhos melhores para o mundo da vida e suas demandas, é preciso ressaltar que a pseudopolítica cria narrativas de modo a se impermeabilizar às críticas, sendo o próprio discurso mascarado e avultado da sua verdadeira essência. Assim, como acontece com a pseudociência, com seu potencial de reunir uma massa de adeptos em todo o mundo, a pseudopolítica conta com um grande contingente de fiéis, incapazes de perceber para além da Doxa, do senso comum restritivo, limitado e limitador.

Grupos pseudopolíticos, que se fecham dentro de uma narrativa própria (normalmente, alinhados a um líder populista), à medida que se impermeabilizam de críticas e do diferente, polarizam-se tanto política quanto socialmente. Mais que isso: grupos políticos alinhados em uma narrativa própria costumam unir-se justamente pela existência de um outro grupo, composto invariavelmente por inimigos da nação. A bipolarização do mundo, que remete à Guerra Fria, na visão

de Habermas, em ‘A nova intransparência’ (1987), precisa urgentemente ser superada em nome da verdadeira democracia e dos princípios vinculados a ela. Para esse pensador alemão, ficar preso aos velhos modelos polarizados é negligenciar a possibilidade de preservar a democracia:

Trata-se, pois, em primeiro lugar, da questão dos limites da possibilidade de conciliar capitalismo e democracia e, em segundo lugar, da questão das possibilidades de produzir novas formas de vida com instrumentos burocrático-jurídicos (HABERMAS, 1987, p.107).

Em países desenvolvidos, sobretudo os Europeus e os Estados Unidos, que assistem ao mesmo tempo à estagnação econômica e ao aumento na imigração, elegem-se, como inimigos da nação, os imigrantes, sendo eles os considerados culpados pela estagnação ou declínio de sua qualidade de vida. Em países subdesenvolvidos, por outro lado, onde a imigração não é um problema, o grupo inimigo é composto sobretudo por aqueles com ideologia política diversa (MOUNK, 2019, p. 187). Isso toma forma de um discurso que opera de maneira perigosa na esfera pública e invade as relações do mundo da vida, afetando os vínculos sociais e humanos.

Aquilo para o qual se deve chamar atenção é que, em ambos os casos, existe, na polarização política, não só o pertencimento a um grupo e a impermeabilização do contato dialético com ideias e crenças diferentes, que por si só apresenta consequências imensuráveis à democracia e sua forma de funcionamento, mas também a eleição de um grupo que passa a ser entendido como ‘subumano’, isto é, um grupo para o qual a garantia de Dignidade humana e dos Direitos Humanos e fundamentais não importa muito; um grupo para o qual ataques cada vez mais raivosos são permitidos; um grupo que, num mundo ideal, nem deveria existir.

Em termos mais diretos: a polarização, ao fortalecer sentimentos odiosos contra um grupo, enfraquece a crença absolutamente necessária de que todos são igualmente dignos. O negacionismo é estabelecido como critério que projeta a bipolarização da pseudopolítica em um plano macro, capaz de negar a ciência, de sobrepujar a dinâmica da vida, de esfacelar a Dignidade e, por fim, de suplantiar qualquer forma de existência de Direitos Humanos.

Habermas, é a responsável pelas perturbações da reprodução cultural, manifestadas na perda de sentido e, conseqüentemente, pelas correspondentes crises de legitimação e orientação. Desponta no Estado de anomia e nos conflitos de insegurança da identidade coletiva, a ascensão do fracasso

da integração social enquanto principal indicador de crise, a saber, da alienação social, da latente violação dos Direitos Humanos e da total insegurança de uma vida digna. (SALOMÃO, 2021, p. 26).

Demonstrado o quanto a polarização contribui à consolidação de um negacionismo político, uma pergunta óbvia sobressai: é possível enfrentar a bipolarização? A resposta, contudo, passa por um diagnóstico de época desanimador. O próprio Habermas, acusado de ser um otimista, por tentar reestabelecer parâmetros para a razão, após a primeira geração da teoria crítica ter se esvaziado de significado, tem total clareza sobre tais dificuldades. Ele, apesar de acreditar na democracia, tem consciência de o quanto as redes sociais muito têm contribuído para a bipolarização e como, nesses lócus, se proliferam mais adeptos. Habermas, em primeiro lugar, parece muito consciente sobre “(...) os limites da possibilidade de conciliar capitalismo e democracia e, em segundo lugar, da questão das possibilidades de produzir novas formas de vida com instrumentos burocrático-jurídicos” (HABERMAS, 1987, p.107).

Só restariam condições para a efetivação de formas de vida emancipadas e dignas, perante um tipo de ativismo jurídico com capacidade procedimental de juridificação (mesmo que limitada), com a tarefa de promover o papel intervencionista do Estado, principalmente no que tange ao mundo do trabalho. Nesse sentido, deve ter o enfoque de exercer a capacidade de minorar as crises existentes, criando um poder democraticamente legitimado pelo Direito e, principalmente, capacitado em sobrepujar o discurso bipolarizado.

O mundo da vida, que decorre de uma esfera pública, em que as redes sociais se tornaram a possibilidade de qualquer um, inclusive um anônimo, de compartilhar informações políticas. Mounk (2019) considera que, antes da democratização da informação pelas redes sociais, ainda que com seus pontos negativos e que, possivelmente, enviesada, os canais televisivos, ao informar, respeitavam pressupostos democráticos básicos, isto é, a televisão não é palco de opiniões extremadas, mas sim dos fatos. Com a possibilidade de qualquer um opinar ou compartilhar informações pelas redes sociais, opiniões extremadas passaram a encontrar espaço em todos os meios comunicativos. Nesse sentido, as redes sociais contribuem para a polarização tanto no sentido de ter um funcionamento que dificulta o contato com o diferente quanto no sentido de dar voz às opiniões mais extremadas e, portanto, deixar a bipolarização ‘mais polarizada’.

4. EM DEFESA DA DEMOCRACIA, DA DIGNIDADE E DOS DIREITOS HUMANOS

Por sua vez, pode-se comparar tais denúncias negacionistas aos demônios políticos que assombram a democracia; é porque existe uma correlata preocupação não no sentido alarmista, mas no sentido protetivo, mesmo prevendo os danos causados por estes aos sistemas democráticos ou pseudopolíticos. Justamente pelo fato de a democracia constituir a maior conquista política do homem, todas as ameaças a ela identificadas devem ser bravamente enfrentadas: por isso, há a necessidade de demonstrar que negar a democracia significa negar aquilo que nos torna sociáveis, dignos e humanos.

A democracia e seu conjunto de instituições, que se mostraram historicamente como as únicas capazes de defender os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, precisa categoricamente ser afastada de discursos que neguem seu potencial emancipador e libertador. Assim, sobre o cotejo entre ciência e democracia, Sagan advertirá o quanto os valores são parecidos:

Os valores da ciência e os da democracia são concordantes, em muitos casos indistinguíveis. A ciência e a democracia começaram – em suas encarnações civilizadas – no mesmo tempo e lugar, na Grécia dos séculos VI e VII a.C. [...]. Tanto a ciência como a democracia encorajam opiniões não convencionais e debate vigoroso. Ambas requerem raciocínio adequado, argumentos coerentes, padrões rigorosos de evidência e honestidade. A ciência é um meio de desmascarar aqueles que apenas fingem conhecer. É um baluarte contra o misticismo, contra a superstição, contra a religião mal aplicada a assuntos que não lhe dizem respeito. Se somos fiéis a seus valores, ela pode nos dizer quando estamos sendo enganados. (SAGAN, 2009, p. 59)

A democracia, por sua vez, é um meio de frear impulsos tiranos; é um sistema político que luta para manter sob controle o lado perverso do homem; é a única forma de organização social que se mostrou capaz de não só admitir, como também respeitar a humanidade e de defender Direitos Humanos – que, no fundo, são um apelo ‘moral’ pelo tratamento minimamente digno que todos devem receber, tanto em face do Estado quanto em face de outros indivíduos que coparticipam daquela sociedade.

Nesse âmbito, considere-se o fundamento filosófico que deu bases à construção de Direitos Humanos – e esses, mais tarde, foram incorporados em Constituições democráticas sob a alcunha de Direitos Fundamentais – é o do

homem como fim em si mesmo, apresentado por Kant em *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT, 1988, p. 71).

Desse Imperativo Categórico – um mandamento moral acessado pela razão – decorre que nenhuma raça, credo ou classe poderão ser menosprezados e que não existe algo como hierarquia de Dignidade. A humanidade aparece, assim, em Kant, como universal e intrinsecamente digna. No reino dos fins, dirá Kant, tudo tem um preço ou dignidade: o homem, por ser insubstituível em sua humanidade, é intrinsecamente digno (Kant, 1988).

Embora a noção de Dignidade intrínseca possa parecer natural, em todo o curso da história que antecede o supracitado autor, sempre esteve ligada a algum atributo externo ao homem: à sua posição social, à sua posição econômica, à sua raça; no caso de Roma, por volta do século I-III d. C., alinhava-se à posição de cargo pública, à (rés) coisa pública. Até mesmo o homem digno, por ser imagem e semelhança de Cristo, não é intrinsecamente digno, mas tão somente na medida em que descende de uma autoridade divina; nesse sentido, a insurgência do homem digno em si mesmo é construção filosófica que merece destaque. Mais que isso, tamanha é sua contribuição que se evidencia como um ensaio que se propôs adstrito ao âmbito da filosofia moral, tendo se tornado onipresente na jurisdição constitucional moderna.

Uma vez consolidada essa base filosófica da Dignidade Humana, Norberto Bobbio chamará atenção para o fato de que o problema dos Direitos Humanos e da Dignidade Humana não é filosófico, mas sim jus-político:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 25)

Evidentemente, o modo mais seguro de garantir a efetivação dos Direitos Humanos é em uma democracia. Habermas considera que essa é uma resposta, inclusive, problemática, mas necessária. O flerte antidemocrático, qual seja, aquele que promove a negação da Dignidade Humana, faz-se assustadoramente presente mundo afora e, quanto mais movimentos como esses houver, tanto mais realçada deve ser a única resposta possível ao caminho para a efetivação de direitos humanos e garantias fundamentais: a democracia.

Embora alguns juristas conclamem o princípio da Dignidade Humana, inclusive utilizando-o de forma abstrata e discricionária, o seu conteúdo jurídico nem sempre é aplicável⁸. Toda vez que a Dignidade Humana é violada em seu conteúdo, ela desponta como termômetro capaz de mensurar as negligências aos Direitos Humanos. Logo, a Dignidade Humana desponta como “fonte de motivação moral para a práxis constitucional” (HABERMAS, 2012, p. 19).

Nesse sentido, os movimentos antidemocráticos, polarizadores e extremistas, capacitados em atingir o depositário de confiança em instituições democráticas sérias, convergem em uma postura negacionista na medida em que ameaçam a base fundamental de proteção à dignidade do homem, a Democracia.

Seria exagero afirmar que a democracia é uma das maiores conquistas políticas da Humanidade? Pode-se até olvidar disso, mas, se essa pergunta tiver resposta afirmativa por muitos, isso se deve, pelo menos, às seguintes características essenciais desse sistema político: promoção do sufrágio universal; criação de instituições e órgãos, cuja finalidade se volta à proteção de direitos e garantias tanto individuais quanto sociais; indispensável normatividade de uma Constituição; sistema de ‘freios e contrapesos’ (checks and balances), impedindo a sobreposição autoritária de um poder ao outro; existência de cláusulas pétreas. “Direitos humanos sempre surgiram primeiro a partir da oposição à arbitrariedade, opressão e humilhação” (HABERMAS, 2012, p.16), sendo a Democracia a instituição protetora de tais direitos. Habermas considera que:

A Dignidade Humana é um sismógrafo que mostra o que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática—a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem se dar para poderem se respeitar reciprocamente como membros de uma associação voluntária de livres e iguais. Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua Dignidade Humana (HABERMAS, 2012, p.16).

Nem sempre as Constituições vinculam Dignidade Humana e princípios como critérios, mas é realidade, em nosso sistema normativo, notoriamente, ha-

⁸ Cf. Luís Roberto Barroso, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, que alerta para a banalização do conceito de Dignidade Humana, decorrente das tentativas de invocar tal princípio, tão atraente pela sua universalidade, em casos banais (BARROSO, 2016, p. 23).

ver as cláusulas pétreas, que foram feitas para proteger o povo de possíveis tiranias ou abuso de poder, de maneira que possam subverter a ordem democrática, mesmo que instrumentalizando vias que seriam tecnicamente legais.

Nos dias atuais, não se pode negar as conquistas democráticas, já que são elas os critérios protetivos para certa parcela da ‘vontade popular’, que, ancoradas da impetuosidade dos movimentos populistas e na omissão de instituições ou de algum dos poderes e, inclusive pela supressão de alguns direitos fundamentais, clamam por governos ditatoriais.

De acordo com Habermas, o apelo aos Direitos Humanos está intrinsecamente imbricado à inviolabilidade da Dignidade Humana, uma vez que, por meio dela, “(...) o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado ao direito” (HABERMAS, 2012, p.16). A Dignidade é um tipo de articulação conceitual com sobrecarga moral, capacitada em atribuir, ao Direito, a responsabilidade de zelar pelo respeito igual a cada um. Por isso, toda vez que se suprimem direitos, o discurso da Dignidade toma forma e ressoa como um alerta para a manutenção do reconhecimento democrático. De acordo com uma dinâmica negativa, tais direitos invioláveis são afetados indistintamente pelas crises econômicas e políticas. Habermas não é ingênuo quanto a essa realidade, mas, mesmo assim, pensa ser a Dignidade Humana, por meio de um discurso amparado na solidariedade entre estranhos, capacitada a influenciar uma nova ordem mundial no sentido kantiano e cosmopolita do termo.

A ‘Dignidade Humana’ seria, por um lado, em sua condição essencial, uma expressão fundamental e normativa de um princípio jurídico, norteador das decisões quando ocorre o esfacelamento de Direitos Humanos compartilhados nas democracias e, por isso, desempenharia um papel hermenêutico. Mas, por outro lado, por vezes, diante das crises sistêmicas de violação à Dignidade, ela acaba por emanar direitos individualizados e esvaziados de sentido, inexpressivos e rasos. Esse teor de entendimento conflitante e problemático sofre de uma dualidade lógica: ora ele é moral e estreitamente atrelado a uma eticidade; ora é formal e positivado no direito normativo.

Habermas resgata a sua teoria dos Direitos Fundamentais, presente na obra ‘Direito e Democracia’, com base no conceito de Dignidade Humana. De acordo com o pensador alemão, as condições históricas resgatadas conseguem delinear os motivos que apontam para a ligação originária entre os Direitos Humanos e a Dignidade Humana, visto que a Dignidade se manifesta como uma

“(…) substância normativa de dignidade igual de cada um” (HABERMAS, 2012, p.13).

Nesse sentido, para Habermas, não existem razões para se abordar Dignidade Humana sem conectá-la aos Direitos Humanos. Assim, a partir das atrocidades nazistas da Segunda Guerra Mundial, do Holocausto, torna-se mais nítida e aparente a noção moral da Dignidade. Mas a justificativa de tal condição não pode ser apresentada apenas historicamente. Logo, ao se remontar a versões clássicas dos Direitos Humanos, tratados no sentido de inatos ou inalienáveis, deve-se perceber, em tais concepções, a ocorrência de uma sobrecarga de noções religiosas e metafísicas. Na modernidade, com o surgimento das sociedades complexas, ocorre, analogamente, a amplificação da Moral, mas, gradativamente, rompe esses laços secularmente estabelecidos.

De acordo com Habermas, a problemática central está vinculada em como a Dignidade particular do status ou da honra digna torna-se universal e, por isso, capaz de projetar os Direitos Humanos (?). Para atingir uma resposta satisfatória, Habermas considera que o Direito e a Moral “(…) se liberaram da simbiose do Direito Natural entre fatos e normas, autonomizando-se e desenvolvendo-se, a princípio, em direções opostas” (HABERMAS, 2012, p.20).

A Dignidade torna-se visível diante da ausência de respeito à alteridade social, de frente com o desrespeito das minorias culturais, linguísticas, religiosas, raciais ou, ainda, fica aclarada diante da expulsão de migrantes que adentram uma nova cultura e são obrigados a se desvincular dos códigos de moralidade de honra tradicionais.

A Dignidade Humana deve ter, em seu cerne, uma ‘substância normativa’ capaz de desempenhar papel procedimental, até mesmo com força para sustentar a construção de novos Direitos Fundamentais, entre a diversidade de todos os humanos. Parafraseando o argumento de MacCrudeen, no seu ‘Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights’, para o ‘The European Journal of International Law’: ela existe, diante da adversidade e da necessidade de expandir direitos existentes (McCRUDDEN, 2008, p. 39, tradução nossa).

A Dignidade Humana expressa-se com o peso de realizar um ideal normativo, apresentado por Habermas como transcendental. Em ‘Direito e Democracia’, parece que o peso do conteúdo moral é menos influente, já que ele aparece como plano confirmador da legitimidade e força de reconhecimento do Direito, já existente. Agora, o conteúdo moral torna-se a fonte do Direito, que deve,

por meio do filtro da Dignidade, ser capaz de realizar Direitos Humanos. A carga moral está atrelada à noção de justiça, compartilhada intersubjetivamente nos discursos fáticos.

Considera-se que a Dignidade Humana tem uma função de mediação entre a esfera da moralidade de deveres e a Política, ou seja, toda a humanidade carrega em si certo conteúdo, voltado para uma solidariedade entre estranhos, capaz de tocar os direitos legais, estabelecidos normativa e constitucionalmente no Estado democrático. Consequentemente, a Dignidade é um prelúdio do igual respeito, motor da formulação dos direitos de todos os indivíduos, dotados da capacidade de reivindicá-los no Estado de Direito.

Para Habermas, caso essa tarefa se tornasse legítima e reconhecida na arena política e jurídica, a Dignidade Humana materializaria uma solução homeopática, com o enfoque em resolver os conteúdos dos Direitos Humanos, em comparação com outros padrões éticos e políticos, incluindo direitos morais e legais (TASIOULAS, 2013, p. 03, tradução nossa).

No limiar da Dignidade Humana, os direitos pleiteados permanecem formalizados num processo deliberativo que, por vezes, está comprometido com a instrumentalidade do mundo sistêmico. A saída para esse impasse, na visão de Habermas, seria: direitos devem ser fomentados num processo de deliberação coletiva de reconhecimento, em que o discurso negacionista precisa urgentemente ser suplantado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há menos de um século, o pragmatismo científico imperava e, por isso, só tinha validade aquilo que era confirmado pela ciência. Ressoa estranho o fato de que, em menos de cem anos, as coisas modificaram-se a ponto de se colocar em xeque a ciência a partir das teorias conspiratórias e, ainda, como tal estratégia acabou por invadir outras esferas do mundo da vida, atingindo inclusive preceitos fundamentais da democracia: nega-se a vida, a Dignidade Humana; até os Direitos Humanos, uma das grandes conquistas da Humanidade, padece imerso nesse contexto. Por isso, a necessidade de compreender qual as origens que fundamentam o negacionismo: seria pura maldade arraigada na natureza humana (?). Suspeita-se que não e aposta-se noutra hipótese de abordagem para o negacionismo.

O negacionismo é apresentado como a maximização das sombras da caverna e como o reinado da opinião superficial e aparente. Negar a política Democrática e suas instituições, como grandes conquistas do homem ao longo da história ocidental, por mais que risque a superfície de um discurso paranoico, pode ser irremediavelmente comparado com o ambiente corrosivo, no qual a esfera pública tornou-se uma caverna de redes sociais que propagam a escuridão, o senso comum, a negação da vida e dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, esse movimento de negar a verdade da ciência e da política acaba por contribuir para consolidar o sintoma extremo dessa crise, em que fatos objetivos passam a ter menos relevância que a opinião vazia de sentido (Doxa). A crença corriqueira está associada à ideia do mundo evoluindo e do progresso da história: constata-se, nessa afirmativa, que não passa da manifestação de mais um senso comum, ao qual o homem ocidental continua agrilhoado, com ideias aparentes sobre a realidade. Afinal, retomamos os conceitos gregos de Platão do Século IV a.C., os quais ainda explicam o comportamento e o ethos humanos presentes em nossos dias.

Habermas, ilustre pensador alemão acredita na necessidade de garantir, mesmo diante das crises discursivas as quais estão atrelados tais discursos negacionistas imersos no extremismo e na polarização política, os princípios balizares da Democracia ocidental: Dignidade Humana e Direitos Humanos. Sagan compreende no seu 'O mundo assombrado pelos demônios' o analfabetismo científico como um mau que precisa ser combatido em nome da verdadeira Ciência Moderna. A pseudociência que precisam ser combatidas bem como a pseudopolítica precisa ser esclarecida, caso se deseje defender a Democracia e a Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. De Carlos Nelson Coutinho; apes. De Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, Nova ed., 13^o reimpressão, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 4^o reimpressão, 2016.

CASAGRANDE, Lino. O sentido da alegoria da caverna em Platão. Conjectura. Ed. da Universidade de Caxias do Sul, V. 4, n 1/2, p. 108 – 125, jan/dez 1999.

FRANCALANCI, Carla. Considerações sobre a Dóxa no Livro III da República. In: Journal of Ancient Philosophy Vol. IV 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/filosofiaantiga/article/view/42565>>. Acesso em: 2 de nov. 2020.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a Constituição da Europa: um ensaio. Tradução de Denilson Luiz Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: editora Unesp, 2012.

_____. A Nova Intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. In: Novos estudos. São Paulo: CEBRAP, n. 18, set. 1987. (Conf., p.107).

_____. Intolerance and discrimination. Oxford: University Press and New York School of Law, I. CON, Volume 1, Número 1, 2003, p.2-12.

_____. Sobre a Constituição da Europa. São Paulo: Unesp, 2012.

_____. Zur Verfassung Europas: Ein Essay. Berlin: Suhrkamp, 2011.

_____. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições, 2002.

KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Traducción de Manuel García Morente (1921). Madrid: Espasa Calpe, 1980, 6ª ed.

MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

McCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. In: The European Journal of International Law, vol. 19, 2008.

McCARTHY, Thomas. La Teoría Crítica de Jürgen Habermas. Madri: Tecnos, 1987.

PLATO, Republic, 368d. (Domínio público). Disponível em: <http://faculty.smcm.edu/jwschroeder/Web/ETHR1002/Global_Jutice_Readings_files/3.PlatoRepublic.pdf>. Acesso em: 02 de dez. 2021.

SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SALOMÃO, Kátia R. Habermas versus Kant: a legitimidade e a legalidade da Dignidade e dos Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2022.

TASIOULAS, John. Human Dignity and the Foundations of Human Rights. University College London: January , 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2557649> or [http:// dx.doi.org/10.2139/ssrn.2557649](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2557649) . Acesso em: 20, jan., 2016.

REFLEXÕES SOBRE DIGNIDADE HUMANA E DIREITO COSMOPOLITA KANTIANO COMO ALTERNATIVA ÀS CONDIÇÕES DOS IMIGRANTES: EM BUSCA DE UMA CULTURA FRATERNA

Kátia R. Salomão

Centro Universitário-UNIVEL, Cascavel, PR
salomao@univel.br

Paulo Roberto de Oliveira Hara Junior

Centro Universitário-UNIVEL, Cascavel, PR
paulo_hara@outlook.com

INTRODUÇÃO

No mundo atual, aproximadamente dois séculos depois da teoria de Kant, existem normas, tratados internacionais e políticas públicas que visam à proteção da Dignidade Humana do imigrante. Todavia, ao perscrutar sobre tais garantias normativas e ao analisar a sua aplicação, observa-se uma falha imensa em sua eficácia em realmente ofertar um espaço cosmopolita de cooperação entre os povos. Não são poucos os momentos em que imigrantes, devido ao seu caráter de maior vulnerabilidade, são obrigados a submeterem-se a tratamentos e condições omissas aos seus Direitos Humanos, que, conseqüentemente, ferem a sua Dignidade.

O artigo irá analisar a condição de (in)efetividade da Lei 13.445/2017, que contém um conjunto de normas e garantias jurídicas para a proteção dos direitos individuais, sociais e coletivos do imigrante, em face à teoria cosmopolita de Kant. O artigo 3º da Lei de Migração promove princípios e diretrizes de amparo ao imigrante, promovendo o repúdio a qualquer forma de discriminação, a inclusão social, a igualdade de tratamento, oportunidades, dentre outras garantias. O artigo 4º dessa mesma Lei versa ainda sobre a proteção de direitos fundamentais, como a inviolabilidade ao direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade.

Já a Comissão Internacional de Direitos Humanos, expôs que os imigrantes possuem uma condição de vulnerabilidade, já que encontram grandes dificuldades na adaptação ao novo país. Isso decorre devido às diferenças étnicas,

linguísticas, sociais e, sobretudo, por conta do preconceito oriundo do sentimento de nacionalismo oportunizado no âmbito político. Logo, tais barreiras causam prejuízos inestimáveis aos imigrantes, frustram o acesso aos direitos fundamentais e políticas públicas capazes de proporcionar materialmente o princípio da igualdade de forma plena e a dignidade desse grupo, conforme busca o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Dignidade Humana é um princípio que assegura garantias a todos os sujeitos de direito. Esse princípio está, inclusive, para além do nascimento civil, pois é direito existente já na concepção do indivíduo. Assim, mesmo antes do nascimento, em vistas do princípio da Dignidade Humana, indiferentemente à cor, raça, sexo, origem, estado econômico ou outros fatores, todos os sujeitos têm direito à vida, aos Direitos Humanos, em sua integralidade, e à Dignidade. O direito à dignidade humana vem como uma forma de proteção ao homem em todas as esferas jurídicas, conforme destaca o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Immanuel Kant (2004) é o primeiro pensador da filosofia a formular um conceito de Dignidade Humana. Para ele, pessoas são um fim em si mesmas e têm dignidade, enquanto coisas têm preço/valor e são meios para fins. Kant apresenta sua concepção de Dignidade assentada na teoria do cosmopolitismo, um tipo de Direito internacional necessário para regular a própria Dignidade de todos os povos. Por isso, o cosmopolitismo está engendrado em duas ideias principais: a primeira trata sobre todos os países adquirirem políticas de hospitalidade, objetivando que o direito à Dignidade Humana esteja permanentemente assegurado, independentemente de onde o sujeito de direito esteja; já a segunda ideia, trata sobre a criação de alianças entre estados, de maneira que iriam agir em cooperação, mas sem perder a sua soberania. Suspeita-se que a estratégia de Kant é ousada, mas tem sua pertinência no sentido de tratar-se das questões que envolvem a negligência de direitos ao migrante.

A teoria do cosmopolitismo, apresentada por Kant, trata-se de uma tentativa filosófica de vislumbrar a união dos Estados, no sentido do constructo de um espaço harmonioso para a cultura da paz e mantenedor dos direitos relacionados à Dignidade Humana a todos, indiferentemente da sua origem nacional. O cosmopolitismo deve promover a ascensão do Estado social, com o foco em combater os abusos de direitos e o nacionalismo político desenfreado, que impulsiona, de forma latente, o fechamento das fronteiras.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

A Dignidade Humana teve suas primeiras menções históricas sob influências da Antiguidade, mais precisamente nas Constituições de Atenas, dos anos 332 a 328 anos a.C., e, em Esparta, positivada entre os anos 401 e 339 a.C. Esses conjuntos normativos, apesar de sua fragilidade material, já previam igualdade, perante as Leis, e liberdade de expressão, porém, essa igualdade não era exercida de forma plena: os estrangeiros, os escravos, as mulheres e os pobres, em geral, não possuíam o direito de votar e não eram considerados sujeitos de direito, isto é, não eram cidadãos nem em Esparta muito menos em Atenas. Resguardando obviamente algumas diferenças culturais entre essas cidades-estados gregas, o direito à Dignidade Humana era mencionado àqueles que eram considerados cidadãos.

Dentro do período da Antiguidade, é de suma importância destacar, ainda, o cristianismo, que apresenta conceitos que seriam posteriormente reestruturados por Rousseau, Kant e outros filósofos advindos do Iluminismo, os quais se fundamentaram nas ideias cristãs. O cristianismo evidencia sua contribuição ao Princípio da Dignidade Humana na própria pessoa de Jesus Cristo, sendo filho de uma mulher pobre, que andava em meio aos marginalizados pela sociedade, trazendo consigo uma ideia de humanidade, independentemente de instrução e poder daquela pessoa; isso fomenta um sentimento de solidariedade, caridade e fraternidade na sociedade.

No período moderno, o conceito de Dignidade Humana foi aflorado e construído a partir de novas perspectivas advindas das revoluções Inglesa, Americana e Francesa. Embora as diversas concepções de Dignidade que surgiram terem se fundamentado na ideia principal de buscar uma liberdade, igualdade e direitos, priorizavam restringir o absolutismo estatal e procuravam superar a ideia de poderes e posições hierárquicas advindas de divindades.

Segundo Andreatta (2008), na Revolução Inglesa, as principais mudanças foram com relação à estrutura econômica, com a ascensão da indústria perante a agricultura, a velocidade e diversidade de meios de transporte e a revolução no sistema produtivo, conhecido como Revolução Industrial. Na Revolução Americana, os novos colonos lutaram contra a violação a direitos fundamentais, conforme determinado pelo Rei da Grã-Bretanha, declarando a independência da nova colônia, o que possibilitou uma liberdade a todos; isso rompeu com a corte britânica e legitimou o poder do povo, além de ter resultado na Constituição de

Virgínia. Na Revolução Francesa, em nome da liberdade, igualdade e fraternidade, houve o rompimento com o modelo de estado monárquico e formação de um estado cidadão.

O período moderno é marcado pela ascensão dos filósofos, por exemplo, Immanuel Kant e Jean Jacques Rousseau. Kant (2004) fundamenta a dignidade humana como um direito legítimo de todo o ser humano, devendo haver um respeito mútuo entre todos, conforme explana na Seção II “dos deveres de virtude para com os outros seres humanos provenientes de respeito a eles devido”, na Doutrina dos Elementos da Ética.

(...) a humanidade, ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros, quer inclusive por si mesmo), mas deve ser usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisto que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas. Mas exatamente porque ele não pode ceder a si mesmo por preço algum (o que entraria em conflito com seu dever de autoestima) tampouco pode agir em oposição à igualmente autoestima dos outros, como seres humanos, isto é, ele se encontra na obrigação de reconhecer, de um modo prático, a dignidade da humanidade em todo o outro ser humano. (KANT, 2003, p. 306).

Conforme Andreatta (2008), o período contemporâneo é marcado por duas guerras mundiais, o que gerou um medo e incerteza em escala mundial, sendo necessária a criação da Organização das Nações Unidas, órgão responsável por manter a paz mundial, proteger os direitos humanos, promover o desenvolvimento econômico e social das nações, com o fim de estreitar a relação entre Estados. Esse órgão elaborou a Declaração Universal do Direitos Humanos, documento que reconhece os direitos fundamentais de todas as pessoas, buscando o combate à discriminação e promoção de normas de proteção às minorias.

2. AS NORMAS PARA OS IMIGRANTES NO BRASIL

O artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II, da Lei 13.345, de 24 de Maio de 2017, apresenta o conceito de imigrante.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; (BRASIL, Lei 13.345, 2017, art. 1).

A Lei de Migração estabelece princípios e diretrizes para regimento da política migratória, buscando a proteção dos direitos dos imigrantes, como o repúdio à xenofobia e qualquer forma de discriminação, a promoção de um acolhimento humanitário, a inclusão social, a igualdade, participação do imigrante na sociedade, a universalidade dos direitos humanos e demais direitos.

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; (...)

VI - acolhida humanitária;

VII - desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; (...)

X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; (BRASIL, Lei 13.345, 2017, art. 3)

A Lei 13.345, de 24 de maio de 2017, estabeleceu a condição de igualdade do imigrante com os nacionais, sendo reservados os mesmos direitos a ambos, respeitando o princípio da isonomia.

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: (BRASIL, Lei 13.445, 2017, art. 4).

Segundo Lima e Silva (2017), com o intuito de buscar uma melhora de vida, as pessoas sujeitam-se a ir para outros países, mesmo que vivam na ilegalidade. Diante dessa ilegalidade, veem seus direitos mais básicos suprimidos por um medo de represálias de particulares ou até mesmo por autoridades locais, que

podem resultar em deportação, privação de liberdade e demais penalidades. Nesse contexto, chegam a sujeitar-se a trabalhos em empresas clandestinas, que possuem um método de trabalho análogo à escravidão.

De acordo com a Organização das Nações Unidas, no ano de 2017, constataram-se 258 milhões de imigrantes no mundo, representando 3,4% da população mundial (GUERRA, 2019). Já segundo o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais (2015), os Haitianos ocuparam a primeira colocação no ranking, com o maior número de estrangeiros no país e, posteriormente, estão os Senegaleses.

De acordo Sidney Guerra (2019), a Legislação migratória brasileira não é adequada ao presente cenário, pois apresenta inseguranças jurídicas e promove a adoção de mecanismos criminosos para a entrada dos imigrantes no país. Diante dessa problemática, estabelece cinco aspectos mínimos, que devem ser considerados pela nova Lei de Migração, a saber, a garantia dos direitos humanos das pessoas migrantes, sem discriminação de nenhum tipo e independentemente da situação migratória; o estabelecimento de procedimentos de regularização migratória rápidos, efetivos e acessíveis como uma obrigação do Estado e um direito do migrante; a não criminalização das migrações, incluindo o princípio de não detenção do migrante por razões vinculadas à sua situação migratória; o controle judicial e o acesso dos imigrantes a recursos efetivos sobre todas as decisões do poder público que possam gerar vulneração de seus direitos; a criação de uma instituição nacional autônoma, com um corpo profissional permanente e especializado, além de mecanismos de supervisão e controle social, responsável pela aplicação da Lei.

Conforme Lima e Silva (2017), o Brasil não possui uma burocracia tão rigorosa quanto a presente nos Estados Unidos em relação a imigrantes, porém, deve-se observar que o cosmopolitismo vem como uma forma de possibilitar que todos os seres humanos consigam identificar-se, independentemente de onde estejam, que seus direitos básicos e sua dignidade humana sejam garantidos em qualquer lugar do mundo. Com essa garantia, há a erradicação da imigração ilegal, conseqüentemente, é possível garantir que tais pessoas não se submetam a situações degradantes, como trabalhos análogos ao escravo e até mesmo o uso de caminhos inseguros, a fim de buscar uma vida melhor, com o objetivo de que seus direitos da personalidade não sejam infringidos.

3. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

De acordo com Lima e Silva (2017), tanto o imigrante legal quanto o ilegal têm sua dignidade humana suprimida em todas as instâncias, já que, no momento em que usam rotas alternativas perigosas para adentrarem o país, muitas vezes, acabam perdendo sua vida, o que resulta em uma infração ao direito à vida. Ademais, ao chegar ao destino desejado, submetem-se a trabalhos que ferem os direitos básicos de todos os trabalhadores, passando, muitas vezes, a viver em locais insalubres, tendo seu direito à moradia suprimido; ou seja, analisando esses fatores, vê-se necessária a criação de leis mais incisivas que garantam um real direito à dignidade humana.

Para Lima e Silva (2017), é necessário que a ONU (Organização das Nações Unidas), órgão responsável pela união de países, busque formas realmente eficazes de garantia à promoção de um estado social, já que, atualmente, se percebe apenas a ascensão do estado econômico; um exemplo disso é a Espanha, que fecha suas fronteiras para estrangeiros com uma fundamentação popular de que esses estrangeiros estão tomando o local de trabalho dos nacionais.

Segundo Lima e Silva (2017), deve-se destacar também o crescente número de refugiados, os quais são todos aqueles que, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, são obrigados a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro lugar. Com esse crescente número, vislumbra-se a ideia de os países viverem em um estado bárbaro, em conflitos, não chegando ao estado social de convivência.

A comissão Interamericana de Direitos Humanos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014) afirma que os estrangeiros são os mais vulneráveis, entre aqueles nacionais ou residentes de um estado, já que possuem maior dificuldade devido às enormes diferenças étnicas; isso ocasiona um maior prejuízo para que possam alcançar políticas públicas que garantam essa dignidade humana, considerando-se uma dignidade humana exercida de forma mitigada, diferentemente da plena, como deve ser garantida.

O Brasil ratificou a Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1949), que trata sobre trabalhadores imigrantes, a qual busca garantir a existência de um emprego digno a esse imigrante e seus familiares, como também que todos os seus direitos sejam assegurados, em conformidade com o

que é estabelecido para um trabalhador nacional. Dentro dessa convenção, também foi reiterada a maior vulnerabilidade daquele imigrante que possui situação irregular, cabendo ao Estado intermediar a relação entre tal migrante irregular e o privado, como forma de adentrá-lo na sociedade, garantindo seus direitos da personalidade, como também para que haja direitos mínimos nos contratos de trabalho.

De acordo com Lima e Silva (2017), ainda que o Brasil seja um país com enorme diversidade cultural, vê-se constante o preconceito contra aqueles imigrantes, carregados de um pensamento nacionalista extremo.

Para Lima e Silva (2017), deve-se considerar que os imigrantes são desiguais; dessa forma, é necessário haver uma promoção tanto da igualdade formal quanto da igualdade material.

Conforme Lima e Silva Lima e Silva (2017), o Princípio da Igualdade é dividido em formal e material; quanto ao seu aspecto formal, é a previsão legal, em que todos possuem direitos iguais, independentemente de sexo, cor, raça, entre outros aspectos, conforme garante o artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Já a igualdade material, fundamenta-se na ideia de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Para John Rawls (2003), aqueles que pertencem a uma mesma sociedade são todos iguais, já que todos possuem uma faculdade mínima e, por meio da razão, podem promover um crescimento social em conjunto. Assim, uma irá cooperar de uma forma com a sociedade, de maneira que se caminha para uma igualdade. Lima e Silva (2017) asseveram que uma das maneiras de buscar solucionar esse problema é a promoção da convivência e ambientação entre essas diferenças como forma de promover uma solidariedade entre os povos, buscando uma ascensão desses, de maneira que é possível regê-los por uma lei universal, conforme objetiva Kant.

4. A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

De acordo com Sidney Guerra (2019), até o século XIX, eram considerados como sujeito de direito internacional apenas os Estados, não se reconhecendo a pessoa humana como detentor de proteção em âmbito internacional. Com a vinda do Século XX, marcado por diversas barbáries, como as cometidas na “Era Hitler”, começa-se a tratar da dignidade humana em âmbito internacional, buscando a proteção dessa de forma universal e absoluta. Nesse sentido,

inicia-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, resultando em uma limitação da soberania dos Estados como uma forma de garantir direitos inerentes ao homem.

O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana. O século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político industrial. No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessário a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica razoável (...). Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. (PIOVESAN, 2018, p. 131-132).

Segundo Sidney Guerra (2019), os direitos humanos apresentam um novo paradigma ao Direito Internacional; tem-se uma nova ideia de proteção, visto que a dignidade humana se torna o principal objetivo de resguardo de forma intergovernamental, criando-se um Direito Internacional Cosmopolita. A proteção da dignidade humana é aplicável de forma universal e absoluta, ou seja, não se possibilita mais a relativização da proteção de direitos humanos por meio do Direito Interno; o Direito Internacional Cosmopolita estabelece o status de *ius cogens* e *erga omnes*, formando-se, assim, uma “Ordem jurídica mundial”, de maneira que se afasta da sociedade dos Estados soberanos para o modelo de sociedade humana universal. (Guerra, 2019).

De acordo com Lima e Silva (2017), o conceito de dignidade humana sofreu diversas alterações no decorrer do tempo; atualmente, a dignidade humana é vista como um direito fundamental a todo homem, diferentemente da teoria da personalidade jurídica, estabelecida no artigo 2º do Código Civil, em que o ser humano se torna detentor desses direitos civis apenas com o nascimento, com vida. A Constituição Federal de 1988, em consonância com a Declaração Universal de Direitos Humanos, estabelece a ideia de que a dignidade humana será garantida antes mesmo do nascimento, promovendo, a esses, direitos individuais, sociais e coletivos, além de buscar uma igualdade entre os homens, independentemente de cor, raça, sexo, origem, estado econômico, idade, condição de estrangeiro ou nacionais.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 1).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 5).

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (Declaração Universal de Direitos Humanos, 1945, art. 1).

Conforme Piovesan (2017), existe uma necessidade da atuação global de forma incisiva e satisfatória como possibilidade de garantir os direitos humanos, aplicando-se uma proteção por meio dos órgãos internacionais quando os Estados se mostrarem omissos a políticas públicas de garantia de direitos relacionados à dignidade humana, como também para promover a responsabilização desses em âmbito internacional.

5. A FILOSOFIA DE KANT E O COSMOPOLITISMO

Conforme Milié (2013), a filosofia de Kant divide-se em 2 momentos: a filosofia da história e a filosofia do direito. Quanto à filosofia da história, o objeto de estudo é a humanidade, analisando suas origens e a possibilidade de desenvolvimentos futuros, sempre considerando a natureza social daquele grupo. Já quanto à filosofia do direito, que se inicia a partir da Revolução francesa e Americana, visa analisar, na política, o ordenamento dos estados, criação de constituições e a liberdade dos súditos; está preocupada em analisar as normas criadas pelos estados.

De acordo com Milié (2013), o movimento iluminista surgiu com o intuito de reformar a sociedade, permitindo um debate entre as pessoas, uma troca de saberes, um intercâmbio intelectual sobre grandes temas, por exemplo, a escravidão, liberdade na vida religiosa, opressão da igreja, na época, igualdade entre os seres humanos, entre outros assuntos. Esse debate foi chamado por Kant (2002) de esclarecimento, já que, dali em diante, os seres humanos podiam usar suas capacidades intelectuais para promover debates e, assim, realizar um esclarecimento de ideias, sem interferência do Estado ou da igreja.

Segundo Kant (MILIÉ, 2013), o Iluminismo promoveu a possibilidade de aperfeiçoamento do homem, já que agora possuía um material com conteúdo que concretizaria seu aperfeiçoamento. E, com esse aperfeiçoamento, advém a ideia de progresso, já que, com a circulação de obras e do debate, a razão prevaleceria. Nesse sentido, houve a criação de novas invenções, que gerariam um progresso social e individual; já no âmbito da política, esse progresso seria de a sociedade aperfeiçoar sua constituição, criando para si as leis.

De acordo com Kant (2003), ainda, há a análise da ideia do ser humano dentro da natureza; assim, explica que, com o advento do Iluminismo, houve o debate e o progresso, porém, a razão humana é limitada e finita. O ser humano não possui a capacidade de responder “Por que algo existe?” e, como forma de buscar uma resposta, ele responde sobre a finalidade daquela coisa, por exemplo, a grama tem a finalidade de ser o alimento do boi; o boi serve para os homens comerem. A partir desse momento, surge o questionamento “qual a finalidade do homem?”; “o homem seria o fim último da natureza?”.

Para Kant (2003), o ser humano é o fim absoluto e, com isso, está em uma situação privilegiada, explicando que o homem é o fim absoluto, pois a razão, a busca pela finalidade das coisas faz parte de sua natureza, coisa que nenhum outro ser da natureza tem capacidade de realizar. Dessa forma, tudo que está na natureza é meio para um determinado fim, salvo o homem, que nunca poderá ser utilizado como meio, sendo sempre visto como um fim em si mesmo.

Segundo Milié (2013), Kant fundamenta que o homem é dotado de razão, dessa forma, não é regido por um sistema simples de finalidades; não é a natureza que o rege, mas sim a sua razão. Assim, é capaz de estipular uma finalidade para si mesmo, sendo imensurável a possibilidade de desenvolvimento e fins que esse ser humano pode estipular para si mesmo, porém, questiona-se: o ser humano possui um fim natural? Diante desse questionamento, Kant apresenta duas possibilidades de fins naturais do homem: o primeiro fim natural seria a felicidade e a segunda possibilidade seria a cultura. Quanto ao primeiro fim natural, com uma maior análise, restou-se claro que, se o fim natural do homem fosse a felicidade, não se colocaria em situações que geram a infelicidade, como guerras e conflitos; ainda, se o homem, quanto à razão, coloca fins a si mesmo, nunca está satisfeito, desconstruindo tal possibilidade; já quanto à segunda possibilidade, também é descartada.

Dessa forma, Kant (2003) afirma que o homem não é somente o fim último, como também um fim terminal; o homem não necessita de nenhum outro fim como condição de sua possibilidade.

Kant (MILIÉ, 2013) expõe que o ser humano é formado pelo conflito de ideias, de maneira que, para ele, é mais fácil viver na barbárie e satisfazer seus próprios desejos; porém, quando está em coletividade, ele se sente mais humano. Assim, a natureza coloca-o em um estado de competição que o retirou da barbárie, sendo uma espécie de insociável sociabilidade, o que gera a evolução do ser humano.

Assim, para Milié (2013), a natureza vem cada vez mais buscando a ascensão do ser humano até que chegue à moralidade das ações. Aquele choque de ideias existente antes do homem sair da barbárie pode ser visto, atualmente, entre a relação de estados, restando-se claro que o ser humano chegou a um estado em que é cultivado e civilizado, porém, não há moralidade. Kant (2004) acreditava na ideia de ligar os povos como um todo, garantindo a todos uma segurança; todos os Estados promovem um poder unificado, assim, da decisão, segundo as leis, surge uma vontade unificada.

Dessa forma, Milié (2013) faz uma comparação com o ser humano como indivíduo, em que os Estados devem se aperfeiçoar até que se tornem Repúblicas, priorizando a razão e acabando com a barbárie, para que haja a paz perpétua.

6. O PODER DE COERÇÃO DO ESTADO E AS LEIS UNIVERSAIS DE KANT

Conforme Milié (2013), com a formação da propriedade privada, surgiram vários conflitos em busca de posse dentro da sociedade. Devido a todos esses conflitos, surge a teoria contratualista como forma de resolver tais problemas; o primeiro a dissertar sobre tal teoria é Hobbes.

Hobbes (MILIÉ, 2013) acredita que o homem não é naturalmente apto a viver em sociedade e, quando o ser humano está em estado natural, ele não possui limites, assim, necessita da criação do Estado. Dentro de cada Estado, existe uma força coercitiva que irá garantir a solução pacífica dos conflitos, a qual é chamada, por Hobbes, de “Monstro Leviatã”, responsável por garantir o equilíbrio dentro da sociedade, sendo um meio de atingir a paz (MILIÉ, 2013, pag. 23).

Conforme Milié (2013), Hobbes propõe a passagem do estado de natureza para o estado civil por meio do poder autoritário. A justiça, para Hobbes, é uma convenção, já que o ser humano não pode por si decidir sobre essas coisas; a razão do ser humano não é autônoma, é heterônoma, ou seja, o ser humano não cria suas próprias normas. Quem irá deter esse poder de criação de normas, por meio da razão, é o Estado, diferentemente do que acredita Kant.

Já Rousseau (MILIÉ, 2013), fundamenta sua teoria contratualista na ideia inicial de que um homem se colocou como proprietário de uma terra e declarou isso a todos. Dessa forma, os demais acreditam e fazem da mesma maneira. Com tal ideia, Rousseau acredita que, no momento em que um homem tomou posse de uma propriedade privada, deixa seu estado de natureza, surgindo o interesse privado; logo, é necessário um estado civil que garanta a existência de um poder legislador que respeite as liberdades e crie leis justas.

Após sair dos contextos históricos, Kant (MILIÉ, 2013) entra na área do Direito, buscando confeccionar a “Constituição civil perfeita”, buscando responder ao questionamento “por que o ser humano aceitaria se submeter a um poder coercitivo que o limitaria ao invés de viver no estado de natureza com liberdade plena?”. Além disso, analisa a ideia do ser humano alcançar a paz perpétua por meio de uma constituição republicana e unicidade entre Estados, com base na razão pura, sem necessidade de um poder coercitivo para alcançar tal objetivo.

Kant (2003) fundamenta que a unicidade entre estados é a ideia de todos os seres humanos submeterem-se a leis morais impostas pela própria razão, as quais são absolutas, ou seja, aplicadas de forma universal. A saída do estado natural consiste em uma auto-obrigação, que é a obrigação mútua de se submeter às leis coercitivas, porém, tais leis coercitivas não podem ser fundamentadas em objetos empíricos, mas sim em leis morais. Quando a lei é moral, tem a capacidade de obrigar universalmente e, posteriormente, podem ser aceitas de maneira universal.

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal (KANT, 2003, p. 76-77).

Segundo Milié (2013), Kant discorre que o ser humano, em seu estado de natureza, é capaz de constituir uma propriedade privada, porém, nada o garante em termos de direito e possibilidade de justiça, em decorrência da ausência de uma lei universal/moral que regula e delimita as liberdades de todos.

Kant (MILIÉ, 2013) entra no ramo da ética política e acredita que o homem, por sua natureza, não é sociável, o que garante o estado civil, que é o uso da razão. O contrato originário, aquele “assinado” por todos, que traz direitos simétricos a todos e coloca o ser humano no estado civil com o uso da razão, oportuniza a confecção da constituição perfeita, já que é nesse contrato que todos expressam sua vontade, aceitam a coerção e limitação da liberdade ilimitada. Assim, aquele poder soberano advindo do contrato é legítimo, já que regulará leis que foram aceitas universalmente, portanto, garantindo uma liberdade recíproca, além de defender que, para alcançar essa constituição perfeita, deve ser elaborada uma constituição republicana.

Kant (2004) explica que, para o soberano tomar ações justas, elas não devem ferir o direito de outrem e devem estar de acordo com a vontade popular. O republicanismo também é fundamentado na separação do poder legislativo do executivo. Tem-se, ademais, a necessidade da representação, em que a vontade do povo será colocada na vida política por meio de um representante.

Kant (2004) afirma que, quando os seres humanos são regidos pela razão, os quais vivem em uma sociedade civil com o estado republicano, em nenhum momento, optarão pela guerra, já que é claro que isso gerará prejuízos a todos. Então, o republicanismo é inclinado à paz perpétua, diferentemente do despotismo, em que o soberano optará pela guerra em qualquer pequeno conflito, já que não terá perdas no seu patrimônio, visto que apenas os seus súditos sofrerão com isso.

De acordo com Kant (2002), para o alcance da paz perpétua, os Estados necessitam sair do estado de natureza em que se encontram. Diante disso, o autor afirma que os Estados estão em conflito e não será possível a paz perpétua enquanto optarem pela guerra, ao invés de buscarem resolver seus conflitos por meio da razão. Ele afirma a necessidade de vigorar um direito interestatal, assim, todos os indivíduos e as comunidades poderão procurar seu direito sem uso da força, propiciando a visão de Estados que compartilham valores universais.

Para Kant (2002), as relações intersubjetivas, dentro dos Estados, crescem devido ao uso da razão; já quanto às relações interestatais do Direito Internacional, continuam em conflito, porque tratam da administração das guerras, nos sentidos em que sejam regulamentadas. O Direito Internacional não pode garantir a paz perpétua, pois as ações estão mais ligadas às ideais de paz temporária, não buscando a resolução dos conflitos. Nesse contexto, necessita-se de

normas maiores do que aquelas que foram criadas para os sujeitos saírem de seu estado de natureza, buscando que os Estados usem a razão.

7. COSMOPOLITISMO KANTIANO E ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

Segundo Kant (2002), a teoria cosmopolita visa à hospitalidade, possibilitando que o indivíduo tenha seus direitos protegidos e sinta-se “em casa”, em qualquer lugar do mundo. Nesse sentido, é considerado um cidadão do mundo, também visando à aliança entre Estados por meio de um federalismo livre, de maneira que realizaram uma aliança, sem que percam sua soberania. Kant não acreditava em um Estado supranacional, pois temia que a formação com demasiado poder poderia ocasionar o despotismo.

Kant (2002) acreditava que, chegando à ideia de Estado cosmopolita, seria possível alcançar a paz perpétua; é o sumo do bem da filosofia política kantiana. Conforme Milié (2013), as políticas que fecham fronteiras e interferem na entrada de imigrantes afetam o direito à Dignidade da pessoa Humana e a ligação com o conceito cosmopolita de que todos somos cidadãos do mundo.

A primeira organização internacional foi criada logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, chamada de Liga das nações, a qual surgiu com o intuito de garantir a segurança internacional, promover a cooperação econômica, social e humanitária. Porém, apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial, após 1945, foi que houve o crescente número de organizações internacionais, o que ficou marcado pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão cujo intuito era promover a paz, segurança internacional, o desenvolvimento de relações amigáveis entre nações e a cooperação internacional, com o fim de solucionar problemas econômicos, humanitários, sociais e políticos (GUERRA, 2019).

De fato, a grande preocupação dos Estados ao criarem a mencionada Organização Internacional era de constituir um sistema que pudesse garantir maior segurança e paz no campo internacional, bem como criar um sistema de proteção aos direitos humanos em razão das atrocidades que haviam sido praticadas ao longo da história. A organização das Nações Unidas não pretende se envolver em questões domésticas que afligem os Estados, mas, sim, atuar no campo internacional. Entretanto, não se pode olvidar que se o problema de natureza interna traz repercussões negativas no campo das relações internacionais, compete à Organização adotar providências necessárias em relação aos fatos que lhe competem. (GUERRA, 2019).

Conforme Sidney Guerra (2019), cento e noventa e três estados compõem a Organização das Nações Unidas, visto que tal organização internacional é regida pelo princípio da inclusão. Para que seja possível a admissão de um Estado na organização, é necessário que esse seja amante da paz, aceite as obrigações da Carta e esteja disposto a cumpri-las, como também seja aprovado em votação na Assembleia Geral e autorizado pelo Conselho de Segurança. Diante da grande quantidade de signatários, possibilita-se a utilização para cumprir suas diversas funções e objetivos, por meio da colaboração de seus Estados-membros.

De acordo com Sidney Guerra (2019), a Organização das Nações Unidas é composta por órgãos (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Secretaria geral, Corte Internacional de Justiça, Conselho Econômico e Social, Conselho de tutela) e organismos especializados (Organização Internacional do Trabalho, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, Organização Mundial da Saúde, Banco Mundial, entre outros). A organização tem como seus principais órgãos a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Secretaria geral e a Corte Internacional de Justiça.

A Assembleia Geral trata-se de um órgão que é composto por todos os países signatários, os quais se reúnem anualmente para tratar a respeito de temas em geral, previstos na Carta da Organização das Nações Unidas. Esse órgão irá prestar recomendações ao Conselho de Segurança, quando solicitado, e poderá realizar estudos como forma de prestar informações aos Estados para incentivo dos direitos humanos, fortalecimento das liberdades individuais e cooperação internacional no aspecto político, social, cultural, educacional e sanitário (GUERRA, 2019).

Segundo Sidney Guerra (2019), o Conselho de Segurança é o principal órgão da organização, composto por quinze Estados, sendo cinco permanentes e dez não permanentes, que são escolhidos em votação pela Assembleia Geral, pelo voto de 2/3 dos Países presentes na votação; é necessário ser participante do conselho pelo período de 2 anos, não sendo cabível a reeleição. Esse órgão tem a finalidade de conservação da paz mundial e segurança internacional.

Conforme apresentado por Sidney Guerra (2019), a Secretaria Geral é um órgão administrativo, que tem como um dos objetivos planejar o orçamento da organização, realizar o controle das despesas e receitas, formar estudos para prestação de informações aos demais órgãos, coordenar as atividades das agências especializadas da organização, exercer trabalhos burocráticos e executar as

decisões dos demais órgãos, entre outras funções. Tal órgão é chefiado pelo secretário-geral, que é eleito pela Assembleia Geral por meio da recomendação do Conselho de Segurança, com um mandato de 5 anos, sendo cabível a reeleição; esse secretário possuirá diversas funções, dentre as quais, a principal é presidir as reuniões da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança e do Conselho Econômico e Social; ademais, deve fornecer anualmente um relatório das atividades da Organização das Nações Unidas. O secretário-geral exerce a função de “diplomata internacional”, pois efetiva a atividade política de promover a colaboração e o convívio amistoso entre os Estados-membros e a Organização das Nações Unidas.

A Corte Internacional de Justiça exerce função contenciosa, visto que se manifesta a respeito de litígios, interpretação de tratados internacionais, violação de obrigação internacional e outras lides, como também realiza exercício consultivo, prestando auxílio jurídico à Assembleia Geral e ao Conselho de Segurança (GUERRA, 2019).

Segundo Milié (2013), em tempos atuais, a criação da Organização das Nações Unidas é considerada uma forma de promoção das políticas cosmopolitas, ainda destacando a formação da União Europeia, sendo considerada uma forma econômica de realização da teoria do cosmopolitismo.

Para Milié (2013), a ONU é a aliança de 193 (cento e noventa e três) nações, a qual possui capacidades limitadas de integração de Estados, sendo muito importante sua atuação. Para buscar uma unificação dos Estados, é necessário haver a unicidade do sistema monetário ou uma criação de um mercado comum, por exemplo, o NAFTA e a União Europeia. Outra forma de buscar o cosmopolitismo é a necessidade de criação de uma sociedade mundial, que se liga por motivos além da globalização econômica, a qual seja criada por identificação de valores, mesmo vivendo em uma sociedade de diferentes culturas, de maneira que possuam a mesma importância de valor, com a devida interação entre si. Deve-se buscar a paz perpétua, porém, enquanto não a conquistamos, é necessário que todas as políticas sejam voltadas a buscar um ideal cosmopolita.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: APROXIMAÇÕES COM O COSMOPOLITISMO

Conforme Sidney Guerra (2019), existem dois entendimentos a respeito das fontes do Direito Público Internacional: o positivista e o objetivista. O positivista apresenta que a fonte do Direito Público Internacional é a vontade do Estado, que será expressa nos Tratados e nos costumes internacionais. Já o objetivista, divide as fontes em materiais e formais; as primeiras são aquelas relacionadas a fatos sociais; já as fontes formais, relacionam-se às formas como os tratados, convenções e princípios internacionais são aceitos e incorporados.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê as fontes do Direito Internacional.

A corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional, as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) As Convenções Internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) Sob ressalva da disposição do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para determinação das regras de direito. (ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945, art. 38).

Atualmente, os tratados internacionais são a principal fonte do Direito Internacional, visto que possuem maior segurança jurídica (GUERRA, 2019). A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 estabelece a conceituação de tratados.

Artigo 2º

1- Para os fins da presente Convenção:

- a) Tratado designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular; (CONVENÇÃO DE VIENA, 1969, art. 2).

O tratado é um acordo internacional entre Estados, de maneira que há a manifestação de vontade dos dois maiores atores do Direito Internacional. Nesse sentido, é celebrado entre as partes por escrito, promovendo uma codificação das normas internacionais; ademais, é regido pelo Direito Internacional, possui diversas denominações, como convenção, ata, estatuto, pacto, entre outras nomenclaturas, e deve constituir um, dois ou mais instrumentos (GUERRA, 2019).

Deve-se considerar determinadas condições para a validade de um tratado internacional, como a capacidade das partes, a habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo e o objeto lícito e possível. São considerados capazes para firmar tratados internacionais os Estados, a Santa Sé e as Organizações Internacionais; os agentes signatários deverão possuir a habilitação concedida pelo Estado para firmar Convenção Internacional. Além disso, o objeto do tratado deve ser lícito e possível, não sendo cabível a afronta a normas *jus cogens* e deve haver o consentimento mútuo, sem que haja a presença de vício, erro, dolo, corrupção e coação (GUERRA, 2019).

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

V - Autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

As Resoluções das Organizações Internacionais, mesmo não previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são aceitas doutrinariamente como fonte do Direito Internacional Público, visto que tais atos influenciam a vida internacional. As Resoluções das Organizações Internacionais podem estar tanto voltadas para a organização e funcionamento interno quanto para normas internacionais que determinam uma obrigatoriedade de cumprimento aos Estados-Membros, não havendo necessidade de consentimento dos Estados-Membros para que seja válida. Isso porque a capacidade dessa organização já está investida pelos Estados e pelo próprio Direito Internacional; as resoluções manifestam-se quanto às convenções internacionais do trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT), convenções relacionadas à saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS), convenções de paz e garantia à dignidade humana da Organização das Nações Unidas (ONU), as quais, em determinados casos, podem ser obrigatórias mesmo para aqueles países que não são Estados-Membros. Segundo a Carta da Organização das Nações Unidas:

Artigo 39. O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Conforme exposto no livro “O princípio esquecido”, Daniela Rapelato (2008) apresenta que, normalmente, a administração pública, para a implementação de políticas públicas, utiliza-se de especialistas para levantamento de dados e formulação de projetos como forma de solucionar os problemas presentes. Esse método utilizado pode ser eficaz, mas não é suficiente, visto que os profissionais responsáveis pelo estudo do problema possuem uma visão mais aprofundada em determinados aspectos, porém, em outros pontos, apenas aqueles vulneráveis, afetados pelo problema, necessitam de um aprofundamento. Diante disso, cada vez mais, vê-se presente a participação das pessoas diretamente ligadas ao problema, com a colaboração em políticas públicas junto à administração pública, visto que são as mais capacitadas para propor soluções a determinado problema.

Diante do apresentado, Daniela Rapelato (2008) conclui que é necessário um trabalho conjunto entre a administração pública, pessoas especializadas no problema social, como também a participação das pessoas diretamente ligadas ao problema, pois, assim, é possível ter ideia tanto dos aspectos técnicos quanto de aspectos pessoais e sociais. Essa nova forma de participação da sociedade, na administração pública, é uma maneira de trazer não apenas políticas públicas eficazes, mas também suficientes para sanar os problemas existentes, sem que haja lacunas, a fim de que seja possível resolver o problema como um todo.

Filippo Pizzolato (2008) apresenta que a solidariedade pode acontecer de forma vertical ou horizontal. A solidariedade vertical refere-se à intervenção do Estado social; é a ação direta do Poder público como forma de diminuir as desigualdades e promover o desenvolvimento humano. Já a solidariedade horizontal, não se trata apenas da ajuda mútua entre os cidadãos, com o Estado limitando-se a fiador externo, mas há também deveres de ajuda previstos em lei, podendo ser de caráter incentivador ou obrigatório.

Filippo Pizzolato evidencia que a fraternidade muito se assemelha à solidariedade horizontal. “Assim podemos identificar a fraternidade com aquela solidariedade de que chamaremos de horizontal, uma vez que surge do socorro mútuo prestado entre as pessoas”. (PIZZOLATO, 2008, p. 113). A fraternidade forma-se diante da interdependência estrutural, quando o ser humano reconhece que é um ser dependente. O princípio da fraternidade é muito bem representado

na Constituição Italiana de 1948 (mil novecentos e quarenta e oito), em que, em seu artigo 4º, está previsto que é dever dos cidadãos exercer uma atividade que contribua para o progresso social.

Art. 4. A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito. Todos os cidadãos têm o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade. (ITÁLIA, Constituição Italiana, 1948).

Segundo Filippo Pizzolato (2008), a incorporação do princípio da fraternidade, em âmbito constitucional, na Itália, não significa uma desresponsabilização do Estado, mas sim o Estado agindo como um participante social, que irá promover medidas para a incorporação social do princípio da fraternidade. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê, logo em seu artigo 1º, o princípio da fraternidade, deixando explícita a sua importância na política de preservação ao direito da dignidade humana.

Segundo Marco Aquini (2008), o atual cenário de globalização permite o enfrentamento de problemas não de modo nacionalista, visto que os problemas podem possuir soluções advindas de uma interdependência fraternal com outros povos e outras pessoas. Foi aprovada, em 1986, a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, a qual tinha como principal tema a ascensão ao direito de desenvolvimento, possibilitando às Nações Unidas a busca pela cooperação internacional para a solução de conflitos econômicos, sociais, culturais e humanitários, como também promoção das liberdades fundamentais sem distinção.

Artigo 1º - Os propósitos das Nações Unidas são: (...)

§ 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Conforme Marco Aquini (2008), o princípio da fraternidade deve basear a relação entre sujeitos, tanto de forma multilateral quanto regional ou local. Assim, com a construção de parcerias, aumenta-se a qualidade e eficácia de alcançar o objetivo de resguardar as garantias previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo uma das principais a dignidade humana de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo apresentar uma reflexão a respeito da eficácia e garantia da Dignidade Humana dos imigrantes no Brasil, em face da Lei de Migração, Constituição Federal de 1988 e Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos.

Com a análise da Constituição Federal, Lei de Migração, Declaração Universal de Direitos Humanos, Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Convenção de Viena e outros tratados internacionais, foi possível perscrutar sobre a atual situação das normas de proteção ao imigrante e sua ineficácia perante os imigrantes, que necessitam de uma proteção especial, diante da sua vulnerabilidade.

Conforme demonstrado, a Dignidade Humana sofreu diversas alterações com o decorrer do tempo, vindo a ganhar notória visibilidade após as bárbaries da Segunda Guerra Mundial, principalmente, por meio da criação da Organização das Nações Unidas: um órgão específico com o objetivo de evitar que novos atentados contra a Dignidade Humana e contra os Direitos Humanos fossem novamente cometidos.

Porém, tanto no cenário brasileiro quanto mundial, não se pode afirmar que há uma total preservação da dignidade humana dos imigrantes, visto a crescente ideia de estado econômico e nacionalista, ou seja, Estados restringindo a entrada de imigrantes com o fundamento de preservação da economia.

Contrariamente ao Estado econômico, Kant apresenta sua teoria cosmopolita, a qual visa à garantia da dignidade humana a todos, independentemente de onde estiverem; há o sentimento de “estar em casa”, em qualquer lugar do mundo, buscando a ascensão do Estado social, ou seja, uma cooperação internacional entre Estados com o fim de preservar a dignidade humana de toda pessoa, sem que esses percam sua soberania.

A Organização das Nações Unidas, conforme evidenciado anteriormente, é o órgão voltado à proteção da dignidade humana em âmbito mundial. Dessa maneira, há a necessidade de aplicação de ações mais incisivas, como forma de proteção integral da dignidade humana, promovendo o princípio da igualdade entre nacionais e não nacionais, a ascensão do Estado social, sem a supressão da soberania dos Estados.

Dessa forma, vê-se que a Organização das Nações Unidas possui um cunho cosmopolita; as ações com maior cunho incisivo pelo órgão não significam a retirada da soberania dos Estados, mas sim uma evolução do Direito Internacional, no qual, atualmente, os tratados e costumes internacionais versam sobre a dignidade humana, de maneira que devem ser protegidos de forma geral e não apenas aos Estados signatários. Isso porque a dignidade do homem deve ser resguardada em qualquer circunstância, de maneira que a organização precisa utilizar seus órgãos internacionais quando houver a omissão do Estado na proteção dos direitos, como também deve aplicar sanções com o fim de que o Estado promova, de forma efetiva e satisfatória, a proteção dos imigrantes.

Destaca-se, ainda, a necessidade não apenas de ações com maior cunho imperativo da Organização das Nações Unidas, mas também a cooperação dos Estados entre si, reconhecendo a interdependência. Dessa maneira, possibilita-se o avanço social de forma coletiva, acentuando a participação entre imigrantes e nacionais em âmbito fraternal.

Diante de todo o exposto, resta evidente a atualidade e relevância do tema apresentado no presente artigo, visto que trata da eficácia da aplicação da igualdade material da dignidade humana em relação aos imigrantes, sob a perspectiva da Lei de Migração, Constituição Federal e Tratados Internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREATTA, Rita. A dignidade humana do estrangeiro: O imigrante e o refugiado na perspectiva do diálogo intercultural. Santo Ângelo, RS, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098633.pdf>. Acessado em 28 de agosto de 2020

BAGGIO, Antonio Maria, et al. O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. São Paulo. SP. 2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 27 de julho de 2020

BRASIL, Convenção de Viena. Brasília, DF, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acessado em 26 de agosto de 2020

BRASIL, Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acessado em 14 de agosto de 2020.

DURÃO, Aylton Barbieri. Os Direitos Humanos na democracia cosmopolita segundo Habermas. IN: Revista de Filosofia Griot, v.14, n.2, dezembro/2016 ISSN 2178-1036. Amargosa/Bahia: UFRB, 2016. Disponível em: < www.ufrb.edu.br/griot >. Acessado em 20 de agosto de 2020.

GUERRA, Sidney. Curso de Direito Internacional Público. 12 ed. São Paulo. SP. Saraiva. 2019.

ITÁLIA, Constituição Italiana, 1948. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acessado em 28 de agosto de 2020.

JUNIOR POZZATTI, Ademar. O dever de cooperação internacional no quadro do cosmopolitismo pós-metafísico. 2020. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista>. Acessado em 14 de julho de 2020.

JÚNIOR TESCARO, João. Teoria crítica e cosmopolitismo: A proposta Habermasiana de reconstrução conceitual do Direito Internacional. 2015. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/9034>. Acessado em 20 de julho de 2020.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução de Edson Bini. São Paulo. Edipro. 2003. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>. Acessado em 13 de agosto de 2020.

KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. In: Paz Perpétua e Outros Opúsculos. Lisboa: edições 70, 2002.

Kant, I. Ideia de uma História Universal com um proposito cosmopolita. In: Paz Perpétua e Outros Opúsculos. Lisboa: edições 70, 2004.

McCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. In: The European Journal of International Law, vol. 19, 2008.

MILIÉ, Branimir. A ideia kantiana de paz perpétua e suas reformulações. Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/5178/1/2013_BranimirMilic.pdf. Acessado em 15 de julho de 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasília. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 15 de agosto de 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Brasília. DF, 1945. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos->

humanos-e-politica-externa/ EstCortIntJust.html. Acessado em 25 de agosto de 2020

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução de Ministério da Justiça. Brasília. 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por5.pdf>. Acessado em 01 de agosto de 2020

MOTTA, Artur. A dignidade da pessoa humana e a sua definição. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26178/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao>. Acessado em 05 de agosto de 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direito Humanos e direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva Jur: 2018.

OIT. Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes. 1949. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvOITTrabMig.html>. Acessado em 13 de julho de 2020

RAWLS, John. Justiça como equidade: Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

A PROIBIÇÃO AO USO DA FORÇA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: EXCEÇÕES E VICISSITUDES NO CONTEXTO PANDÊMICO

Ianara Cardoso de Lima

UEL, Londrina, Brasil
E-mail: ianarac.lima@gmail.com

Rafael Marini Santos

UEL, Londrina, Brasil
E-mail: rmarini2094@gmail.com.

Sthéfany Beatriz Ferreira Bellan

UEL, Londrina, Brasil
E-mail: sthefanybellan@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O uso da força no Direito Internacional Público é um tema central à segurança internacional o que se deve pela evolução do pensamento histórico da sociedade e das nações, com ênfase para os nefastos acontecimentos durante os períodos das duas grandes guerras. No entanto, o presente tema há muito tem sido negligenciado de modo que em tempos de pandemia mundial, há que se retomar os conceitos e o estudo sobre os limites do uso da força no direito internacional.

Por isso, o presente artigo conceituar o tema bem como analisa a proibição do uso da força no âmbito do Direito Internacional, apregoando-se as situações de excepcionalidade à vedação de tal conduta e, a partir da análise jurisprudencial, analisa a subsunção do fato à norma, especialmente à luz do julgamento, na Corte Internacional de Justiça (CIJ), do caso da República Democrática do Congo v. Uganda, ocorrido em abril de 2021. Verifica-se, ainda, a importância teórica e eficácia prática dos dispositivos internacionais que visam, a um só tempo, reduzir o atrito e a instabilidade entre os Estados, promover a busca pela paz e a proteção dos Direitos Humanos, sobretudo dos civis submetidos a situações de opressão em regiões conflituosas, que se encontram ainda mais desfavorecidos no enfrentamento da pandemia do Covid-19.

Para tanto, utiliza-se como bibliografia com obras de autores consagrados sobre o tema, em suma, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU)

e trechos do julgamento do litígio supramencionado, ressaltando-se os argumentos mais relevantes utilizados pelas partes, tal qual a suscitação de legítima defesa por parte de Uganda.

Por fim, ainda tendo por subsídio o julgamento em cotejo, analisa-se a reflexos da referida decisão às nações envolvidas, sublinhando a necessidade de pacificação internacional a um cenário que, embora originalmente desfavorável, em um contexto de agravamento de crise socioeconômica decorrente das consequências da pandemia, tornou-se caótico. Espera-se que o presente artigo contribua com os estudos sobre o tema.

2 CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até meados de 1930, acredita-se que às nações tinham permissão, com poucos limites, recorrer-se à guerra para consagrar direitos e obrigações. Contudo, após, a Primeira Guerra Mundial, surge grande oscilação sobre a relação internacional e as formas legais os Estados poderiam conduzir as políticas externas (SCUDELLARI & VEIGA, 2020).

Foram devidas as inéditas críticas sobre o tema da proibição do uso da força, as quais passam a entrar no espaço das disputas e agendas internacionais e, também, incentivaram a concentração pela “harmonia, cooperação e paz entre os Estados que se firmou o acertado consenso como o pacto da Liga das Nações (1919), que estabelecia condições procedimentais antes que os Estados pudessem recorrer à guerra e a proibia em certas circunstâncias, e o Pacto Kellog-Briand (1928)” (SCUDELLARI & VEIGA, 2020), a qual combatia o uso da força como instrumento de condução de política internacional.

Todavia, a década de 1930, ficou caracterizada pela volubilidade tal como pelas ameaças militares, levando à eclosão da Segunda Guerra Mundial em 1939. Como se sabe, durante e após as guerras desse período, ficou estabelecido a necessidade de reordenação e estrutura nas pautas internacionais quanto ao uso da força como sendo possível, “o recurso à guerra e os princípios do direito internacional em prol da busca pela paz. Assim, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, é o marco fundamental para a busca desses objetivos” (SCUDELLARI & VEIGA, 2020).

A Carta da ONU, se torna o documento fundamental para proibição do uso da força – que, por sua vez, é um dos princípios fundamentais das relações

internacionais contemporâneas. No preâmbulo da Carta, está estabelecido que “a força armada não será usada a não ser no interesse comum e, no artigo que “todos os membros resolverão suas controvérsias internacionais por meios pacíficos (SCUDELLARI & VEIGA, 2020). A proibição do uso da força, entendida como ação armada entre Estados, encontra sua expressão mais clara no artigo.

Ressalta-se além da ação direta regulada pela força ser considerado como ilegal, também o é a ameaça do uso da força.

Conforme apresenta Scudellari & Veiga, 2020:

A CIJ, em sua Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares (1996) menciona que esses conceitos devem ser interpretados em conjunto: se um determinado uso da força seria proibido conforme o artigo 2(4), qualquer ameaça desse uso será também ilegal (SCUDELLARI & VEIGA, 2020).

Nestes termos, à luz da análise jurídica, há necessidade de análise sobre proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo sobre dois aspectos. A um porque a norma é peremptoriamente vista como uma norma peremptória de direito internacional (*jus cogens*), ou seja, norma que reflete os valores essenciais da comunidade internacional, que não pode ser revogada a não ser por outra norma posterior de mesma natureza e cujo descumprimento faz surgir obrigações privados (GOUVEIA, 2013).

A dois, porque, conforme definido pela CIJ no caso das Atividades Militares contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos, 1986), a Carta da ONU não exaure as determinações internacional sobre o tema, uma vez que o uso da força ao mesmo tempo é limitado pelo direito internacional costumeiro, que também deve ser usado para interpretar o texto da Carta.

Assim, à luz da perspectiva das relações internacionais, cabe reconhecer que, por serem questões complexas envolvendo sujeitos soberanos sem uma autoridade político-jurídica superior, os temas relacionados à guerra sempre foram campo de controvérsias. Além disso, a despeito da criação da ONU ainda inúmeras discussões sobre a aplicação dos princípios estabelecidos na Carta sobre o tema.

Assim, para a melhor compreensão do tema proposto, passemos para uma análise mais detalhada sobre a evolução histórica do tema.

Conforme nos ensina Jorge Bacelar Gouveia (2013), é no século XX que se estabelece o entendimento do banimento do uso da força, entendimento que

foi sendo solidificado em alguns momentos históricos sucessivos, como (i) liga das nações unidas (1919); (ii) pacto de Kellog-Briand (1928) e Carta das Nações Unidas (1945).

O professor acima citado também ressalta que em um primeiro momento aconteceu a 2ª Conferência da Haia, em 1907, na 2ª Conferência da Haia, onde ficou estabelecido a proibição do uso da força, por meio de represálias por ocasião de dívidas não pagas ou eventual descumprimento obrigacional.

Certo que se apresenta como um momento bem minucioso da história do direito internacional, no entanto, já se pode analisar aqui o momento de reflexão e evolução quanto ao conceito dos direitos internacionais.

Após, houve na história um segundo fato que consolidou o entendimento da proibição do uso da força, conhecido como Pacto da Sociedade das Nações por meio do qual vinculava os países em conflitos a se submeterem a um juízo arbitral ou mesmo judicial bem como ao conselho das Nações Unidas e, caso não houvesse acordo, os países não deveriam recorrer à guerra antes de expirado o prazo de três meses depois da decisão arbitral ou judicial ou do relatório do Conselho (GOUVEIA, 2013).

Conforme muito bem apresenta o professor:

Este esquema ficaria conhecido por moratória de guerra porque, não sendo uma proscrição propriamente dita, impunha o retardamento do uso da força por três meses, com a finalidade de permitir ao Conselho pronunciar-se e fazer com que as partes em conflito chegassem a um acordo, além de se admitir a força como medida coerciva ou como legítima defesa. Formou-se, assim, a convicção de que a decisão de fazer a guerra, relevando à comunidade internacional no seu conjunto, deveria ser filtrada por uma instância internacional. E assim se concebeu a primeira limitação geral ao direito de fazer a guerra, apenas se admitindo três modalidades: (i) como medida de ultima ratio; (ii) como medida coercitiva assim decretada e (iii) como legítima defesa. (GOUVEIA, 2013, p. 158).

Já o segundo momento de maior repercussão histórica sobre o tema, foi em 27 de agosto de 1928, quando do conhecido Pacto Briand Kellog, o qual contou com diversos países entre eles Estados Unidos e França, este documento foi incisivo em relação ao entendimento de que a força não pertence à eventual aplicação indiscriminada internacionalmente como se entendia anteriormente. “Verdadeiramente se fazia a diferença numa diversa evolução da questão, condenando-se explicitamente a guerra como instrumento de política internacional, ao

admitir-se a guerra somente como medida de última *ratio*” (GOUVEIA, 2013, p, 159).

Ademais, vale ressaltar que à luz do tratado citado o uso da força somente seria convalidado como legítima defesa ou mesmo como medida de coerção para repelir as mais graves violações do Direito Internacional Público, “tendo este momento ficado na sua História por ter sido o primeiro de proibição geral do uso da força nas relações internacionais, ao nível substantivo, e pondo termo à “competência discricionária da guerra” (GOUVEIA, 2013, p, 161).

O terceiro momento importante para a delimitação do tema é a aprovação da Carta das Nações Unidas. Além do mais, a Carta das Nações Unidas estabelece além da finalidade do uso da força e “o monopólio do uso da força a cargo da Organização das Nações Unidas, a deliberar por intermédio de um dos seus órgãos, o Conselho de Segurança” (GOUVEIA, 2013, p, 162).

Outrossim, a Carta das Nações Unidas estabelece a proibição do uso da força de forma extensa erguendo do mesmo passo a defesa da soberania num dos seus princípios fundamentais, afirmando que “Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas” (GOUVEIA, 2013, p, 164).

Ainda há que se destacar:

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por seu lado, teria oportunidade de explicitar o sentido da proibição internacional do uso da força, o que veio a fazer em duas ocasiões distintas: primeiro, na Resolução n° 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, e depois, na Resolução n° 3314 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974.³³ No plano jurisprudencial, é de referir algumas intervenções que se fizeram na estabilização dessa proscricção geral do uso da força, avançando-se, primeiro, com considerações laterais, no caso do Estreito de Corfu (Reino Unido vs. Albânia, 1947-1949) e no caso do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerão (Estados Unidos vs. Irão, 1979-1981), para se avaliar, depois, o problema a título principal no caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua dos contras (Nicarágua vs. Estados Unidos, 1986), ligando este princípio fundamental do sistema da Organização das Nações Unidas ao Direito Internacional Público Costumeiro. (GOUVEIA, 2013, p, 162).

Por fim, para além da deliberação da Organização das Nações Unidas, a única possibilidade de autotutela material efetivamente permitida foi a da legítima

defesa, quando os respectivos pressupostos são pertinentes, a exercer por parte dos Estados.

As outras hipóteses, também admitidas, foram-no apenas temporariamente, o tempo e as circunstâncias se encarregando de decretar a respetiva caducidade, o uso da força relativamente aos Estados vencidos da II Guerra Mundial rapidamente perderia a sua razão de ser.

3 EXCEÇÕES À PROIBIÇÃO AO USO DA FORÇA

Sabe-se que a utilização da força nunca deixou de estar presente nas relações internacionais, pelas mais diversas razões. Embora atualmente a proibição ao seu seja a regra, não faltam exceções aptas a legitimar sua ocorrência. A afirmação jurídico-internacional da proscricção do uso da força, segundo Gouveia (2013, p. 8), desenhou-se, primordialmente, no século XX, sobretudo a partir do teor da Carta das Nações Unidas.

Como se delineará a seguir, quatro são principais possibilidades: legítima defesa, autorização pelo Conselho de Segurança, consentimento e intervenção humanitária. Todavia, não raras às vezes países responsáveis por perpetrarem desmedida violência contra outros Estados tentam, indevidamente, valer-se de tais prerrogativas para legitimar condutas beligerantes e opressivas, razão pela qual a definição de cada um desses institutos se prova relevante.

As possibilidades de exceção ao uso da força decorrem, em parte, da própria Carta da ONU supramencionada, como o direito à legítima defesa (previsto no artigo 51) e a possibilidade de aquiescência por parte do Conselho de Segurança (conforme artigo 42), como se vê:

Artigo 42. No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas.

[...]

Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança

tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

A possibilidade de suscitação de legítima defesa, nos termos do artigo 51 da Carta da ONU, revela-se como o argumento mais vezes invocado pelos Estados que perpetraram atos militares contra terceiros. Ainda segundo Gouveia, os pressupostos da legítima defesa relacionam-se com a existência de um ataque armado iminente ou em curso, de modo que o uso da força por parte da nação agredida se constitui como atitude necessária para repelir uma agressão injusta.

Ao reconhecer o direito “inerente” dos Estados à legítima defesa, a Carta da ONU deixou claro que não criou um novo direito. Em realidade, como declarou a CIJ no caso Nicarágua, a Carta meramente reconheceu um direito que já existia previamente sob a guarda de normas costumeiras (par. 176), associado à soberania dos Estados e à necessidade de preservá-la. Ademais, ao longo de sua história jurisprudencial, a CIJ realizou importantes esclarecimentos acerca do conteúdo postulado no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, atestando a legítima defesa como um direito fundamental dos Estados. Crucialmente, a permissibilidade da legítima defesa deve sempre ser interpretada de forma conjunta com o artigo 2(4) da Carta, contribuindo para a construção de uma perspectiva analítica e interpretativa restritiva voltada a garantir a proibição do uso da força (SCUDELLARI; VEIGA, 2020)

A grande preocupação, ao se lançar mão da legítima defesa, é que não ocorra uma nova agressão unilateral, exigindo-se, para tanto, observância aos seguintes critérios: proporcionalidade, necessidade e caráter imediato (VELLOSO, 2003, p. 21). Em outras palavras, seu caráter defensivo não permite que o ato a ser perpetrado pelo Estado agredido exceda àquele realizado pelo agressor, atendo-se ao mínimo necessário e extinguindo-se no momento em que cessa a agressão.

Ocorre, todavia, que por se demandar uma análise factual e subjetiva da realidade, que por vezes se mostra obscura, eventualmente a utilização do conceito de legítima defesa se banaliza e situações tanto quanto singulares acontecem, como, por exemplo, dois Estados envolvidos em um conflito alegarem, concomitantemente, legítima defesa. Isso aconteceu no confronto envolvendo

Armênia e Azerbaijão em torno da província de Nagorno-Kabarakh (SCUPELLARI; VEIGA, 2020).

Recentemente, a Corte Internacional de Justiça proferiu julgamento em litígio envolvendo a República Democrática do Congo, que alegou o uso indevido de força dentro de seu território perpetrado por Ruanda, Burundi e Uganda. Este, inclusive, argumentou que a utilização da força decorreu de exercício de legítima defesa, fato rechaçado em julgamento, como se depreende do trecho colacionado abaixo, extraído da íntegra divulgada pela própria CIJ:

The Court also rejected Uganda's claim that its use of force, where not covered by consent, was an exercise of self-defence, finding that the pre-conditions for self-defence did not exist. Indeed, the unlawful military intervention by Uganda was of such magnitude and duration that the Court considered it to be a grave violation of the prohibition on the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter.

Se a legítima defesa pressupõe uma resposta proporcional a um injusto ataque armado, a possibilidade prevista no artigo 42 quanto a autorização por parte do Conselho de Segurança oportuna a viabilização de soluções não militares à manutenção (ou restauração) da paz, mediante a oposição de embargos econômicos, boicotes, rompimento das relações diplomáticas e interrupção dos meios de comunicação ferroviários, aéreos ou marítimos, por exemplo, evidenciando-se a primazia pela busca por soluções pacíficas a relações conflituosas, postergando-se ao máximo a utilização de forças militares.

Em outros casos, a utilização da força por um Estado estrangeiro em determinado território se torna não apenas necessário, mas, inclusive, desejado pelo país receptor da “agressão”, inaugurando a possibilidade de uso da força mediante consentimento, sucedendo-se, sobretudo, quando questões domésticas de um país saem de controle, geralmente decorrente de guerras civis ou de atuação de grupos terroristas.

Ao contrário das possibilidades anteriores, que decorrem diretamente da Carta das Nações Unidas, o consentimento dado a um Estado estrangeiro para intervir militarmente advém dos Artigos de Responsabilidade Internacional de Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, que, em seu artigo 20, estabelece:

Article 20. Consent. Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

Abaixo da norma, em consonância ao disposto, há comentário por parte dos idealizadores dos artigos, que, no caso, esclarecem que a atuação do Estado estrangeiro ocorrerá nos limites estabelecidos pelo país receptor, como se vê:

Article 20 reflects the basic international law principle of consent in the particular context of Part One. In accordance with this principle, consent by a State to particular conduct by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the consenting State, provided the consent is valid and to the extent that the conduct remains within the limits of the consent given.

Por fim, verifica-se a intervenção humanitária como uma possibilidade de ingerência internacional em um Estado estrangeiro cuja população se encontre em severo estado de vulnerabilidade e necessidade de socorro.

A controvérsia reside no fato de que muitas vezes a intervenção ocorre sem a autorização da nação receptora, suscitando complexas questões referentes a soberania nacional e ao direito de ingerência. Nesse sentido, Mario Bettati enfatiza:

O princípio da soberania já não é, pois, a fortificação inexpugnável dos Estados com a qual as solidariedades se deparam em relação aos povos. Foram conseguidos progressos sensíveis para permeabilizar as fronteiras às entreajudas exteriores (1997, p. 324).

Os debates quanto à legitimidade da intervenção humanitária ampliaram demasiadamente após o bombardeio pela OTAN na região em que hoje é conhecida como Kosovo, em 1999 (MOLIER, 2006), discutindo-se o risco de tais intervenções representarem mero pretexto para, eventualmente, algum Estado invadir e ocupar outra nação, por motivos escusos que fogem à preocupação humanitária.

De todo modo, sua caracterização exige o uso de força armada por Estado, independentemente da anuência do país onde se processa a operação, com o objetivo de conter violações maciças aos direitos humanos, não importando a nacionalidade das vítimas (BOHLKE, 2001, p. 236-237).

Portanto, se de um lado há o dever soberano do Estado em proteger sua população, infere-se, de outro, a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional em agir em contexto de flagrante abuso de poder e desrespeito a direitos humanos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, levanta-se o questionamento se no contexto pandêmico atual, um eventual governo que aja em patente desrespeito à vida de sua população, mediante reiteradas posturas negacionistas e dolosas, enseja a possibilidade de uma intervenção humanitária por parte da comunidade internacional, na medida em que se verifica, sobretudo, que o controle do vírus responsável pela pandemia da Covid-19, caso não seja globalmente combatido, é apto a sofrer novas mutações que o torne mais infeccioso, letal e, principalmente, imune às vacinas já desenvolvidas, de modo que o risco se torna não apenas regional, mas global.

4 (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

Em 11 de março de 2020, a OMS - Organização Mundial da Saúde declarou o surto de covid-19 como pandemia em razão de ter atingido nível global de transmissão. Nesse momento, países como a Itália já registravam números elevados de morte por dia e viam seus sistemas de saúde, pública e privada, colapsarem, além de presenciar o colapso também dos sistemas funerários. Seis dias depois, o Brasil registrou seu primeiro caso da doença.

Embora não se possa dizer que uma pandemia de coronavírus fosse inesperada, visto que em uma simulação do Fórum Econômico Mundial em parceria com o Instituto Bill Gates e Melinda Gates de outubro de 2019 teve como hipótese justamente o surgimento de uma pandemia de coronavírus, o fato é que o surgimento do Sars-Cov-2 pegou o mundo de surpresa com a sua capacidade de transmissão e letalidade (LEITE, 2010, online).

Diante da calamidade imposta pelo novo vírus, o mundo se viu mergulhado em uma crise sanitária global, cujos efeitos se estenderam para além das numerosas mortes e colapso dos sistemas de saúde e serviços funerários e atingiu em cheio a economia dos Estados e as relações internacionais resultando em cooperação internacional para o desenvolvimento de vacinas, mas também em fechamento de fronteiras e incidentes diplomáticos decorrentes da negação da ciência.

Em razão da soberania, definida por Kegel (2007, p. 274) como “o poder discricionário que o soberano exerce sobre o conjunto de instrumentos normativos que coordenam o convívio social em direção a uma sociedade juridicamente organizada”, cada Estado nacional definiu suas políticas internas de enfrentamento à pandemia.

Algumas das medidas mais comumente adotadas pelos Estados foi a obrigatoriedade do uso de máscaras, a limitação da capacidade de pessoas em ambientes fechados e transporte público, o isolamento social, a quarentena, disponibilização de crédito e pagamento de benefícios assistenciais e até mesmo o fechamento das fronteiras internacionais.

De modo geral, as medidas adotadas pelos Estados tinham como objetivo proteger seus cidadãos e garantir o direito à vida e à saúde, bem como a manutenção do emprego e da renda para que, em última análise, fossem garantidos os direitos humanos.

No entanto, alguns Estados ou não adotaram medidas suficientes para assegurar que não houvessem graves violações de direitos humanos em seus territórios ou contribuíram para que as violações acontecessem, seja por meio da edição de atos normativos que implicavam em violações, seja por meio de atos do Chefe de Estado incentivando aglomerações, seja pela adoção de políticas públicas que incentivavam a contaminação e o uso de medicamentos comprovadamente ineficazes ou ainda em razão da corrupção na aquisição de imunizantes.

Tomando-se o Brasil como exemplo, é possível citar a Medida Provisória (MP) n.º 927/2020 que em seu art. 18 previa a suspensão dos contratos de trabalho e em seu art. 29 previa a desconsideração da doença ocupacional por contaminação por Covid-19 (BRASIL, 2020). Também se pode mencionar os inúmeros discursos do presidente da república minimizando a pandemia⁹, propagando ideais antivacina¹⁰ e criticando as ações dos chefes de executivo das demais unidades da federação¹¹ e seus atos que promoveram aglomerações¹². E, por fim, pode-se mencionar ainda a política pública de incentivo ao contágio, conhecida como imunidade de rebanho, a adoção de tratamento precoce com

⁹ Notícia veiculada no Correio Brasiliense em 24.08.201 no endereço encurtador.com.br/cvxLQ

¹⁰ Notícia veiculada na Folha de São Paulo em 04.03.2021 no endereço encurtador.com.br/oqFGP

¹¹ Notícia veiculada na Isto é Dinheiro em 07.09.2021 no endereço encurtador.com.br/kuGHR

¹² Notícia veiculada no G1 em 04.08.2021 no endereço encurtador.com.br/hkwOR

medicamentos ineficazes e os casos de corrupção na aquisição de vacinas a exemplo do caso Precisa Medicamentos evidenciados na Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou a gestão da pandemia¹³.

De acordo com Adilson Soares e Ricardo Fernandes de Menezes (2021, online):

Houvesse uma coordenação política nacional e sensatez política, econômica, social e sanitária do enfrentamento da Covid-19, teria chegado aos setores sociais fragilizados e vulneráveis, rapidamente, proteção econômica e social mais abrangente. Ao lado disso, teriam sido adotadas medidas ágeis e desburocratizadas visando a manutenção de empresas, especialmente as micro, pequenas e médias, condicionadas à preservação de empregos. Com isso, teria sido possível parar amplamente as atividades não essenciais no país, incentivar o compromisso das pessoas com o distanciamento social e exigir, como fez a esmagadora maioria dos países, o efetivo cumprimento pela população de um isolamento social rígido.

Vai ao encontro dessa constatação a informação prestada pelo infectologista Pedro Hallal em seu depoimento à CPI da Covid no qual afirmou que quatro a cada cinco mortes por covid-19 no Brasil poderiam ter sido evitadas, o que poderia ter poupado cerca de quatrocentas mil vidas, caso o Brasil tivesse feito uma boa gestão da pandemia¹⁴.

Diante das citadas violações de direitos humanos e da evidente ameaça à saúde global que a covid-19 representa, questiona-se se seria possível justificar uma intervenção internacional em países como o Brasil pautada na responsabilidade de proteger.

A responsabilidade de proteger ou R2P (The Responsibility to Protect) é pautada em três pilares – responsabilidade de prevenir, responsabilidade de reagir e responsabilidade de reconstruir (LABONTE, 2013, p. 29-30), de modo que se pode dizer que é mais abrangente que a intervenção humanitária, visto que a intervenção militar aparece apenas no âmbito da responsabilidade de reagir, devendo os outros âmbitos de responsabilidade ser buscados por meio de incentivos e sanções militares, diplomáticas e econômicas, além dos processos internacionais. De outro lado, a medida é mais restrita que a intervenção humanitária,

¹³ Notícia veiculada pelo portal do Senado Federal em 20.10.2021 no endereço encurtador.com.br/eBJS9

¹⁴ Notícia veiculada pelo portal do Senado Federal em 24.06.2021 no endereço encurtador.com.br/nqPT5

porque depende da autorização do Conselho de Segurança da ONU - Organização das Nações Unidas (PATTISON, 2010, p.13-14).

Erdogan (2017, p. 49) aponta ainda que outra diferença entre a intervenção humanitária e a responsabilidade de proteger é o fato de que na responsabilidade de proteger o direito de intervir é substituído pela ideia de responsabilidade, incorporando a preocupação com as vítimas de violação de direitos humanos, bem como colocando a comunidade internacional como responsável pela proteção dessas pessoas.

Portanto, “quando os Estados falham em sua responsabilidade primária de reprimir uma atrocidade, caberia à comunidade internacional responder pela proteção dos civis, por meio de medidas políticas não forçadas e/ou coercitivas, quando apropriadas” (SILVA, ALVES e SIQUEIRA, 2021, p. 67).

Em outras palavras, cada Estado é responsável por proteger sua população, no entanto, caso falhe nessa proteção ou não a faça (por ação ou omissão), cabe à comunidade internacional intervir para assegurar a proteção da população do Estado-alvo, de modo que se pode afirmar que a responsabilidade de proteger é um instituto que tem como objetivo proteger as vítimas de violação de direitos humanos quando o Estado falha ou é o próprio autor das violações (TIEWA, 2018, p. 148).

O Relatório da International Commission on Intervention and State Sovereignty (2001, p. 32) estabeleceu seis critérios cumulativos para a utilização da responsabilidade de proteger - justa causa, intenção correta, autoridade correta, último recurso, meios proporcionais e perspectiva razoável.

A justa causa se refere às condições do Estado-alvo que autorizem a intervenção, sendo limitadas na Cúpula Mundial de 2005 a quatro classes de atrocidades em massa incluídos nesse rol o genocídio, os crimes de guerra, a limpeza étnica e os crimes contra a humanidade; tendo, de outro lado, sido excluídas as hipóteses de catástrofes naturais ou ambientais avassaladoras (UNITED NATIONS, 2005, p. 30).

Diante desses pontos, advoga-se que embora a pandemia de Covid-19 seja uma catástrofe natural, “as populações mais vulneráveis sofrerão com a pandemia em uma escala comparável a muitos genocídios documentados. Portanto, não seria possível distinguir atrocidades causadas por seres humanos dos desastres nos quais a negligência humana é um fator contribuinte (SILVA, et al, 2021, p. 77).

De outro lado, tendo em vista a inação ou até mesmo a ação de alguns Estados, como o Brasil, durante a gestão da pandemia é possível afirmar que as graves consequências enfrentadas pela população desses Estados não está atrelada apenas a uma causa natural ou ambiental, mas diretamente falha do Estado no dever de proteção ou, pior, na autoria da violação dos direitos humanos da sua população, colocando em risco, dada a alta transmissibilidade do vírus e possibilidade de surgimento de novas variantes, toda a comunidade internacional, o que justificaria a extensão da utilização da responsabilidade de proteger ao caso concreto.

Embora a COVID-19 seja uma ameaça global, os efeitos não serão suportados igualmente pelos países e pelas populações. Cumulativamente, é preciso analisar a atitude do Estado ante a pandemia. Se o Estado conseguir controlar a transmissão, na medida do possível, oferecendo tratamento – que por certo não evitaria as mortes, mas as diminuiria –, e implementar as medidas aconselhadas pela ciência, não há hipótese de intervenção. É a insuficiência do Estado em oferecer medicamentos e manter a economia, ou seu desinteresse e o agir contrário ao conhecimento científico sedimentado que justificam a intervenção (SILVA, et al, 2021, p. 77).

No entanto, embora se defenda haver justa causa, em razão dos requisitos serem cumulativos, não é possível a utilização do dever de proteção nos casos em que o Estado falha na gestão da pandemia caso não estejam bem demonstrados também a intenção correta, autoridade correta, último recurso, meios proporcionais e a perspectiva razoável.

5 CONCLUSÃO

Como dito desde a introdução do presente artigo, o uso da força no Direito Internacional Público é um tema central à segurança internacional, sendo justificável em situações de excepcionalidade para garantir, em última instância, a paz na comunidade internacional, repelindo e reprimindo comportamentos dos Estados que possam causar graves distúrbios no cenário internacional, bem como graves violações de direitos humanos.

Como analisado, em regra, por tratar-se de exceção ao princípio da soberania, que estabelece a independência dos Estados-nacionais na gestão de seus assuntos internos e definição das suas políticas externas, o uso da força somente é permitido em casos de legítima defesa, autorização pelo Conselho de Segurança,

consentimento e intervenção humanitária. A responsabilidade de proteger, comparada à intervenção humanitária, por sua vez, é possível quando o Estado, responsável por proteger sua população, falhe nessa proteção ou atua como autor de violações de seus direitos.

Assim, tendo em vista que na gestão da pandemia de covid-19 alguns Estados ou não adotaram medidas suficientes para assegurar que não houvesse graves violações de direitos humanos em seus territórios ou contribuíram para que as violações acontecessem, o artigo buscou responder se é possível estender as exceções previstas para as formas de ingerência internacional no contexto da pandemia.

Conclui-se, entretanto que, embora haja em muitos casos, como o do Brasil, justa causa para uma intervenção, ainda assim, não seria possível justificá-la sem que se demonstrasse a presença dos demais requisitos cumulativos - a intenção correta, autoridade correta, último recurso, meios proporcionais e a perspectiva razoável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTATI, Mario. O direito de ingerência: mutação da ordem internacional. Lisboa: Piaget, 1997.
- BÖHLKE, Marcelo. A proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BRASIL. Medida Provisória n.º 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Diário Oficial da União:Seção 1, Brasília, DF, 55-L, p. 1, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso: novembro de 2021.
- ERDOGAN, Birsen. Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Turkish Foreign Policy Discourse. Maastricht: Palgrave MacMillan, 2017.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2013, O uso da força no Direito Internacional Público. Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 107 | pp. 149-200 | jul./dez. 2013.
- INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. The Responsibility to Protect: Report of the International

Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, 2001.

KEGEL, Patrícia Luiza. Soberania e Supranacionalidade dos Estados-membros da União Européia: o “Point of no Return” da Integração Regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2.

LABONTE, Melissa. Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing, and Intervention: lessons for the responsibility to protect. New York: Routledge, 2013.

LEITE, Marcelo. Simulação em outubro previu despreparo de países para pandemia. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioe-saude/2020/03/simulacao-em-outubro-previu-despreparo-de-paises-para-pandemia.shtml>>. Acesso em 18.11.2021.

MOLIER, Geliijn. Humanitarian intervention and the Responsibility to Protect After 9/11. *Netherlands International Law review*, p. 37-62, May 2006.

PATTISON, James. Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who should intervene? New York: Oxford Press, 2010.

SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Responsabilidade de proteger na pandemia da covid-19: uma extensão possível? *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 8, Núm.19, jan./abr., 2021. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45607/28682>>. Acesso em outubro de 2021.

SOARES, Adilson e MENEZES, Ricardo Fernandes de. Coronavírus no Brasil: a marcha da insensatez. *Saúde e Sociedade [online]*. v. 30, n. 2 [Acessado 1 Dezembro 2021], e200653. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-12902021200653>>. ISSN 1984-0470. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902021200653>.

SCUPELLARI, T & VEIGA, VICTOR, 2020. A proibição do uso da força nas relações internacionais: uma introdução. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/uso-da-for%C3%A7a-1>.

TIEWA, Liu. Is China like the other permanent members? Governmental and academic debates on R2P. In: SERRANO, Mónica; WEISS, Thomas G. *The International Politics of Human Rights: rallying to the R2P cause?* New York: Routledge, 2014. p. 148-170.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005.24 oct. 2005. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf. Acesso: dezembro 2021.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa no direito internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). Terrorismo e direito. Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Editora forense, 2003.

A SOCIEDADE VIGIADA NA MORAL PÓS-CONVENCIONAL: O COMPLIANCE E A PROTEÇÃO DE DADOS: A PRIVACIDADE E A ÉTICA EMPRESARIAL

Marcia Hiromi Cavalcanti

Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil.

E-mail: marciacavalcantibento@gmail.com

Clodomiro José Bannwart Júnior

Professor no Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil.

E-mail: cbannwart@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A crise dos Estados e a crescente globalização da economia provocaram o enxugamento das leis, estimulando a autocomposição e autorregulação para solução dos conflitos e a flexibilização de direitos na composição de consenso político, o direito passa a servir como uma "ponte" entre o sistema e o mundo da vida. Muitos negócios são realizados e dados são compartilhados nessas tratativas, por isso alguns costumes internacionais foram estabelecidos para a proteção de dados. Por meio de inteligência artificial, dados de diversos setores são analisados e transformados em informações, chamadas "Big Data". Mapeamento para controle de epidemias, mercadologia, estratégias eleitorais, são algumas possibilidades do uso dessa tecnologia, mas o que passa a sensação de conforto, segurança e autonomia, também implica na modificação artificial do comportamento e do tecido de ações comunicativas, ameaçando a democracia e direitos fundamentais, seara do Direito Negocial. O tema trata da responsabilidade empresarial sob os aspectos normativos da razão prática na moral pós-convencional na perspectiva habermasiana. Nessa sociedade, segundo Dowbor, os dados têm alto valor econômico e muitas vezes são usados de forma desonesta. A instrumentalização das empresas desconsidera as consequências de suas ações e omissões. A legitimidade procedimental é desprezada pela legitimação por resultados e a competitividade se sobrepõe ao deliberativo. Como efetivar direitos nessa realidade? O objetivo do estudo é demonstrar pela reconstrução histórica da teoria social, através de levantamento bibliográfico e revisão sistemática de literatura pelo método dedutivo, que a adoção do Compliance, possa, de certo modo,

contribuir para a proteção de dados e regular o seu uso no "mercado de comportamento". O Compliance como um instrumento de boas práticas, de gestão de risco, controle e transparência, vai além da prevenção de ilícitos e de possibilitar a mitigação de penalidades, o Compliance enseja uma cultura de conformidade, de estar de acordo com a leis, e de integridade, de ética empresarial, para a produção de valores simbólicos, a confiança e a confiabilidade. A proteção dos direitos e a responsabilidade social, como pressupostos emancipatórios estão também na seara do direito negocial, afinal a dominação dos dados e o controle das informações influenciam a sociedade e desequilibram as relações negociais. O resultado desejado é validar o Compliance no desenvolvimento das estruturas normativas para a reabilitação da razão prática, no plano da realidade empírica e da normatividade à luz da teoria crítica social habermasiana e na organização empresarial em respeito aos direitos do indivíduo e da sociedade, pela reconstrução do paradigma material.

1. A PROTEÇÃO DE DADOS E O MERCADO DE COMPORTAMENTO

O fenômeno da globalização da economia interfere nas dinâmicas sociais contemporâneas. Novas tecnologias e inovações somadas a uma sociedade complexa e fragmentada, ameaçam as estruturas dos Estados e as suas instituições.

Anthony Giddens, investiga os impactos do fenômeno, que trata como a "modernização reflexiva":

marcada pelos processos concomitantes da globalização e da busca de contextos de ação mais tradicionais, altera o equilíbrio entre tradição e modernidade. à primeira vista, a globalização parece um fenômeno "externo", o desenvolvimento de relações sociais de um tipo global bem afastado das preocupações da vida cotidiana. Por isso, para os sociólogos, ela poderia parecer simplesmente outro "campo" de estudo, uma especialidade entre outras especialidades. O estudo da globalização seria análise dos sistemas do mundo, os modos de interconexão que operam na estratosfera global. Enquanto os modos de vida tradicionais, e especialmente a "comunidade localmente situada", persistirem, essa visão não estará muito distante da verdade. Atualmente, contudo, quando o abandono dos contextos locais torna-se muito avançado, ela é bastante imprecisa. a globalização é uma questão do aqui que afeta até os aspectos mais íntimos da nossa vida ou preferivelmente, está relacionada com elas de uma forma dialética. na verdade, o que hoje em dia chamamos de intimidade, e sua importância nas relações pessoais, foi criado em grande parte por influências globalizadoras. (GIDDENS,1995, p.148)

Ao tratar da modificação artificial do comportamento pelas novas tecnologias, e do tecido comunicativo, pela dominação dos meios de comunicação e da captura dos dados para fomentar a manipulação das massas, vale a percepção de Giddens ao tentar buscar contextos para a globalização em processos tradicionais, que como tema inovador, exige uma abordagem que vá além da percepção tradicional.

A conexão são as consequências desincorporadoras resultantes dos sistemas abstratos. Neste caso, as influências causais são complexas e estão ligadas ao caráter multidimensional da modernidade (...). A tradição diz respeito à organização de tempo e, portanto, também de espaço: é o que ocorre também com a globalização, exceto pelo fato de que uma corre em sentido contrário a outra. Enquanto a tradição controla o espaço mediante seu controle de tempo, com a globalização o que acontece é outra coisa. A globalização é, essencialmente, "a ação à distância", a ausência predomina sobre a presença, não na sedimentação do tempo, mas graças à reestruturação do espaço. (GIDDENS, 1995, p. 149)

Nessa sociedade de informação, as tecnologias permitem uma maior velocidade também na tratativa dos negócios. Muitos negócios são realizados simultaneamente e uma enorme quantidade de dados são compartilhados nessas tratativas, por isso alguns costumes internacionais foram estabelecidos para a proteção de dados. Nunca tantos dados foram compartilhados e o uso de inteligência artificial permite que dados de diversos setores sejam analisados e transformados em informações, e o que passa a sensação de conforto, segurança e autonomia, também implica na modificação artificial do comportamento e do tecido de ações comunicativas, o que ameaça a democracia e os direitos fundamentais do homem.

Em 2011, Habermas, ao tratar do conceito de dignidade humana e da utopia realista dos direitos humanos, observou que “a ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos”. Em seguida argumenta que os direitos humanos mostram uma face de Janus, a qual está voltada ao mesmo tempo à moral e ao direito e que essa posição não exigiria uma revisão de sua abordagem sobre o sistema de direitos conforme desenvolvida em 1992, no capítulo 3 de *Faktizität und Geltung*. Habermas, todavia, faz uma ressalva importante, a saber, de que lá não havia tratado de dois aspectos: “Primeiro, as experiências cumulativas de dignidade violada formam uma fonte de motivação moral para a práxis constitucional sem precedentes históricos no final do século XVIII; segundo, a noção geradora de status do reconhecimento social da dignidade

do outro fornece a ponte conceitual entre o conteúdo moral do respeito igual de cada um e a forma jurídica dos direitos humanos” (NOBRE, 2020, p. 299).

Mesmo ao renunciar a sua privacidade ao autenticar um termo de uso, ou efetuar um pagamento, ao escolher um serviço de streaming, ou acessar uma rede social, o indivíduo está disponibilizando sua rotina e seus hábitos. Ao enviar ou visualizar uma mensagem, um post, informações são geradas e usadas para levantar e definir comportamentos, o que acaba se tornando uma mercadoria de alto valor seja econômico ou político. São situações que as tratativas tradicionais não abarcam.

O professor Gilvan Hansen, ao prefaciar o livro *Compliance aspectos jurídicos e filosóficos*, segue na mesma percepção:

os avanços tecnológicos, especialmente a partir da segunda metade do século XX, permitiram o desenvolvimento dos transportes e das Comunicações em níveis tão acentuados que praticamente pulverizaram as distâncias e o tempo que separava as pessoas, provocando a planetarização das relações humanas ponto isso gerou as condições satisfatórias ao capitalismo para a globalização dos mercados. Ao longo das últimas quatro décadas os problemas ligados a logística na distribuição dos produtos e dos serviços, bem como da circulação do dinheiro, foram equacionadas pelo mercado com relativa competência. Todavia, a diversidade cultural, os valores e costumes específicos e a complexidade institucional nos diferentes países do mundo geraram uma instabilidade nas relações mercadológicas a dívida da desconfiança quanto ao cumprimento dos acordos firmados ao adimplemento de obrigações e ao respeito aos procedimentos esperados nas relações interinstitucionais, e públicas ou privadas” (BANNWART E FAVORETO, 2020).

Hansen então ressalta que, no "cenário de volatilidade das relações institucionais internacionais, os governos e as corporações buscam no direito e na gestão institucional, os mecanismos para o estabelecimento da credibilidade desejada". E neste contexto, na busca de instrumentos de regulação mais satisfatórios que os tradicionais, se encaixa o Compliance, seja "no âmbito das relações institucionais, empresariais ou não, de caminho para redenção dos problemas advindos da desconfiança internacional vigente".

Manuel Castells também já tratava sobre esse novo estado de desenvolvimento, que repercutiu em todas as atividades humanas, e que promoveu a modificação das relações pessoais e contratuais, novas realidades na sociedade, na economia, na atuação do Estado, nas relações internacionais (CASTELLS,

1999). Essa transformação e suas particularidades “definem um novo paradigma, o da tecnologia da informação, que expressa a essência da presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade” (WERTHEIN, 2000, p. 70).

No mercado de comportamento, Shoshana Zuboff alerta para o “capitalismo de vigilância”, e uma nova “ordem econômica” decorrente da modificação de comportamentos com a expansão das tecnologias digitais, em que tanto o Estado como as organizações dispõem de ampla tecnologia para a observação, o registro e o controle das pessoas (2020). A autora, diante dessa verdade de práticas agressivas, de dissimulações, de um controle nunca visto sobre a sociedade, destaca o perigo aos direitos das pessoas, e insiste nas discussões sobre as formas, os usos, os efeitos e as implicações sociais dessa nova realidade na ordem econômica (ZUBOFF, 2020). As novas práticas do mercado permitem o controle de dados e a utilização de algoritmos que identificam informações específicas sobre o perfil da pessoa ou usuário. A psicóloga social destaca os riscos e os efeitos negativos da utilização dos dados coletados e processados por meio da “inteligência artificial”, ao indivíduo e à toda a sociedade (2020).

Nesse capitalismo de vigilância ou na sociedade vigiada, portanto, os dados passam a ter altíssimo valor econômico e são coletados e usados muitas vezes fora da ética e mesmo da legalidade. E justamente quem mais se enriquece com esses dados são as empresas, movidas pela razão técnico-instrumental, se esquivam das consequências e dos danos colaterais de suas escolhas.

Nesse cenário, é possível verificar a fragilidade do conceito de liberdade. Os dados são transformados por algoritmos, em informações que permitem mapear e manipular comportamentos. Um lucrativo mercado de comportamento vem se efetivando por meio do monitoramento e coleta automatizada, e possibilita até a veiculação ou omissão de fatos e informações, que interferem no comportamento da sociedade.

2. A ÉTICA EMPRESARIAL E A UTILIZAÇÃO DO COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE CONFIABILIDADE NA PROTEÇÃO DE DADOS

O professor Clodomiro Bannwart, no livro organizado por Marcos Nobre: Habermas e a reconstrução, traz parte de sua tese de 2008, em "Estruturas

normativas da teoria da evolução social em Habermas", demonstrando na reabilitação do racionalismo prático em Habermas, a necessidade da evolução do direito moderno,

No plano social, as estruturas da intersubjetividade são tomadas como “tecidos de ações comunicativas” e, no plano da personalidade, elas são consideradas “capacidade de linguagem e de ação” dos indivíduos. Os dois planos de estruturas – social e individual – referem-se a estruturas de consciência que, no âmbito dos sistemas de sociedade, estão arraigadas nas instituições do direito e da moral e, no âmbito da personalidade, estão manifestas na expressão de juízos morais e na prática de ações individuais. Revela-se importante o papel desempenhado pela moral e pelo direito, os quais são definidos por Habermas como núcleo da interação (1976, p. 13). moral e direito se revelam como orientações especializadas na manutenção da intersubjetividade”, podendo, como é o caso do direito, mais especificamente, ser uma orientação de ordem institucionalizada. Se o sistema jurídico ocupa um papel institucional destacado na homologia pretendida, cabe verificar qual a real visão que Habermas tinha do direito nesse contexto. (NOBRE, 2020, p. 119)

Do estudo, chega à conclusão que o direito, não escapa à regra ao incorporar “estruturas universais de consciência”.

O fator que decorre da racionalização dos sistemas de ação é a ampliação da capacidade de orientação dos sujeitos como capazes de pensar e de agir. Nas palavras do próprio Habermas, a questão é a seguinte: “Em que consiste a racionalidade do direito?”(NOBRE, 2020, p. 120)

O professor Bannwart se vale da perspectiva habermasiana para constatar a alienação do direito positivo ao mercado capitalista:

Em razão do processo econômico e de sujeitos movidos por interesses privados, Habermas mostra que o direito moderno, nesse contexto, serve de meio de organização da esfera de ação. A racionalidade do direito se ajusta à racionalidade estratégica dos sujeitos jurídicos que se orientam pela racionalidade com respeito a fins, isso porque se criou uma espécie de planificação das orientações de ações que, perspectivadas pelas relações de mercado, possibilitaram a busca de interesses privados neutralizados do ponto de vista ético, legitimadas, no entanto, do ponto de vista jurídico.(...) o direito privado burguês viabilizou normas que “organizam de acordo com princípios universalistas esferas do agir estratégico neutralizado no plano ético”.(NOBRE, 2020, p. 123)

Da construção da moral pós-convencional, e do sistema adotado por Habermas de desenvolvimento emancipatório, o professor Bannwart traz para entender a teoria organizacional e repensar a ética emancipatória empresarial:

não é possível diagnosticar a racionalidade da...estrutura sistêmica capitalista, Habermas assinala outro parâmetro para avaliar a racionalidade do direito: a consciência moral. “Do ponto de vista da lógica evolutiva [Entwicklungslogisch], a forma do direito moderno pode ser entendida como uma incorporação de estruturas de consciência pós-convencional. Nesse sentido, cabe medir o aumento da racionalidade do direito moderno levando-se em consideração a sua racionalidade normativa” (NOBRE, 2020, p. 124)

A análise de Bannwart demonstra que para Habermas, o direito exerce funções sistêmicas no seu processo evolutivo:

Para Habermas, o direito, de sua perspectiva evolucionária, não pode ter sua explicação reduzida nem ao direito privado nem à sua sistemática interna, deve levar em conta uma ótica ampliada, que considere a conexão do direito privado com o direito público e, sobretudo, a conexão entre direito e moral, aspecto esse de incontestável importância para entender a racionalização do direito pelo viés da racionalidade da norma. O que Habermas está pretendendo fazer não é outra coisa senão mostrar que o direito exerce funções sistêmicas (NOBRE, 2020, p. 124)

Nessa perspectiva, Bannwart avalia a Teoria crítica da sociedade e evolução social e ao fazer uma releitura de Adela Cortina conclui que, na sociedade contemporânea, a empresa é parte dela, em um paradigma organizacional.

Somos, por assim dizer, uma sociedade constituída de organizações, sendo que a empresa se impõe como um importante paradigma organizacional. Se a empresa é parte inerente da sociedade, não dá para limitar a tematização da ordem social ao binômio Estado-sociedade, como foi a marca da tradição contratualista moderna. É preciso levar em consideração o papel organizacional, sobretudo empresarial, na correlação de forças a ocupar entre o Estado e a sociedade. É imprescindível, pois, pensar a relação contemporânea entre Estado, empresa e sociedade. (BANNWART E FAVORETO, 2020, pg. 17)

Adela Cortina justifica “a possibilidade de edificar uma cidadania cosmopolita com a ajuda das tecnologias de informação, o que requer o exercício da justiça; e a necessidade de assumir a responsabilidade corporativa no processo de globalização, recorrendo à ética da empresa como fator de inovação humanizadora” (CORTINA, 2007, prefácio). Nesse sentido, a autora privilegia o ideal de enfrentamento constante às injustiças, às violências, por meio do diálogo, por

uma ética mínima, por um conjunto de valores que possam orientar por todos os integrantes de nossa sociedade (CORTINA, 2009).

Além dos estudos em nível internacional, destacamos as investigações que estão sendo realizadas no Brasil e na América Latina, que dialogam com os autores referenciais internacionais, como a obra coletiva “Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem” (BRUNO et al., 2018). O termo “tecnopolíticas” se refere “tanto ao desenvolvimento de novas formas de vigilância e controle quanto a experimentação de resistências e subversões” (BRUNO et al., 2018, p. 8). Fernanda Bruno et. al. observam que:

Os agenciamentos sociotécnicos emergentes possibilitam inauditas estratégias de disputa sobre o uso de tecnologias e a agregação de atores heterogêneos que visem a criar, a reforçar ou a reverter formas de dominação ou exploração ou mesmo a fazer florescer modos de existência e/ou organização. Nesse sentido, as tecnopolíticas podem ser entendidas amplamente como uma caixa de ferramentas para os embates sociotécnicos do presente. Afirmam-se, portanto, como fundamentais para a análise, a compreensão e a atuação no mundo que vem se constituindo nas primeiras décadas do século XXI, num movimento que tende a ganhar ainda mais importância nos anos vindouros. Assim, em vez de apontarmos para um cenário dominado por distopias tecnológicas, reconhecemos nas tecnopolíticas um estratégico território de disputa entre uma grande diversidade de forças e atores. (BRUNO *et al.*, 2018, p. 7-8)

Assim, consolidou-se o entendimento de que o Estado, a sociedade, as empresas, as normas jurídicas, não podem mais descuidar dessas consequências na vida das pessoas e no contexto social. A sociedade em rede e a exposição de dados conviveram por um bom tempo com uma modelo de regulação incipiente, padronizado sem a intervenção estatal, ou com uma intervenção mínima. Faz-se necessário uma normatização que assegure a transparência e que permita uma relação de confiança entre o usuário e o Estado e as organizações, e o regulamento da proteção de dados é indispensável. Para o enfrentamento desses problemas é necessário discutir a normatividade empresarial em face do Estado Democrático de Direito e da sociedade contemporânea.

A proposta deste estudo é encaminhar essa reflexão pelo viés da reabilitação da razão prática, dentro da teoria crítica e social de Jürgen Habermas (2016a; 2016b), trazendo como hipótese a instituição do compliance, pelas empresas, que ao perceberem que mesmo em uma racionalidade instrumental, não só o trabalho, mas a interação deve ser tratada como um ativo, e que mais que um instrumento de gestão, o compliance é hoje compreendido por toda uma

cultura de conformidade, de acordo com as normas e leis, e de integridade, para fazer o que é direito, moral e ético, com a gestão de risco, com o controle e a transparência, que permeia os interesses do Estado, da sociedade e da empresa.

A adoção efetiva do programa de compliance pode, de certo modo, prevenir o uso indevido de dados e de informações, em respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade e da privacidade, consolidando a confiabilidade da empresa perante a sociedade, valores desejados pela sociedade.

O professor Angelo Cenci, ao reconstruir o pensamento habermasiano, destaca a sua evolução da ética do discurso à teoria do discurso:

a partir da década de 1990, Habermas repensa sua obra, o que afeta a sua variante ético-discursiva, para uma teoria do discurso, reformulando a razão prática kantiana, em um discurso neutro entre a moral e o direito. Com a reformulação do conceito de razão prática, operada à luz da teoria do discurso, observa-se que Habermas, ao mesmo tempo, amplia o âmbito da razão prática para a esfera da ética, da pragmática, da política e do direito e mantém o conceito de moral do discurso em limites estreitos, restrito à função de esclarecer e fundamentar o ponto de vista moral (NOBRE, 2020, p. 190).

Demonstra a própria evolução de Habermas, quando publica em 1992, *Direito e democracia*:

o direito assume a tarefa de complementar a moral, por reunir condições de aliviar os indivíduos do peso das decisões. Assim, as questões da esfera privada são transferidas para a esfera pública, ou seja, são institucionalizadas mediante o direito. A relação entre elas já não é de atrelamento, mas de cooriginariedade, o que gera uma transformação na estrutura da ética discursiva habermasiana e no modo de entender sua teoria como tal. Por conseguinte, o direito assume lugar central na resolução dos problemas referentes à integração social, e sua legitimidade se desvincula da moral para se estabelecer em procedimentos discursivos (NOBRE, 2020, p. 299)

O Professor Clodomiro Bannwart bem caracteriza a racionalidade teleológica do empresário e da empresa:

As figuras do empresário e, igualmente, da empresa ganham destaque na sociedade contemporânea. Na Idade Média, por exemplo, o *ethos* social valorizava a pessoa do santo; na Antiguidade grega, o ideal de sábio era um valor nobre a ser perseguido com empenho. O contexto histórico cria seus valores e seus ideais, demonstrando que a ética – tal como a entendemos desde a Filosofia Grega – é circunstancial e relativa à produção de valores, de vícios e de virtudes. Da mesma forma que o martírio e a santidade estavam para o Santo, e a bravura para o guerreiro, assim também o

empreendedorismo parece estar para o empresário, esse personagem moderno marcado pela ousadia ao buscar revolucionar técnicas para aprimorar produtos e serviços, mas semelhantemente conhecido por seu egoísmo em perseguir fins privados. (BANNWART E FAVORETO, 2020, p. 16)

A empresa de natureza sistêmica, passa a mediar o sistema e o mundo da vida, afinal, está aberta a aprendizagem, justamente para acompanhar o mundo em que está inserida e esta aprendizagem é a aposta de Habermas para a humanidade.

Refletir sobre a empresa desvinculando-a da relação estatal e social pouco avanço trará à compreensão de seu papel como instituição promotora de desdobramentos e de consequências sociais, e pensar o binômio Estado-sociedade sem levar em consideração o papel desempenhado pelas empresas implicará análises parciais e unilaterais a dispensar a criticidade necessária que se impõe a tais organizações.

E aqui, de saída, cabem duas considerações. A primeira se refere às reflexões modernas que buscaram na relação Estado sociedade possíveis pressupostos emancipatórios. A segunda remete ao processo de diferenciação sistêmica, tal como captado por Niklas Luhmann, e que adjudica em boa medida a compreensão do próprio substrato social contemporâneo. No primeiro caso, fica a indagação sobre ainda ser possível a emancipação no projeto da Modernidade e o papel da empresa dentro dessa empreitada. No segundo caso, a questão é saber como a sociedade se posiciona frente à dinâmica sistêmica de sociedades complexas e funcionalmente diferenciadas (BANNWART E FAVORETO, 2020, p. 18)

E o direito evolui assim como a racionalidade instrumental estereotipada das empresas, mascarar esse comportamento já não é satisfatório, manipular o comportamento do mercado exige sim uma cobrança, da ética empresarial, e esse pode ser a sua evolução emancipatório, mesmo pautada no lucro.

Argumentos empíricos que apenas descrevem o modo como as empresas são na realidade (ser) perdem o estofamento crítico de apontar como deveriam comportar se (dever-ser). Argumentos que, contrariamente, fixam-se no normativo sem a devida preocupação com a prática correm o risco de produzir leituras idealistas e descontextualizadas do real. Esse é um dilema que passa a ser sentido sobremaneira no modelo funcional que compõe a sociedade contemporânea

Na verdade, a dicotomia entre norma e realidade é aspecto incontestado de uma crítica que reduz drasticamente o poder de normatividade da razão prática

(ética/moral, política e direito), quando não afastadas suas condições de exercer o papel de integração social nas complexas sociedades contemporâneas. Não dosar os dois lados da moeda – normatividade e empiria – ou sucumbir um ao outro pode inviabilizar o esforço de fazer valer o sentido do compliance, da responsabilidade social ou de uma ética empresarial.

3. A ÉTICA EMPRESARIAL E A UTILIZAÇÃO DO COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE CONFIABILIDADE NA PROTEÇÃO DE DADOS

A partir das reflexões que foram apresentadas nos tópicos anteriores, utilizaremos o referencial habermasiano para analisar o uso dos fundamentos da ética, da moral, e da razão prática no debate dos problemas que envolvem a proteção de dados e o comportamento do Estado e das organizações.

Os estudos de Jürgen Habermas apontam para a necessidade de uma “confiança intersubjetiva”, que precisa estar presente nas relações, inclusive nas relações empresa-sociedade, e baseada em valores e princípios considerados pelas pessoas (MARTINS, BANNWART JÚNIOR, 2018).

Esses valores teóricos a partir da ética do discurso de Habermas podem ser o referencial tanto para uma normatização de ordem geral, como para auxiliar na verificação e fixação dos procedimentos necessários, na formulação de práticas e procedimentos éticos a serem adotados pelas empresas na utilização de dados. Habermas estabelece a ética discursiva na teoria da ação comunicativa, a partir de uma fundamentação racional-intersubjetiva na escolha de valores, aplicando uma razão comunicativa entre os sujeitos, que cooperam entre si na busca do ideal de justiça (2016a; 2016b). Afirmamos que os conceitos e as proposições de Habermas, sobre os aspectos normativos da razão prática [ética, moral, política e direito], os princípios da dignidade, liberdade e privacidade, na perspectiva da responsabilidade empresarial no uso dos dados pessoais, justificam a aplicação do compliance como instrumento norteador de responsabilidade, integridade e conformidade, visando um bem comum, e o respeito à dignidade humana.

O professor Bannwart esclarece a dinâmica da teoria crítica, da inviabilidade emancipatória da teoria funcionalismo marxista, que com o tempo perdeu a esperança na filosofia da história ao transferir a teleologia da natureza para a história:

restando apenas um processo de acumulação repetitivo, sem dar conta de assegurar qualquer viabilidade emancipatória, visto que a dinâmica da produção do capital assenta-se na dinâmica da racionalidade instrumental. Diante desse quadro, Habermas vê com bom grado o funcionalismo das teorias sistêmicas como possibilidade de superar o realismo do modelo marxista, já que a sociedade passa a ser vista de forma descentrada e funcionalmente diferenciada. Quer dizer, a sociedade é perspectivada na ótica de vários sistemas, cada qual fechado em si mesmo e sem a possibilidade direta de intervenção uns nos outros, mas estabilizados funcionalmente. O fio condutor que o filósofo parece conceder da passagem de Marx a Luhmann é que o primeiro via a sociedade dentro de uma estrutura de totalidade, ao passo que o segundo já enxerga a sociedade descentrada. Esse aspecto é importante, uma vez que Habermas, na esteira sobretudo de Piaget, acolhe a ideia de sociedade descentrada como marca característica da pós-convencionalidade. Distante do horizonte marxista, Luhmann parece ser um autor mais adequado, ao menos na atual conjuntura histórica, para pensar a sociedade funcionalmente diferenciada. Valendo-se de Luhmann e da fenomenologia, Habermas configura sua teoria social de forma dual, destacando que a sociedade é distinguida, do ponto de vista externo, entre sistemas autonomizados e mundo da vida, e, do ponto de vista interno, das partes que compõem o mundo da vida – cultura, sociedade e personalidade –, sendo percebida de forma descentrada. (BANNWART E FAVORETO, 2020, pg. 22)

É no modelo de sociedade descentrada, complexa e fragmentada, de Luhmann que Habermas pautou a evolução das estruturas normativas:

Segue, pois, que Habermas se orienta por um modelo descentrado de sociedade que se justifica pelo desenvolvimento evolucionário das estruturas normativas (pressupostos da razão prática) quando estas se realinham historicamente para assegurar e fundamentar a dinâmica evolutiva (produção material da sociedade). E, por esse motivo, ainda que exista uma significativa distância entre Habermas e Luhmann, a teoria dos sistemas sinaliza convergência quanto à sustentação do modelo descentrado de sociedade mantido por ambos, e a empresa é fruto desse processo de descentração e de diferenciação funcional da sociedade, razão pela qual na Antiguidade e na Idade Média a dinâmica da produção não se caracterizava como atividade empresarial, tal como a conhecemos a partir da Modernidade. (BANNWART E FAVORETO, 2020, p. 23)

Mas em sua teoria dos sistemas, Luhmann descreve uma sociedade na modernidade, com sistemas de eticidade autônoma e com uma pluralidade de valores:

Para a teoria dos sistemas de Luhmann, a sociedade moderna é resultado da extrema complexidade social vinculada à diferenciação funcional das esferas do agir, em detrimento ou perecimento de uma moral de conteúdo

hierárquico universal (propugnada pelos jusnaturalistas) ou de uma *eticidade* substancial. A Modernidade deu ensejo ao surgimento de sistemas operacionais autônomos fundados em seus próprios códigos e critérios, a ponto de a sociedade moderna, em razão de sua própria complexidade, não conseguir mais estruturar a sua normatividade em uma *eticidade* substancial, passando a conviver com diversos sistemas autônomos e com uma pluralidade extensiva de valores. Nesse sentido, é importante notar que o próprio conceito de ética, a partir da Modernidade, torna-se bem distinto daquele modelo praticado pelos gregos. A ética perde coesão, torna-se relativa e enfraquecida diante de padrões funcionais preestabelecidos. Nesse sentido, discorrer sobre ética empresarial não pode deixar de levar tais aspectos em consideração. (BANNWART E FAVORETO, 2020, pg. 24)

A empresa estaria então para Luhmann, inserida em um modelo sistêmico autonomizado, mas a empresa depende sim da sociedade, e é dele que vem a sua existência, para Habermas, interação e trabalho são complementares e o direito mantém a sua estrutura de legalidade calcada em pressupostos normativos válidos, legitimados pelo mundo da vida, o direito faz uma ponte entre os sistemas e a sociedade.

Uma vez mais a relação indivíduo-sociedade reaparece com a força que lhe é peculiar na configuração secular e descentrada das sociedades pós-convencionais. E para evitar que haja polaridade teórica, seja valorizando o indivíduo (Liberais) seja concedendo primazia à sociedade (Republicanos), Habermas outorga prioridade à ação comunicativa como engendrador do desenvolvimento de novos níveis de integração social, permitindo, assim, que novas estruturas normativas sejam passíveis de ser reconstruídas formalmente sem vínculos a condicionamentos empíricos e, ademais, em condições de assegurar a separação entre ação orientada ao entendimento e ação orientada ao êxito. Outro aspecto importante a considerar na tratativa do tema em comento remete à influência liberal e marxista na compressão do estrato social em que se movimentam a dinâmica tanto material quanto simbólica da sociedade. E, quando falamos em sociedade (teoria social), não podemos desconsiderar os substratos que com ela se correlacionam e interagem, a saber, o Estado, a economia e o Direito. (BANNWART E FAVORETO, 2020, p. 29)

Observamos que o trabalho de Habermas foi construído a partir da teoria crítica, observando as consequências do regime totalitarista, que cresceu com a manipulação de notícias e a desinformação. Habermas, ao observar os atos cometidos durante a guerra, chegou à conclusão que não bastava culpar a razão técnico-instrumental pelos atos. A teoria do agir comunicativo, entretanto, permite uma responsabilização dos agentes. O controle e a manipulação de dados da época se equiparam, nos dias de hoje, ao *Big data*.

Outros pressupostos das teorias de Habermas também se mostram importantes, como a razão da comunicação [teoria do agir comunicativo], no qual o consenso só pode ser conquistado sem a interferência externa, sem imposição, e sem, portanto, a manipulação de dados pessoais. Nessa perspectiva a razão prática pretende o lugar ideal de fala, para um possível consenso, espaço da Democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FAVORETTO, Ricardo Lebbos (Org). Compliance: aspectos jurídicos e filosóficos. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 109-127, jun. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm#art20>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Lucina; MELGAÇO, Lucas (Orgs.) Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. Disponível em: <https://medialabufrj.net/wp-content/uploads/2020/10/Tecnopoliticas-da-vigilancia_milo_download.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. A sociedade em rede. Tradução Roneide Vanancio Majer. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

CORTINA, Adela (Org.). Construir confiança: ética da empresa na sociedade de informação e das comunicações. Tradução Aída de Anunciação Machado. São Paulo: Loyola, 2007.

CORTINA, Adela. Ética Mínima: introdução à filosofia prática. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DOWBOR, Ladislau (Org.) Sociedade vigiada. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. Revista do Advogado, Lei Geral de Proteção de Dados, AASP, n. 154, nov. 2019, p. 33-46. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/45/index.html#zoom=z>. Acesso em: 19 nov. 2021.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1995.

HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, abr. 2017. Enciclopédia jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>>. Acesso em 12 nov. 2021.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo: Sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

HANSEN, Gilvan Luiz. Prefácio. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FAVORETTO, Ricardo Lebbos (Org). Compliance: aspectos jurídicos e filosóficos. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

MARTINS, Luiz Gustavo Campana; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Fundamentos filosóficos do Compliance à luz do pensamento de Jürgen Habermas. In: MESSA, A. F.; CENCI, E. M.; MUNIZ, T. L. (Coord.). Direito negocial & corrupção no estado democrático de Direito. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 167-201.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (Org). Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da teoria crítica habermasiana. São Paulo: Papirus, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e do Conselho. Directiva 95/46/CE. 24 out. 1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ciência da Informação, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLlYsjPrkN-rbkrK7VF/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 10 out. 2021.

TOTALITARISMO E BARBÁRIE NO FIM DA HISTÓRIA NEOLIBERAL

Luiz Antonio da Silva Peixoto

Mestre e Doutor em Filosofia.

Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Juiz de Fora
(UFJF)

luiz.peixoto@ufjf.edu.br

Carla Appollinario de Castro

Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF
carla_appollinario@id.uff.br

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende identificar as tendências totalitárias que se apresentam no contexto histórico atual, dominado pela ideologia neoliberal¹⁵, caracterizado pelos ataques à democracia constitucional e pela dominação da razão econômica neoliberal que enfraquece os sindicatos e os movimentos sociais que protagonizaram a luta pela justiça social e pelos direitos humanos nas últimas cinco décadas. No contexto brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, foram assentadas as bases políticas e jurídicas que formataram o modelo democrático brasileiro, assegurando diversos direitos sociais e trabalhistas pelos quais a classe trabalhadora historicamente lutou desde o início do processo de industrialização. A ascensão dos sindicatos e dos movimentos sociais durante a ditadura empresarial-militar foi um elemento decisivo para a incorporação desses direitos, mesmo num contexto externo de desconstrução dos Estados do Bem-estar social existentes na Europa. Apenas no final da década de 1980 e início dos anos 1990, a elite econômica brasileira incorporou a ideologia neoliberal e seu objetivo claro de desmonte das políticas sociais do Estado e de desregulamentação e flexibilização da atividade econômica.

¹⁵ Utilizamos neste trabalho o conceito de ideologia em seu sentido crítico e negativo, cujo significado implica crenças falsas ou ilusórias (que naturalizam, ocultam ou universalizam aspectos importantes da realidade histórico-social) originadas não apenas dos interesses de uma classe dominante, mas da estrutura material do conjunto da sociedade como um todo. Cf. EAGLETON, 1997, p. 38-40.

A partir de então, as referências formais da democracia passam a ser vistas como um entrave para a adoção das chamadas reformas estruturais que permitiriam atingir aqueles objetivos. Pretendemos, nesse sentido, analisar de que forma o Estado democrático e as ideias de justiça social e de direitos humanos se tornam alvos de políticas de cunho totalitário e conservador, ao mesmo tempo que o totalitarismo econômico da razão neoliberal é introjetado na subjetividade dos diversos agentes econômicos, configurando sujeitos adaptados à lógica da competição e da produção individual de valor. Como referências teóricas, partiremos da crítica da ideologia formulada pela Escola de Frankfurt, da crítica da razão econômica de Robert Kurz e das pesquisas de Pierre Dardot e Christian Laval sobre a racionalidade neoliberal e a constituição de sujeitos adequados ao capitalismo neoliberal.

Duas formas de totalitarismo se apresentam como sintomas claros da regressão civilizacional que estamos vivendo nestas duas primeiras décadas do século XXI: o totalitarismo econômico, representado pela hegemonia “absoluta” da política econômica neoliberal e o totalitarismo político, necessário para criar as bases ideológicas, subjetivas e institucionais para a adoção e aceitação daquela política econômica. Neste âmbito, compreendemos a ascensão da extrema-direita, seja na forma do fascismo, seja na forma do conservadorismo fundamentalista, como elemento chave para eliminar as resistências dos movimentos populares e sociais aos dogmas das políticas econômicas de cunho neoliberal.

1. O TOTALITARISMO ECONÔMICO COMO DESCONSTRUÇÃO DO MUNDO SOCIAL

A hegemonia da economia sobre a política talvez seja o mais importante elemento para a compreensão da história política das cinco últimas décadas. Certamente a determinação econômica da esfera política sempre existiu como fenômeno típico do capitalismo, embora contestado pelos intelectuais liberais e conservadores, que tentavam explicar a dinâmica social a partir de motivações estritamente políticas e ideológicas ou de motivações morais. Mas o cenário atual nos revela a intensificação desta determinação econômica pelo esvaziamento do espaço público e daquilo que se convencionou chamar de “opinião pública”. As decisões econômicas dos diversos países são cada vez mais subtraídas ao escrutínio das populações e delegadas às autoridades governamentais e, especialmente às autoridades financeiras destes países. Mesmo as decisões sobre as prioridades em termos de políticas públicas mais essenciais ou sobre o endividamento das

contas públicas, são tomadas por instâncias institucionais que ignoram na prática o que os povos pensam ou desejam. Nesse sentido, a economia política deixa de ser “política” em seu sentido mais originário de decisão coletiva da “pólis” para se tornar apenas uma disciplina técnica e especializada elaborada pelos economistas e aplicadas pelos administradores. Ela passa a ter um caráter de gestão autoritária dos recursos visando ao melhor custo-benefício do ponto de vista da produção econômica e da gestão pública. A hegemonia da economia e o esvaziamento da política são os sinais mais explícitos do atrelamento total do Estado ao Capital defendido pelos economistas neoliberais, desde Friedrich von Hayek e Milton Friedman até os novos “gestores” de cunho conservador. No entanto, pode-se observar que o Estado ainda é importante para o Mercado no sentido de que a ele cabe o papel de legislar sobre as normas constitucionais, seja para flexibilizar os limites de atuação do capital, seja para implementar novos institutos que “modernizam” as relações econômicas e, especialmente, as relações entre capital e trabalho.

A desconstrução do Estado do bem-estar social foi a finalidade abertamente defendida pela ideologia neoliberal, desde o seu nascimento logo depois da II Guerra Mundial, como uma reação teórica e política ao intervencionismo do Estado na economia. O seu programa de reformas do Estado inclui, entre outras medidas, manter o Estado forte para quebrar o poder dos sindicatos e garantir o controle monetário, reduzir os gastos sociais e as intervenções estatais na economia, restaurar a taxa “natural” de desemprego, promover reformas fiscais e tributárias para incentivar os agentes econômicos a investirem, realizar reformas na legislação trabalhista com o intuito de flexibilizar as relações de trabalho, reduzir os impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas e efetivar uma reforma da previdência social que diminua os gastos estatais com a mão-de obra já aposentada (ANDERSON, 1995, p. 9-11). A partir das décadas de 1970 e 1980, programas neoliberais foram adotados em diversas regiões do mundo, tais como Europa, EUA, América Latina e Ásia. O capitalismo neoliberal promoveu uma rápida e intensa reestruturação produtiva, com reformas trabalhistas que significaram precarização e retirada de direitos para uma enorme parcela dos trabalhadores. Os cortes de gastos públicos, entendidos como custos e não como investimentos, foram aplicados às áreas de educação, saúde e previdência. Todas essas medidas tinham como finalidade produzir uma “nova” desigualdade social para incentivar a competição, vista como único motor capaz de garantir a sobrevivência do capitalismo. Registre-se aqui que esta talvez seja a principal diferença entre o neoliberalismo e o liberalismo clássico: enquanto este previa uma redução

gradual das desigualdades entre os indivíduos e grupos sociais como resultado do respeito ao “livre mercado”, a ideologia neoliberal defende que a promoção de políticas igualitárias tende a destruir as bases da acumulação de capital, o que levaria ao colapso do sistema econômico como um todo.

Como resultante desta perspectiva neoliberal, observamos um processo sistemático de naturalização da desigualdade social e da exclusão. Todos aqueles indivíduos ou grupos sociais que não se encaixam nos limites deste novo projeto de sociedade tendem a ser criminalizados e, no limite, encarcerados. Nesse contexto, o encarceramento em massa de trabalhadores pobres ou desempregados tem sido um recurso extremamente funcional para administrar e controlar os excluídos do mercado de trabalho e de consumo. O pensamento neoliberal tem sido fértil na utilização de justificativas supostamente científicas para as desigualdades sociais, apresentando-as como naturais, derivadas de diferentes competências e habilidades dos indivíduos ou da incapacidade destes de aproveitarem as “oportunidades” oferecidas pelo mercado de trabalho. O ataque neoliberal à noção de igualdade social substitui esta igualdade compreendida como um direito a ser garantido pelo Estado, pela noção de “oportunidade”, apoiada numa visão meritocrática e a-histórica da vida produtiva humana.

Por último, e como consequência deste projeto social, político e econômico, o discurso totalitário da ideologia neoliberal naturaliza o conceito de “crise”, difundindo a ideia de que agora tal crise é permanente, o que legitima a implantação de um “Estado de exceção” permanente que se apresenta como “o paradigma de governo da política contemporânea” (AGAMBEN, 2004, p. 13). Na verdade, quando o Estado de exceção se torna a regra “normal” e passa a ser visto pela população como necessário para a continuidade da vida social, o que podemos observar é a implantação de uma forma de “barbárie permanente” que justifica a exclusão / eliminação dos chamados criminosos, traficantes e desempregados em geral. Dessa forma, as políticas de segurança repressivas e violentas que levam à morte de civis ou inocentes são aceitas por boa parte da população como efeitos colaterais de uma guerra “necessária”, reatualizando a busca do “grande inimigo” como estratégia de controle e dominação (MARCUSE, 2015, p. 80-81).

A dinâmica atual do capitalismo toca nos limites da própria modernidade, isto é, do Iluminismo, entendido como a “era das luzes”, da racionalidade técnica e científica que prometia um progresso infinito e a construção de uma civilização democrática e igualitária. A essa altura da história, já podemos entrever

o fracasso daquelas promessas e o mergulho do capitalismo, agora globalizado, no totalitarismo econômico e político. Tradicionalmente o discurso da filosofia política sempre tomou o termo totalitarismo para se referir à esfera político-estatal, deixando de lado a sua contrapartida lógica, a economia totalitária e o mercado totalitário (KURZ, 2004, p. 174-175). Entretanto, analisando a história do capitalismo, podemos afirmar que essas duas faces do totalitarismo são complementares. A hegemonia da política econômica neoliberal e o retrocesso político a formas de pensamento totalitárias como o fascismo, demonstram a ligação perversa entre os interesses econômicos das elites e a utilização funcional de regimes totalitários para viabilizar a implementação das reformas neoliberais, no Brasil e em escala global.

2. O TOTALITARISMO POLÍTICO COMO REGRESSÃO AO IRRACIONALISMO

A hegemonia neoliberal como totalitarismo do mercado tem produzido mudanças significativas no espectro político-ideológico contemporâneo. Vemos um deslocamento do liberalismo para posições historicamente associadas ao conservadorismo e à extrema-direita fascista e, de outro lado, uma aceitação feroz da lógica do livre mercado pelos conservadores e fascistas. Este consenso liberal / conservador / fascista tem como pressuposto a aceitação acrítica das políticas neoliberais compreendidas como a única forma de garantir a liberdade individual. O conservadorismo tradicionalmente fazia críticas à lógica do livre mercado, pois acreditava que os valores econômicos tomados como valores supremos da vida social colocariam em perigo os valores tradicionais da família, da pátria e da religião. O fascismo, por sua vez, sempre foi reconhecido como concepção política que via no Estado e na intervenção econômica estatal uma necessidade para a superação do atraso econômico e social. O planejamento da economia era visto, inclusive, como uma ideia comum que mostrava sua afinidade com as formas históricas assumidas pelo socialismo real na URSS. No Brasil, a Era Vargas revela como a influência das ideias fascistas produziram um surto de industrialização sob a égide do planejamento estatal da economia.

O cenário político na atualidade mostra que, para além de suas históricas diferenças programáticas e ideológicas, o liberalismo, o conservadorismo e o fascismo estão a serviço da implementação da política econômica neoliberal, vista com a única forma de salvar o capitalismo da estagnação e da crise sistêmica que o ameaça. As elites do mercado mundial não têm nenhum pudor ético em se

utilizar destas três faces de acordo com seu interesse momentâneo: quando necessário, defendem os valores democrático-liberais contra os regimes designados como “autoritários”, porém, quando necessário, utilizam as defesas conservadoras dos chamados valores tradicionais da família, da pátria e da religião e mesmo regimes totalitários de cunho fascista. O que unificaria estas três posições político-ideológicas seria a adoção das reformas neoliberais em escala global, mesmo que isto signifique o apoio a Estados totalitários. O capitalismo se torna uma estrutura invisível no debate político e a única finalidade dos diversos governos é a administração das medidas defendidas pelo receituário neoliberal.

As formas totalitárias assumidas pelos Estados contemporâneos indicam o abandono dos ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade. A própria racionalidade moderna que legitimou aqueles ideais como fundamento dos Estados modernos se vê sob ataque constante. A aparente racionalidade do sistema econômico produz como seu contraponto a irracionalidade das práticas e comportamentos no mundo social: como afirmaram Adorno e Horkheimer (1985, p. 23), “o esclarecimento fica cada vez mais enredado, a cada passo que dá, na mitologia”, isto é, na irracionalidade que supostamente ajudou a eliminar. Neste contexto, surgem as posições irracionistas que pretendem reagir aos problemas deixados sem resolução pela racionalidade instrumental do sistema econômico e social: o negacionismo político e o negacionismo científico. O primeiro nega a política como campo de disputa entre diferentes concepções de mundo e diferentes projetos de sociedade, enquanto o segundo nega a racionalidade científica que propõe explicar os fenômenos a partir de teorias comprovadas por fatos da realidade que são controlados experimentalmente. Ambas as formas de negacionismo, entretanto, parecem remeter a uma outra forma de negação ainda mais fundamental: o negacionismo em relação ao real, ou seja, em relação a alguma coisa que sempre foi denominada pela filosofia e pelas ciências como “realidade”. O terreno para esta negação última foi preparado por tendências do pensamento pós-moderno que colocaram em descrédito noções clássicas como “verdade, razão, identidade e objetividade” e, junto com estas, também “a ideia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação” (EAGLETON, 1998, p. 7).

A negação do real promove a volta daquilo que Marcuse tinha denunciado, ainda na década de 1930, como “cultura afirmativa”, isto é, uma cultura idealista que distingue e eleva o mundo espiritual-anímico, nos termos de uma esfera de valores autônoma em relação ao mundo material. Sua característica fundamental é “a afirmação de um mundo mais valioso, universalmente obrigatório,

incondicionalmente confirmado, eternamente melhor, que é essencialmente diferente do mundo de fato da luta diária pela existência, mas que qualquer indivíduo pode realizar para si ‘a partir do interior’, sem transformar aquela realidade de fato” (MARCUSE, 1998, p. 95-96). Durante a vigência do Estado do bem-estar social, e em outras formas de sociedade nas quais houve uma melhoria das condições materiais de vida e o aumento dos direitos sociais e trabalhistas, tal concepção idealista e interiorizada de cultura se tornou desnecessária e foi substituída pelo pragmatismo do consumo de massa. No entanto, com a crise daquele modelo de capitalismo a partir das décadas de 1970 e 1980 e o advento da política econômica neoliberal como resposta à crise, podemos observar uma nova tendência de difusão da “cultura afirmativa”. No senso comum, temos o aumento exponencial da literatura de autoajuda, das seitas “new age”, do “misticismo zen”, do fundamentalismo religioso e do misticismo popular. Tudo isso em unidade harmônica com os discursos do mundo dos negócios. No campo acadêmico, assistimos a volta do liberalismo na forma de ideologia neoliberal, a volta à filosofia moral de Kant como suposta solução para os impasses da discussão pública nas democracias representativas e o domínio das filosofias afirmativas (neopositivismo, filosofia analítica da linguagem e filosofia da mente) com sua ênfase na epistemologia como disciplina propedêutica contrária a qualquer especulação de caráter ontológico ou metafísico (MARCUSE, 2015, p. 173-196).

O totalitarismo político também pode ser identificado pelo “pluralismo harmonizador” que promove a “fusão repressiva dos opostos”, isto é, um mundo no qual as obras culturais e as verdades mais contraditórias coexistem pacificamente na indiferença (MARCUSE, 2015, p. 89); um mundo no qual a “unificação dos opostos” realizada pela linguagem comercial e midiática torna a sociedade imune às expressões de protesto e recusa (Idem, 2015, p. 112). A expressão “capitalismo sustentável”, veiculada na linguagem comercial, jornalística e política nos parece ser emblemática a este respeito. Esta operação discursiva tende a eclipsar as diferenças entre direita e esquerda no debate político, deixando a economia fora deste debate e provocando o fenômeno da despolitização da economia ao qual já nos referimos acima. Neste contexto, os governos, sejam de direita ou de esquerda no espectro ideológico, se comprometem e aplicam as mesmas medidas econômicas de cunho neoliberal, incluindo os cortes de gastos públicos, a retirada de direitos sociais e trabalhistas e a privatização das empresas estatais. Acreditamos que a apatia política dos indivíduos na atualidade, em grande parte, pode ser explicada pelo fenômeno dos sucessivos governos que, independentemente de suas posições ideológicas, adotam a mesma política macroeconômica.

Seguindo esta mesma linha de análise, Zizek faz a crítica da “tolerância liberal” defendida pelo multiculturalismo (2006, p. 83-88), que denota uma falsa neutralidade e respeito pelo “outro”, mas esconde talvez o desprezo pelos valores diferentes deste outro e a reafirmação dos “nossos” valores, tais como “liberdade de mercado”, democracia representativa e direitos humanos. Este multiculturalismo aparentemente tolerante, na verdade, oculta que os valores ocidentais são colocados, fora de qualquer discussão ou problematização, como o paradigma inefável das sociedades civilizadas. Esses valores não precisam sequer serem acreditados verdadeiramente pelos cidadãos, pois, segundo Zizek, a nova forma de funcionamento da ideologia é o “cinismo” (1996, p. 312-314). Este novo mecanismo permite que a ideologia se apresente como tal, operando com conteúdos verdadeiros fundidos a conteúdos falsos e contando com a cumplicidade dos indivíduos que “acreditam” no discurso mesmo sabendo que epistemologicamente ele é falso. Isto leva, por exemplo, os eleitores às urnas, mesmo sabendo que qualquer partido que saia vencedor aplicará as mesmas medidas econômicas de “austeridade” que eles sabem serem contrárias a seus interesses.

Estas questões nos remetem ao advento do que se convencionou chamar de sociedade pós-política, ou seja, uma sociedade na qual as diferenças ideológicas não têm mais nenhuma relevância, uma vez que as decisões estruturais são tomadas a partir da esfera econômica e fundamentadas por um discurso técnico e “neutro”, sem contaminações político-ideológicas. O novo capitalismo pós-moderno pode assim, dar livre expressão às demandas das minorias étnicas, sexuais e religiosas sem, contudo, permitir nenhum espaço para a crítica da economia, isto é, para o questionamento das decisões econômicas que afetam a sua luta diária pela sobrevivência. Nesta sociedade pós-política se produz o que Zizek caracterizou como “cultura descafeinada”: nela o discurso “politicamente correto” promove um mundo sem excessos (a cultura do light e do diet). Qualquer posicionamento claro e contundente é visto como totalitário e radical. Devemos, ao contrário, adotar sempre posturas neutras em relação a todos os valores culturais, sociais ou morais (2005, p. 33-34). O modelo de comportamento de nossa época parece ser uma vida moderada e sem paixão, orientada de preferência pelos especialistas em “vida saudável”.

3. UMA NOVA SUBJETIVIDADE CONFIGURADA PARA A BARBÁRIE

O capitalismo contemporâneo radicaliza o projeto fundamental de domínio do mundo objetivo e subjetivo estabelecido desde os primórdios da modernidade. Depois de conquistar a natureza, através do aparato técnico-científico construído pelas ciências da natureza nos séculos XVII, XVIII e XIX, e de desbastar a consciência dos sujeitos com os conhecimentos produzidos pelas ciências humanas no século XX, o capitalismo multinacional ou globalizado chega, na atualidade, aos domínios do inconsciente. É a psique mais profunda que os novos mecanismos de dominação visam alcançar com o aparato técnico digital. Depois da morte do sujeito racional e autocentrado que luta pela sua emancipação (JAMESON, 1996, p. 42), decretada pelo pós-estruturalismo, as novas formas de tecnologia informacional buscam conhecer e dominar os desejos e anseios que se localizam na psique humana a fim de explorar a totalidade da subjetividade. No capitalismo pós-moderno assistimos ao surgimento de um novo superego que, ao contrário do superego da modernidade clássica, tem como imperativo o “gozo” e não a repressão do prazer. Enquanto o superego do sujeito moderno tinha como imperativo a repressão instintiva e desejante, com a finalidade de canalizar sua energia libidinal para as atividades consideradas socialmente úteis, a saber, o trabalho e a produção de cultura, o novo imperativo moral pós-moderno incita o sujeito a gozar o mais intensa e rapidamente possível (ZIZEK, 1996, p. 329-330).

Podemos, no entanto, falar de duas subjetividades contraditórias que convivem na sociedade pós-moderna: temos, por um lado, o sujeito descentrado e desejante do consumo, guiado apenas pela intensidade de seus impulsos mais inconscientes e, por outro, o sujeito racional e centrado que se move pela reflexão consciente sobre suas necessidades e interesses. Segundo Eagleton (1998, p. 23-24), o sujeito desejante pós-moderno não é capaz de promover a existência de uma vida social organizada, pois seus valores são fluidos, instáveis e vazios como o valor de troca das mercadorias. Por esta razão, embora isto possa nos parecer anacrônico, a nossa sociedade ainda precisa de uma subjetividade que acredite em valores tradicionais tais como pátria, família, lei e democracia. A política na pós-modernidade, embora se apresente como dominada pela mesma instabilidade e indeterminação do mercado, ainda pressupõe alguma forma de racionalidade, moderação e o que se chama duvidosamente de “bom senso”.

No momento histórico em que a hegemonia da ideologia neoliberal se universaliza, uma nova racionalidade procura se consolidar na esfera subjetiva dos indivíduos. É importante lembrarmos que as ideologias, para terem maior

eficácia, precisam ser “acreditadas” pelos indivíduos e fomentadas por instituições concretas, como nos alertou Althusser (1985, p. 85-93). Em consonância com esta concepção, acreditamos ser fundamental o estudo de Pierre Dardot e Christian Laval sobre a “nova razão do mundo”, que procura caracterizar a racionalidade neoliberal e os mecanismos que ela utiliza para constituir uma nova subjetividade adequada à sociedade neoliberal. Segundo estes autores, “as formas de gestão na empresa, o desemprego e a precariedade (...), são poderosas alavancas de concorrência interindividual e definem novos modos de subjetivação” (2016, p. 9). Por isso, Dardot e Laval afirmam que “o neoliberalismo, antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma racionalidade e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados” (Idem, p. 17). A promoção da concorrência e da competição como normas de conduta e da forma “empresa” como modelo de subjetivação são os objetivos da racionalidade neoliberal. Aqui vemos em ação a volta da ideia da sociedade liberal clássica sobre a competição como componente essencial da natureza humana, mas agora assumida como construção histórica, isto é, sem a tentativa de legitimá-la a partir de bases metafísicas. A engenharia genética e as neurociências são chamadas a legitimar tais comportamentos cientificamente e não mais ontologicamente.

A concepção de que a sociedade deve ser entendida como uma “empresa” necessita de uma nova subjetividade, que não é mais exatamente aquela do sujeito produtivo da sociedade industrial. O novo sujeito neoliberal em formação não corresponde ao princípio de desempenho individual máximo imposto como norma no capitalismo industrial avançado, mas ao “sujeito empresarial”: “o homem neoliberal é o homem competitivo, inteiramente imerso na competição mundial” (Idem, p. 322). Esse sujeito não está configurado através de imposições heterônomas, mas da formação de uma subjetividade totalmente envolvida nas atividades que exerce e que deve reconhecer-se no desejo de cumpri-las com eficiência: “trata-se de ver nele o sujeito ativo que deve participar inteiramente, engajar-se plenamente, entregar-se por completo a sua atividade profissional. O sujeito unitário é o sujeito do envolvimento total de si mesmo” (Idem, p. 327). Podemos dizer que o alvo das novas formas de subjetivação neoliberal é o “desejo”, que mobiliza de maneira unitária a vontade de realização pessoal, o seu projeto de vida e a sua motivação para o trabalho como sendo uma mesma esfera de realização de prazer. O sujeito neoliberal enquanto ser desejante tem por objetivo “fazer com que o indivíduo trabalhe para a empresa como se trabalhasse

para si mesmo e, assim, eliminar qualquer sentimento de alienação e até mesmo qualquer distância entre o indivíduo e a empresa que o emprega” (Idem, p. 327). Agora a ordem imperativa para que ele trabalhe de forma eficiente não vem de fora, mas do seu próprio desejo como instância profunda da psique. Registre-se que a ideia da “empresa pessoal” pretende eliminar qualquer “consciência da alienação”, ou seja, daquilo que o marxismo definiu como o ponto de partida da luta contra as formas de dominação e de exploração.

O sujeito neoliberal se transforma, pela lógica do discurso empresarial, no sujeito empreendedor: o indivíduo que segue a ética da autoajuda, do fazer a si mesmo e por si mesmo. Ele deve se tornar “o indivíduo competente e competitivo, que procura maximizar seu capital humano em todos os campos”, aprimorando-se incessantemente em seus resultados e desempenhos (Idem, p. 333). Ele deve construir as condições de sua “empregabilidade”, como responsável único pelo seu fracasso ou sucesso na vida profissional e econômica. A individualização da responsabilidade pelo sucesso ou fracasso na luta econômica está na base da ideologia do empreendedorismo que oculta, a um só tempo, a responsabilidade do Estado e do poder público, mas também a lógica radicalmente excludente do mercado de trabalho na era neoliberal.

As novas formas de subjetivação do neoliberalismo são totalitárias. Ao constituírem sujeitos competitivos, pretensamente livres e autoformados, modelados segundo a lógica da empresa, solapam o distanciamento crítico necessário entre o sujeito e as estruturas de poder do Estado e do mercado. Dessa forma, minam a capacidade de escolha dos cidadãos e sua força de engajamento coletivo, elementos absolutamente necessários para a vida democrática. O risco que sofrem as democracias na atualidade se alimenta não só de formas autoritárias de governo que atualizam o fascismo como forma de controle das populações, mas também do totalitarismo econômico neoliberal que configura uma subjetividade individualista e competitiva.

CONCLUSÃO

Acreditamos ter demonstrado, ao fim de nossa exposição, a profunda unidade existente entre o totalitarismo político e o totalitarismo econômico. O retorno à cena histórica de projetos políticos totalitários como o fascismo e o conservadorismo e a hegemonia do pensamento neoliberal que se impõe como

modelo globalizado não são fatos isolados. Diante da crise do capitalismo como sistema de produção, as elites econômicas veem no fascismo (entre outras formas de regimes autoritários) a única solução para conter as resistências às medidas econômicas neoliberais. Protestos contra a retirada de direitos sociais e trabalhistas, contra o desemprego, contra a reforma dos sistemas previdenciários, contra a mercantilização da educação e da saúde e contra a degradação do meio ambiente têm sido contidos com uma violência policial crescente. As instituições dos Estados democráticos, apesar de sua vulnerabilidade ao poder econômico, muitas vezes também se tornam empecilhos às reformas neoliberais e, portanto, passam a ser vistas como obstáculos à sobrevivência sistêmica do capital. A invasão recente ao Capitólio, nos EUA, por grupos fascistas incentivados por setores da própria burguesia norte-americana e o apoio explícito do presidente do país, é um exemplo emblemático do quanto o capital pode perfeitamente conviver com o fascismo quando se trata de questionar a democracia representativa e suas instituições.

A crise do capitalismo se funde em nossa época com a crise da razão, ou de uma forma específica de racionalidade, a racionalidade instrumental, que se colocou na modernidade como única figura da razão. Paradoxalmente, muitos propõem soluções determinadas nos termos desta razão instrumental para solucionar os problemas que ela própria criou. Na medida em que as outras formas de racionalidade historicamente existentes foram deslegitimadas pelo discurso técnico-científico, as reações às questões mais relevantes da vida social acabam vítimas da tentação de apelo aos irracionalismos: o fundamentalismo religioso e o fundamentalismo político são, portanto, produtos diretos da hegemonia da razão instrumental, que na atualidade se apresenta como razão econômica neoliberal. Se retornarmos ao tema hegeliano do “fim da história”, mesmo que a título de metáfora, podemos dizer que com a globalização do capitalismo neoliberal chegamos à consumação plena do projeto da modernidade. A má notícia, no entanto, é que essa consumação histórica pode significar também a chegada a uma barbárie planetária e à destruição da natureza e da própria vida humana.

As alternativas a este trágico “fim da história” promovido pela razão econômica neoliberal passam necessariamente pela afirmação de uma posição política clara: a crítica do capitalismo. Devemos compreender a inviabilidade de solucionar os principais problemas, econômicos, políticos, sociais e ecológicos dentro dos quadros do modelo capitalista de produção. Embora o discurso hegemônico tente convencer a todos de que o capitalismo é a única forma de organização da produção e que todos os outros modelos se mostraram inviáveis ou

ineficientes, devemos desconfiar deste triunfalismo. Este discurso opera com a despolitização da economia, que procura nos fazer acreditar que temos “escolhas” em diversas esferas de nossas vidas, mas, na esfera econômica não há “escolhas”: no campo das decisões econômicas, o que vale é o pensamento dos técnicos e dos especialistas. Este pensamento não é passível de discussão ou questionamento, ou seja, está fora da esfera pública de deliberação. Em outras palavras, está fora da política.

Zizek afirma que a grande novidade da sociedade pós-política na qual vivemos é exatamente esta despolitização radical da esfera econômica: “a maneira como a economia funciona (...) é admitida como uma simples manifestação do estado de coisas objetivo” (2006, p. 142). Enquanto a ideologia neoliberal conseguir nos convencer desta “objetividade” do mundo econômico, as possibilidades de uma cidadania ativa ficarão restritas a questões étnicas, religiosas ou sexuais, mas interditas no que se refere às questões econômicas. Precisamos com urgência re-politizar a economia como um contraponto à aceitação geral do capital e dos mecanismos de mercado como instrumentos neutros. Zizek resume este ato político radical com seu grito contundente: “É a economia política, imbecil!” (2006, p. 131).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ANDERSON, Perry. “Balanço do neoliberalismo”. In: SADER, Emir e GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Ideologia. Uma introdução*. São Paulo: Ed. Unesp / Ed. Boitempo, 1997.

JAMESON, Fredric. Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Ática, 1996.

KURZ, Robert. Com todo vapor ao colapso. Juiz de Fora, MG: Editora UFJF – Pazulín, 2004.

MARCUSE, Herbert. O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: Edipro, 2015.

_____. Cultura e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. 2 v.

ZIZEK, Slavoj. Elogio da intolerância. Lisboa: Relógio D'Água, 2006.

_____ (Org.). Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

_____ et al. Zizek crítico: política e psicanálise na era do multiculturalismo. São Paulo: Hacker Editores, 2005.

DISCUTINDO O PREÇO OU O VALOR DO SANGUE

Anton Lois Fernandez Alvarez

UVIGO-ES e UFF-BR

alfa@uvigo.es

Denis Ribeiro dos Santos

PPGDIN/UFF

denisribeiro60@yahoo.com.br

Francisco de Assis Macedo Barreto

PPGDIN/UFF

assisbarreto@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A discussão sobre venda/compra/venda de sangue passa pela discussão sobre a disposição do próprio corpo pela pessoa enquanto sujeito de direito, posto que “O corpo humano, reificado, é visto como objeto de um direito de propriedade, integrante de um patrimônio individual, e, como os demais bens patrimoniais, pode ser objeto de mercancia.” (COSTA, 2000, p. 160), remete à reflexão sobre a categoria de coisas fora do comércio, conforme doutrina Costa apud Marie-Angele Hermite (2000), que propõe a categorização das "coisas de origem humana" como escapatória à lógica do mercado para a apreciação daquilo que, no corpo, pode ser objeto de relação jurídica (sangue, órgãos etc.).

A possibilidade de dispor de seu corpo e a capacidade de contrair deveres e obrigações não dá à pessoa a possibilidade de vender parte de seu corpo dá uma noção de valor aos órgãos humanos sob o olhar da dignidade da pessoa humana, remetendo à ideia de que estaria inscrito no rol de categoria de coisas fora do comércio.

Falar sobre o preço e valor do sangue humano escandaliza o tema, assim como não se admite falar em venda de leite materno. Ambos têm valor relacionado à dignidade da pessoa humana e não está vinculado a preço, posto sangue é vida e esta não tem preço.

O objetivo do presente estudo é tratar sobre a doação e o comércio de sangue, utilizando pesquisa bibliográfica de caráter histórico e contemporâneo sobre episódios envolvendo a transfusão de sangue e sua utilidade serão trazidos fragmentos históricos sobre a transfusão de sangue e de estudos sobre o tema quando se falará sobre as formas de captação de sangue, a captação remunerada

e campanhas de conscientização para captação altruísta e efetiva proibição de doação remunerada.

Assistiu-se desde o período pós segunda guerra adoção de posturas e campanhas para incentivar a doação de sangue, o que virou questão moral quase que no mundo todo, assim como no Brasil onde comemoramos o sucesso das campanhas que resultaram no fim da “doação” remunerada de sangue, mas ratificamos homenagens à livre atividade econômica, mesmo que seja de sangue; quando não considera como comercialização a cobrança de valores referentes a insumos, materiais, exames sorológicos, dentre outros.

Essa afirmativa fica ratificada a partir da leitura do Projeto de Lei de autoria do então Deputado Federal Roberto Jefferson, cujo texto visou regulamentar o parágrafo o 4º do artigo 199 da Constituição de 1988, posto que a legislação foi moldada de forma a atender aos interesses da iniciativa privada resultando em vedação da “doação” remunerada de qualquer das partes do corpo humano, inclusive o sangue, pelo indivíduo que, em tese, teria a livre disposição do próprio corpo, mas não o teria por força e interpretação do artigo 13, do Código Civil.

1. SANGUE HUMANO

Existem vários estudos que dão destaque à importância da doação de sangue, que é, produto humano insubstituível, é utilizado em diversas situações e doenças, como: cirurgias, acidentes, anemias e outras (MOURA AS, et al, 2006).

Nesse sentido é incompreensível para os doadores, em especial os doadores habituais escritos e descritos no trabalho de pesquisa de Moura et al (2006) que haja a venda do sangue humano, conforme se depara com artigos que denunciam “O mercado obscuro do sangue” (FRANCO, 2016), no qual O doador acredita que doar sangue é um ato de solidariedade que também o beneficiará se precisar de uma doação no futuro. Engana-se quem pensa que, se a doação é gratuita, terá acesso gratuito ao sangue quando dele precisar.

¹⁶ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, **bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.** - Grifamos

Valendo-nos esclarecimento do dicionarista jurídico que define rito como conjunto de formalidades ou regras instituídas para que sirvam de forma e modelo para execução de determinadas diligências (SILVA, 1984, p. 150)¹⁷, pode-se afirmar que a Lei nº 10.205/2001 operou como rito de passagem para que o sangue tenha valor para o doador e preço para a livre iniciativa privada em assistência à saúde (CRFB, art. 199, § 4º).

Como todo bem, o sangue tem sua definição a partir da ciência (valor) e a partir da legislação sob o aspecto de bem jurídico (preço).

Pela ciência o sangue é definido como sendo

(...) um tecido conjuntivo líquido, produzido na medula óssea vermelha, que flui pelas veias, artérias e capilares sanguíneos dos animais vertebrados e invertebrados. O **sangue** é um dos três componentes do sistema circulatório, os outros dois, são o coração e os vasos sanguíneos.¹⁸

Sob o aspecto legal e diríamos também comercial, o sangue é definido, especialmente na Lei nº 10.205/2001, que considera “sangue” a quantidade total de tecido obtido na doação; “componentes”: os produtos oriundos do sangue total ou do plasma, obtidos por meio de processamento físico; e “hemoderivados”: os produtos oriundos do sangue total ou do plasma, obtidos por meio de processamento físico-químico ou biotecnológico.

A explicação para esse fatiamento do sangue como produto principal mostra-se no artigo 2º, § 2º da lei mencionada, quando diz que

Parágrafo único. Não se considera como comercialização a cobrança de valores referentes a insumos, materiais, exames sorológicos, imunoematólogicos e demais exames laboratoriais definidos pela legislação competente, realizados para a seleção do sangue, componentes ou derivados, bem como honorários por serviços médicos prestados na assistência aos pacientes e aos doadores.

A definição legal com o fatiamento dos componentes do sangue humano procura respaldar a livre iniciativa privada, ou atividade empresarial no ramo da saúde, conforme o artigo 199, da Constituição da República Federativa do Brasil

¹⁷ RITO. Do latim *rítus* (modo, forma, maneira), no sentido jurídico entende-se o conjunto de formalidades ou de regras instituídas para que sirvam de forma ou de modelo à execução de um ato ou de uma diligência.

¹⁸Disponível em: <https://www.todabiologia.com/anatomia/sangue.htm>. Acessado em 22.out.2019.

de 1988, que no seu parágrafo 4º remete à disposição legal as condições e requisitos para remoção de órgãos e tecidos humanos, cujo tema específico da coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, foi disciplinado na Lei nº 10.205/2001.

Para o interesse do presente trabalho a definição de sangue, tanto no aspecto científico ou legal (comercial), importa para efeito da transfusão.

2. FRAGMENTOS HISTÓRICOS DA TRANSFUÇÃO DE SANGUE

Os especialistas no tema de transfusão de sangue (JUNQUEIRA et all, 2005) afirmam que tal prática, no mundo seria marcada por dos períodos históricos; o empírico ou pré-científico e o científico; “A transfusão de sangue, no mundo, teve dois períodos: um empírico, que vai até 1900, e outro científico, de 1900 em diante.”

O período empírico ou pré-científico seria aquele que vai até o final do século XIX, com dados a partir de 1879, pontuado pela experiência e relato acadêmico de José Vieira Marcondes, filho legítimo do Barão e da Baronesa de Taubaté, em tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, cuja discussão principal era “se a melhor transfusão seria a do animal para o homem ou entre os seres humanos.”

O próprio Marcondes (1879, p 5/6) narra períodos históricos dos experimentos com transfusão de sangue na Europa¹⁹, pontuando como primeiro período aquele que vai desde a antiguidade até o ano de 1668, exemplificando com “as metamorfoses de Ovidio, as filhas de Pellias pedindo a Medea que desse a seu pai a sua mocidade.” – para o primeiro período – e destacando a lendária transfusão oral a que fora submetido o papa Inocêncio VIII no ano de 1492. O pontífice teria sido tratado com sangue de três rapazes que faleceram por conta da quantidade de sangue retirado para o tratamento. Ainda assim o papa morreu em 25 de abril daquele mesmo ano.

¹⁹ O histórico da transfusão do sangue pôde ser dividido em três períodos bem distintos: o primeiro se estende desde a antiguidade até 1668, época em que uma sentença do tribunal do Châtelet proibiu a prática desta operação sem licença prévia de um médico da faculdade de Paris; o segundo vai de 1668 até 1818; o terceiro, ou período verdadeiramente científico, começa em 1818, e vai até nossos dias.

O fato é que, para os objetivos do presente trabalho, o cientista já traz a notícia da captação remunerada de sangue

O fato é que a preocupação com a captação do sangue humano para transfusão e o controle de qualidade é bem posterior aos estudos da transfusão, portanto são os estudos recentes que demonstram o zelo com a qualidade e quantidade de sangue

3. FORMAS DE CAPTAÇÃO DO SANGUE

De acordo com o que se pode depreender da história a captação de sangue para transfusão passou pelas formas coercitiva ou opressiva, a exemplo do episódio com o Papa Innocência VIII, pela captação remunerada inaugurada por volta de 1667, até chegar na forma altruísta e o modelo híbrido que se constata mundo a fora.

3.1 - Captação coercitiva ou opressiva

O principal exemplo da forma coercitiva ou opressiva de captação de sangue é a lendária transfusão feita para o papa Innocência VIII, que é repetida sob várias versões pelos historiadores. O fato é que os jovens que foram escolhidos para o sacrifício em favor do papa foram sujeitos.

A prática coercitiva e/ou opressiva ocorre quando a pessoa é convocada para fazer “doação” de sangue sem que tenha possibilidade de recusar; seja por se sentir obrigada socialmente, ainda que não se sinta preparada para a captação, ou mesmo por se sentir coagida em função de questão hierárquica. A esse modelo Perelma et all (2010) denomina solidariedade orgânica.

3.2 – Captação remunerada

A captação remunerada de sangue vem desde os primórdios da prática da transfusão, haja vista que a pessoa para se submeter à tal prática tem de estar sadia, conforme narra Marcondes (1879, p. 6), ao descrever o lado bem-sucedido das primeiras práticas:

Denys, médico pela faculdade de Montpellier, depois diversas experiências feitas em animais, resolveu praticar a transfusão do sangue no homem, o

que teve lugar a 15 de junho de 1667, em que foi feita pela primeira vez praticada.

Um jovem de 16 anos, tendo sido atacado de uma febre grave que durou dois meses, período durante o qual foi sangrado vinte vezes, achava-se em um triste estado de prostração; pelo que Denys, ajudado por Emmeretz, depois de tirar três onças de sangue deste jovem, injetou nove onças de sangue de cordeiro, depois do que o doente se restabeleceu completamente.

Animado por este tão brilhante resultado, praticou Denys segunda transfusão, porém em um homem que, gozando saúde, só se sujeitou a ela mediante uma remuneração, e o resultado foi bom.

Tido como um dos grandes problemas na década de 1970, a captação remunerada de sangue mereceu diversas frentes de debates e enfrentamento por parte do poder público e privado. A moral social que foi estabelecida nos anos 1950 de que pela “doação” de sangue seria devida alguma contribuição da “doador”.

A falta de doadores sempre foi problemática para o serviço público de saúde, haja vista que na década de 1950 ficou estabelecido em lei que o receptor da transfusão ficava com o ônus de remunerar o doador, dentro de suas posses; sendo que, com relação àquele que não poderia remunerar, deveria arrumar seus próprios doadores, ou o próprio serviço público de saúde procurar alternativas para suprir a carência de sangue nos hospitais. Com isso foram criados incentivos para os doadores de sangue, sem que houvesse preocupação com relação à qualidade do doador.

Os serviços públicos de saúde recorriam a coleta de sangue nos presídios, enquanto os serviços privados recorriam aos chamados “bancos de sangue” privados nas capitais e cidades de porte médio, que por sua vez faziam a captação remunerada, praticamente criando a profissão de “doador de sangue” (GUERRA, 2005).

Estabeleceu-se no país uma moral de que sangue era um bem disponível para venda ou troca por qualquer objeto, daí que a captação era carente do controle de qualidade, conforme afirma Junqueira (2005):

Em 1979, a Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia era presidida por Celso Carlos de Campos Guerra. Inconformado com a situação das doações de sangue em alguns serviços do Brasil, *muitas vezes realizadas por presidiários em troca de cigarros, ou por mendigos em*

busca da remuneração, estimulou e liderou diversos colegas de São Paulo, entre eles Luiz Gastão Rosenfeld, Jacob Rosenblit, Nelson Hamerschlak, Pedro Maçanobu Takatu e Leonel Sztterling, em uma cruzada por todo o País, que culminou em junho de 1980 com a extinção da doação remunerada de sangue no Brasil. Para atingir este objetivo, Celso teve o apoio de todos os hemoterapeutas do País e contou com a ajuda da comunidade médica e órgãos de classe como a Associação Médica Brasileira, Associação Paulista de Medicina, Associação Paulista de Propaganda, Associação Brasileira de Relações Públicas e da Imprensa de forma geral. Destaca-se a cooperação do Sr. Rafael Sampaio, designado pela Associação Paulista de Propaganda e que teve um papel fundamental no desenvolvimento de peças publicitárias, anúncios de televisão, revistas e jornais. Naquela ocasião, a estratégia para a obtenção do doador altruísta, a exemplo de países desenvolvidos, era conseguir o chamado doador de reposição (familiares e amigos dos pacientes) que eram sensibilizados e conscientizados para o ato de doar. Aquilo que parecia impossível aconteceu sem qualquer desabastecimento, que era o principal temor dos organizadores da campanha. O Brasil, que naquela época tinha 80% de doação remunerada, passou a ter exclusivamente doadores voluntários. – **Grifo nosso**

Conforme se verifica do texto transcrito acima, foram muitas lutas para se alcançar a captação altruísta ou verdadeira doação de sangue, a partir do empenho de especialistas e as pessoas em geral, preocupadas com a qualidade do sangue em função das diversas doenças transmitidas a partir da transfusão, em especial a AIDS.

3.3 – Captação altruísta

Enquanto na captação remunerada não havia a preocupação de quem se “comprava” o sangue, o doador voluntário não se importava de se identificar, permitindo assim a doação personalizada (JUNQUEIRA ET ALL, 2005):

O aparecimento da AIDS introduziu novos procedimentos, tais como: a substituição da doação anônima pela personalizada, o incremento de todos os métodos de autotransfusão e a disciplina do uso do sangue, de seus componentes e derivados através de judiciosa avaliação do trinômio riscos/ benefícios/custo

A efetiva doação de sangue externa a *solidariedade orgânica* de que fala Perelma et all (2010) no sentido de que a doação de sangue é um ato afetual. Quem doa sangue demonstra que está dando, efetivamente, um pedaço de si em prol de outra pessoa e que não se importa quem seja. Desejar saúde a uma determinada pessoa pode ser apenas um ato de cortesia, mas doar sangue é doar saúde, pois

em função do controle que há na captação, atualmente, o doador é uma pessoa sadia.

3.4 – Captação híbrida

Por captação híbrida de sangue entende-se aquela que se utiliza da captação remunerada e captação altruísta.

É fato que a maioria dos países, dentre os quais o Brasil, utilizam-se de ambos os sistemas a depender da situação.

Se de um lado se ataca a captação remunerada de sangue, torna-se necessário o fim da cobrança pelo sangue.

O filósofo Michael Sandell (2012) no livro *O que o dinheiro não compra*, externa seu temor de que a possibilidade da venda de sangue pelas pessoas viria comprometer a doação altruísta. Para ele “transformar o sangue em mercadoria corrói o sentimento de obrigação de doar sangue, diminui o espírito de altruísmo e solapa a ‘relação de doação’, uma característica atida da vida social”.

A discussão está longe de acabar pois o tema tem sido objeto de abordagem por revistas especializadas e autores versados em economia.

4. O PREÇO DO SANGUE

Muitos ficam escandalizados quando se fala sobre o comércio do sangue, ou a cobrança pelos hospitais das bolsas de sangue transfundidas aos internados, mas a cobrança é uma realidade e está posta à sociedade pelos permissivos sutis da Lei nº 10.205/2001 e pelos permissivos explícitos contidos nas normas editadas pelo Ministério da Saúde.

Se de um lado muito se lutou para acabar com a “doação remunerada de sangue” (GUERRA, 2005), é válido que se lute, também, pelo fim da cobrança do sangue pelos estabelecimentos hospitalares.

A incrível possibilidade de se estar comprando sangue para transfusão assusta a muitas pessoas, mas, de alguma forma, já incorporou na moral administrativa dos hospitais privados, com permissivo legal e sempre houve o ânimo de gratificar ou retribuir de alguma forma o “doador”.

5. O VALOR DO SANGUE

Desde o período pós Segunda Guerra que o Brasil vem tentando imitar os países europeus na captação altruística de sangue. A prática de remunerar ou gratificar o doador, bem como a informação de que a Previdência Social remunerava as bolsas de sangue transfundidas, eram obstáculos para a conscientização pela doação não remunerada.

Ao relato entusiasmado de Celso Guerra (2004) para incentivar a doação altruística de sangue, somaram-se a confirmação de associações de voluntários que vinham cambaleando desde a década de 1960, a exemplo das diversas Associações de Doadores Voluntários de Sangue que se encontram Brasil a fora; geralmente em atuação conjunta com os Hemocentros ou mesmo aquelas vinculadas a determinados portadores de doenças, tais como Anemia Falciforme, leucemia, diabéticos, portadores de câncer, dentre outros.

Estudiosos do sistema de Saúde, no Estado do Ceará, realizaram pesquisas sobre doadores habituais e fidelizados, publicando artigo com o título “DOADOR DE SANGUE HABITUAL E FIDELIZADO: FATORES MOTIVACIONAIS DE ADESÃO AO PROGRAMA” (MOURA et all, 2006), no qual traça o perfil dos de doadores habituais e fidelizados, bem como informa o motivo que leva à doação.

A doação altruísta de sangue é inegavelmente um “dentre vários caminhos possíveis, aquele que poderá conduzir a espécie a patamares seguros e estáveis de vida” (HANSEN, 2007, p. 79), posto que é uma das formas que o indivíduo encontra para demonstrar sua confiança no trabalho do Estado, no ramo da saúde, esperando que o poder público não traia essa disposição.

A autorização para venda do sangue recebido em doação, sem que seja permitido aos atores “doadores” participar efetivamente da discussão da criação das normas que levam a essa autorização, pode provocar desconfiança no sistema e a negação da participação do indivíduo no problema da sociedade, como forma de diminuir a violência em qualquer de suas formas.

Nesse sentido, entende-se como pertinente e apropriadas as palavras de Hansen (2007, p. 92), posto que a doação altruísta de sangue envolve combate à violência, reflete participação política auxiliando as ações do Estado:

Além disso, outra iniciativa, para coibir a violência, parece ser a adoção de formas de organização política que permitam uma maior participação de todos os seres humanos nas decisões e padrões de equidade e justiça na distribuição dos bens entre as pessoas e entre os povos. Com participação política nas decisões coletivas, disparidades menores e condições básicas

de vida garantidas (alimentação, saúde, educação, lazer), a capacidade racional dos seres humanos pode melhor se desenvolver e, com isso, os níveis de violência tendem a diminuir.

Ao entregar um doente nas mãos dos profissionais da saúde ou nas mãos “cuidadosas” do Estado, pois aqueles que deveriam ser os protagonistas da tutela da vida e da saúde não devem se render aos contextos do mercantilismo (ABREU e BARBOZA, 2017).

De acordo com o entendimento das autoras, qualquer prática que seja alheia ao interesse e responsabilidade social no fornecimento dos serviços de saúde exige identificação dos responsáveis e reparação às vítimas. Entende-se que a venda a preço abusivo, após apuração dos efetivos custos, merece igual tratamento:

Trata-se de uma prática abusiva e alheia à responsabilidade social esperável dos incumbidos da prestação do fornecimento dos serviços de saúde, consistindo num problema ético e jurídico, que exige a identificação dos responsáveis e a reparação/compensação das vítimas destes danos injustos. (obra cit. p. 46)

6. ASPECTOS LEGAIS

As variadas práticas sobre doação, transfusão e comercialização de sangue sempre contaram com respaldo legal, sendo que a comercialização ou efetiva venda sempre foi tratada de forma velada dando a entender que não existe.

Existem dispositivos legais que proíbem o comércio de sangue, sendo essa proibição muito clara em relação à remuneração ou gratificação ao doador, mas bem parcimoniosa em relação a remunerar os hospitais privados pelas bolsas de sangue fornecidas ao receptor (doente).

A Lei nº 1.075/1950 não proíbe a venda de sangue, mas gratifica o doador, civil ou militar, com folga do trabalho no dia da doação. Com relação ao servidor militar, este ainda terá assentada em sua folha de serviço uma monção de louvor. A lei aprovada veio do Projeto de autoria do Deputado Federal Lima Cavalcanti, que na Justificativa mencionou a função social dos Bancos de Sangue a partir das experiências expostas na II Guerra, narrando a necessidade de estabelecer auxílio às unidades assistenciais de saúde, haja vista que a doação remunerada de sangue já se mostrava socialmente ultrapassada, posto o que não se

encontrariam tantos indivíduos dispostos a vender o próprio sangue para satisfazer as necessidades; daí entender ser mais eficaz buscar doadores altruístas no seio das famílias dos doentes:

Nas coletividades de certa importância torna-se indispensável estabelecer tais organizações para auxílio aos estabelecimentos assistenciais porque está ultrapassando a época em que bastava a utilização dos doadores remunerados. Hoje nos países mais adiantados já se provou que mesmo que se dispusessem de recursos suficientes para pagar todo sangue de que os doentes de uma dada população carecem não acorreriam indivíduos dispostos a vender seu Sangue em número suficiente para prover todas as necessidades. Faz-se preciso recorrer à boa vontade dos familiares desses doentes para que contribuam com sangue para sua recuperação.²⁰

Norma do ano de 1964 presta homenagem às pessoas solidárias, instituindo através do Decreto nº 53.988/1964, que o dia nacional do doador voluntários de sangue, a ser comemorado no dia 25 de novembro anualmente.

De janeiro de 1988 temos a Lei nº 7.649 que estabelece obrigatoriedade de cadastramento dos doadores de sangue, assim como obriga a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, de modo a prevenir propagação de doenças transmissíveis através do sangue, em especial aquelas listadas na própria norma; quais sejam: Art. 3º. As provas de laboratório referidas no artigo 1º desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 95.721, de 11 de fevereiro de 1988, que cuidou de disciplinar a forma de coleta de sangue, bem como a forma de constituição dos estabelecimentos e profissionais habilitados a exercer atividades hemoterápicas em todo território nacional.

No ano de 1995 foram editadas pelo Ministério da Saúde as Portarias de nº 121, de 24 de novembro e 127, de 8 de dezembro, que disciplinam inspeções e vistorias em unidades públicas ou privadas de hematologia e hemoterapia, demonstrando rígida preocupação com a qualidade do sangue, a forma de coleta e os locais de armazenamento.

²⁰ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegrar;jsessionid=8401C8512BCA9A9C30337A098C4649F7.proposicoesWebExterno2?codteor=1226635&filename=Dossie+-PL+216/1949. Acessado em: 19.out.2019.

Da leitura das ementas das diversas normas que tratam sobre a doação voluntária, coleta e tratamento do sangue humano, não se verifica expressa proibição ao comércio do sangue por parte dos estabelecimentos hospitalares.

Verifica-se que há omissão sobre a comercialização do sangue enquanto na mídia encontram-se várias denúncias e notícias sobre cobrança indevida nesse sentido.

Artigo da lavra Ângela Favorin da Cunha Oliveira (2016), sob o título Bolsa de sangue: pode ser cobrada?²¹, denuncia que o preço da bolsa de sangue oscilava entre R\$ 86,00 a R\$ 28.000,00, em frontal desrespeito à determinação contida na Lei nº 10.205/2001.

De acordo com o artigo/denúncia, os hemocentros argumentam que a cobrança visa reposição dos custos com “...coleta, testes, armazenamento e transporte, recrutamento de doadores, testes hematológicos, separação e preparo de hemocomponentes...” e insumos, tais como “...reagentes, materiais descartáveis, mão de obra de enfermeiros e honorários médicos.”

O artigo aponta ainda que grande parte dos custos argumentados pelos hemocentros já são pagos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, bem como que não há variação no tratamento da bolsa de sangue, cujo procedimento deve ser a uma determinação única; com isso não se justificando a variação de preço.

A Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, “...vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, ...”, mas cuida de abrir possibilidade de cobrança a outros títulos, por não considerar como comercialização, conforme previsto no parágrafo único do artigo 2º da lei em comento:

Parágrafo único. Não se considera como comercialização a cobrança de valores referentes a insumos, materiais, exames sorológicos, imunoematólogicos e demais exames laboratoriais definidos pela legislação competente, realizados para a seleção do sangue, componentes ou derivados, bem como honorários por serviços médicos prestados na assistência aos pacientes e aos doadores.

Essa lei, que recebeu o nome carinhoso de Lei Betinho, em homenagem ao sociólogo Herbert de Souza, é oriunda de um Projeto de Lei de autoria do

²¹ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52795/bolsa-de-sangue-pode-ser-cobrada>. Acessado em 28.set.2019.

então Deputado Federal Roberto Jeferson que tramitou no legislativo federal por longos 10 anos.

Percebe-se que o texto da Lei resultou menos agressivo que o próprio projeto de lei de autoria do Deputado Roberto Jeferson, posto que a ideia que ficou revelada é que se poderia comercializar, pois enquanto proíbe qualquer cobrança ou recebimento de vantagem direta ou indireta pelo doador, permite cobrança por parte daqueles que fazem a captação dos doadores, conforme se verifica no artigo 4º do Projeto de nº 1.064/1991:

Art. 4º - A proibição Constitucional de comercialização restringe-se à proibição da prática de atos ou procedimentos que induzam o homem e a mulher a doar sangue mediante compensações pecuniárias ou outro tipo de retribuição material direta ou indireta, bem como à venda, posteriormente, do sangue total, componentes e derivados sem observância às ressalvas estabelecidas na lei.

§ 1º As entidades governamentais que colem sangue, fracionem seus componentes e industrializem derivados, embora incluídas na proibição de práticas de indução ou compensações fixadas no *caput* do artigo, podem, entretanto, fornecer o sangue e seus derivados, obtidos de forma voluntária, aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como a organizações particulares, ressarcindo-se dos custos definidos no parágrafo seguinte.

§ 2º - O sangue e seus derivados, fornecidos nos termos do parágrafo anterior incluirão no preço cobrado, os custos globais de investimentos e operação, devidamente apropriados em contabilização própria, os quais serão rateados por unidade de produto transfundido.

O projeto tramitou por tanto tempo que sua moral de cobrança restou impregnada na prática de cobrança, haja vista que se verificam efetivadas no dia a dia as sugestões contidas no projeto de lei, ao arrepio das proibições contidas na lei.

Nota-se que a título do ressarcimento autorizado por lei os hospitais particulares têm feito cobranças abusivas, conforme foi concluído pelo Ministério Público Federal nos autos do Inquérito Policial nº 02/98, sob o entendimento de que não caracterizava a comercialização o objeto que deu origem à instauração da investigação policial para apurar a comercialização de plasma e hemoderivados, que tinha como alvo a Fundação Pró-sangue.

Portarias do Ministério da Saúde, em especial as de nº 1.737/2004 e 1.469/2006 encorajam a cobrança pela bolsa de sangue a título de “... ressarcimento de seus custos operacionais referentes a insumos, materiais, exames sorológicos, imunohematológicos e demais exames laboratoriais, ...” (OLIVEIRA e OLIVEIRA, 2016)

7. DEPENDÊNCIA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE

Existe um rol de doenças que dependem de transfusão de sangue constantemente, além dos casos de cirurgias.

O artigo denúncia de Oliveira e Oliveira (2016) traz a informação de que

Toda cirurgia cuja duração seja acima de três horas quase sempre o paciente recebe uma bolsa de sangue para compensar a perda sanguínea durante a cirurgia. Esse procedimento foi adotado em 1934 pelo primeiro banco de sangue. Mas a cardiologista Ludhmila Abrahão Hajjar descobriu que não há embasamento científico para tal procedimento. Há necessidade de avaliar caso a caso para real necessidade da transfusão de sangue.

De fato, existe um rol de doenças que demandam transfusão periódica de sangue; dentre as menos conhecidas (ou divulgadas), descreve-se a Anemia Falciforme²², cuja dependência da transfusão de sangue e a falta de poder aquisi-

²² A doença falciforme (DF) é uma das enfermidades genéticas e hereditárias mais comuns no mundo. Decorre de uma mutação no gene que produz a hemoglobina A, originando outra, mutante, denominada hemoglobina S, de herança recessiva. Existem outras hemoglobinas mutantes, como, por exemplo, C, D, E, etc. Em par com a S, integram o grupo denominado DF. A mais conhecida é a SS, que inicialmente se denominou anemia falciforme (SS). Existem ainda a S/Beta talassemia (S/B tal.), as doenças SC, SD, SE e outras mais raras. Apesar das particularidades que as distinguem, todas essas combinações têm manifestações clínicas e hematológicas semelhantes, por isso, universalmente, as condutas são iguais para todas, levando-se em consideração apenas o curso mais ou menos severo de cada uma delas. **Entre essas associações para a DF, a de maior manifestação clínica é identificada como anemia falciforme (AF), determinada pela presença da hemoglobina S em homocigose (SS), ou seja, a pessoa recebe de cada um dos pais um gene para hemoglobina S. Essa combinação é a que se denomina anemia falciforme.** É importante sempre lembrar que as rotinas, os medicamentos, os protocolos, as condutas, os procedimentos e todas as diretrizes no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) são referentes à DF. A não menção de DF, e sim de AF, refere-se apenas à forma HbSS, o que tecnicamente faz exclusão das demais. (pg. 5)

(...)

tivo dos portadores dessa doença, somado a prática comercial do líquido insubstituível, tem causado temor aos diversos atores da caminhada falciforme (doentes e familiares).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que ainda há surpresa quando se fala sobre a cobrança das bolsas de sangue transfundidas nos hospitais privados, mas a própria lei permite que se faça cobrança a títulos diversos, sem especificar o sincero objeto da cobrança, mas as diversas denúncias veiculadas nos meios de comunicação, como acima foi mencionada a Revista Veja que apurou a cobrança de valores que variam entre R\$ 86,00 a R\$ 28.000,00, bem como a investigação policial levada a efeito pela Polícia Federal no bojo do Inquérito Policial nº 02, de 1998, dão direção de que abusos têm sido cometidos e que precisam ser corrigidos.

O Ministério Público deu o que se poderia chamar de primeiro passo, quando da conclusão do Inquérito Policial acima citado, no qual entendeu que a situação carecia de correção e não de criminalização, apesar parecer que a investigação se adaptou aos termos do projeto de lei que tramitava no Parlamento desde 1991. Muitas das condutas investigadas foram ajustadas pela lei.

A questão sanguínea é latente quando se aborda as doenças que têm necessidade constante da transfusão, posto que há grande incidência de mortes por doenças alheias àquelas de que a pessoa é portadora em função da qualidade do sangue recebido. A conscientização para a captação não remunerada rendeu qualidade aos estoques dos bancos de sangue, mas a corrida comercial que se vê permitida na Lei nº 10.205/2001. Essa norma, desde seu nascedouro – projeto de lei de autoria do Deputado Federal Roberto Jeferson – empresta características comerciais no trânsito do sangue humano nas redes de saúde privada.

Pelo viés da dignidade da pessoa humana o sangue tem valor e deve ser “doado” sem qualquer tipo de remuneração. Essa é a moral e a ética que gravitam a movimentação de sangue nos serviços de hemoterapia e hematologia. De outro lado, e com base na mesma constituição cidadã, a livre iniciativa (art. 199, § 4º)

Além disso, é fundamental que essa assistência esteja integrada a uma rede de medicina transfusional, já que as intercorrências clínicas de emergência muitas vezes precisarão de transfusões sanguíneas e procedimentos hemoterápicos mais complexos, como a sangria terapêutica e a exsanguineotransfusão. A hemoterapia exige uma política própria de hemovigilância e segurança transfusional, já preconizada e praticada pelo MS. (pg.39)

permite a cobrança nos serviços hospitalares da rede particular, com preços irreais em função da gratuidade na captação e convencendo a todos de que a “cobrança” não é “comercialização” se o nome jurídico e/ou científico que for lançado no relatório médico ou nota fiscal sejam aqueles inscritos na legislação; quais sejam: “insumos, materiais, exames sorológicos, imunoematológicos e demais exames laboratoriais definidos pela legislação competente, realizados para a seleção do sangue, componentes ou derivados...”

O fato é que o Estado Brasileiro proíbe expressamente a remuneração do doador, mas expande de forma incontrolável, através de normas diversas (leis, decretos, portarias e resoluções) a cobrança das bolsas de sangue, conforme fica claramente estabelecido nos artigos 4º e 6º da Portaria nº 1737/GM/MS, de 19 de agosto de 2004, que ditam normas de ressarcimento de custos pela coleta e processamento do sangue coletado pelo SUS e fornecido a hospitais privados; e fornecimento de informações ao clientes da saúde suplementar do custo da bolsa de sangue ou hemoderivados oriundos do SUS.

De outro lado, existem vários projetos de lei visando incentivar a doação de sangue mediante gratificação direta ou indireta ao doador; tais como pagamento de meia entrada em eventos culturais (Lei nº 7.737/2004-Espírito Santo e Projeto de lei que tramita no Senado Federal), isenção de inscrição em concursos e até mesmo remissão de dias de penas, mas tais discussões não avançam, estando certo que é mais fácil tratar da questão do preço ou ressarcimento do custo, do que do valor que se deve dar ao ato do doador voluntário de sangue.

É necessário encontrar um caminho ético que seja compatível o altruísmo dos doadores voluntários e a administração do estoque de sangue sem cobranças abusivas ou mercantilização.

Daí a diferença entre o preço e valor do sangue humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 23.out.2019.

_____. Lei nº 1.075, de 27 de março de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1075.htm. Acessado em 23.out.2017

_____. Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10205.htm. Acessada em 25.out.2019.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Hospitalar e de Urgência. Doença falciforme: diretrizes básicas da linha de cuidado / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada e Temática. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. 82 p. il. ISBN 978-85-334-2310-7. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doenca_falciforme_diretrizes_basicas_linha_cuidado.pdf. Acessado em 30.out.2019.

ABREU, Célia Barbosa e BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade pela distanásia na saúde privada. Revista Interdisciplinar de Direito. Faculdade de Direito de Valença. v. 15, n. 2, pp.45-62, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/288/228>. Acessado em: 29.out.2019.

COSTA, Judith Martins. Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/221005696/277-Judith-Martins-Costa-Bioetica-e-Dignidade-Da>

FRANCO, Elaine Cristine. O mercado obscuro do sangue. Disponível em: <https://elainefrancoadv.jusbrasil.com.br/artigos/317045255/o-mercado-obs-curo-do-sangue>. Acessado em 23.out.2019.

GUERRA, Celson C.C. Fim da doação remunerada de sangue no Brasil faz 25 anos. Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia 2005/27. São Paulo. 2005

HANSEN, Gilvan Luiz. A razão entre a violência e a emancipação: um enfoque habermasiano. VERITAS Porto Alegre v. 52 n. 1 março 2007 p. 79-93

JUNQUEIRA, Pedro Clóvis et all. História da Hemoterapia no Brasil. Rev. bras. hematol. hemoter. 2005;27(3):201-207. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbhh/v27n3/v27n3a13.pdf>. Acessado em: 30.out.2019.

MARCONDES, José Vieira. These apresentada à Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro em 27 de setembro de 1.879. Typographia Universal de E. & H. LAEMMERT. Rio de Janeiro, 1.879.

MOURA, Aldilene Sobreira de, et all. Doador de sangue habitual e fidelizado: fatores motivacionais de adesão ao programa. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000111&pid=S1516-8484201000050001100016&lng=pt. Acessado em 22.out.2019.

OLIVEIRA, Ângela Favorin da Cunha e OLIVEIRA, Jean Felipe da Costa. Bolsa de sangue: pode ser cobrada? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52795/bolsa-de-sangue-pode-ser-cobrada>. Acessado em 20.out.2019.

PERELMA, Rosane Suely May Rodrigues, et all. Doação de sangue: Solidariedade mecânica versus solidariedade orgânica. REBEn – Revista Brasileira de Enfermagem. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v63n2/24.pdf>. Acessado em: 22.out.2019.

SANDELL, Michael J. O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado. Editora José Olympio. Rio de Janeiro, 2016.

SILVA. De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. IV – Editora Forense. Rio de Janeiro. 1984.

ESPAÇO PÚBLICO E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INSTITUCIONALIZADA: REFLEXÕES A PARTIR DE HANNAH ARENDT

Alessandra Moraes de Sousa

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
alessandra.m.s@gmail.com

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A participação de pessoas com deficiência na vida pública e política é direito assegurado na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI)²³ e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)²⁴. Ambas as legislações fomentam um modelo de cidadania orientado por princípios específicos à proteção dos direitos das pessoa com deficiência, quais sejam o da plena e efetiva participação e inclusão da pessoa com deficiência na sociedade (CDPD, artigo 3, alínea ‘c’) e o da igualdade de oportunidade (CDPD, artigo 3, alínea ‘e’). Logo, os Estados devem zelar e atuar para que aos cidadãos com deficiência seja garantido envolverem-se ativamente nos processos políticos e estarem presentes na vida pública da comunidade onde vivem. Nesse sentido, reproduzindo em grande parte as disposições do art.29 da CDPD sobre o tema da participação política, a LBI reafirma o direito de sufrágio pela via da alistabilidade e elegibilidade, bem como a possibilidade de participação na gestão de entidades públicas, organizações da sociedade civil e partidos políticos:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e

²³ Lei 13.146 de 6 de julho de 2015.

²⁴ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Nunca é demais lembrar que as regras da CDPD têm estatuto de norma constitucional, uma vez que o tratado adentrou ao ordenamento jurídico segundo o rito do art.5º, § 3º da Constituição da República (CR).

de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão pos-suam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

§ 2º O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I - participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

II - formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;

III - participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem

O dispositivo de lei citado deixa claro que as pessoas com deficiência são destinatárias dos mesmos direitos dos demais cidadãos, é dizer, devem poder fruir dos direitos reconhecidos a todos (FERRAZ; LEITE, 2015, p.105). Daí o destaque ao dever de acessibilidade²⁵, presente no §1º, inciso I e III, sem o qual o próprio gozo dos direitos políticos e liberdades a que visa proteger fica invia-

²⁵ Acessibilidade faz referência a um ecossistema sociocultural cujos espaços, equipamentos e programas são projetados considerando a pluralidade humana, as diferentes corporidades e relações sensoriais com o ambiente, os diferentes estágios de desenvolvimento e envelhecimento, assim como as fases transitórias ou não de vulnerabilidade, de modo a que todos tenham iguais oportunidades de participação.

bilizado. Por outro lado, do artigo depreende-se uma leitura de participação política demasiado procedimental e verticalizada porque ligada ao Estado, seja pelo exercício de direitos políticos, seja pela atuação de organizações e associações da sociedade civil de representação de interesses da categoria. Ainda que a lei esteja fazendo referência ao protagonismo das pessoas com deficiência na reivindicação de seus direitos segundo suas demandas e necessidades, reforçando a importância da luta do movimento social das pessoas com deficiência, cujo lema internacional é "Nada sobre nós sem nós"²⁶, faz parecer com que a participação política de pessoas com deficiência se resume ao direito de sufrágio e a reclamar políticas públicas em seu favor, como se os interesses do grupo não se alinhassem àqueles comuns aos cidadãos.

O estreito panorama de participação política apresentado pela LBI torna-se particularmente preocupante com relação a pessoas com deficiência intelectual e psicossocial, cuja participação social por meio da inserção no mundo do trabalho e educação ainda é tímida²⁷, por sofrer interferência de barreiras atitudinais²⁸ que põe em dúvida sua autonomia e discernimento. Por conseguinte, o desenho legal pode esvaziar ou mesmo dificultar o acesso de indivíduos com essas deficiências às determinadas instâncias decisórias²⁹.

²⁶ Como explicam Barbosa-Fohrmann & Wagner Kiefer (2016), a mobilização de pessoas como deficiência em diferentes países do mundo levou suas reivindicações a se tornarem objeto de políticas internacionais promovidas pela ONU. Assimé que o ano de 1981 foi promovido pela organização como "Ano Internacional das Pessoas Deficientes". Daí se seguiu a publicação do "Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência", em 1982, cujo objetivo era promover medidas para igualdade e participação plena das pessoas com deficiência na vida pública e social. A década de 90 do século XX foi fixada pela ONU como "Década das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas". As iniciativas resultaram na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006.

²⁷ De acordo com dados do Censo 2010, a taxa de ocupação na semana de adultos com deficiência mental ou intelectual é a que apresenta níveis mais baixos, englobando somente 20,2% dos homens e 14,2% das mulheres com aquelas deficiências. Também a taxa de atividade, que afere a inserção no mercado de trabalho, é baixa entre pessoas com deficiência mental ou intelectual: 22,2% dos homens e 16,1% das mulheres. À época da realização do Censo 2010, referia-se à deficiência psicossocial como deficiência mental. Ver Kazumi Sasaki, 2010.

²⁸ Conforme art.3º, inciso IV, alínea 'e' da LBI, barreiras atitudinais são as atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

²⁹ A título de exemplo, as instituições da sociedade civil representativas da deficiência intelectual nomeadas para composição do Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE) para o biênio 2019-2021 foram a Federação Nacional das

Nesse sentido, chama a atenção a redação do § 2º ao mencionar a promoção da participação política da pessoa com deficiência quando institucionalizada. É que as peculiares características das instituições asilares, em seu modelo hospitalocêntrico, limitam a liberdade de ir e vir dos internos, que restam alijados da oportunidade de estar onde os outros estão para com eles partilhar suas opiniões e também agir em prol de interesses em comum. Além disso, a condição de institucionalização retira o protagonismo do indivíduo na eleição de seu projeto de vida e limita sua autonomia, aqui entendida como a liberalidade em fazer as próprias escolhas e emitir vontades sobre as questões mais mezinhas, como moradia, vestimenta, alimentação etc. Acrescente-se que as deficiências passíveis de levar a internamento são, justamente, a intelectual e psicossocial, cujo histórico no Brasil está associado a sérias violações de direitos humanos e higienização social. Sob este aspecto, a LBI estaria em descompasso com as disposições da Lei 10.216/2001, segundo a qual o internamento é medida excepcional e de prazo determinado, assim como em contradição com seus próprios termos e com a CDPD, na medida em que ambas têm como foco a promoção de autonomia e vida independente das pessoas com deficiência.

Desta feita, a tese a ser debatida neste artigo é de que aquele que se encontra institucionalizado vive uma vida privada e está fora do espaço público enquanto esfera dos assuntos humanos onde aparecemos aos outros através da ação e do discurso. Por essa razão, tem seu agir político seriamente obstaculizado e cerceado, ainda que possa exercer direitos políticos, sobretudo o de sufrágio. O referencial teórico empregado é Hannah Arendt, de quem adotamos o sentido de política, a distinção entre espaço público e privado, bem como o conceito de agir político, a partir dos quais problematizamos as questões pertinentes às pessoas com deficiência intelectual e psicossocial. A pesquisa é indutiva e o procedimento metodológico de natureza teórica, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e da análise de conteúdo da legislação, especialmente a LBI, confrontando-a aos referenciados conceitos daquela autora.

APAEs, a Federação Nacional das Associações Pestalozzi e a Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down. Entretanto, os titulares e suplentes destas instituições não são pessoas com deficiência intelectual. Recuperado em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/orgaos-colegiados/conade/composicao/Composio.pdf>.

O recurso à Arendt justifica-se em razão da obra da autora resgatar um sentido original de política, examinando o significado e o sentido da política naquilo em que efetivamente representa para a condição humana, independentemente do espaço-tempo ou comunidade observada, ainda que as formas de organização, estruturas e a existência ou não de governo variem. O enfoque adotado pela autora dá destaque à ação humana, entendida como a forma através da qual um sujeito particular aparece aos demais de maneira simétrica e atuante, por ser a ação reveladora do sujeito enquanto capacidade de comunicar a si aos outros, caracterizando a pluralidade humana (ARENDDT, 2010, p. 225). Assim, mostra-se mais inclusivo de sujeitos historicamente excluídos dos processos políticos e sociais, como o são as pessoas com deficiência intelectual e psicossocial, pois a política enquanto relação oportuniza a intersubjetividade, na medida em que o olhar do outro e aquele que se tem do outro permitem ver a si mesmo.

As reflexões de Arendt tomam como pano de fundo eventos determinados, quais sejam as guerras e revoluções que marcaram as experiências políticas do século XX, e que teriam levado tanto a uma desconfiança para com a política enquanto forma de composição de conflitos, bem como a confundi-la com ações baseadas em força e violência. Também não fugiu à acurada percepção da autora a possibilidade de desaparecimento do mundo em comum, diante da capacidade humana de controle de técnicas e tecnologias, cujo domínio, ao se aproximar da tentativa de reprodução das necessidades vitais, seria capaz de modificar a própria condição humana. Diante de um cenário de mudanças climáticas, instabilidade institucional e a constatação de que o ciclo vital de consumo da sociedade não pode cessar nem mesmo em face do sacrifício de vidas humanas, conforme observado no curso da pandemia de COVID-19, ela mesma um evento cujas repercussões ainda estão por serem narradas, o instrumental teórico fornecido por Arendt mostra-se demasiadamente atual e nos auxilia a pensar o presente.

Finalmente, cumpre explicitar que as reflexões desenvolvidas neste artigo são objeto da tese de doutoramento em Direito, intitulada “O sentido de participação política da pessoa com deficiência a partir de Hannah Arendt”, em desenvolvimento junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

2. AGIR POLÍTICO X DIREITOS POLÍTICOS

Ao pensarmos em participação política, comumente associamos o tema ao Estado e suas instituições, às formas de governo, relações de poder e seus conflitos. Remetemos ao bem comum e à coisa pública. Enquanto membros de uma democracia indireta, distinguimos entre representantes e representados, evocamos o processo formal de sufrágio, valorizamos a liberdade de expressão e a igualdade entre os cidadãos. No que se refere à mobilização política, consideramos a filiação a um partido, tomar parte de um coletivo ou associação e o exercício da liberdade de expressão, tanto nos debates de redes sociais, através do net-ativismo, quanto na relação com outros nos espaços públicos.

De acordo com Borba (2012), a literatura acerca da participação política registra diferentes classificações e tipologias, variando em função da modalidade de participação e atividade observada, o que gera diferentes indicadores empíricos de medição e análise. Podem-se citar atividades relacionadas ao voto; aos partidos políticos; adesão a protestos, como presença em passeatas, greve ou outros; e de uso político da internet³⁰. Registram-se, também, iniciativas focadas no voluntarismo cívico, tais como voto, trabalho em campanhas políticas, contribuição financeira para campanhas, contato com oficiais, protesto, trabalho informal na comunidade, tornar-se membro de um conselho local, filiar-se a uma organização, contribuir para uma causa política³¹, dentre outras.

Conforme o indicado autor, a participação política é um fenômeno multidimensional e diferentes modalidades de atuação se articulam entre si. Por essa razão, o texto de lei acerca de participação política é sempre exemplificativo, na medida em que o legislador não é capaz de enumerar as diferentes formas pelas quais se expressa o agir político. Com efeito, na tradição liberal a participação política é uma das liberdades do cidadão, frente a qual o Estado deve se abster e limitar. Daí serem legislados direitos políticos, o voto tomado como ápice e aperfeiçoamento da qualidade de cidadão. Assim, em termos de participação política, o exercício de direitos políticos seria uma de suas modalidades.

A partir das disposições previstas na Constituição de 1988, Ramayana (2012) explica serem direitos políticos: o sufrágio; a alistabilidade isto é, o direito de votar; a elegibilidade ou direito de ser votado; a possibilidade de proposição de projeto de lei; o ajuizamento de ação popular; a livre organização de partidos

³⁰ Nesse sentido é a pesquisa de Teorell, Torcal e Montero (2007 *apud* Borba, 2012, p.276).

³¹ Indicadores usados em estudo de Verba, Schlozman e Brady (1995 *apud* Borba, 2012, p.272).

políticos. Segundo o autor, há uma perspectiva negativa dos direitos políticos, consubstanciada na restrição de acesso à participação em órgãos governamentais ou na estrutura do poder representativo, determinada pelas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei. Com relação às pessoas com deficiência, além das atividades elencadas na LBI, podem ser consideradas formas de participação política, também, a ingerência e gestão de políticas públicas através dos Conselhos de Pessoas com Deficiência em nível nacional, estadual, distrital e municipal, além da organização das conferências nacionais, estaduais e municipais das pessoas com deficiência, realizadas periodicamente para debater com a sociedade as ações e políticas em seu favor³²⁻³³.

Pensar ação política a partir do pensamento arendtiano permite deitar um olhar ampliado sobre o fenômeno, haja vista o refinado depuramento de conceitos da autora, capaz de tornar compreensível a finalidade da política e do agir político. Política em Arendt (2020a) é a coexistência das diferenças. Em virtude da pluralidade humana, isto é, do fato de que os seres humanos são iguais, mas, ao mesmo, tempo, completamente distintos entre si, na medida em que cada um de nós é único, a política “organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas” (Arendt, 2020a, p.24). A política possuiria, então, um caráter agonístico de consenso e dissenso, na medida em que cada qual possui pontos de vista e opiniões diferentes sobre os mesmos assuntos. Diante disso, seria próprio do âmbito do político conjurar as diferenças e promover a convivência entre todos, o que atrai a liberdade como importante elemento relacionado à política, pois o propósito “é os homens terem relações entre si em liberdade, para além da força, da coação e do domínio.” (Arendt, 2020a, p.48). Conforme Arendt (2020b), é por serem

³² Estas atividades são sinalizadas por Ferraz da Fonseca; Dias (2020), ao descreverem as respostas do Estado Brasileiro aos indicadores para monitoramento da incorporação da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

³³ Ambas as iniciativas são resultado da atuação do movimento social de pessoas com deficiência no Brasil, nascido de maneira espontânea na esteira do processo de redemocratização pós-ditadura militar, cuja principal conquista teria sido o deslocamento dos debates políticos do tradicional eixo saúde-assistência, reflexos do modelo médico e do caritativo de abordagem da deficiência, para a ótica dos Direitos Humanos, presentes na CDPD e na LBI (LANNA JUNIOR, 2010).

livres que os homens podem agir politicamente, sendo a liberdade uma experiência humana originalmente política, própria a esfera dos negócios humanos, ou seja, vivida na associação com os outros.

O agir político, em Arendt, tem um conteúdo deveras amplo e variado, não se restringindo àquilo que é previsto ou assegurado pela lei. Para a autora, ação é a possibilidade de dar início a algo permanente no mundo estruturado pelo agir e falar humano, de modo a colocar em movimento ou tomar parte de uma cadeia de ações/reações que garantam a perenidade do mundo para as gerações futuras. Incerteza, imprevisibilidade e irreversibilidade são qualidades próprias da ação humana e decorrem do fato de que os processos desencadeados através da ação não são controláveis: "E esta incapacidade de desfazer o que foi feito é igualada pela outra incapacidade, quase tão completa, de prever as consequências de um ato e até de conhecer com segurança seus motivos." (Arendt, 2010, p.244-245). Outra característica importante destacada pela autora com relação à ação é sua perpetuidade, ou seja, a capacidade de perdurar, porque "(...) o processo por ele iniciado jamais termina inequivocamente num único ato ou evento, e que seu verdadeiro significado jamais se revela ao ator, mas somente à visão retrospectiva do historiador, que não participa da ação." (Arendt, 2010, p.245).

Segundo a autora, são elementos próprios ao agir político: a perseguição de metas que o idealizam, mas que estão sempre se modificando, na medida em que também os outros perseguem suas próprias metas, interesses e desejos; um sentido que se revela em sua execução; um motivo que põe em andamento a ação (por exemplo, a honra, a virtude, o medo, a glória) (Arendt, 2020a, p.127-128). Por conseguinte, o agir político é um fim em si mesmo, desde que as metas previstas podem ou não ser alcançadas com êxito. Igualmente, tais metas não se tratam de objetivos, desde que linhas ou diretrizes que orientam o agir, sujeitas, então, à contingência.

A ação política segundo Arendt é concebida, assim, de maneira a manter sua espontaneidade e capacidade transformadora da realidade: "Sua teoria performativa da ação e sua visão agonística da política indicam antes uma ação política instantânea, múltipla: política como acontecimento e começo, como interrupção de processos automáticos." (Ortega, 2001, p.227). Para Arendt (1985) o poder resulta do agir com outros e se realiza quando nos organizamos. O poder não é individual, mas pertencente a um grupo enquanto este se mantiver unido.

Por conseguinte, a essência de um governo e o que confere estabilidade a qualquer estrutura política seria o poder proveniente do povo, quer se trate de uma monarquia ou uma democracia:

É o apoio do povo que confere poder às instituições de um país, e esse apoio nada mais é que a continuação do consentimento que deu origem às normas legais. De acordo com o governo representativo, é o povo que detém o poder sobre aqueles que o governam. Todas as instituições políticas são manifestações e materializações do poder; estratificam-se e deterioram-se logo que o poder vivo do povo cessa de apoiá-las. (Arendt, 1985, p.17)

É interessante observar que Arendt não arrola nenhum requisito de ordem subjetiva ou objetiva para o agir político. Ao agente não é exigido ter determinada idade ou gênero, possuir bens ou coisa que o valha, gozar de habilidades cognitivas específicas, muito embora o agir se articule às faculdades do espírito - pensar, querer, julgar. Da mesma forma, a ação não tem de ser direcionada ou oponível a um ente identificado, como o Estado ou alguma instância de poder, mesmo porque, isso lhe conferiria um caráter instrumental.

A potência atribuída ao agir político na obra de Arendt contrasta com o diagnóstico da autora sobre nossa era. Para ela, a concepção moderna de política é "como um meio para proteger o sustento da vida da sociedade e [a] produtividade do desenvolvimento social livre." (Arendt, 2020a, p.40). Arendt (2010), destaca a ascensão do social³⁴, que leva a que as atividades econômicas próprias ao lar doméstico se elevem ao nível público, tornando as questões pertinentes à esfera privada, qual seja a sobrevivência, um interesse coletivo. No entender da autora, o Estado Nacional da era moderna pode ser lido como uma formação familiar, congregando os interesses dos cidadãos tais quais o de uma família, o que leva a uma obliteração da política, cuja preocupação central seria o mundo e não os homens ou a vida (ARENDR, 2016, p. 203; Idem, 2020a, p. 35).

Arendt (1989) também observa o rompimento com a tradição e a ascensão da sociedade de massa, a qual engloba em si todos os estratos da população e provoca a atomização dos indivíduos. Por isso, a autora é crítica da estrutura

³⁴ A questão social se referiria à pobreza e miséria, próprias aos direitos civis - vida-liberdade-propriedades (roupas, alimento, abrigo, sustento), necessidades vitais de natureza pré-política associadas à libertação, e que se apresentam como obstáculo à liberdade, entendida como a participação nos assuntos públicos.

representativa das democracias liberais, que atribui aos cidadãos participação meramente formal e indireta nos processos políticos decisórios, através da escolha de representantes. São estes representantes quem tomam parte dos debates de ideias sobre o comum, que se dão em sede institucional, nos órgãos integrantes do Legislativo o no corpo dos partidos. Para a autora, a forma representativa afasta os cidadãos da participação direta, levando mesmo a uma alienação da atividade política como parte importante das relações em comunidade. Igualmente, a forma burocrática do Estado seria exemplo de processo automático, porque reprodução de uma técnica, qual seja a de administrar, cuja consequência é não haver responsabilidade de ninguém (Arendt, 1985).

Em verdade, tomando como parâmetro a experiência brasileira, o modo como se organiza a própria participação política pelo viés do exercício de direito de sufrágio carrega algo de similar a um processo automático, seja por sua regularidade, institucionalização ou porque se trata de um procedimento de verificação que confere legitimidade ao sistema estatal. Delimitado o que se trata agir político e direitos políticos, há de se assegurar amplamente a dimensão de exercício dos direitos e do poder que resulta do agir com outros, identificando-se as situações em que tal é cerceado, como o é a vida privatizada do indivíduo institucionalizado, objeto da sessão seguinte.

3. VIDA INSTITUCIONALIZADA - EXCLUSÃO DA VIDA POLÍTICA E SOCIAL

A deficiência intelectual congrega uma variedade de condições relacionadas às habilidades cognitivas de um indivíduo³⁵. Por seu turno, a deficiência

³⁵ Kazumi Sasaki (2005) explica que pessoas com deficiência intelectual costumam apresentar dificuldades para resolver problemas; compreender ideias abstratas, como as metáforas, a noção de tempo e os valores monetários; estabelecer relações sociais; compreender e obedecer regras; realizar atividades cotidianas, por exemplo, as ações de autocuidado; ter a capacidade de argumentação afetada. Assim, demandam dez áreas de habilidades adaptativas: comunicação, autocuidado, habilidades sociais, vida familiar, uso comunitário, autonomia, saúde e segurança, funcionalidade acadêmica, lazer e trabalho.

psicossocial abarca estados associados ao funcionamento mental³⁶. Estas deficiências não se confundem³⁷ e são ligadas em virtude do próprio desenvolvimento do saber psiquiátrico³⁸ que, por muito tempo, lidou com ambas as condições no mesmo ambiente: as instituições de saúde, na modalidade de hospitais psiquiátricos, hospícios ou hospitais colônias.

O passado de institucionalização no Brasil é recente e, por conseguinte, ainda presente no imaginário social como resposta àquelas condições. Referindo-se ao cenário da cidade do Rio de Janeiro, Ferreira Lobo (2015) relata que, durante o período colonial, as autoridades públicas encaminhavam à Santa Casa de Misericórdia quaisquer pessoas que perturbassem a ordem pública e apresentassem traços do que era chamado, à época, de alienação. Esta prática persistiu e foi ampliada com a inauguração de novos equipamentos na cidade, na segunda metade do século XIX: o Hospício Pedro II, em 1841, o Asilo de Mendicidade, de 1884, o Hospício Nacional de Alienados, de 1890 e a criação da Assistência Médico-Legal a Alienados, em 1890 também. Segundo a autora, a tomada de poder sobre as afecções mentais por parte da Psiquiatria se consolida com o advento da República e, por consequência, o número de internamentos cresce enormemente³⁹, de modo à até as prisões receberem alienados. A superlotação era justificada pelo insucesso dos tratamentos dispensados aos internados e a precariedade das condições de funcionamento dessas instituições também é destacada pela autora, assim como a mistura entre os tipos de internos: crianças, idosos, os

³⁶ É o caso de transtornos globais do desenvolvimento, como síndromes do espectro autista, estados decorrentes de seqüela de transtorno mental, dentre outros. Ver Kazumi Sasaki, 2010.

³⁷ Como quaisquer outras pessoas, indivíduos com deficiência intelectual podem desenvolver transtornos mentais, como resultado de isolamento e da deficitária inclusão social.

³⁸ Na primeira fase da Psiquiatria, cujo expoente é Pinel, considerava-se a alienação mental uma afecção única, proveniente das mesmas causas físicas e morais, e que se manifestava de quatro formas principais: a mania, a melancolia, a demência e o idiotismo. A etapa seguinte, fundada, sobretudo, nos estudos de Morel e sua teoria da degeneração, organiza e descreve condutas desviantes e comportamentos excêntricos, a fim de possibilitar as intervenções terapêuticas. A alienação mental passa a ser compreendida como um estado avançado de degeneração, muitas vezes irreversível, demandando medidas de profilaxia e higienização social. Ver Caponi, 2012.

³⁹ Citando um relatório de 1894, Ferreira Lobo (2015, p.381) afirma que, em cinco décadas, foram recolhidos 6.040 alienados.

então chamados de idiotas, dementes e alienados⁴⁰ (Ferreira Lobo, 2015, p.378, p. 386).

Na primeira metade do século XX, conforme Venancio (2011), o modelo institucional das colônias como política pública de assistência psiquiátrica é difundido, mantendo o propósito de afastamento das pessoas desviantes do convívio social e colocando-as numa espécie de microssociedade, localizada num ambiente rural e apartado das cidades. Exemplo emblemático deste tipo de instituição é o Hospital Colônia de Barbacena, cuja superpopulação e o enorme número de óbitos de pacientes fez com que fosse considerado uma espécie de campo de concentração⁴¹. A segunda metade do século é marcada por uma espécie de privatização da assistência psiquiátrica, como assinala Melo Martins (2020b), através do financiamento público de leitos psiquiátricos em instituições privadas, o que torna este tipo atividade especialmente lucrativa.

Conforme ressaltado por Martino Jannuzzi (2004), o monopólio dos médicos e psiquiatras sobre a questão da deficiência se refletiu também na Educação⁴² e somente a partir da década de trinta do século XX a seara da deficiência seria invadida pela Psicologia, através da influência de Helena Antipoff e sociedades civis, como a Pestalozzi. Mas é apenas da década de 90 do século XX em diante que outros ramos do saber passariam a se debruçar academicamente sobre o tema, abrindo novas possibilidades sobre a educação e desenvolvimento de pessoas com deficiência, especialmente as com deficiência intelectual. Da mesma forma, o redirecionamento dos cuidados aos acometidos de transtornos mentais vem a sofrer mudanças com a Política Nacional de Saúde Mental (PNSM), lei 10.216/2001. A partir daí, adota-se um modelo de atenção fundado nos direitos humanos e no bem-estar do indivíduo num contexto de liberdade e inclusão social. As estratégias de atuação para assistência e cuidado à saúde mental envolvem programas e ações de responsabilidade dos três níveis federativos, formando a

⁴⁰ Ao tratarmos da temática da deficiência, devemos nela enxergar um significado e conteúdo variável no tempo e no espaço, determinado pelos jogos discursivos de cada época, bem como pelos saberes prevalentes. Daí o registro de nomenclaturas diversas ao longo do tempo e sua conseqüente superação. Assim, a categoria do idiota encontra semelhança ao que denominamos por deficiência intelectual; dementes corresponderiam a idosos demenciados e alienados aqueles que hoje referimos possuir transtorno mental.

⁴¹ Nesse sentido foi a afirmação de Basaglia ao tomar conhecimento das condições de internamento oferecidas pela instituição (Arbex *apud* Melo Martins, 2020a).

⁴² Até mesmo os institutos de ensino para pessoas com deficiência visual e auditiva, Instituto Benjamin Constant e a Escola Nacional de Surdos, ambos criados no Rio de Janeiro por volta de 1850, foram seguidamente administrados por médicos.

Rede de Atenção Psicossocial (RAPs), cujos destaques são a implementação dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPs) e as residências terapêuticas. Ambas se colocam como substituição ao tratamento asilar.

É importante demarcar que as conquistas referenciadas acima são reflexos da atuação política do movimento social de pessoas com deficiência⁴³ e do movimento de luta anti-manicomial⁴⁴, surgidas quando do processo de redemocratização do Brasil pós-ditadura militar. Resultado desses esforços foi o deslocamento do trato das questões atinentes às pessoas com deficiência do campo biomédico para o de direitos humanos, com o que políticas públicas para além da temática da saúde passaram a ser objeto das considerações do Executivo e do Legislativo (LANNA JUNIOR, 2010). Com efeito, na ótica dos direitos humanos, o indivíduo com deficiência é visto como sujeito de direitos e é reconhecido seu protagonismo na condução da própria vida, ainda que sejam necessárias medidas de apoio externas - da família, da sociedade e do Estado - e consequentes adaptações para a prática de atos relativa ao exercício de direitos e deveres em igualdade de condições com os demais (ONU, 2014).

A perspectiva da liberdade, autonomia e inclusão social dos indivíduos adultos com deficiência intelectual e psicossocial implica em uma distinção importante a ser feita entre o acolhimento em programas de moradia, em face da institucionalização ou internamento em hospitais psiquiátricos, instituições de longa permanência, abrigos, assim como em comunidades terapêuticas. É que o acolhimento se trata de política voltada para a concretização do direito à moradia (art.31 e parágrafos da LBI) e se perfaz na forma de residências terapêuticas (art.5º PNSM), moradias para a vida independente (art.3º, inciso XI da LBI) ou residências inclusivas (art.3º, inciso X da LBI). As residências terapêuticas são objeto de política pública voltada para a desinstitucionalização de egressos de internações psiquiátricas de longa duração, como o Programa de Volta Para Casa, instituído pela lei n.º 10.708/2003. As residências inclusivas e as moradias para vida independente estão previstas no Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite, Decreto n.º 7.612/2011, que fomenta a autonomia e a vida independente de jovens e adultos com deficiência em situação de vulnerabilidade social. Tais ações são implantadas de maneira multidisciplinar,

⁴³ Sobre a história do movimento social das pessoas com deficiência no Brasil, ver LANNA JÚNIOR, 2010.

⁴⁴ Sobre as relações entre os saberes psiquiátricos e jurídicos nas diferentes reformas legislativas no campo da saúde mental, ver Melo Martins, 2020b.

com apoio do aparato de Direitos Humanos, da Assistência Social, da Saúde e acompanhadas pelo Ministério Público. Diferentemente, o internamento pela via da institucionalização figura nos aparelhos de saúde pública e se alinham ao modelo caritativo e médico de abordagem da deficiência.

No campo dos Estudos de Deficiência⁴⁵, o modo como a deficiência pode ser percebida é apresentado a partir de abordagens. A abordagem caritativa tem natureza assistencial e entende a pessoa com deficiência como incapaz de prover-se com autonomia, tanto no que se refere ao cuidado de si como em termos de atividade produtiva. O auxílio permanente de que são destinatários fica a cargo da sociedade por meio da atuação de instituições religiosas e de caridade, fundações ou pelo próprio poder público através de asilos e abrigos.

No modelo médico, a deficiência é patologizada, ou seja, tida como doença que demanda tratamento e cura. Os atendimentos e a reabilitação visam a restaurar a condição de normalidade do indivíduo ou reduzir a deficiência, possibilitando que retorne à sociedade ou venha a ela se integrar. O foco são as faltas e limitações da pessoa, os diagnósticos em busca de problemas, as especificidades do indivíduo vistas como circunstância individual, em que os fatores ambientais que por ventura ampliem suas necessidades especiais não são considerados.

Ambos os modelos tratam a deficiência como um problema individual, uma característica inerente ao indivíduo e que o torna inadequado para o mundo. Portanto, a pessoa com deficiência não tem voz ou poder de escolha, as decisões concernentes à sua vida são substituídas pela vontade de médicos, familiares ou cuidadores. Em instituições dessa natureza não há espaço para que a pessoa com deficiência desenvolva habilidades adaptativas e participe da vida pública, política, social e cultural da comunidade. Portanto, os internados se tornam um grupo à parte, marginalizado em relação à sociedade. Face a uma realidade de exclusão e imposição de padrões, a pessoa com deficiência tem sua subjetividade altamente afetada.

Em oposição a estas perspectivas, os movimentos sociais de pessoas com deficiência em todo o mundo passaram a defender uma abordagem social da deficiência, cujo enfoque recai sobre a sociedade. No modelo social a defici-

⁴⁵ Os Estudos sobre Deficiência se organizam como um campo epistemológico interdisciplinar, cujo objeto de investigação é o fenômeno da deficiência sob múltiplas vertentes. Sobre o histórico desse ramo no Brasil, ver Guedes Mello, 2010.

ência é identificada como fator externo ao agente, desencadeada por um ambiente físico e social determinado por um padrão alheio à diversidade das pessoas, sendo certo que a remoção de barreiras e a promoção de acessibilidade supriria as necessidades especiais individuais, além do que, beneficiaria a todos indistintamente.

Tanto a Convenção quanto a Lei Brasileira de Inclusão seguem a linha de abordagem social e marcam, no plano jurídico nacional, a transição do modelo médico para o modelo social e de direitos humanos. Daí o conceito de deficiência contido no art. 2º da LBI ser, justamente, relacional e propugnar que a deficiência não constitui uma condição intrínseca, mas se dá pelas dificuldades enfrentadas pelo sujeito na sua interação com o meio, o qual é composto por diversos obstáculos que impedem sua plena inclusão com autonomia e independência⁴⁶. Vista desta forma, são as barreiras impostas ao indivíduo que interferem ou obstruem o livre exercício de suas liberdades, fazendo surgir necessidades especiais que devem ser supridas pelo desenho universal e por adaptações razoáveis⁴⁷, a fim de que possa ter efetiva participação social.

A crítica aqui lançada é de que as disposições da LBI sobre participação política de pessoas com deficiência institucionalizadas vão de encontro aos valores que contemplam a inclusão, quais sejam: a autonomia, a independência, empoderamento, equiparação de oportunidades, inclusão social, rejeição zero e vida independente (Kazumi Sassaki, 2003a, p. 27-53). Em verdade, o texto contido no § 2º do art. 76 da LBI provoca uma contradição lógica dentro do sistema protetivo de direitos humanos promovido pela CDPD e pela própria LBI, pois está assentindo com um modelo fortemente alinhado ao médico e caritativo de abordagem da deficiência e pode, portanto, colaborar para a manutenção de equipamentos de internação e consequente exclusão das pessoas com deficiência intelectual e psicossocial dos espaços onde os outros estão. Entrementes, os valores democráticos de uma comunidade implicam que todos os seus membros sejam atores

⁴⁶ Lei 13.146, art. 2º - Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁴⁷ Conforme Asís Roig (2020), a acessibilidade se perfaz através do desenho universal e de adaptações razoáveis. A distinção entre as figuras refere-se ao beneficiário, extensão da medida e tempo de implementação: o desenho universal é capaz de abarcar as necessidades de todas as pessoas; as adaptações razoáveis são direcionadas ao uso próprio de alguém específico, de acordo com suas especificidades.

no cenário público e exercitem aí a participação política, se utilizando da liberdade de expressão e contribuindo no debate de ideias que conduz à produção de consenso razoável, a fim de que o bem comum ou coletivo possa ser alcançado. As pessoas com deficiência não devem estar ausentes ou apartadas desse espaço.

4. POLÍTICA: VIDA PÚBLICA X VIDA PRIVADA

Segundo Arendt, o âmbito político é aquele no qual os homens estão em relação com outros homens acerca de um mundo em comum. Comum, aqui, não deve ser entendido como domínio ou compartilhamento dos mesmos bens e necessidades, mas concordância sobre a identidade do mundo que, assim, se constitui como realidade. O âmbito político, segundo ela, “mais que qualquer outra esfera da vida humana, assegura a realidade da existência.” (Arendt, 2016, p.283). O mundo enquanto fenômeno político, afirma ela, requer um interesse público partilhado por todos, algo que mereça ser visto pelas múltiplas perspectivas propiciadas pela pluralidade humana. Daí resulta a distinção entre público e privado, ou seja, entre aquilo que é próprio e o que é comum aos demais⁴⁸.

O sentido de público, para Arendt (2010), tem duas acepções: i) o que aparece para todos e se constitui como realidade ao ser visto e ouvido tanto por mim quanto pelos outros; ii) mundo comum a todos nós, composto pelos artefatos e negócios humanos⁴⁹. "O domínio público, enquanto mundo em comum reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que caiamos uns sobre os outros, por assim dizer." (Arendt, 2010, p.64). Isso significa que o âmbito público deve se constituir por liames suficientemente hábeis a nos unir e nos

⁴⁸ Citando Aristoteles, a autora explica que seria a capacidade de organização política o que tornaria a associação dos seres humanos diversa daquela dos animais. Com isso, cada indivíduo ganharia duas ordens de existência: a vida privada, cujo centro é a casa (*oikia*) e a família; o *bio politikos*, vivido na esfera pública. Daí haveria uma distinção entre aquilo que é próprio (*idion*) e o que é comum (*koimon*) (Arendt, 2010, p.28-29).

⁴⁹ De acordo com Assy (2015, p.30), em Arendt distinguem-se duas disposições da aparência, tendo em conta o universo propriamente humano conformado pelas atividades da *vita activa* (laborou trabalho, obra e ação) e onde se dá nossa existência. A primeira é de produção, em que a fabricação de utilidades e artefatos confere permanência e continuidade ao mundo, conformando um espaço-entre de ordem objetiva; a segunda de posicionamento, correspondendo ao domínio dos assuntos humanos, com suas estruturas e insituições organizacionais, fruto do agir e do falar que elabora um espaço-entre de natureza subjetiva (Assy, 2015, p.33).

congregar. Laços de sangue, irmandade, dependência material ou outros de natureza privativa não são capazes de conformar uma congregação política, tratando-se de arranjos apolíticos.

Em franca oposição àquilo que é da ordem do público é o domínio do privado, onde são atendidas as necessidades da vida e as demandas do corpo em seu ciclo vital, as quais são supridas através do labor ou trabalho, atividade da vida activa que corresponde ao próprio processo vital e se assemelha ao metabolismo biológico que produz e consome continuamente para manter-se vivo. A dor, a doença, a experiência do nascimento e da morte, enfim, tudo aquilo que é relacionado ao ciclo biológico da vida e que é necessário a assegurar a subsistência, são próprias do espaço privado. Arendt (2010) acentua que o âmbito privado pode se constituir de assuntos relevantes, como o são o amor, a caridade e a fraternidade, mas que, no entanto, não são capazes de amalgamar os seres humanos de maneira política nem de conferir publicidade ao mundo em que aparecem.

A política, portanto, depende da presença de muitos. Não se realiza na solidão. “O indivíduo em seu isolamento jamais é livre; só pode sê-lo quando adentra o solo da polis e age nele.” (Arendt, 2020b, p.102). E se processa, justamente, no espaço-entre subjetivo, ou seja, o mundo de relações humanas surgido através do agir e falar (Arendt, 2020a, p.23). Desde que o agir político depende da reunião de pessoas, para tanto, estas precisam estar visíveis, tem de aparecer umas às outras. Estar visível e aparente aos outros, segundo Arendt, é apresentar-se como indivíduo único e singular, ou seja, marcar nossa distinção pela demonstração de não sermos a reprodução de um modelo cuja essência e natureza são as mesmas (Arendt, 2010, p.09). Tal se dá através de ações hábeis a revelar quem somos e ditos pelos quais compartilhamos nossa experiência do mundo, o modo como os objetos se abrem a nós e como agimos diante disso, apontando um ponto de vista, uma forma de conceber aquilo que aparece a todos e que, portanto, é comum.

Por esta razão Arendt (2010) afirma a necessidade de haver um espaço organizado para a ação e o discurso, espaço este denominado de espaço público. O espaço público seria permanente enquanto lugar que reúne os seres humanos e onde estes estabelecem relações, porque este espaço transcende a duração da vida deles (Arendt, 2010, p.64). A noção de espaço público em Arendt deve ser

entendida menos como um lugar material e tangível⁵⁰ e mais como a reunião de certas condições, assinaladas pela autora ao longo de sua obra. Há de haver o encontro de seres humanos que sejam livres para agir e se enxerguem como pares, não existindo entre eles relações de dominação, pois aqueles que estão na esfera pública reconhecem estar em igualdade entre si por estarem isentos da desigualdade presente no ato de comandar (Arendt, 2010, p.42; 2020a, p.48). Sob esta ótica, tem-se que o espaço público contemporâneo é um multiverso e a ação pode eclodir a partir de uma reunião mobilizada entre pessoas fisicamente próximas ou distantes:

Não ligando o espaço público ao Estado, como Habermas o faz, não existe nenhum local privilegiado para a ação política, isto é, existem múltiplas possibilidades de ação, múltiplos espaços públicos que podem ser criados e redefinidos constantemente, sem precisar de suporte institucional, sempre que os indivíduos se liguem por meio do discurso e da ação: agir é começar, experimentar, criar algo novo, o espaço público como espaço entre os homens pode surgir em qualquer lugar, não existindo um *locus* privilegiado. (Ortega, 2001, p.227)

De acordo com Silva Telles (1990), a noção de espaço público carrega uma dupla determinação: a constituição da realidade de um mundo em comum; o lugar da aparência, no qual marcamos nossa singularidade. Com efeito, Arendt (2010, p.70; 2020a, p.118) chama a atenção para a importância da publicidade da vida pública para a realidade do mundo e de se ter em vista outras formas de estar no mundo e organizá-lo:

Quanto mais posições de pessoas eu tiver presente em minha mente ao ponderar um dado problema, e quanto melhor puder imaginar como eu me sentiria e pensaria se estivesse em seu lugar, mais forte será a minha capacidade de pensamento representativo e mais válidas minhas conclusões finais, minha opinião. (Arendt, 2016, p.299)

A possibilidade de me mostrar aos outros, assim como mostrar-lhes como o mundo em comum a mim aparece, emitindo sobre ele minhas opiniões (doxa), está no domínio da política (Assy, 2019, p.72-73). Dado o estatuto onto-

⁵⁰ Como pontua Silva Telles (1990), ao falar do fim do espaço público, Arendt se refere à dissolução do senso comum. Não significa o desaparecimento daquela esfera. Assim, ante o advento do social e da sociedade de massas, pode-se dizer que Arendt concebe o espaço público na Modernidade como uma multiplicidade de esferas, em detrimento daquele unitário verificado na experiência da Antiguidade clássica grega.

lógico do sujeito e sua condição de aparência, há uma dimensão de posicionamento considerada pela autora, de modo que aqueles que estão no espaço público estão no âmbito da aparência, estão visíveis aos outros, podem compartilhar opiniões próprias e ter as suas influenciadas intersubjetivamente. Contrariamente, quem está no âmbito privado está recluso, afastado. Ao usar o termo privado em relação à aparência, Arendt (2010) diz que estar privado é estar impedido de ver e ouvir os outros, assim como de ser visto e ouvido pelos outros. Em nota de rodapé a autora compara a privatividade à condição do escravo, sobre quem não se pode traçar um perfil: "levam uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim, dizer, de modo que assumam um aspecto adequado à aparição pública." (Arendt, 2010, p.61)

Aqueles que não estão no espaço público estão restritos à privatividade e sofrem não apenas a invisibilidade negativa de não estarem no campo perceptivo dos outros, como também são afetados por uma interdição de suas falas e de sua especial perspectiva sobre os objetos. O histórico de institucionalização de pessoas com deficiência intelectual e psicossocial no Brasil retirou estes indivíduos do espaço público e os relegou a uma vida privada, reclusa e afastada dos demais. Quais nomes podemos citar dentre as tantas pessoas que foram vítimas de internamento? Quais são as suas histórias? Somos capazes de relatar algum grande feito realizado por elas? Na verdade, a vida de um sujeito institucionalizado se processa a parte, em paralelo. Aquilo que se constitui como realidade para ele não é o mesmo para aqueles que levam vidas regulares e ordinárias, senão para seus companheiros de internamento. Nem se diga que a recepção passiva de informações e notícias por meio de veículos de comunicação, como televisão, rádio e internet, e que porventura viabilizassem o exercício da escolha de representantes através do sufrágio poderia ser tida como válida para fins de participação política.

Estamos tratando de sujeitos cujos discursos foram excluídos por muito tempo. É que a incapacidade civil absoluta é causa de suspensão dos direitos políticos, conforme art.15, inciso II da Constituição da República, e, da forma como disciplinada a incapacidade no Código Civil 1916 e 200251, era entendida

⁵¹ O art.5, inciso II do Código Civil 1916 considerava absolutamente incapazes os chamados loucos de todo gênero. Os art.3º, inciso II e 4º, inciso III do Código Civil registravam os termos: "enfermidade", "deficiência mental" e "excepcionais, sem desenvolvimento mental completo".

como modalidade de voto capacitário⁵². A relação entre deficiência intelectual e psicossocial com a incapacidade civil, haja vista as disposições do Código Civil provocava, frequentemente, o questionamento da capacidade daqueles que apresentavam aquelas condições. Após as alterações promovidas pela LBI no CC, a incapacidade civil é ora determinada unicamente pelo critério etário, abarcando somente os menores de 16 anos. Igualmente, ainda que se declare a incapacidade civil relativa de pessoa com deficiência através da definição de curatela, o art.85, § 1º da LBI é expresso em afirmar que o decreto se limita aos direitos de ordem patrimonial e negocial, não interferindo, portanto, no direito ao voto.

Por isso, a relevante participação política de indivíduos com deficiência intelectual e psicossocial se perfaz por sua realocização, é dizer, por sua presença no espaço público, é dizer, nos lugares onde os outros cidadãos também estão, a fim de que possam compartilhar sua doxa, com o que podem apresentar outras formas de estar e conceber o mundo. Portanto, participação política de pessoas com deficiência implica em acessibilidade, significando tornar visível, fazer aparecer e realocar as pessoas, com o que a acessibilidade ganha um caráter político, por estarmos nos referindo a um ambiente democrático, horizontal e plural, no qual todos, independentemente de suas especificidades, estejam presentes, sejam parte. É importante destacar que o capítulo acerca da participação política está contido no título III da LBI, denominado “Da acessibilidade”. Fica demonstrado, assim, o vínculo que o legislador brasileiro faz entre acessibilidade e cidadania, o que consta expresso em seu art. 53.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma democrática exige questionarmos, frequentemente, se dela todos tomam parte e desafia a constante investigação do alcance da participação horizontal dos cidadãos nas deliberações sobre o comum. O reconhecimento da condição de sujeito de direitos e, conseqüentemente, das garantias legais daí provenientes, sinaliza a pertença a uma sociedade política, confere o estatuto de cidadão sob o pálio de uma ordem jurídica e abre acesso a esferas de poder geradas

⁵² De acordo com Moraes (2007, p.219), se exigidas características específicas do eleitor, como escolaridade ou funcionalidade cognitiva para o exercício do direito de voto, este denomina-se como capacitário. O voto capacitário por analfabetismo subsistiu no Brasil até o advento da Constituição de 1988.

a partir do agir com outros. Porém, a igualdade formalmente legislada não é suficiente a configurar nem o exercício da cidadania nem da participação política. Em que pese a centralidade do Estado no espaço-tempo contemporâneo, conceber a coisa política encerrada em esquemas formais e verticalizados traz o risco de engessá-la e reduzi-la a uma lógica de meios e fins centrada somente em processos decisórios formais ou nas arenas de debates oficializadas, com o que a política fica restrita a jogos de poder nos quais a excessiva institucionalização aparta aos que dela não tomam parte, nem direta nem indiretamente, ainda que sofram os efeitos das escolhas coletivas. Numa tal perspectiva, ou se conclui pela ausência de participação política daqueles que estejam excluídos daqueles processos ou nos contentamos com uma forma de cidadania baseada na mera concessão de direitos políticos e na potencialidade de seu exercício através do sufrágio.

Assim, a concretização da participação na vida pública e política das comunidades onde vivem por indivíduos longamente excluídos daqueles processos, como o são pessoas com deficiência intelectual e psicossocial, demanda que se verifique a devida acessibilidade. O recurso ao instrumental teórico de Arendt e sua análise fenomenológica da política permite localizar a pessoas com deficiência em sua relação com a sociedade e posicioná-la no espaço público, o que se viabiliza através de ações orientadas pela inclusão. Por isso, deve-se zelar e garantir acesso ao espaço público, a fim de que a ação política aconteça em sua liberdade e espontaneidade a partir da múltiplas visões daquilo que se constitui como realidade, e que, portanto, está no âmbito do que é comum. O agir político se processa entre os seres humanos e é performado através do compartilhamento de opiniões e visão de mundo, possibilitando a conformação do pensamento representativo. Significa que quanto mais posições de outros alguém tiver, mais hábil será para deliberar e opinar, sendo certo que a capacidade de escolha se distingue da capacidade de julgar, de modo a ser possível vislumbrar formas diferenciadas de participação política que sejam inclusivas dos agentes em sua pluralidade e tendo em conta suas especificidades

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arendt, H. (1985). Da violência.

Arendt, H. (1989). As origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras.

Arendt, H. (2010) A condição humana. Rio de Janeiro: Forense.

- Arendt, H. (2016). *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva.
- Arendt, H. (2020a). *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Arendt, H. (2020b). *A vida do espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Asís Roig, R. (2020). Sobre el derecho a la accesibilidad universal. In Barbosa-Forhman, A. P., Ana; Magalhães Martins, G. (Orgs). *Pessoa com deficiência: estudos interdisciplinares* (p.1-10) Foco.
- Assy, B. (2019). *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt*. São Paulo: Perspectiva.
- Barbosa-Forhmann, A. P., & Wagner Kiefer, S. (2016). Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In Bezerra Menezes, J. (Ed.), *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão* (pp. 67–90). Processo.
- Borba, J. (2012). Participação política: uma revisão dos modelos de classificação. *Revista Sociedade e Estado*, 27 (2), 263-288.
- Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) (2012). *Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência*, Brasília.
- Caponi, S. (2012). *Loucos e degenerados: uma genealogia da psiquiatria ampliada*. Rio de Janeiro: Fiocruz.
- Ferreira Lobo, L. (2015). *Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil*. Rio de Janeiro: Lamparina.
- Guedes Mello, A. (2010). Perspectivas interdisciplinares dos Estudos sobre Deficiência para a Sociologia da Saúde e Ecologia Humana. In *Anais do 1º Seminário de Sociologia da Saúde e Ecologia Humana*. Florianópolis: UFSC.
- Kazumi Sasaki, R. (2005). Deficiência Mental ou Intelectual? Doença ou Transtorno Mental?. *Revista Nacional de Reabilitação*, 43(2), 09-10. Recuperado de https://idoso.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_-_Deficiencia_mental_ou_intelectual.pdf
- Kazumi Sasaki, R. (2010). *Deficiência Psicossocial: a nova categoria de deficiência*. Fortaleza: Agenda 2011 do portador de Eficiência.
- Martino Jannuzzi, G. (2004). *A educação do deficiente no Brasil: dos primórdios ao início do século XXI*. São Paulo: Autores Associados.
- Martins Lanna Júnior, M. C. (2010). *História do Movimento Político das Pessoa com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Melo Martins, L. (2020a). O passado que não passa: do holocausto brasileiro à antirreforma psiquiátrica. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 3(3), 1–16. doi: <https://doi.org/10.46818/pge.v3i3.186>

Melo Martins, L. (2020b). *Saúde mental: paradigmas e reformas legislativas*. Porto Alegre: Fi.

MORAES, Alexandre. (2007). *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas.

Organização das Nações Unidas - ONU. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. (2018). General comment n.º.6 on equality and non-discrimination. New York, Geneva: United Nations.

Organização das Nações Unidas - ONU. (2014). *The Convention on Rights of Persons with Disabilities. Training Guide Professional*. Training Series No. 19. New York, Geneva: United Nations.

Ortega, F. (2001). Hannah Arendt, Foucault e a reinvenção do espaço público. *Trans/Form/Ação*, 24(1), 225-236. doi: <https://doi.org/10.1590/S0101-31732001000100015>

Ramayana, M. (2012). *Direito eleitoral*. Niterói: Impetus.

Silva Telles, V. d. (1990). Espaço público e espaço privado na constituição do social: notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, 2(1), 23–48. doi: <https://doi.org/10.1590/ts.v2i1.84786>

Valença Ferraz, C; & Salomão Leite, G. (2015). A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In Valença Ferraz, C; & Salomão Leite, G. (Coords). *Direito à diversidade*. (p.93-113). Atlas.

Venancio, A. T. A. (2011). Da colônia agrícola ao hospital-colônia: configurações para a assistência psiquiátrica no Brasil na primeira metade do século XX. *História Ciência e Saúde*, 18(1), 35–52. doi: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702011000500003>

O IMPACTO DA TECNOLOGIA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: IMPLICAÇÕES NECESSÁRIAS AO SEU DESENVOLVIMENTO LEGAL

Ana Isabel Mendes

Mestranda em Direito pelo PPG Direito UPF. Graduada em Direito pela UPF.
aisabelmendes@hotmail.com

Maria Eduarda Braga Moraes

Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais.
182698@upf.br

Marcio Renan Hamel

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uff/RJ
marcio@upf.br

1 A HISTÓRIA DA DEMOCRACIA: DA ANTIGUIDADE À ERA DIGITAL

Em nenhum lugar do mundo a democracia é guiada de forma igual. Os processos democráticos foram sofrendo grandes transformações ao longo da história, ou ainda, conforme elucida Beck (2018) em *A Metamorfose do Mundo*, vivemos em um mundo que está em constante metamorfose “não está apenas mudando, mas está se metamorfoseando” (2018, p. 15), ou seja, o mundo passou e está passando por um processo de transformação muito mais radical.

A palavra democracia deriva do grego (*demos*, povo; *kratos*, poder) e significa “poder do povo, para o povo”. Conforme expõe Bobbio “por ‘democracia’ entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia” (Bobbio, 2000, p. 07).

Historicamente, Atenas, na Grécia, é lembrada como o berço da democracia, em que pese a sua definição não seja compatível com o conceito de democracia exercida nos dias atuais. Diferentemente dos moldes democráticos da atualidade – que, embora o poder seja “do povo e para o povo”, este não o exerce diretamente, mas o faz indiretamente a partir da escolha de seus representantes - o centro da vida política ateniense era a Assembleia, em que cidadãos - homens adultos, livres e gregos - se reuniam em praça pública - *Ágora* - para participar e

deliberar sobre a vida pública. Do berço ateniense, a democracia é levada adiante, o regime democrático passa a influenciar instituições de várias partes do mundo.

Nesse cenário de metamorfose, os séculos XVII e XVIII ficaram marcados por grandes revoluções. A Revolução Inglesa – de forma específica a Revolução Gloriosa - trouxe uma importante contribuição para o desenvolvimento da democracia, a Declaração de Direitos (Bill Of Rights), considerado o primeiro e importante documento a tratar da participação popular e a colocar limites ao poder do monarca. No entanto, a Revolução Inglesa não foi considerada um marco de consolidação do regime democrático, o que veio a acontecer, posteriormente, com as Revoluções Americana e Francesa, as quais foram importantes meios para a efetivação da democracia e a garantia de direitos aos cidadãos.

Sob influência dessas revoluções e com o fim do absolutismo, surge a democracia liberal, a qual tem como fundamento as garantias e liberdades individuais dos cidadãos. Segundo Bobbio (2000, p. 14), o Estado liberal pode ser justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura, ou seja, para a vida em sociedade. Afirma, ainda, Bobbio que:

É preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo (Bobbio, 1986, p. 18).

Dentro dessa discussão, verifica-se que o pensamento liberal consolidou muitos direitos fundamentais, os quais são indispensáveis para o exercício da democracia na atualidade. Logo, “quando se diz que no século passado ocorreu em alguns países um contínuo processo de democratização quer-se dizer que o número dos indivíduos com direito ao voto sofreu um progressivo alargamento” (Bobbio, 1986, p. 17).

O único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a

maior extensão dos direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, salvo o limite da idade (que em geral coincide com a maioridade) (Bobbio, 2000, p. 43).

Conforme aponta Ribeiro (2013), o sufrágio universal passou a se generalizar a partir do século XX, após muitas lutas travadas, pois antes, a sua definição original era restrita ao sufrágio dos homens. Nesse sentido, destaca que “na democracia o voto não é mero procedimento (como o sorteio), e sim a expressão da igualdade e liberdade. Somos livres e, portanto, decidimos nosso destino político. Somos iguais, e por isso nenhum voto vale mais que outro” (2013, p. 12).

Na leitura de Bobbio (1986, p. 125), a democracia liberal se esfacela com a corrente de participação popular impulsionada pelo sufrágio universal. Nesse contexto, o estado social – e junto a ele, a social democracia – surge para atender as demandas do coletivo, contraponto a democracia liberal e seu caráter individualista. Esse caráter social “busca reduzir a desigualdade e eliminar as injustiças sociais” (Ribeiro, 2013, p. 16).

De forma oposta aos ideais de igualdade, Kelsen mostra que a democracia social não deveria ser pautada em uma ordem social que vise garantir uma participação formalmente igual na formação da vontade da coletividade e uma quantidade igual de riquezas, pois, “é o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia” (2000, p. 99).

Para Kelsen (2000, p. 143), a democracia presente na civilização ocidental não possui a mesma definição e semelhança ao conceito original da Antiguidade, tendo em vista que “que este foi modificado pelo liberalismo político, cuja tendência é restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo”. Por outro lado, Kelsen (2000) expõe, também, que:

A transformação do conceito de liberdade, que, da ideia de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado, passa a ser participação do indivíduo no poder do Estado, assinala atualmente a separação entre democracia e liberalismo. O ideal democrático, se é considerado satisfeito na medida em que os indivíduos submetidos à ordem do Estado participam da criação dessa mesma ordem, é independente do grau em que essa ordem do Estado abrange os indivíduos que a criam, o que equivale a dizer independente do grau ao qual reduz a “liberdade” deles (Kelsen, 2000, p. 32).

Da democracia direta à democracia representativa, séculos de lutas revolucionárias. Nesse contexto, é possível concluir que a democracia ultrapassa toda

e qualquer barreira física. Tal fato se comprova a partir do momento em que se passa a analisar os efeitos da globalização e o desenvolvimento tecnológico. A tecnologia vem ganhando espaço na sociedade, conseqüentemente, alterando e modificando, também, os processos democráticos. Nesse sentido, conforme menciona Beck, “um novo império digital está emergindo” (2018, p. 188).

Pode-se colocar a pergunta feita por Pereira e Calgaro (2021, p. 198) “por que falar da Democracia grega quando o tema Inteligência artificial - lê-se, nesse contexto, tecnologia - já se conecta com a pós-modernidade?”. A resposta é clara: porque desde o início a democracia teve como principal decisor, o ser humano, na figura representativa do “povo”, sendo ela vinculada diretamente à racionalidade humana. Logo, “a escolha é humana, a decisão é humana” (Pereira & Calgaro, 2021, p. 207).

O mundo digital trouxe importantes contribuições para o processo democrático, embora apresente muitos pontos negativos que suscitam preocupações e ameaçam a própria democracia. Por volta de 1970, o advento da rede mundial de computadores e da internet trouxe ao mundo a possibilidade de interação e conexão, o que passou a revolucionar toda uma forma de vida social desenvolvida até então. Sendo que, na segunda década do século XXI, o uso da tecnologia passou a ser utilizada e desenvolvida de forma ainda mais intensa.

No entanto, se por um lado facilita a interação social e abre espaço para diversos debates, bem como para a organização de manifestações, protestos e convocações de votos, por outro, conduz com facilidade, por exemplo, a disseminação de Fake News, ou ainda, com o desenvolvimento da tecnologia de reconhecimento facial, gera uma maior facilidade de controle social, o que passa a violar garantias e direitos fundamentais, pois, “essa programação poderia trazer um Estado autoritário, policialesco, sob a forma de uma vigilância perfeita” (Pereira & Calgaro, 2021, p. 213).

Para Beck, a violação da liberdade não dói, pois não a sentimos. Segundo o teórico, “a liberdade morre sem que os seres humanos sejam fisicamente feridos”, para tanto, “o risco à liberdade digital ameaça ‘somente’ algumas das principais conquistas da civilização moderna: liberdade e autonomia pessoais [...]” (2018, p. 187). O desenvolvimento tecnológico pode desencadear violações aos direitos fundamentais, no entanto, tal fato não deve ser adotado como única consequência - em razão de haver fatores, tanto negativos, quanto positivos, bem como, tanto a democracia, quanto a tecnologia, estão em constante processo de metamorfose.

2. A ERA DIGITAL NO PROCESSO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

No Brasil, o desenvolvimento tecnológico se encontrou, de forma mais enfática, com a democracia brasileira quando houve a concepção, em 1995, da urna eletrônica nos moldes hoje apresentados e que foi utilizada, pela primeira vez, nas eleições municipais do ano seguinte, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro – TSE (Tribunal Superior Eleitoral).

Também de acordo com o Tribunal Superior Eleitoral “O equipamento, responsável pela automatização de 100% das eleições, foi então lançado no Brasil em 1996 e hoje serve de modelo para diversos outros países, que vêm testando a capacidade da máquina para implantação em seus processos eleitorais” (Tribunal Superior Eleitoral, [202?], online).

Entretanto, no ano de 2009, houve o retrocesso tecnológico e o voto impresso foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio de uma minirreforma eleitoral. De acordo com a Lei nº 12.034/2009, a urna eletrônica, após a exibição de telas referentes aos votos digitados receberia a confirmação do eleitor, quando a mesma imprimiria um número único de identificação do voto associado à assinatura digital.

O dispositivo de lei foi declarado inconstitucional no ano de 2014 no Supremo Tribunal Federal de forma unânime, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4543, de forma unânime, conforme segue Ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. ART. 5º DA LEI N. 12.034/2009: IMPRESSÃO DE VOTO. SIGILO DO VOTO: DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. VULNERAÇÃO POSSÍVEL DA URNA COM O SISTEMA DE IMPRESSÃO DO VOTO: INCONSISTÊNCIAS PROVOCADAS NO SISTEMA E NAS GARANTIAS DOS CIDADÃOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa. 2. A garantia da inviolabilidade do voto impõe a necessidade de se assegurar ser impessoal o voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se coação sobre o eleitor. 3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, o que não se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009. (ADI 4543, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado

Outro marco do uso da tecnologia juntamente com o processo democrático brasileiro foram as manifestações de 2013, nas quais milhares de brasileiros foram às ruas de São Paulo reivindicar o congelamento das passagens de ônibus e metrô, que haviam sido aumentadas em R\$ 0,20 (vinte centavos).

Sobre os protestos ocorridos em 2013, Sotseck e Ramos (2013) discorrem que:

Em sua edição de 18 de junho de 2013, o jornal O Estado de S. Paulo dedicou 11 páginas para falar sobre a onda de protestos do mês de junho de 2013, que mobilizou o Brasil. O jornal apontou que, pelas redes sociais, 79 milhões de internautas foram potencialmente impactados pelos compartilhamentos sobre os protestos no Brasil. Segundo o jornal “o mapeamento foi realizado pela empresa Scup. ‘O monitoramento mostra que essas mensagens chegaram a todas essas pessoas, explicou o gestor de comunicação da empresa, Eliseu Barreira Junior (Sotseck & Ramos, 2013, p. 1).

A reportagem, publicada na época pelo jornal o Estado de São Paulo evidenciou o impacto da rede social “Facebook” na vida dos internautas brasileiros e, de acordo com o monitoramento feito pelo veículo de imprensa, as mensagens da rede social teriam chegado a quase 80 (oitenta) milhões de brasileiros.

Verifica-se, assim, que a ferramenta, além de possibilitar o alcance de determinado conteúdo a um número volumoso e indeterminado de pessoas, também possibilita que comunicações entre grupos e a atuação como instrumento de protesto. Foi o que constatou uma pesquisa a campo sobre o tema:

Ao serem questionados quanto à eficiência de protestar usando essa plataforma como instrumento, 94% dos entrevistados afirma que o Facebook se comporta como uma ferramenta de oportunidade para que a reivindicação possa ser atendida. E, 35% afirmaram que usam o Facebook como forma de protestar, expressar suas crenças e reivindicações como consumidores. Além de se comportar como uma ferramenta de protesto e de contribuir para a organização das manifestações de julho de 2013 como afirma a grande maioria dos jovens entrevistados, o Facebook também é a principal ferramenta de comunicação entre eles. Quando questionados a respeito da forma que souberam dos protestos no Brasil 58% disseram que foi a partir da rede social (Sotseck e Ramos, 2021, p. 8).

Dessa forma, as manifestações de 2013 tiveram como fator propulsor a utilização da rede social “Facebook”, já que consistiu em uma ferramenta de organização, impacto e comunicação entre os manifestantes, gerando o alastramento das manifestações por todo o Brasil.

Outro marco recente da história democrática brasileira aliada à tecnologia foi o impeachment da ex Presidente Dilma Rousseff, ocorrido no dia 31 de agosto de 2016, com 61 votos no Plenário do Senado, cuja ocorrência foi, em grande parte corroborada por redes sociais, mas desta vez, o enfoque foi o Twitter. De acordo com Penteadó e Guerballi (2016), sobre a análise feita sobre as manifestações de 2015, que desencadearam o impeachment, o que se percebeu foi o seguinte:

Os dados permitem observar que este meio digital funcionou como forma de estimular as mobilizações, mas não serviu como fonte de questionamento a acontecimentos importantes como a Lava Jato ou a corrupção, ou ainda temas sociais (educação, saúde, transporte etc) e econômicos que não apareceram entre os assuntos mais retweetados. Também é possível perceber que grande parte da motivação está associada a uma rejeição à figura de Dilma Rousseff e ao Partido dos Trabalhadores. Ainda percebe-se que o embate de ideias praticamente não ocorre. Os nichos de compartilhamento de ideias se mantêm praticamente fechados sem o intercâmbio de informações e sem o debate, o que dificulta a caracterização das mídias sociais como esfera pública no sentido imaginado por Habermas. Além de grande parte da população não ter acesso à internet, o debate no Twitter foi pautado pela ausência de enfrentamentos de posições políticas, mas pela afirmação de posições não abertas para o enfrentamento (Penteadó & Guerballi, 2016, p. 40).

A plataforma Twitter, assim como o WhatsApp e o próprio Facebook também tem sido ferramentas utilizadas para a disseminação das chamadas Fake News, cujo conceito, de acordo com Recuero e Gruzd (2019 p. 32), “é hoje sinônimo de desinformação, utilizado livremente pelos veículos noticiosos para indicar rumores e notícias falsas que circulam, principalmente, na mídia social”.

A sua utilização, por meio das plataformas, nos processos eleitorais – que é o que aqui importam, vem, não somente no Brasil, mas em todo o mundo, minando a democracia, pois o debate, parte do processo democrático, passa a ser feito em cima de bases falsas, esvaziando o objetivo da democracia, que é a discussão de matérias atinentes à coisa pública e de relevante interesse social.

De acordo com o artigo publicado por Recuero e Gruzd (2019), ao analisar dois casos de Fake News de repercussão no Brasil, relacionados ao ex Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, se concluiu o seguinte:

Além disso, observamos que os casos específicos não se constituem em notícias largamente espalhadas, mas em cascatas relativamente pequenas. Vimos também que essas cascatas são constituídas fortemente por conjuntos de atores bastante engajados, ou ativistas políticos, que utilizam a citações de líderes de opinião e veículos midiáticos para auxiliar possivelmente na conquista de credibilidade dessas notícias e seus possíveis espalhamentos. Esses nós acabam por citar determinados influenciadores ou nós mais populares. Na mídia, há poucas pontes, o que explica a dificuldade dessas notícias saírem de seu próprio núcleo ativista. As características de homofilia presentes nos clusters ideológicos das conversações analisadas podem reforçar a polarização e relacionar esses clusters a ações de filtragem ideológica, de modo a reforçar posições partidárias. Essas características podem auxiliar na compreensão de porquê as cascatas observadas parecem não atingir os atores que estão fora deste cluster, nem mesmo para que sejam desmentidas. Ao contrário, essas cascatas parecem acontecer apenas entre nós já identificados com a posição política que as fake news valorizam (Recuero & Gruzd, 2019, p. 45).

Destaca-se que a primeira decisão judicial envolvendo a utilização de Fake News em plataformas de internet ocorreu no ano de 2017, onde o Tribunal Superior Eleitoral, ao aplicar a Resolução de nº 23.551/2017, que regulamentou o processo eleitoral de 2018, determinou que o Facebook removesse a informação falsa envolvendo a pré-candidata à Presidência da República, Marina Silva (Tribunal Superior Eleitoral, 2018).

Outro ponto que deve ser considerado quando se fala em tecnologia e democracia é o uso de robôs e da inteligência artificial, termo utilizado pela primeira vez por McCarthy, em 1956, na Universidade Dartmouth, e que ainda não chegou ao nível de independência das mãos humanas (Pereira & Calgaro, 2021, p. 201).

De acordo com Pereira e Calgaro (2021, página):

Nessa seara, muitos são os exemplos de utilização da IA para manipulação de opiniões, como as fake News, que são aproveitadas para várias finalidades, mas, em particular, para manipular a opinião pública sobre várias situações sociais, entre elas o âmbito político. Aqui contendem duas forças: uma que pretende a manutenção da democracia e outra que deseja seu aniquilamento. Mas, embora a IA seja utilizada pelas duas forças, a sua integridade enquanto tecnologia não pode ser levantada no sentido da sua culpabilidade, pois ela simplesmente executa comandos direcionados pelo

ser humano. A escolha é humana, a decisão é humana. É lógico que a IA pode ser utilizada para desestabilizar governos democráticos em todo o planeta e, por incrível que pareça, com mais facilidade do que usando canhões e bombas. No comando humano, a tecnologia pode ser usada para o bem ou para o mal.

Ainda considerando a questão da inteligência artificial, outro aspecto que lhe une com as manifestações e protestos é a questão do reconhecimento facial, que chegou a 20 (vinte) estados da federação, no mês de julho de 2021 e que, sem sopesamento e debate público, pode causar ameaça ao direito de reunião, previsto no art. 5º, XVI, da Constituição Federal, que garante o direito à manifestação nas ruas (Damasceno & Fernandes, 2021, online).

O mecanismo, utilizado, via de regra, para fim de segurança pública, poderia, se mal utilizado, causar perseguição a opositores políticos e, por isso, o debate público acerca da necessidade de sua utilização deveria ocorrer antes do seu avanço e implementação em outros estados da federação.

Se poderia enumerar outras questões envolvendo o uso da tecnologia em processos eleitorais e democráticos, como a utilização de sites e blogs para sugestões de projetos de leis, como o próprio site da Câmara dos Deputados sugere no item “Sugira um projeto” (Câmara dos Deputados, 2021, online).

Também se poderia trazer à baila outras questões como a própria utilização da tecnologia pelo Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, que vem modernizando os seus procedimentos internos, incluindo o atendimento via Balcão Virtual do TSE, criado pela Portaria-TSE nº 541, de 24 de agosto de 2021 (Tribunal Superior Eleitoral, 2021, online).

3. A NECESSIDADE DE CAUTELA NO USO DA TECNOLOGIA NO BRASIL – CONSTATAÇÕES, QUESTIONAMENTOS E NOVAS DIRETRIZES

O que se verificou, no decorrer do presente trabalho foi que as redes sociais têm tido papel importante e, muitas vezes, decisivo, na criação de movimentos e na possibilidade de trazê-los às ruas, já que possibilitam a sua organização.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Facebook, por exemplo, pode sim, ser visto, como uma espécie de atualização da praça pública, vivida nos primórdios em Atenas, na Grécia. Nesse sentido, segundo Sotsek e Ramos (2013, p. 11)

verifica-se que a rede social é uma “esfera pública, entretanto a efetivação política das reivindicações ainda não é possível mensurar”.

Além disso, não se pode ignorar que estas redes sociais com maior alcance, como as trazidas aqui, a exemplo do Twitter, Facebook e WhatsApp possuem proprietários com interesses econômicos, o que pode causar desconfiança, conforme bem destaca Salgueiro:

Em relação à Plataforma de disseminação e forma de planejamento, o Facebook é, em geral, a rede social mais utilizada para planejar os movimentos sociais. Esta plataforma, em que pese seja a empregue com mais frequência para o planejamento de movimentos sociais pela Internet, foi alvo de críticas pelo movimento Occupy de Wall Street. Na avaliação dos manifestantes, o fato de ser uma plataforma com proprietários ocasiona desconfianças (Salgueiro, 2018, p. 36).

Penteado e Guerballi (2016, p. 40), sobre a questão econômica e sua influência no uso das redes sociais, cita que “Habermas (1990) defende a não interferência do mercado na esfera pública, contudo, o Twitter é uma empresa privada que possui interesses financeiros e por meio de logaritmos influencia o que o usuário terá em sua timeline”.

Além de se tratarem de empresas privadas e, portanto, com interesses econômicos, o que se vislumbra é que, justamente por essas questões, os algoritmos vem entregando conteúdos cada vez mais semelhantes aos já consumidos. No caso das chamadas Fake News, as plataformas, além de permitir que o conteúdo seja replicado com rapidez, impede, muitas vezes, o seu combate, já que o entrega a perfis semelhantes.

Nesse sentido:

Nossos resultados sugerem que as fake news eleitorais ficam restritas a seus próprios clusters ideológicos. No entanto, é importante observar que, mesmo a circulação dessas fake news dentro de grupos em que há homofilia, pode aumentar a clusterização da rede pela ação das câmaras de eco, aumentando também o extremismo e as crenças políticas, o que contribui para constituir uma esfera pública parcial, com falsa percepção de consenso. Esse detalhe é particularmente complicador para as democracias em momentos eleitorais, como o que vive o Brasil atualmente. Além disso, a própria ação artificial, no sentido de gerar consenso, conforme encontramos evidências, pode também ter efeitos nessa construção (Recuero & Gruzd 2019, p. 46).

Ainda sobre a formação dessas bolhas, há quem diga que “O mito da Caverna”, de Platão, foi atualizado, a exemplo do artigo científico intitulado “O mito da caverna de Platão X A alienação do homem pós-moderno influenciada pelo consumismo, indústria cultural, meios de comunicação de massa e as novas tecnologias”, publicado por Santos e Brambilla (2017).

Nele os autores falam que, em que pese a informação e a interação social esteja a um clique de distância, a sociedade está, cada vez mais, inserida em cavernas, sem questionamentos, filtros e senso crítico do que está sendo consumido.

As transformações que aconteceram no mundo a partir do século XX, sobretudo após o fenômeno da globalização, foram fundamentais para o desenvolvimento humano, como foi tratado neste artigo. No entanto, a indústria cultural, o consumismo desenfreado, a manipulação do público pelos meios de comunicação de massa e o mais recente surgimento das novas tecnologias e mídias sociais contribuem cada vez mais para que o homem fique apático diante dos seus problemas e alheio à vida em sociedade. Dessa forma, o indivíduo se isola nas suas prisões ou cavernas modernas, vive no mundo da ilusão e do individualismo, reproduz padrões de comportamento, assim como, mantém a sensação constante de vazio e não pertencimento, ou seja, distancia-se da sua própria verdade e da ação social, vivendo no “mundo das sombras” (Santos & Brambilla, 2017 p. 21).

E é o que se constata acerca da utilização de redes sociais para fins democráticos atualmente. De acordo com Penteadó e Guerballi (2016, p. 40):

Ainda percebe-se que o embate de ideias praticamente não ocorre. Os nichos de compartilhamento de ideias se mantêm praticamente fechados sem o intercâmbio de informações e sem o debate, o que dificulta a caracterização das mídias sociais como esfera pública no sentido imaginado por Habermas. Além de grande parte da população não ter acesso à internet, o debate no Twitter foi pautado pela ausência de enfrentamentos de posições políticas, mas pela afirmação de posições não abertas para o enfrentamento.

[...] O próprio design de redes sociais, como o Twitter, está voltado para a formação de nichos, isto é, o fechamento em torno de perfis com semelhanças de comportamento, criando uma situação que Norris (2003) vai chamar de “pregando para convertidos”, restringindo a uma comunicação com pessoas com pensamento semelhantes. Nesse caso, o Twitter é um excelente meio para mobilização de eventos, como os dados demonstram. Muitos dos perfis de usuários que foram analisados são encontrados em mais de um dia, o que reforça a ideia que quem mantém o debate na rede são indivíduos já inseridos no meio e adaptados à discussão

e expressão política (Oliveira, 2012; Sampaio & Barros, 2011 como citado em Penteadó & Guerballi, 2016, p. 40).

Pelo que se verifica acerca da utilização das redes sociais como arena de discussão política, a mesma, embora tenha comprovadamente servido para criar movimentos e trazê-los para as ruas, não tem enriquecido os debates políticos e fomentado o processo democrático de discussão e de convivência entre as diferenças.

Torna-se necessário, neste cenário, monitorar o seu uso, observando suas vantagens e desvantagens, tomando providências quando estas ameaçarem tanto o processo eleitoral, quanto o democrático como um todo. É o que se verificou que foi feito no recente julgamento realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual cassou o mandato do Deputado Estadual eleito pelo Paraná, Fernando Destito Francischini por divulgar informações falsas contra o sistema eletrônico de votação.

De acordo com notícia veiculada no site do Tribunal Superior Eleitoral:

Francischini ocupava o cargo de deputado federal naquele ano e foi o candidato mais votado para deputado estadual, com quase 428 mil votos. No dia da eleição, ele fez uma *live* para espalhar notícia falsa de que duas urnas estavam fraudadas e aparentemente não aceitavam votos no então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro. Na transmissão, ele também afirmou que urnas tinham sido apreendidas e que ele teria tido acesso a documentos da Justiça Eleitoral que confirmariam a fraude. O boato propagado pelo parlamentar surgiu depois que começaram a circular na internet dois vídeos que tentam mostrar suposta dificuldade em votar em Bolsonaro, quando o eleitor chega à urna e tenta, de imediato, apertar as teclas do número 17. **Ocorre que os vídeos evidenciaram erro do eleitor e foram prontamente esclarecidos pela Justiça Eleitoral**, sendo desmentido também o rumor sobre a suposta apreensão de urnas, que nunca ocorreu. Quando a urna eletrônica apresentou a tela para votar no cargo de governador, o eleitor apertou as teclas 1 e 7 para votar para presidente. É visível nos vídeos a palavra GOVERNADOR, na parte superior da tela da urna eletrônica. O Tribunal Regional Eleitoral paranaense (TRE-PR) julgou improcedente a ação movida pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), que recorreu ao TSE e reverteu o resultado. O julgamento foi iniciado na terça-feira passada (19), quando o relator, ministro Luis Felipe Salomão, decidiu pela cassação e pela inelegibilidade de Francischini por oito anos, a contar da data da eleição. Na ocasião, Salomão destacou que, diferentemente do apontado pelo parlamentar, inexistiu qualquer apreensão, mas apenas substituição de poucas urnas por problemas pontuais. “Cabe lembrar que o recorrido, delegado de polícia licenci-

ado do cargo, inequivocamente conhece a terminologia técnica do vocábulo “apreensão” e os reflexos dessa afirmativa naquele contexto fático”, afirmou. Acompanharam o relator os ministros Mauro Campbell, Sérgio Banhos, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso. Eles entenderam que Francischini cometeu crimes ao utilizar o perfil pessoal no *Facebook* para promover ataques contra as urnas eletrônicas. Ficou vencido o ministro Carlos Horbach (Tribunal Superior Eleitoral, 2021, online).

A abrangência das Fake News abordando a urna eletrônica trouxe inclusive um novo questionamento no que se refere à confiabilidade das urnas eletrônicas, por meio da Proposta de Emenda Constitucional nº 135/2019, que tinha como objetivo tornar obrigatória a expedição de células físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis para auditoria (Kicis, 2019, online).

Nesse sentido:

Na votação, o plenário da Câmara dos Deputados rejeitou, em primeiro turno, por 229 votos favoráveis, 218 contrários, uma abstenção, e 64 ausentes, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 135/19. Para que a PEC fosse aprovada, seriam necessários 308 votos, no mínimo, em dois turnos de votação. Dessa forma, a matéria foi rejeitada e será arquivada. Apesar de ter recebido 229 votos favoráveis, a PEC não conseguiu obter a maioria de 3/5 dos votos necessários para aprovar o texto em primeiro turno, ainda que os 64 ausentes tivessem votado pela aprovação, ainda assim, não seria suficiente para totalizar os 308 votos necessários para aprovação da PEC. Dessa forma, pode-se inferir que apesar de toda polarização que envolveu a discussão relativa ao voto impresso e confiabilidade das urnas eletrônicas por parte do Poder Executivo e de alguns líderes da base governista no Poder Legislativo, a polêmica acabou gerando um efeito inverso no próprio Parlamento que culminou na rejeição do texto da PEC 135/19, prevalecendo o respeito à Democracia e às instituições democráticas (Paes, 2021, online).

Ainda sobre a questão das Fake News, foi proposto um Projeto de Lei de nº 2630/2020 (Lei Brasileira da Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet) que trata da rastreabilidade de mensagens instantâneas e que propõe o seguinte:

Conforme o texto aprovado no Senado, o artigo 10 do PL obriga aplicativos a guardar "registros" de envios de mensagens em massa por até três meses. Isso inclui mensagens enviadas por mais de cinco contas para grupos de conversa e listas de transmissão e que, num intervalo de 15 dias, tenham atingido pelo menos mil pessoas. O armazenamento de dados - e não do conteúdo em si - deverá permitir identificar quem encaminhou,

quando e quantas pessoas receberam, para fins de investigação criminal. Se virar lei, essa exigência afetará a liberdade de expressão e poderá provocar um efeito de "resfriamento" - quando as pessoas deixam de se expressar pelo receio de que suas opiniões sejam armazenadas e usadas contra elas no futuro, em ambiente autoritário, segundo a Data Privacy (Analistas, 2020, online).

Como se pôde perceber, a questão das Fake News é uma preocupação na democracia atual. Há inúmeras críticas ao referido projeto de lei, mas o que é importante trazer à baila é que a discussão está em pauta e é uma preocupação atual – embora ainda não se tenha a melhor solução para o problema.

Outro ponto importante, abordado no capítulo anterior, é no que se refere à questão do reconhecimento facial que, embora já tenha sido utilizado e, de algum modo, promovido como algo positivo, sua discussão já vem sendo feita há algum tempo por órgãos de privacidade europeus (Reuters, 2021, online).

De acordo com a matéria veiculada no jornal A Folha de São Paulo (2021) sobre o assunto: “uma abordagem mais rígida é necessária, em que a IA pode contribuir para avanços sem precedentes, apresenta riscos extremamente altos de intrusão profunda e não democrática na vida privada dos indivíduos”, disse o órgão de vigilância da privacidade em comunicado.” (Chee, 2021, online).

Além da Europa, os Estados Unidos também vem trazendo esse questionamento para a população, conforme reportagem publicada no Conjur por Melo (2021) e, recentemente, no Brasil, no estado do Rio de Janeiro, onde se iniciou o projeto piloto sobre reconhecimento facial no Brasil e, agora busca bani-lo, por meio do Projeto de Lei de nº 824/2021 (Almeida, 2021, online; Reimont, 2021, online).

É importante ressaltar que, ainda sobre o uso da tecnologia e redes sociais, de acordo com reportagem publicada no site Globo.com, recentemente o Facebook anunciou sua nova nomenclatura, passando a ser denominado “Meta”. A reportagem trouxe referência à fala da Congressista norte-americana Alexandria Ocasio-Cortez, que disse:

‘Meta’ significa ‘estamos criando um câncer à democracia que está entrando em uma metástase de vigilância global e uma máquina de propaganda para fortalecer regimes autoritários e destruir a sociedade civil... tudo pelo lucro!’

Conforme reportagem publicada acima, o motivo da mudança de nome teria ocorrido em razão das manchas deixadas pela rede social no seu mau uso relacionado aos processos democráticos, o que demonstra que, embora, com a tecnologia, a população tenha se fechado em grupos, estes grupos ainda são capazes de questionar e transformar as próprias redes.

Nesse sentido, destaca-se a importância de se manter questionando os novos processos, a fim de que a população não caia em manipulações, se libertando da ignorância e da “caverna” atual moderna que acaba lhe conectando com pensamentos semelhantes.

Apenas assim, na busca incessante pela verdade, pela educação crítica e pela interação no mundo offline, que é quando se tem o real contato com a diferença, ou seja, quando a democracia aparece na sua forma mais primitiva, como se demonstrou na primeira parte do presente trabalho, mas também mais genuína e humana – não impedindo, no entanto, que os debates prossigam para além da arena física.

Por fim, o presente trabalho buscou apresentar a evolução da democracia, desde sua formação física até a tecnológica, inserida no Brasil. Além disso, buscou trazer as consequências e do seu uso para o processo democrático, bem como medidas que vêm sendo tomadas para seu uso saudável ou, se necessário, o seu não uso.

O que se objetivou foi suscitar o questionamento sem, entretanto, apontar soluções mágicas, já que, com a evolução tecnológica, dificilmente se pode falar em “questões encerradas”, mas, sim, levantadas, criticadas e sopesadas, já que, como se pôde perceber pelo histórico envolvendo os temas democracia e tecnologia, toda a cautela e criticidade são bem-vindas.

REFERÊNCIAS

Almeida, E. (2021, 8 de novembro). Projeto de lei que proíbe uso de reconhecimento facial no rio de janeiro cita publicação do Lapin na justificativa. Lapin. Recuperado de: <https://lapin.org.br/2021/11/08/projeto-de-lei-que-proibe-uso-de-reconhecimento-facial-no-rio-de-janeiro-cita-publicacao-do-lapin-na-justificativa/>.

Analistas criticam 'rastreadabilidade' em PL das Fake News. (2020, 27 de julho). Correio Braziliense, Brasília. Recuperado de: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/27/interna_politica,875826/analistas-criticam-rastreadabilidade-em-pl-das-fake-news.shtml.

Beck, U. (2018). *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar.

Bobbio, N. (1986). *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Bobbio, N. (2000). *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense.

Câmara dos Deputados. (2021). Sugira um projeto. Recuperado em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/participe/sugira-um-projeto>.

Chee, F. Y. (2021, 23 de abril). Reconhecimento facial deve ser banido na União Europeia, diz regulador de privacidade. Folha de São Paulo. Recuperado de: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2021/04/reconhecimento-facial-deve-ser-banido-na-uniao-europeia-diz-regulador-de-privacidade.shtml>.

Damasceno, V., & Fernandes, F. (2021, 10 de julho). Sob críticas, reconhecimento facial chega a 20 Estados do país. Valor econômico. Recuperado de: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/07/10/sob-criticas-reconhecimento-facial-chega-a-20-estados-do-pas.ghtml>.

Ecuero, R., & Gruzd, A. (2019). Cascatas de Fake News Políticas: um estudo de caso no twitter. *Galáxia*, São Paulo, n. 41, p. 31-47, ago. Recuperado de: <https://www.scielo.br/j/gal/a/Kvvg4btPzLYdxXk77rGrmJS/?lang=pt>

Kelsen, H. (2000). *A democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

Kicis, B. (2019, 13 de setembro). PEC 135/19: proposta de emenda à Constituição. Câmara dos Deputados. Recuperado de: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292>.

Melo, J. O. de. (2021, 26 de abril). Ação pede banimento da tecnologia de reconhecimento facial nos EUA. *Conjur*. Recuperado de: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/acao-banimento-tecnologia-reconhecimento-facial-eua>.

Paes, J. P. L. (2021). Voto impresso no Brasil – PEC 135/19. *Migalhas*. Recuperado de: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350377/voto-impresso-no-brasil--pec-135-19>.

Penteadó, C. L. de C., & Guerbali, J. G. (2016). As manifestações do impeachment no Twitter: uma análise sobre as manifestações de 2015. *Ponto e vírgula*, n. 19, p. 23-43. Recuperado de: <file:///D:/Users/Usuarios/Downloads/29891-Texto%20do%20Artigo-79344-1-10-20161004.pdf>.

Pereira, A. O. K., & Calgaro, C. (2021). Democracia e Inteligência Artificial nos dias atuais. In: Beçak, R., Oliveira, C. G. B. de. (Coord). Castro, G. de S. (Org). Inteligência artificial e democracia: desafios no Brasil do século XXI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p.197-214.

Reimoint. (2021). Projeto de lei nº 824/2021, Câmara dos Deputados do Rio de Janeiro. Recuperado de: <http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro2124.nsf/ab87ae0e15e7dddd0325863200569395/33b9222f266e43710325872700723005?OpenDocument>.

Reuters. (202, 21 de junho). Órgãos de defesa da privacidade na UE querem banir reconhecimento facial em público. Época negócios. Recuperado de: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2021/06/epoca-negocios-orgaos-de-defesa-da-privacidade-na-ue-querem-banir-reconhecimento-facial-em-publico.html>.

Ribeiro, R. J. (2013). Uma democracia. 3ª ed. São Paulo: Publifolha.

Salgueiro, G. H. (2018). A sociedade em rede e a eficácia dos movimentos sociais no Brasil. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe, Sergipe. Recuperado de: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/10759/2/GUSTAVO_HERRERA_SALGUEIRO.pdf.

Santos, L. C. M., & Brambilla, P. A. de S. (2017). O mito da caverna de Platão x A alienação do homem pós-moderno influenciada pelo consumismo, indústria cultural, meios de comunicação de massa e as novas tecnologias. Encontro de Iniciação Científica. Recuperado de: <file:///D:/Users/Usuarios/Downloads/6048-16301-1-PB.pdf>.

Sotsek, N. C., & Ramos, R. R. (2013). Facebook: uma análise sobre a onda de manifestações e protestos em junho de 2013 no Brasil. Dito Efeito, n. 5, p. 1-13. Recuperado de: https://web.archive.org/web/20170923005213id_/https://periodicos.utfpr.edu.br/de/article/viewFile/2157/2018.

Tribunal Superior Eleitoral. (2018). TSE aplica pela primeira vez norma que coíbe notícias falsas na internet. Recuperado de: <https://www.tse.jus.br/impressao/noticias-tse/2018/Junho/tse-aplica-pela-primeira-vez-norma-que-coibe-noticias-falsas-na-internet>.

Tribunal Superior Eleitoral. [(202?)]. Urna eletrônica. Recuperado de: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/urna-eletronica>.

Tribunal Superior Eleitoral. (2021). Balcão Virtual. Recuperado de: <https://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/balcao-virtual/balcao-virtual>.

Tribunal Superior Eleitoral. (2021). Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica. Recuperado de: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-o-sistema-eletronico-de-votacao>.

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Maria Paula de Souza Campos

Estácio de Sá, RJ, Brasil
mphermodenio@gmail.com

Denis Ribeiro dos Santos

UFF, Niterói, Brasil,
denisribeiro60@yahoo.com.br

Claudia da Silva de Sousa

UGF, RJ, Brasil
clausousa@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O método adotado no sistema prisional do Brasil, tem como objetivo a ressocialização do réu através da progressão de regime, até que venha a ser reinserido à sociedade; tendo em vista que os princípios básicos de direito, que protegem da violabilidade da dignidade humana, devem ser mantidos durante o cumprimento da pena.

Ao início do ano passado, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o estado de contaminação pelo novo vírus, Sars-Cov-2, em estágio de pandemia. Pela quantidade de mortos deixados pelo novo vírus, que atualmente totalizam 609 mil mortos, reforça que o Brasil se encontra em uma crise social e política. Mesmo com as recomendações de distanciamento social, não foi o suficiente para evitar o aumento da contaminação e consertar o descaso, que perdura até hoje, no ramo educacional, sanitário, entre outros e inclusive, carcerário.

Um dos principais problemas persistentes em nosso sistema carcerário é a superlotação, que gera a exposição de condições sub-humanas de insalubridade, tortura, violência sexual, proliferação de doenças, mortes, rebeliões, além de impedir a devida assistência à população carcerária, enquanto os diplomados estão em celas especiais recebendo todo o conforto.

É importante que haja a comoção e a empatia de todos e que o Estado, responsável pelas vidas dos condenados, se comprometa a solucionar a crise carcerária. Porque, apesar dos crimes que o apenado tenha cometido ou não, já que há aqueles que são julgados injustamente, devem ser vistos como um ser humano,

detentor de respeito e, inclusive, de direito. De fato, o sistema carcerário não foi criado apenas para quem comete o delito, mas sim, para todos.

Considerando que tudo tem de ser realizado dando prioridade ao bem-estar coletivo, não faz mais sentido querermos resolver a violência com o uso da violência. Pois se pararmos para pensar e nos colocarmos no lugar do outro, no caso em questão – o apenado – amanhã poderemos ser presos injustamente e sofrer as consequências do total desdenho de nossos “superiores” e do povo.

Deste modo, nos esbarramos na busca de um Direito que não promova mais danos e não aumente o ciclo de violência já existente. Todavia, um Direito onde sua aplicação se oriente pela “ação comunicativa”.

O tema do trabalho desenvolvido apresenta-se dividido em 4 tópicos que serão descritos no decorrer do trabalho. 1. Sistema prisional brasileiro x mundo, 2. Superlotação carcerária na pandemia, 3. Ressocialização no sistema carcerário e, 4. Consequências para o preso e para a sociedade na pandemia.

Para o trabalho em questão, optamos pela pesquisa em jornais, notícias, sites com informações a respeito do tema proposto. Um tema que consideramos de extrema relevância e propósito.

1. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO X MUNDO

Em se tratando de população carcerária, o sistema prisional brasileiro é um dos maiores do mundo. No Brasil, o sistema compreende em prisões federais e estaduais, tanto masculinas quanto femininas e, os apenados cumprem três tipos de regime de prisão: aberto, semiaberto e fechado. Entretanto, alguns acontecimentos têm contribuído significativamente para o agravamento do cenário penitenciário.

Lenzi, 2019, descreve alguns eventos, como:

superlotação, falhas na infraestrutura, problemas na manutenção dos presídios, célere crescimento da população prisional, insuficiência de vagas, falta de funcionários em número considerável às demandas do serviço, carência de prestação de serviço médico considerável para responder a demanda, descaso por parte dos governantes e, a demora no andamento dos processos judiciais⁵³.

⁵³ <https://www.todamateria.com.br/sistema-carcerario-no-brasil>
HUMANOS. Tié Lenzi. Publicado em 10/10/2019.

Advertimos ainda que 40% dos encarcerados nas penitenciárias do Brasil são provisórios; isto é, ainda não passaram por audiência e estão presos enquanto aguardam a sentença. Segundo dados da ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos), não existem defensores públicos em 72% das comarcas do país⁵⁴. Realidade que agrava ainda mais a situação dos apenados e colide com o significado da palavra “direito”.

Conforme Reale, 2005:

as concepções do termo Direito definem-se em um conjunto de regras e preceitos impostos com o objetivo de organizar a vida humana em sociedade, sendo que tais regras são impostas pelo Estado. O Direito também pode ser entendido como uma faculdade ou prerrogativa pertinente a cada indivíduo como sendo algo que se pode exercer em face de outra pessoa.

Sendo assim, fazemos as seguintes perguntas: quais os direitos que os detentos possuem diante das leis brasileiras? quais destes direitos não estão sendo respeitados durante a pandemia? quais os motivos subjetivos da pena que os levaram a cumprir aquelas sanções?

De acordo com Neto, 2018:

o Brasil criou uma legislação infraconstitucional em forma de lei especial ao materializar a Lei de Execução Penal – 7.210/84, onde o Estado passa a ter o dever de zelar pela integridade e saúde dos que estão tutelados em seu poder. Assim sendo, sua omissão se caracteriza como violação aos Pactos e Convenções ratificados.

Entretanto, durante a pandemia:

[...] das 90 denúncias de violação de direitos monitoradas pela Pastoral Carcerária Nacional entre 15 de março e 31 de outubro de 2020, 74,4% dizem respeito à negligência na prestação de assistência à saúde [...]. De acordo com o último boletim informativo do Conselho Nacional de Justiça que foi publicado em 18 de janeiro de 2021, foram registrados 57.454 mil casos de infecções pela covid-19 nas unidades carcerárias entre os servidores e os detentos⁵⁵.

⁵⁴ <https://www.todamateria.com.br/sistema-carcerario-no-brasil> SOCIOLOGIA Juliana Bezerra. Publicado em 10/01/2019.

⁵⁵ <https://www.brasildefato.com.br/2021/01/23/pandemia-agrava-violacoes-de-direitos-nas-prisoas-brasileiras-denuncia-relatorio>.

E o que dizer diante das denúncias de violação de direitos dos presos? Denúncias de tortura, agressões físicas, condições humilhantes e degradantes de tratamento.

entre elas a ausência de banho de sol, racionamento de água, convívio ir-restrito entre presos enfermos e saudáveis e a obrigatoriedade de permanecerem em “posição de procedimento”, com cabeça abaixada e mãos para trás, por longo período. Mais de 50 denúncias envolvendo a negligência na prestação da assistência material; que inclui o fornecimento precário de alimentação, vestuário, produtos de higiene pessoal e produtos de limpeza⁵⁶.

Para Neto, 2018:

observa-se que no rito processual penal a execução é um novo processo e tem caráter jurisdicional e administrativo. Roga por buscar a efetivar as disposições que foram emanadas na sentença ou na decisão que o magistrado prolatou e busca disponibilizar as condições necessárias para uma nova integração social do condenado em prisões e abrigos judiciais. A Lei de Execução Penal tem em seu viés ideológico uma vertente claramente educativa-pedagógica. Destina-se precipuamente a reinserir o apenado ao convívio social.

O sistema prisional brasileiro tem a intenção de ressocialização ou de vingança? Em conformidade com Foucault é “[...] preciso eliminar a confrontação física entre o Estado e o condenado. O Estado não pode ceder à sede de vingança e ao prazer de punir, visto da perspectiva do povo. É preciso que a justiça criminal puna em vez de vingar”. 57

a Constituição Federal de 1988, aboliu, expressamente, a degradação da integridade física do condenado, em seu artigo 5º, inciso XLIX, que assegura ao preso a integridade física e moral, igualmente, o inciso III, do mesmo artigo, aduz que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante⁵⁸.

Enquanto a Constituição Federal de 1988 – Carta Magna – possibilita a ressocialização, a Lei de Execuções Penais de 1984, caracteriza a finalidade da punição.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ NETO, O. O. V; ALVES, L. S. A lei de execução penal 7.210/84 e o direito a saúde no sistema prisional brasileiro. TCC-Direito, 2018 - repositorioidigital.univag.com.br.

⁵⁸ <https://jus.com.br/artigos/86330> sistema carcerário. Caroline Maurício. Publicado em 10/2020.

art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. *Lei de Execução Penal - Lei 7210/84 | Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* ocorre integração social do condenado, ou, a segurança a sua integridade física e moral, representam uma realidade muito distante de grande parte dos detentos, isso porque, as instituições carcerárias não são capazes de retirar o detento da criminalidade, visto que as facções criminosas tomam conta da administração do presídio como se o Estado fosse⁵⁹.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, comentou sobre as diferenças de penas para crimes tão desiguais:

prendemos quantitativamente, desde o furto de um botijão que alguém pula o muro, sem violência ou grave ameaça, até um roubo de carro-forte, com fuzil, um roubo qualificado. Um fica 10 meses e outro fica 5. Condutas totalmente diferentes, só que a bandidagem violenta, a alta criminalidade, fica muito pouco tempo na cadeia (Entrevista realizada em 2017).

Partindo do princípio da isonomia, um princípio constitucional que determina que todos são iguais perante a lei, observamos que o Estado deve tratar todos os cidadãos de maneira igualitária, sem discriminação de qualquer natureza. Por conseguinte, é possível inferir que o artigo 295 do Código de Processo Penal, que prevê uma prisão especial para um determinado grupo pode estar ferindo esse princípio.

Ministros, magistrados, governadores, diplomados, delegados de polícia etc. ativos e inativos são beneficiados pelo artigo 295 CPP. Ou seja, possuem o direito de aguardar seu julgamento em um lugar diferente da prisão comum – onde os demais presos se encontram.

Para Rousseau, 1762:

sob os maus governos esta igualdade é ilusória e aparente, e não serve senão para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudicam aos que nada têm, donde se segue que o estado social não é vantajoso aos homens

⁵⁹ <https://jus.com.br/artigos/86330> sistema carcerário. Caroline Maurício. Publicado em 10/2020.

senão quando todos eles possuem alguma coisa o quando nenhum deles tem algo em demasia.

O discurso soa como uma monofonia, termo usado por Bakhtin. Monofonia representa o texto que é dotado de apenas uma voz que elabora o discurso⁶⁰. Ou seja, o diálogo é encoberto e apenas uma voz é ouvido. Não parece haver o interesse de ressocialização, mas sim um poder de decisão sobre o que é melhor para o apenado ou para quem criou os preceitos legais. Na verdade, o que observamos é o controle dos corpos humanos por meio de práticas já consideradas como práxis.

Lamentavelmente, cada um interpreta a lei da maneira que lhe convém. Então, estamos diante de um conflito visto que as normas que deveriam servir para solucionar um problema não parecem fazê-lo. As normas não são aplicadas com a mesma potência para todos.

2. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NA PANDEMIA

E o que dizer a respeito da superlotação nas penitenciárias brasileiras? Infelizmente, a superlotação faz parte, de uma série de situações históricas e políticas que agrava e compromete a estrutura do sistema penitenciário brasileiro e dificulta a reabilitação e a ressocialização dos apenados.

Conforme Lenzi, 2019:

de acordo com a Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/84), durante o período de prisão, o preso deve receber assistência para prevenir que pratique novos crimes e prepará-lo para que esteja habilitado a retornar ao convívio em sociedade. [...] A reabilitação de um preso, de acordo com a lei, requer a oferta de trabalho ou estudo, atividades esportivas e condições de vida digna durante o período da prisão. E para atingir esses objetivos, a lei prevê a prestação dos seguintes serviços de assistência: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa⁶¹.

A superlotação carcerária também impossibilita ou dificulta o processo de ressocialização. Uma cela que comporta mais que o dobro de detentos não é

⁶⁰ [https://www.todoestudo.com/português/Polifonia Textual: conceito e tipos observados \[resumo\] \(todoestudo.com.br\)](https://www.todoestudo.com/português/Polifonia%20Textual%3A%20conceito%20e%20tipos%20observados%20[resumo](todoestudo.com.br)).

⁶¹ [https://www.todapolitica.com. Sistema prisional brasileiro: situação e dados - Toda Política \(todapolitica.com\)](https://www.todapolitica.com/Sistema%20prisional%20brasileiro%3A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20e%20dados%20-%20Toda%20Pol%C3%ADtica%20(todapolitica.com)).

algo que envolve um processo de ressocialização; promove, na verdade, episódios de rebeliões as quais, muitas vezes, resultam em inúmeras mortes de presos. Assim, atravança a garantia aos cuidados de saúde e de higiene dos confinados, dificultando ainda mais o atendimento aos presos doentes. No total, o número de pessoas privadas de liberdade que testaram positivo para o vírus é de 43.799, com o registro de 130 óbitos. Entre os trabalhadores foram relatadas 13.655 contaminações e 99 vítimas fatais⁶².

a taxa de pessoas que voltaram a ser presas após deixarem os presídios em razão da pandemia do novo coronavírus é inferior a 2,5%, segundo amostras iniciais obtidas pelo Conselho Nacional de Justiça em diferentes estados. A reavaliação emergencial de prisões para pessoas de grupo de risco que não foram condenadas por crimes violentos é uma das orientações da Recomendação n° 62/2020, aprovada pelo CNJ em março para evitar mortes em massa nos ambientes de privação de liberdade. Entre março e maio, 32,5 mil pessoas receberam uma forma alternativa de cumprimento da pena, como regime domiciliar e monitoração eletrônica, o que representa cerca de 4% da população prisional do país⁶³.

o cruzamento dos efeitos da Recomendação n° 62 com dados sobre reentrada dos liberados pela pandemia foi realizado em Alagoas, Ceará, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que tiveram taxas de 0,2%, 1,82%, 2,2% e 1,1%, respectivamente. Embora pesquisadores e instituições usem metodologias distintas para obter taxas de reentrada, resultando em variações no dado, o estudo mais recente do CNJ, com informações sobre o assunto apontou uma taxa de retorno de 42,5% para o período entre 2015 e 2019⁶⁴.

E é com uma canetada que o juiz apaga temporariamente a autonomia e a dignidade humana condenando o apenado a cárcere privado. A carceragem pode estigmatizar e padronizar essas pessoas excluídas da sociedade?

no mundo contemporâneo, a garantia da liberdade e da igualdade dos indivíduos – valores fundamentais no capitalismo – não mais poderia ser dada por um poder pessoal, advindo de um rei, por exemplo. Seria uma contradição que um poder convivesse com um discurso de que todos são livres e iguais, além de serem sujeitos de direito. Por esse motivo, o poder político na contemporaneidade deixa de ser pessoal e passa a ser exercido por um ente impessoal, supostamente neutro e afastado da sociedade: o

⁶²<https://www.brasilefato.com.br/2021/01/23/pandemia-agrava-violacoes-de-direitos-nas-prisoas-brasileiras-denuncia-relatorio>.

⁶³ <https://www.conjur.com.br>, Revista **Consultor Jurídico**, 22 de junho de 2020.

⁶⁴ Idem.

Estado. E é o Estado que irá impor a ordem social por meio das normas jurídicas (ALMEIDA, 2021, p. 139).

Em concordância com Passos, 2019:

não podemos deixar de assinalar duas questões extremamente importantes: a primeira diz respeito à criminologia brasileira que tem o racismo enquanto base estrutural (GÓES, 2016), ou seja, existe um perfil instituído de sujeito perigoso e violento que está vinculado ao pensamento de Nina Rodrigues e ao racismo estrutural; a segunda trata sobre o encarceramento em massa que se vincula à política de “guerra às drogas” e que tem o racismo como pilar desse processo.

Com o sucateamento do sistema prisional brasileiro, é preciso pensar e ressignificar o que podemos chamar de negligência do Estado. *Uma situação que representa uma grave mazela social, mas que aos olhos do Estado e da própria sociedade parece ser insignificante*⁶⁵.

De acordo com Caldeira, 2019:

nesse contexto de negligência, o sistema carcerário não é capaz de cumprir, efetivamente, sua função primordial de reformar os detentos por meio do cumprimento da pena segundo os ditames constitucionais e, dessa forma, possibilitar sua reintegração social. Assim, a displicência governamental atua de maneira preponderante para a persistência das condições sub-humanas vivenciadas pelos presidiários durante o cumprimento das penas. Com isso, se torna inviável ressocializar um indivíduo em um ambiente dessocializante que fere veementemente seus direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, o escárnio e preconceito por parte do tecido social no que concerne a seara penitenciária é, de fato, um impasse de difícil resolução que impede a mobilização em favor de uma humanização da realidade carcerária, bem como o afloramento do sentimento de empatia em relação a essa problemática⁶⁶.

Para Neto, 2018:

A Lei de Execução Penal – LEP (7.210, de 11/07/84), no seu artigo 3º, garante aos encarcerados todos os direitos não atingidos pela sentença. Em outro dispositivo (artigo 46), impõe que o condenado, no início da execução da pena, seja cientificado das normas disciplinares. Em suma,

⁶⁵ CALDEIRA, Mauro Matheus Gomes & DUTRA, Lenise Ribeiro. (2020). Sistema prisional: a desigualdade em virtude da displicência governamental e o modelo APAC como forma de ressocialização.

⁶⁶ Idem.

essa lei assegura ao preso o conhecimento das suas potencialidades (direitos) e limitações (deveres). Isso porque só se pode exigir uma conduta, e punir a sua negação, daqueles que tenham conhecimento prévio e real do “deve-ser”.

A ressocialização de uma forma digna e eficaz, possibilitará tanto a reabilitação do detento quanto evitará a sua retomada aos crimes e ilicitudes. Entretanto, não podemos deixar de lado temas como preconceito, principalmente racial. Um relatório do Colégio Nacional dos Defensores públicos (Condege) que reúne associações de defensores públicos de todo o Brasil, mostrou que 83% dos brasileiros detidos injustamente pelo reconhecimento fotográfico da polícia no Brasil são negros⁶⁷. Dados sobre um país que alega veementemente que o racismo não existe. Na era da neutralidade racial, já não é permitido odiar negros, mas podemos odiar criminosos. Na verdade, nós somos encorajados a fazer isso (RIBEIRO, 2019).

3. RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO

Nos dias de hoje, no Brasil, vige o princípio da dignidade da pessoa humana, conjecturado no art. 1º da Constituição Federal Brasileira, como parâmetro que impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena com o objetivo de inibir os abusos cometidos durante o seu cumprimento. Na prática, entretanto, observamos, por meio da mídia e do que ocorre no mundo jurídico, a precariedade do sistema prisional brasileiro.

É notório a disparidade entre o que é proposto nas convenções sobre Direitos Humanos, penitenciárias e população carcerária. Crime organizado, rebeliões, corrupção etc. decorrências das condições subumanas em que vivem os detentos. Será que a violação dos direitos dos apenados favorece no fracasso da ressocialização no sistema prisional brasileiro? E a prisão? Em que constitui a prisão?

Para Canto, 1999:

no sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado. E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção

⁶⁷ <https://www.hypeness.com.br/2021/02/negros>

penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto.

Ou seja, o sistema carcerário surge como medida para conter a expansão da criminalidade. Para isso, o governo investe na construção de presídios e unidades prisionais para alojar aqueles que cometeram um ilícito penal que cominou com o cerceamento da sua liberdade civil (NETO, 2018).

Sendo assim, o cerceamento da liberdade é o resultado de um crime ou delito que gerou um processo, um julgamento, uma absolvição ou uma prisão, que se resume ao cumprimento da pena imposta. O réu é colocado confinado até o cumprimento da pena ou o seu relaxamento. Entretanto, também, esse encarceramento tem o objetivo de promover a reabilitação do apenado e, na melhor das hipóteses, a sua reinserção na sociedade. Ou seja, o Brasil encara o confinamento como a única solução para os problemas da criminalidade?

Para Neto, 2018:

a Lei de Execução Penal versa sobre as garantias e deveres destinados aos presos, assim como dos regimes existentes e busca assegurar o respeito aos princípios basilares embutidos em nossa Constituição Federal, assegurando ao preso e aos agentes envolvidos a sua correta observância e aplicabilidade, em consonância com outros ramos do Direito.

Contudo, quando tratamos do tema prisional, a sua prática mostra-se diferente. De acordo com Neto, 2018:

uma vez dentro destas penitenciárias e unidade prisionais, o preso, se depara com um sistema sucateado, com superpopulação carcerária, violência interna e abandono estatal. Nota-se, desta forma, que o cidadão sofre uma despersonalização dos seus atributos.

Privado de sua liberdade, abandonado e esquecido em face da falência do Estado em promover medidas assecuratórias, o confinado, dentro das unidades prisionais, tem o seu direito violado no que diz respeito a cláusula constitucional que garante a saúde é dever social do Estado.

art. 196. A **saúde é** direito de todos e **dever** do **Estado**, garantido mediante políticas **sociais** e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Constituição Federal do Brasil/1988).

Havendo omissão por parte do Estado, somada às péssimas condições físicas do sistema penitenciário brasileiro, aumentam significativamente a possibilidade e probabilidade de inúmeras moléstias tais como: tuberculose, sífilis, HIV, hepatites, dermatites, tricomoníase e o novo vírus, Sars-Cov-2 entre outras.

Hoje conhecemos o estado democrático de direito onde as penas estão ligadas aos direitos humanos fundamentais dos acusados. Um grande avanço no que se refere as práticas arbitrárias com severo grau de crueldade. Mas, será que o Estado cessou com as antigas práticas primitivas? Nossa Lei de Execução Penal lhes assegura os direitos humanos através de assistência médica, religiosa e social [...] (MANSUR, 2015).

A população carcerária brasileira apresenta-se composta em sua vasta maioria por pessoas de baixa renda, baixa escolaridade, analfabetos, sem profissão, uso abusivo de álcool e dependentes químicos. E no trabalho em questão, não entramos no mérito da raça, cor ou gênero. Entretanto, insistimos em esclarecer que a maioria dos apenados possuem um modelo padrão; exemplo visível da vulnerabilidade de certos grupos econômicos e sociais.

O Conselho Federal de Psicologia defende que se a sociedade oferecer assistência psicossocial e preparo profissional aos egressos, a reintegração na sociedade terá mais chances de ser bem-sucedida, diminuindo consideravelmente a reincidência (MANSUR, 2015).

Por isso, aspirando a reintegração na sociedade, alguns deveriam ser encaminhados para alfabetização, profissionalização, tratamento para uso abusivo de álcool ou dependência química. No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro tem demonstrado um sistema caótico, superlotado e, de difícil de cumprimento das medidas que certamente poderiam surtir os efeitos que a sociedade tanto almeja: recuperação de apenados e sua reinserção à sociedade.

Deparamo-nos, com o sucateamento das penitenciárias e produção de uma sociedade desigual. As estruturas sociais são bastante racistas, classistas, machistas e misóginas (PASSOS, 2019, p. 210).

Diminuir as desigualdades existentes na sociedade é nos comprometermos a repensar as instituições que ainda legitimamos em nosso corpo social. É desconstruirmos as bases que historicamente controlam, dominam, exploram pessoas (PASSOS, 2019, p. 213).

De acordo com Oliveira, 2018:

Com 726 mil pessoas privadas de liberdade, o Brasil ocupa o nada honroso 3º lugar dentre os países que manejam mais habilmente a prisão como estratégia de contenção social⁶⁸. Ao se colocar a lente analítica no Estado do Rio de Janeiro, em números absolutos, temos que o total de pessoas privadas de liberdade em 2011 era 29.468⁶⁹ e, em 2018, ultrapassou 50 mil⁷⁰, o que lhe garante o 4º lugar dentre os entes federativos que mais encarceram.

O manejo do direito como um meio (ou uma técnica), dentre muitos outros, na hora de garantir o resultado das lutas e interesses sociais é a premissa teórica crítica em direitos humanos de onde partimos⁷¹. Trata-se de escolha metodológica com consequência muito clara, pois vincula todo o entendimento sobre o atuar da Defensoria Pública instituição que se pretende instrumento capaz de vocalizar demandas emancipatórias de lutas por dignidade de pessoas em situação de vulnerabilidade⁷². A instrumentalização do direito, nesse sentido, responde a uma “racionalidade de resistência”⁷³ que o ressignifica e, quando essa técnica é aplicada institucionalmente pela Defensoria Pública, é possível que sejam amplificadas as

⁶⁸ WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁶⁹ Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, ano 6, 2012. p. 54, tabela 24.

⁷⁰ A Secretaria de Estado e Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro tem banco de dados público de acesso restrito nominado SIPEN (sistema penitenciário) e dele se pode extrair online o número de pessoas privadas de liberdade em todas as 53 unidades penitenciárias fluminenses. O acesso em fevereiro de 2018 forneceu o número absoluto de 50.040 pessoas presas.

⁷¹ HERRERA FLORES, Joaquín. A Reinvenção dos Direitos Humanos. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 18.

⁷² MAGNO, Patrícia. Autonomia da Defensoria Pública: uma análise à luz da teoria crítica dos direitos humanos e de Resoluções da OEA. In: BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas. Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais. São Paulo: Juspoddim, 2018.

⁷³ HERRERA FLORES, Joaquín. A Reinvenção dos Direitos Humanos. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.150.

vozes “excluídos para baixo”⁷⁴ ou, dito de outro modo: que os subalternos falem e sejam ouvidos⁷⁵, porque a instituição funciona como “imprescindível megafone”⁷⁶.

Para Bezerra, 2019: As prisões deveriam ter como finalidade recuperar e ressocializar o indivíduo preso. Contudo, no Brasil, a percentagem de presos que estuda é de apenas 11% e somente 25% realizam algum tipo de trabalho interno ou externo. E na presença desse cenário, é indispensável o entendimento das futuras consequências que a realidade do sistema prisional brasileiro pode acarretar a sociedade brasileira.

A violência tornou-se um problema para a sociedade. Sempre que as exigências mínimas para um padrão de vida digno deixam de ser atendidas, diz-se que a sociedade se encontra inserida em um estado de violência ((RIGONATTI, 2003, p. 80).

4. CONSEQUÊNCIAS PARA O PRESO E PARA A SOCIEDADE NA PANDEMIA

Em concordância com Czarina, 2013, *o conceito de saúde é inseparável das condições concretas da existência*. Um vírus inimigo consegue sair da cidade chinesa de Wuhan e percorrer o mundo inteiro levando as cidades a ficarem desertas, o comércio fechado, as pessoas a adotarem o isolamento e o distanciamento social além do surgimento de outras medidas para conter o patógeno invisível que promoveu a pandemia da Covid-19.

Com base no Relatório da OMS sobre a explicação das raízes da violência (OMS, 2002), trouxemos para o trabalho:

os fatores comunitários e sua influência na dinâmica da violência. Nesses contextos comunitários são nomeados os locais de trabalho, a escola e a

⁷⁴ BORGES, Nadine; CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 218.

⁷⁵ Essa afirmação busca diálogo com SPIVAK. Vide: SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Pode o subalterno falar? Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

⁷⁶ MAGNO, Patrícia; FRANCO, Glauce. I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade. Brasília: Fórum Justiça e ANADEP, 2015. p. 37.

vizinhança e, como problemas, os altos níveis de desemprego, a presença de tráfico de drogas e de armas e componentes de ordem relacional, como o isolamento social em que vivem determinadas famílias (MINAYO, 2006 p. 111).

O ciclo de violência não começa nas prisões, e sim, no início da vida. Começa quando uma família tem dificuldades em educar e criar uma criança não saudável, que necessita de atenção especial. Começa quando, uma criança faminta, abusada, maltratada aprende que sua vida é insignificante e de pouco valor. Começa quando uma criança aprende que resolve seus problemas através da violência. Começa quando há fracasso escolar que é compensado por uso de drogas e por usa inclusão em gangs, para ser aceito no mundo (Lawton Chiles, governador do estado da Flórida, EUA, de 1994 - (RIGONATTI, 2003, p. 81).

Rigonatti, 2003, debate:

Como fica uma família na qual o pai comete um crime num determinado momento de sua vida, e deixa todos à mercê da própria sorte? O que ocorre no sistema familiar do réu, quando o crime aparece neste âmbito familiar? Muda a hierarquia? Mudam as alianças? Mudam as fronteiras? E as regras que regem o funcionamento familiar também se alteram? O trauma por que passaram deixou sequelas que interferiram ou interromperam o desenvolvimento psicossocial? Como reagem às novas necessidades os membros de seu circuito? (RIGONATTI, 2003, p. 88)

Segundo Kaplan (in Benjamim, 1981), indivíduos que passaram por traumas têm repercussões psicossociais significativas em suas vidas. Tanto na literatura internacional como na nacional, pouco se tem comentado a respeito do estressor crime como um ato violento que repercute psicologicamente nas famílias dos violentos e violentados. (RIGONATTI, 2003, p. 93).

As consequências observadas e divulgadas durante a pandemia foram: prisão domiciliar excepcional para presos condenados por delitos mais leves, prisões suspensas ou o condenado seria preso mas ficaria numa cela isolado, presos que contraíram o covid-19 no presídio, familiares que não puderam visita-los, não puderam levar o kit de higiene, falta de medicamentos, falta de alimentos, familiares que não puderam se comunicar e receber notícias do apenado, presos em liberdade que cometeram novos delitos, presos que foram vítimas de pequenos delitos ou homicídios etc.

Abaixo encontram-se alguns temas pesquisados:

- A realidade dos presídios femininos, durante o período da pandemia⁷⁷.
- A recomendação n° 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação aos Tribunais e magistrados à adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.
- A recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que detentos de menor risco à sociedade sejam soltos⁷⁸.
- O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). O DEPEN estima que 30 mil presos foram liberados no país durante a pandemia; alguns saíram sem tornozeleira eletrônica ⁷⁹.
- A base de dados da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) utilizada pelo TJMG mostra que entre 17 de março de 2020 a 18 de janeiro de 2021, 12.341 presos em regime fechado e em semiaberto foram beneficiados com a prisão domiciliar por causa da COVID-19. Do número citado, 1.463 detentos voltaram aos presídios por se envolverem novamente com o mundo do crime, o que dá 11,8% do total⁸⁰.
- Durante o período da pandemia, 12.385 foram soltos pelo uso da medida na Portaria 19/20. Foram identificadas 11.082 ocorrências policiais envolvendo 4.167 dos liberados. O número de delitos é maior que o de libertos porque 55,54% das pessoas que foram soltas se envolveram em mais de uma ocorrência⁸¹.

Segundo Czarina, 2013:

uma vida saudável não pode excluir tensões, uma vez que viver envolve um constante dinamismo nas relações. As necessidades impostas pelo meio produzem oscilações que, ou passam despercebidas, ou desencadeiam sofrimentos em diferentes proporções. Nas diversas etapas da vida,

⁷⁷ <https://ambitojuridico.com.br/.../estabelecimentos-prisionais-femininos-no-brasil>. 1 de fev. de 2020

⁷⁸ <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/04/08/O-embate-em-torno-da-liberacao-de-presos-na-pandemia>. 08/04/2020

⁷⁹ <https://www.brasil247.com/brasil/decisoes-judiciais-liberam-30-mi>. - Brasil 247. 6 de abril de 2020.

⁸⁰ https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/01/29/interna_gerais.

⁸¹ <https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/13-presos-soltos>. 28 de janeiro de 2021.

as modificações necessárias para a preservação da integralidade do ser expressam muitas vezes na forma de desafios vitais. As várias dimensões dos desafios que se apresentam correspondem aos modos de interação entre o vivente e as circunstâncias. Os recursos necessários para manter a saúde não são os mesmos em quaisquer situações da vida. E o que é saudável em um determinado momento pode ser considerado patológico em outro.

Enfim, no ano de 2020, deparamo-nos com uma quarentena causada por uma pandemia, uma sociedade amedrontada, a visível fragilidade social e as consequências não imagináveis para a coletividade.

Segundo Vinícius, 2020:

e para os brasileiros penitenciados e suas famílias, o isolamento forçado foi pior ainda: com a terceira maior população carcerária do mundo em números absolutos, o país proibiu os familiares dos detentos de realizar visitas e dar suporte a eles durante a pandemia. Sem poder visitar os detentos desde meados de março, os familiares se preocupam com a possibilidade de suicídio, o medo da fome e a necessidade de entrega dos "jumbos" - os kits feitos pelas famílias com itens básicos de higiene. a pesquisa realizada pela FGV (Faculdade Getúlio Vargas), mostrou que 34% das famílias de pessoas presas em São Paulo estavam com dificuldades para se alimentar e que 69% das famílias afirmaram estar sem qualquer informação ou contato com o familiar preso durante o período. Agora, alguns locais já permitem visitas controladas ou agendamentos de chamadas virtuais, mas as dificuldades permanecem, dado o escasso tempo de contato ou a impossibilidade de oferecer suporte material aos presos.

A atual pandemia exacerbou falhas e violações de direitos que são sistêmicas e históricas. Foi possível observar as lacunas, por parte do poder público, em relação ao sistema prisional, esquecendo de prestar atenção as necessidades e os direitos básicos das pessoas privadas de liberdade. Dessa maneira, somos levados a invocar para se reconsiderar as políticas criminais vigentes, a lógica neoliberal, a efetividade da aplicação de penas e o desencarceramento da população desfavorecida. É possível abdicar da tentação encarceradora como única forma de punição mesmo em tempo de pandemia? E as instituições de controle contribuem ou não para a humanização dos encarcerados, esquecidos e maltrapilhos?

Procuremos em Marx: os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob

aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado⁸². Está aí o nosso desafio. Todos desejam transformar o mundo.

[...] não há amanhã sem projeto, sem sonho, sem utopia, sem esperança, sem o trabalho de criação e desenvolvimento de possibilidades que viabilizem a sua concretização. É neste sentido que tenho dito em diferentes ocasiões que sou esperançoso não por teimosia, mas por imperativo existencial (FREIRE, 2001).

O que de fato seria a ressocialização do apenado? A sua reinserção a sociedade? Diminuir a reincidência a prisão? Conforme a nossa pesquisa, foi possível observar que o sistema prisional brasileiro não realiza a sua função. Pelo contrário, promove o aumento da reincidência, em virtude do descumprimento do objetivo da ressocialização. Além do mais, os direitos previstos na Constituição Federal como integridade física, integridade moral, dignidade da pessoa humana, não estão sendo respeitados.

Para mais, um fato curioso é que subsiste nas prisões, espaços de controle, de dominação e estigmatização, onde os direitos dos presos são inibidos, limitados, aceitos ou não com cautela. Inclusive, é notória a tendência das chamadas “organizações sociais” em reproduzir os problemas que elas se propõem a resolver. A tendência à tutela é justificada pelos possíveis “riscos potenciais” do apenado para a sociedade, reforçando sua exclusão no processo ressocialização.

Logo, fazemos um convite por meio deste trabalho. Por que não um olhar com mais atenção à busca de novas ideias, além das ideias já existentes? Isto posto, buscamos um trabalho com a apresentação de situações reais e descritas em jornais, manchetes e noticiários; verdades reais e não somente verdades do pensamento racional explicativo com suporte em teorias. Verdades para além da verificação de ideias e para a construção de novas teorias muito mais potentes e possíveis de serem implementadas de fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2021.

⁸² MARX, K. O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte. São Paulo: Centauro, 2006.

BEZERRA, Juliana. Sociologia. Sistema carcerário no Brasil. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/sistema-carcerario-no-brasil> SOCIOLOGIA. 10/01/2019. Acessado em: 02 set 2021.

CALDEIRA, Mauro Matheus Gomes & DUTRA, Lenise Ribeiro. (2020). Sistema prisional: a desigualdade em virtude da displicência governamental e o modelo APAC como forma de ressocialização. Revista Interdisciplinar Pensamento Científico, 5 (4). Recuperado de <http://143.244.166.130/index.php/reinpec/article/view/513>

CANTO, Dilton Ávila. Regime inicial de cumprimento da pena reclusiva ao reincidente. DIREITO PROCESSUAL PENAL. 10/1999. <https://jus.com.br/artigos/1099/regime-inicial-de-cumprimento-da-pena-reclusiva-ao-reincidente/3>. Acessado em: 02 set 2021.

FREIRE, P. Pedagogia dos sonhos possíveis. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

LENZI, Tié. Direitos Humanos. Sistema carcerário no Brasil. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/sistema-carcerario-no-brasil> DIREITOS HUMANOS. 10/10/2019. Acessado em: 02 set 2021.

MANSUR, Maria Aparecida Wilke Rizzo. A importância do psicólogo jurídico para a população carcerária brasileira. v. 6 n. 6 (2015): VI JICEX – Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária. Unisantacruz.edu.br.

MARX, K. O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte. São Paulo: Centauro, 2006.

MAURÍCIO, Caroline. Sistema carcerário. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86330> sistema carcerário. 10/2020. Acessado em: 02 set 2021.

MINAYO, MCS. Abordagens da magnitude e dos sentidos da violência. In: Violência e saúde. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.

NETO, Orlando. O. V; ALVES, Luciano. S. A lei de execução penal 7.210/84 e o direito a saúde no sistema prisional brasileiro. TCC-Direito, 2018 - repositorioidigital.univag.com.br. Acessado em: 02 out 2021.

OLIVEIRA, P. F. C. M.; BOITEUX, L. Quando a Luta Antimanicomial mira o Manicômio Judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela defensoria pública no campo da Política Pública Penitenciária e de Saúde Mental. Revista Brasileira de Políticas Públicas (RBPP), v. 8, p. 574-604, 2018.

PASSOS, R. G.; PEREIRA, M. O (Org.) Luta Antimanicomial e Feminismos: inquietações e resistências. v.1. Rio de Janeiro: Editora Autografia, 2019.

PEREIRA, Vinícius. Fome e medo do suicídio: a preocupação dos familiares de presos na pandemia. Disponível em: Fome e medo do suicídio: a preocupação dos familiares de presos na pandemia - 29/09/2020 - UOL TAB. Acessado em: 30 out 2021.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Djamila. Pequeno manual antirracista. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIGONATTI, Sérgio Paulo. Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica. São Paulo: Vetor, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios de direito políticos. Brasil: Tecno print S.A., 1762.

SANTOS, Samira Magalhães Camelo dos; JÚNIOR, Fernando Antônio Ribeiro. O Direito e as relações de poder na população carcerária. Jus.com.br. Publicado em 10/2017. Elaborado em 06/2013.

SILVA. José Ribamar. Ressocializar para não reincidir. Curitiba, 2003.

PAINEL 8:
Identidades, gênero e
sexualidade

A TRIBUTAÇÃO A PARTIR DE UM VIÉS IMPLÍCITO DE GÊNERO

Natalia Silveira Alves

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
natalia.silveira.alves@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Virginia Woolf foi convidada, em 1928, para falar sobre “As mulheres e a ficção”. Na oportunidade, dois artigos foram desenvolvidos e, desta reunião, um ensaio importantíssimo para a crítica literária feminista foi publicado. No capítulo I do mencionado ensaio, Virginia desconstrói o preconceito explícito através de um, por ela denominado, aspecto insignificante, resumido em poucas linhas a: “a mulher precisa ter dinheiro e um teto todo seu se pretende mesmo escrever ficção; e isso, como vocês irão ver, deixa sem solução o grande problema da verdadeira natureza da mulher e da verdadeira natureza da ficção¹”.

Como se observa, o aspecto em nada se assemelha à insignificância, e é concluído, com a fluidez peculiar do pensamento da autora, na certeza de que “a liberdade intelectual depende de coisas materiais²”, sendo “muito mais importante, no momento, saber quanto dinheiro as mulheres tiveram, e quantos quartos, do que teorizar sobre sua capacidade³”.

Sem qualquer dúvida, Virginia Woolf problematiza algo basilar para a compreensão da atuação das mulheres em uma cultura que se desenvolve a partir de uma estrutura que mina possibilidades em razão do gênero e que reduz o papel desempenhado por mulheres ao seu sexo, silenciando seu corpo, sua voz, suas aptidões e seus sonhos.

Nesse sentido, embora Woolf pondere a relação entre mulheres e ficção no início do século XX, suas reflexões transbordam os limites do tempo e permitem uma análise ampla sobre os desafios materiais impostos às mulheres no século XXI, os quais perpassam por educação, trabalho e também pela tributação.

¹ WOOLF, 2019, p.9.

² WOOLF, 2019, p.101.

³ WOOLF, 2019, p.99.

A tributação direcionada às mulheres, especificamente, não pode ser compreendida como algo desvinculado ao tratamento diferenciado atribuído ao corpo feminino em uma sociedade patriarcal. Em outras palavras, assim como a educação e o trabalho escolhem um corpo a privilegiar, a tributação espelha uma sociedade que se estrutura de maneira desigual, seja em relação à classe social, à raça ou ao gênero.

Isto ocorre, pois, mesmo possuindo o respaldo da igualdade formal, os fatos que respaldam as obrigações e incidências tributárias possuem recortes de gênero, o que se verifica, por exemplo, no custo fiscal embutido no imposto de renda da mãe que possui a guarda exclusiva do seu filho, no custo tributário embutido em um contrato de trabalho que possui como empregada a mulher e na própria carga tributária incidente sobre o consumo de bens de uso exclusivamente feminino.

Nesse contexto, o presente artigo possui como escopo o estudo da tributação a partir do viés implícito de gênero. Propõe-se, através de pesquisa teórica expositiva, examinar as estruturas que confirmam o caráter desigual da tributação quando relacionada às mulheres e os caminhos possíveis para a correção dessas desigualdades.

Assim, em um primeiro momento, serão analisadas as limitações ao poder de tributar e suas interferências à concepção de justiça em um Estado Democrático Fiscal. Posteriormente, será analisada a tributação no Brasil a partir de um recorte de gênero, objetivando-se demonstrar as desigualdades que se tornam estruturantes ao modelo de sociedade patriarcal em vigor.

2. O PODER DE TRIBUTAR DE MANEIRA JUSTA

2.1. O Estado Democrático Fiscal

A modernidade, de acordo com os professores Marcus Fabiano Gonçalves e Edmundo L. de Arruda Jr. “é a designação genética adotada para se caracterizar um período histórico, na verdade mais um processo social, marcado pelo colapso das fundamentações tradicionais”⁴. Assim, como todo momento de ruptura, ela trouxe novos institutos, novas reflexões, novas críticas, novas resistências e novas tradições.

⁴ ARRUDA JUNIOR; GONÇALVES, 2002. p. 4.

O Estado moderno permitiu novos espaços de reflexão crítica, possibilitando o debate e o amadurecimento de ideias, fazendo crescer o ideal do conhecimento e o da liberdade, em um claro confronto ao absolutismo. A partir de então, a filosofia jusnaturalista passa a enredar esses debates, influenciando a formação de grandes nomes do Iluminismo e se tornando a grande base filosófica para as revoluções liberais que seguiriam ao longo do século XVIII.

Estas revoluções, em especial a Revolução Francesa, trouxeram mudanças importantes, se instituindo como marcos para a ascensão do liberalismo e da classe burguesa, iniciando a trajetória do constitucionalismo moderno. De acordo com Paulo Bonavides⁵, a Revolução Francesa exprimiu o triunfo de uma classe e de uma nova ordem social, deixando o binômio *absolutismo-feudalidade* para gerar outro, *democracia-liberalismo*, onde o econômico controla e dirige o político.

O *Estado Liberal* nasce no decorrer destas revoluções destacando a proteção e positivação dos direitos individuais, a separação estrita entre os poderes e a valorização da lei como mecanismo de segurança para a nova classe dominante. Nesse contexto, também é possível identificar o desenvolvimento inicial do *Estado Fiscal*, “entendido como Estado de Direito, que passa a viver fundamentalmente da riqueza derivada do patrimônio ou do trabalho dos cidadãos, captada através de tributos exigidos por lei e justificados pela capacidade contributiva⁶”.

Sobre o tema, válido se torna as lições Aliomar Baleeiro:

A lenta e secular evolução da democracia, desde Idade Média até hoje, é marcada pela gradual conquista do direito de os contribuintes autorizarem a cobrança de impostos e do correlato direito de conhecimento de causa e escolha dos fins em que serão aplicados. Da Carta Magna e das revoluções britânicas do século XVII às revoluções americana e francesa do século XVIII, há uma longa e penosa luta para conquista desses direitos que assinalam a íntima coordenação de fenômenos financeiros e políticos⁷.

Não obstante a segurança jurídica alcançada, o Estado Liberal e Fiscal não foi capaz de assegurar direitos que ultrapassavam a moldura formal, aprofundando desigualdades sociais e evidenciando disfunções criadas pela própria abstenção estatal. Naquele momento, o descompromisso com as questões soci-

⁵ BONAVIDES, 1989. p. 23.

⁶ TORRES, 2005. p. 460.

⁷ BALEEIRO, 2010. p. 91.

ais, evidenciado pela Revolução Industrial, conduziram os trabalhadores a se organizarem, exigindo uma resposta prestacional do Estado às suas necessidades, conformando o chamado *Estado de Bem-estar Social*.

Em que pesem às mudanças importantes do momento histórico em análise, a ausência de efetivos parâmetros valorativos a serem considerados no momento da interpretação legislativa, comprometiam as escolhas a serem feitas, disfarçando autoritarismos de matizes variados. Assim, o positivismo estrito deixa de ser suficiente para enfrentar as questões do Direito e a antiga separação entre Direito e moral foi demonstrando, aos poucos, suas deficiências e seus perigos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e seus resultados humanitários desastrosos, tornou-se evidente a necessidade de proteger os direitos do homem enquanto ser humano, o que garantiu espaço para a reaproximação do direito com a moral e para o desenvolvimento de um Estado Constitucional de Direito, isto é, um Estado fundamentado em uma Constituição normativamente fortalecida e democraticamente eficaz.

Nesse período, por equivalência, também é possível verificar a conformação do chamado *Estado Democrático Fiscal*, conhecido como a manifestação financeira do *Estado Democrático de Direito*.

O Estado Democrático Fiscal é a manifestação financeira do Estado Democrático de Direito (ou Estado Pós-Socialista, ou Estado Pós-Nacional, ou Estado da Sociedade de Risco, ou Estado Subsidiário), que se inaugura no Brasil com a Constituição de 1988. Vem se afirmando em diversos países a partir dos escombros do Muro de Berlim, caracterizando-o: a) a superação da ideologia da inesgotabilidade do dinheiro público; b) a prevalência da ideia de equilíbrio orçamentário; c) o esmaecimento do conceito de soberania fiscal e o aparecimento de fontes tributárias não-estatais; d) o novo equilíbrio entre os poderes do Estado, com a flexibilização da legalidade estrita e com a judicialização da política tributária; e) a nova conformação dos poderes materiais do Estado, estremando-se o poder tributário do poder paratributário ou parafiscal, do extrafiscal e do penal; f) a passagem do paradigma das regras para o dos princípios e da policy.”⁸

O Estado Democrático Fiscal possui no tributo o seu ponto de partida, mas não a sua finalidade precípua, exigindo uma ponderação entre um possível

⁸ TORRES, 2005, p. 463.

dever fundamental de pagar tributos (imposto)⁹, o papel social da tributação e as limitações ao poder de tributar.

2.2. O tributo como instrumento de justiça

Consoante as lições de Ricardo Lobo Torres, o tributo “constitui o preço da liberdade¹⁰”, e “se cristaliza no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, o que significa dizer que implica sempre a perda de parcelas de liberdade, consubstanciadas nos frutos do patrimônio e do trabalho¹¹”.

No âmbito do Estado Constitucional de Direito, este preço é ainda mais elevado, uma vez que o tributo possui papel sensível na efetivação de direitos fundamentais, tornando-se instrumento de transformação social quando aplicado a partir dos princípios que regem uma tributação progressista. Nesse contexto, a tributação não apenas contribui para que recursos possam ser arrecadados (função arrecadatória) e aplicados na realização de políticas públicas, financiando direitos, como também atua como vetor de igualdade material, tornando-se instrumento de justiça social (função redistributiva).

No Brasil, especificamente, o sistema tributário desenhado na Constituição Cidadã, se desenvolve também no sentido da realização dos objetivos republicanos (art. 3º, CRFB/88¹²), entre eles, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Sobre o tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos revela existir uma relação instrumental entre o Estado Democrático Fiscal e o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro:

Da previsão dessas estruturas e das relações entre as mesmas infere-se a nota de fundamentalidade do financiamento das tarefas do Estado pelos

⁹ “Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal.” (NABAIS, 2009. p 678)

¹⁰ TORRES, 2014, p. 59.

¹¹ TORRES, 2005, p. 460.

¹² Art. 3º, CRFB/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

impostos a serem arrecadados dos particulares. Vale aqui dizer da impossibilidade estrutural de sobrevivência de nosso Estado democrático e social de direito sem o Estado Fiscal. Por sua vez, como demonstro no tópico seguinte, pode-se mesmo falar do Estado Fiscal, pois é o imposto fonte essencial de custeio das tarefas estatais. Contudo, não só o imposto: em nosso desenho constitucional, cresce muito de importância a figura das contribuições de seguridade social como elemento do Estado Fiscal¹³.

Como é possível observar, existe uma relação estreita entre a cobrança de tributos e o desenvolvimento de direitos fundamentais/sociais, tangenciando a busca por uma tributação que, de fato, promova justiça. Entretanto, a pergunta que se faz é: o que poderia ser considerado como uma tributação justa?

Não obstante a amplitude da questão, esta vinculação entre justiça e tributação não se constitui intrinsecamente, tampouco se define em razão de uma simples determinação constitucional. Em verdade, um sistema tributário apenas será visto como instrumento de justiça se possibilitar o alcance de uma sociedade justa, como explica Thiago Feital:

Assim, além de financiar as instituições que integram e possibilitam a existência do Estado e do mercado – questão sumarizada no adágio *no property without taxation* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 59) –, o sistema tributário é o elemento que concretiza a concepção de justiça social que será executada pelo governo (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 5). O problema da justiça do sistema tributário desloca-se, numa relação de continência, para o escopo mais amplo do problema da justiça de um sistema jurídico: justo é o sistema tributário que torna possível uma sociedade justa (GALLO, c2007, p. 102).¹⁴

Ocorre que alcançar uma sociedade justa implica em muitos fatores, os quais não se concentram, apenas, na arrecadação e no custeio. Em verdade, como ensina Ricardo Lobo Torres, este mesmo poder que liberta, também escraviza, sendo essencial que o poder de tributar esteja pautado em limitações capazes de recompor os descompassos gerados pela sua própria atuação.

Dessa forma, é possível afirmar que uma tributação justa, capaz de espelhar uma sociedade justa, é aquela que respeita a legalidade, pois apenas haverá tributação lícita se ela for estabelecida em lei, e também é aquela que respeita a

¹³ CAMPOS, 2017. p. 135.

¹⁴ FEITAL, 2019 p. 37-58.

isonomia e a capacidade contributiva, conformando-se não apenas como fim; mas como instrumento de justiça social.

3. A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL A PARTIR DE UM VIÉS IMPLÍCITO DE GÊNERO

3.1. A Constituição Cidadã e o Reconhecimento Jurídico de Igualdade

A Constituição da República de 1988 incorporou os valores neoconstitucionais ao sistema jurídico brasileiro e assumiu o papel conciliatório em um momento de desgastes políticos e institucionais. A partir de um viés dirigente, pautado por inúmeros compromissos sociais, a Carta Cidadã assegurou direitos e, pela primeira vez na história da República, reconheceu a igualdade jurídica entre homens e mulheres¹⁵.

Este reconhecimento de igualdade em direitos e obrigações inspirou todo o fio democrático que estruturou os *títulos*, os *capítulos* e as *seções* constitucionais, reafirmando a máxima, defendida na *Carta das Mulheres aos Constituintes*¹⁶, no sentido de que o Brasil apenas será “verdadeiramente democrático” e “seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres”, quando garantida igualdade de tratamento e de oportunidade a todos, independentemente de gênero, raça ou classe social.

No entanto, como observado em todo curso histórico, o reconhecimento normativo da igualdade não extermina, por si só, as desigualdades mate-

¹⁵ **Art. 5º, CRFB/88.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

¹⁶ “Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário a uma vida civil não autoritária. Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadã verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios.” (Trecho da Carta das Mulheres aos Constituintes. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 05.11.2021)

riais expostas no dia-a-dia de uma sociedade estruturalmente complexa e historicamente desigual, marcada por *mitos* e por um projeto de nação que evidencia um “projeto de uma minoria dominante”, “do qual a população, o povo, isto é, o conjunto de cidadãos, não participa¹⁷”.

Nas palavras, sempre atuais, de Lélia Gonzalez:

A sociedade que se construiu no Brasil é a sociedade que se estratificou racialmente. Vemos que no Brasil as relações de poder se dão de uma forma absolutamente hierárquica. (...) Vejam que a própria língua aponta para essas diferenças, para essas desigualdades que se estabelecem numa sociedade hierárquica como a nossa. Hierárquica do ponto de vista das relações de classe; hierárquica do ponto de vista das relações sexuais, porque sabemos o papel da mulher dentro desta sociedade, fundamentalmente da mulher negra; e hierárquica do ponto de vista social. Porque se no vértice superior desta sociedade, de detém o poder econômico, político, social, de comunicação, educação e cultural, neste vértice superior se encontra o homem branco ocidental, no seu vértice inferior vamos encontrar de um lado o índio e do outro lado o negro¹⁸.

Dessa forma, não obstante a tentativa de constitucionalizar a igualdade e alguns dos seus principais elementos, a desigualdade social no Brasil ainda representa um desafio a ser enfrentado, pois se impõe de maneira estruturante na sociedade. Em outras palavras, ainda que a garantia constitucional não permita que desigualdades sejam legalmente institucionalizadas no sistema posto, o tratamento diferenciado concedido a grupos vulneráveis da sociedade existe (persiste) e estrutura relações, espelhando violências e injustiças.

No âmbito dos estudos de gênero, a análise social direcionada às mulheres e seus papéis na sociedade brasileira (trabalho, família, política) demonstra que o sistema se alimenta do tratamento desigual direcionado ao gênero feminino, encontrando benefícios em subalternidades históricas¹⁹, o que se agrava

¹⁷ GONZALEZ, 2020. p. 248.

¹⁸ GONZALEZ, 2020. p. 247.

¹⁹ “Reconhecer que a subordinação social é um produto histórico, enraizado em uma organização específica do trabalho, teve um efeito libertador sobre as mulheres. Desnaturalizou a divisão sexual do trabalho e as identidades que se erigiam com base nela, projetando categorias de gênero não apenas como construções sociais, mas com conceitos cujo conteúdo é redefinido com frequência, infinitamente móvel, indeterminado, sempre carregado politicamente.” (FEDERICI, 2021. p. 96).

quando o recorte realizado examina classe e raça, exigindo, portanto, uma análise interseccional²⁰.

Em termos econômicos, pesquisa recente publicada pelo Instituto Brasileiro de Economia da FGV - IBRE²¹ demonstra que as diferenças salariais (genericamente consideradas) entre homens e mulheres persistem, podendo ganhar contornos ainda mais específicos com os impactos da pandemia de Covid-19, que representou, na América Latina, um retrocesso de mais de uma década na participação de mulheres no mercado de trabalho²².

Segundo o documento, a taxa de participação no mercado de trabalho das mulheres foi de 46% em 2020, enquanto a dos homens foi de 69% (em 2019 foi de 52% e 73,6%, respectivamente). Calcula-se, também, que a taxa de desocupação das mulheres chegou à 12% em 2020, percentual que sobe para 22,2% se for assumida a mesma taxa de participação no mercado de trabalho das mulheres em 2019. Em 2020, explica o estudo, registrou-se uma contundente saída das mulheres da força de trabalho, que, por ter que atender às demandas de cuidados em seus domicílios, não retomaram a procura por emprego.²³

²⁰ “A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras.” (CRENSHAW, 2002, p. 177)

²¹ “O aumento significativo da participação das mulheres no mercado de trabalho foi acompanhado por diminuição da diferença de salários relativos. Contudo, a diferença continua substantiva, especialmente em ocupações que pagam os maiores salários. Considerando todas as ocupações da economia, os salários relativos das mulheres passaram de 50% para 81% em todas as ocupações da economia. Isso significa que para cada 1 real recebido por um homem, as mulheres recebiam apenas metade em 1970 e passaram a receber 80 centavos em 2020. Já em ocupações de maior qualificação, as mulheres mais qualificadas passaram de 56% do salário dos homens em 1970 para apenas 67% em 2020. Ou seja, em média, para cada 1 real pago aos homens, uma mulher em ocupações similares recebia apenas 67 centavos em 2020.” (RICHTER, 2021)

²² Relatório Especial COVID-19, nº 9: *A autonomia econômica das mulheres na recuperação sustentável e com igualdade*. Divulgado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46633-la-autonomia-economica-mujeres-la-recuperacion-sostenible-igualdad>. Acesso em: 05.11.2021.

²³ Comunicado à imprensa. *A pandemia da COVID-19 gerou um retrocesso de mais de uma década nos níveis de participação no mercado de trabalho das mulheres na região*. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-covid-19-gerou-retrocesso-mais-decada-niveis-participacao-mercado-trabalho>. Acesso em: 05.11.2021.

Assim, excluídas do mercado ou incluídas em um mercado desigual, assumindo, em quaisquer dessas hipóteses, a grande parte do trabalho doméstico não remunerado, a situação de vulnerabilidade econômica feminina se aprofunda, servindo de engrenagem para outras formas de opressão (sociais, afetivas, familiares) diante de uma fragilidade evidente.

Sobre este tema, Bell Hooks salienta que a “autossuficiência econômica é necessária para a libertação das mulheres²⁴”, o que não possui relação exclusiva com o trabalho. Em verdade, nesse cenário, o trabalho é apenas um dos fatores de influência, sendo certo que existem outras condicionantes capazes de influenciar a vida financeira da mulher, e, por consequência, a sua própria liberdade.

Um desses fatores está expresso na forma como a tributação é direcionada ao contexto feminino. Nesse caso, quanto maior a carga tributária imposta às situações demarcadas pelo gênero, mais comprometida estará a autossuficiência feminina, tornando-se fundamental que a tributação absorva o contexto de vulnerabilidade envolvido.

Nesse contexto de análise, destaca-se estudo apresentado ao Parlamento Europeu - *Gender equality and taxation in the European Union* – sobre os impactos da tributação em relação ao gênero na União Europeia:

Most Member States have abolished tax regulations which explicitly differentiate between men and women (Bettio and Verashchagina 2009:5). However, formally gender neutral tax systems and tax policy decisions produce gender-differentiated outcomes, because the distributional and allocative impact of taxation is closely linked to socioeconomic realities which are characterised by persisting substantial gender gaps in employment rates and patterns, in the distribution of unpaid work, as well as with regard to income, poverty, and wealth.²⁵

Como exposto no estudo apresentado, também no Brasil o sistema tributário constitucional não apresenta formas explícitas de discriminação entre seus cidadãos, desenvolvendo-se a partir dos anseios de uma democracia plural, em respeito a homens e mulheres. Entretanto, uma análise mais precisa sobre os contornos da tributação brasileira evidencia distorções fáticas que colocam em questão a igualdade pontuada, corroborando a máxima de que a igualdade normativamente garantida, *per se*, não garante a isonomia material almejada.

²⁴ HOOKS, 2020. p. 83.

²⁵ GUNNARSSON, *et al.*, 2017.

3.2. A tributação a partir de um viés implícito de gênero

A tributação compõe um dos elementos sensíveis de análise no âmbito dos estudos de gênero. Isto se deve a sua atuação em duas frentes específicas: a primeira, conjugada às finanças públicas, se relaciona ao papel da tributação como aliada no desenvolvimento de políticas direcionadas à busca por equalização de direitos; a segunda se desenvolve na forma como a tributação recai sob o gênero feminino.

Examinando este primeiro ponto, não é difícil supor que políticas públicas exigem, além de interesse político, instrumentos econômicos que as viabilizem. Tais instrumentos encontram na tributação uma fonte preciosa, não única, mas fundamental para que escolhas públicas sejam realizadas com objetivos republicanos. Assim, os tributos, a arrecadação e os empenhos tornam-se elementos indissociáveis para mudanças sociais estruturais, as quais estão devidamente salientadas na *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, ratificada pelo Brasil inicialmente com reservas, por meio do Decreto nº 89.460/1984, posteriormente ratificada sem reservas pelo Decreto nº 4.377/2002²⁶.

Na segunda frente, a análise sobre a tributação impõe uma nova perspectiva, tornando-se evidente que, mais do que meio econômico, a cobrança de

²⁶ Art. 2º, Decreto n. 4.377/02: Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio; b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação; d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação; e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa; f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher; g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

tributo não pode contribuir para aprofundar desigualdades já existentes, tornando-se fundamental que os princípios tributários sejam ponderados nas incidências legalmente estabelecidas, desonerando situações demarcadas por especificidades.

Sobre este tema, fundamental se torna a reprodução de trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 57696727, no qual foi declarada incidentalmente, a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade:

Em outras palavras, admitir uma incidência tributária que recai somente sobre a contratação de funcionárias mulheres e mães é tornar sua condição biológica, por si só, um fator de desequiparação de tratamento em relação aos homens, desestimulando a maternidade ou, ao menos, incutindo culpa, questionamentos, reflexões e medos em grande parcela da população, pelo simples fato de ter nascido mulher. Impõe-se gravame terrível sobre o gênero feminino, discriminado na contratação, bem como sobre a própria maternidade, o que fere os direitos das mulheres, dimensão inequívoca dos direitos humanos²⁸.

Consoante já ressaltado, o sistema tributário brasileiro não institucionalizou diferenças explícitas de gênero, inexistindo, de maneira evidente, mecanismos que distinguem homens e mulheres diante do poder de tributar. No entanto, é fundamental que a análise perpassa, também, pelo viés implícito existente, objetivando responder a pergunta que centraliza o presente trabalho: a tributação recai de maneiras diversas entre homens e mulheres?

Formalmente, a resposta é não. No entanto, estudos demonstram que existe uma diferenciação implícita na tributação sobre a renda e sobre o consumo direcionadas ao gênero feminino, ensejando distinções materiais que aprofundam desigualdades. Nesse sentido, destaca-se pesquisa elaborada pelas professoras Tathiane Piscitelli, Andréa Mascitto, Raquel Preto, Betina Grupenmacher, Catarina Rodrigues, Daniela Silveira Lara, Fernanda Ramos Pazello e Renata Correia Cubas, que assim explicam:

²⁷ RE 576967, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020

²⁸ Voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE 576967. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754147264>. Acesso em: 11.08.2021.

A despeito da ausência de vieses explícitos na legislação brasileira, seria possível argumentar a existência de alguns vieses implícitos na tributação da renda. Segundo nossa legislação, as despesas com educação, saúde e dependentes são dedutíveis da base de cálculo do imposto de renda, na modalidade “declaração completa”. Assumindo-se que a declaração completa é feita pelo cônjuge que ganha mais – e os dados mostram que os homens têm, em média, uma remuneração 15% superior às mulheres –, tais deduções beneficiam os homens mais diretamente, que resultam com mais renda disponível e maior possibilidade de barganha no equilíbrio familiar.²⁹

Sobre este ponto, não se pode desconsiderar as relações entre a tributação e as pensões alimentícias, pagas pelos homens na maior parte dos casos. Em síntese, com o sistema atualmente vigente no Brasil, quem paga pensão alimentícia pode deduzir o valor em seus rendimentos tributáveis; todavia, quem recebe deverá informar à Receita Federal como renda tributável. Os impactos dessa realidade podem ser aferidos nos próprios dados fornecidos pela Receita Federal (exercício 2020)³⁰, os quais revelam valores superiores em deduções para os contribuintes homem se comparados às deduções realizadas por contribuintes mulheres.

Nesse mesmo sentido, o estudo elaborado pelas professoras referenciadas demonstra ainda que o fato de as mulheres responderem diretamente pelos cuidados domésticos de maneira não remunerada, além de impactar em deduções do imposto de renda de homens, demonstra a existência de vieses implícitos na tributação do consumo:

De outro lado, a constatação de que as mulheres são as principais responsáveis pela casa e pessoas que nela habitam resulta na existência de vieses implícitos na tributação do consumo: sendo as mulheres as majoritariamente incumbidas do “cuidado com o lar”, é possível especular que, tendo renda própria, elas são igualmente encarregadas dos gastos diretos da casa, como alimentação, roupa e medicamentos. Como consequência, resultam com menos renda no equilíbrio familiar e, ainda, são tributadas por uma base notoriamente regressiva, incidente sobre bens e serviços consumidos em benefício da família.³¹

²⁹ PISCITELLI, et al., 2019.

³⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/gn-irpf-ac2019-publicacao.pdf>.

³¹ PISCITELLI, et al., 2019.

É preciso salientar que as disfunções encontradas na tributação do consumo não se restringem às questões domésticas. Uma análise específica sobre a tributação de produtos de uso exclusivamente ou majoritariamente femininos evidencia uma verdadeira distorção do sistema, sobrecarregando economicamente as mulheres brasileiras.

Um exemplo básico, mas fundamental, se refere à tributação imposta aos absorventes higiênicos, bem de consumo exclusivo de mulheres e essencial para o bem estar feminino. Consoante notícia divulgada pela Associação Comercial de São Paulo³², publicada em dezembro de 2020, a carga tributária incidente sobre os absorventes corresponde a uma média superior a 30% de seu valor, em completa dissonância à essencialidade do produto.

Os absorventes atendem a uma necessidade exclusivamente da mulher e seu valor excessivo não apenas pode restringir o seu acesso, trazendo consequências para a saúde íntima de meninas e mulheres (precariedade menstrual³³), como também pode prejudicar o exercício de uma vida social, contribuindo, por exemplo, com a evasão feminina escolar³⁴.

Além dos absorventes, outros produtos de uso exclusivamente femininos, vinculados, geralmente, ao exercício da maternidade, também possuem alta carga tributária, diferenciando-se de produtos “masculinos” e corroborando uma relação implícita entre tributação e gênero:

Há ainda outras situações no mínimo peculiares, que bem evidenciam a tributação mais onerosa para bens de consumo que são adquiridos majoritariamente por mulheres. Veja-se, por exemplo, no caso brasileiro, a tributação respectivamente de ICMS e IPI sobre bombas de amamentação (18% ICMS e 5% de IPI), adaptadores de silicone para seios durante a amamentação (18% ICMS e 10% de IPI) e os sabonetes íntimos femininos (18% ICMS e 10% de IPI), todos eles bens essenciais para as mulheres,

³² Disponível em: <https://impostometro.com.br/Noticias/Interna?idNoticia=1016>. Acesso em: 08.08.2021.

³³ Relatório UNICEF - *A Pobreza Menstrual Vivenciada Pelas Meninas Brasileiras*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidade-menstrual_relatorio-unicef-unfpa_maio2021.pdf. Acesso em: 11.08.2021.

³⁴ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/06/19/pobreza-menstrual-conheca-o-problema-que-leva-brasileiras-a-deixarem-de-estudar>. Acesso em: 08.08.2021.

únicas consumidoras desse tipo de produtos. Isso tudo ao lado da elevadíssima tributação das fraldas descartáveis (18% ICMS e 15% IPI).³⁵

Ademais, alguns produtos não exclusivos, mas de uso majoritariamente feminino, também evidenciam elevada carga tributária direcionada às mulheres, entre eles, os denominados cosméticos ou *produtos de beleza*, conforme referenciado na *Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados* (TIPI).

Consoante item 33.04 da TIPI³⁶, os Produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo as preparações antissolares, bronzeadores e preparações para manicuros e pedicuros, estão submetidos às alíquotas de IPI entre 22% a 12%, a depender do bem, fato que, por si só, demonstra a forma como a tributação é direcionada.

A elevada carga tributária para estes produtos encontra possível justificativa na ausência de essencialidade dos mesmos, o que, em tese, não faria distinção de gênero. Ocorre que esta perspectiva desconsidera o processo histórico que enredou as mulheres, durante anos, ao que Naomi Wolf denominou como o *mito da beleza*, o qual encontra espaços de concretização no trabalho, na cultura, na religião, no sexo, na fome e na violência.

A “beleza” é um sistema monetário semelhante ao padrão-ouro. Como qualquer sistema, ele é determinado pela política e, na era moderna no mundo ocidental, consiste no último e melhor conjunto de crenças a manter intacto o domínio masculino. Ao atribuir valor às mulheres numa hierarquia vertical, de acordo com um padrão físico imposto culturalmente, ele expressa relações de poder segundo os quais as mulheres precisam competir de formal antinatural por recursos dos quais os homens se apropriaram.³⁷

Em uma perspectiva um pouco mais contemporânea, Silva Federici aprofunda a temática e explica o quanto o sistema capitalista se apropriou da ideologia da beleza para exercer influência direta sobre o corpo feminino e, assim, se desenvolver:

Além disso, trabalhando em período integral dentro ou fora de casa, casadas ou solteiras, temos de dedicar horas de trabalho na reprodução de

³⁵ PISCITELLI, et al., 2019.

³⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/documentos-e-arquivos/tipi.pdf>. Acesso em: 08.08.2021.

³⁷ WOLF, 2020, p. 29.

nossa força de trabalho – e conhecemos a tirania especial dessa tarefa, já que um vestido bonito e um belo penteado são condições para conseguir um emprego, seja no mercado de casamentos, seja no mercado do trabalho assalariado.³⁸

Dessa forma, considerando todo o histórico envolvido, a perspectiva - masculina - de que os cosméticos não possuem essencialidade apta a desonerar a carga tributária aplicável desconsidera, por completo, o destino e o impacto social desta incidência, não podendo se constituir como justificativa genérica de tributação, sob pena de ratificar e aprofundar desigualdades.

Assim, os exemplos acima desenvolvidos, longe de esgotarem o tema, possuem a finalidade de evidenciar a maneira como a tributação brasileira, mesmo que de forma implícita, sobrecarrega as mulheres, perpetuando desigualdades historicamente forjadas e comprometendo futuros possíveis.

4. CONCLUSÃO

Como é possível observar, embora o ordenamento jurídico brasileiro não respalde tratamentos diferenciados, injustificados, em relação a gênero, classe, raça e cultura, a prática social demonstra um processo histórico e contemporâneo de opressão e de lutas por igualdade. Tais lutas foram, muitas vezes, silenciadas com o único objetivo de manter o status quo, demarcado por uma desigualdade estrutural/estruturante e pelo mito de uma democracia em plenitude.

No Brasil, a democracia se desenvolve a passos curtos e não esconde as desigualdades que se aprofundam, encontrando no rosto de uma população marginalizada e esquecida o peso de suas próprias vulnerabilidades. Nesse contexto, o recorte de gênero é um dos elementos fundamentais de análise e foi utilizado como base para o desenvolvimento da pesquisa teórica desenvolvida.

Assim, o presente trabalho se propôs a analisar, de maneira ampla, a relação existente entre gênero e tributação. Em um primeiro momento, objetivou-se a desenvolver a importância de uma tributação justa para a construção de uma

³⁸ FEDERICI, 2021. p. 30.

sociedade justa. Em um segundo momento, examinou-se a concepção de igualdade presente na Constituição da República de 1988 e, posteriormente, enfrentou-se os vieses implícitos de gênero presente na tributação.

Nesse sentido, foi possível verificar, por meio de exemplos pontuais, que existem disfunções no sistema tributário nacional que merecem atenção, uma vez que implicam, ainda que de maneira implícita, a uma sobrecarga tributária à vida das mulheres. Este impacto não possui relação, apenas, com um exame de números e porcentagens, exigindo atenção ao contexto histórico que fragiliza a situação da mulher e potencializa o peso tributário incidente a partir de uma perspectiva de gênero.

Sem qualquer dúvida, a tributação precisa atuar como um fator de igualdade material, não sendo possível sua aplicação sem comprometimento com o que se entende por justiça social. Dessa forma, é fundamental que os princípios da seletividade e da essencialidade sejam ponderados nas incidências tributárias que impactam o contexto feminino, buscando equilibrar uma situação historicamente em desequilíbrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: a experiência vivida. Volume 2. 3ª ed. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O dever fundamental de pagar “tributos” na Constituição de 1988. in Dever Fundamental de Pagar Impostos: O que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?

GODOI, Marciano Seabra de. ROCHA, Sergio André. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. in *Revista Estudos Feministas*. v. 10 (2002). Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/8774>>.
- FEDERICI, Sílvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.
- FEDERICI, Sílvia. *O patriarcado do salário: notas sobre Marx, gênero e feminismo*. Volume 1. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2021.
- FEITAL, Thiago Álvares. A dependência entre os direitos humanos e o Direito Tributário. *RIL Brasília* a. 56. n. 224. out./dez. 2019 p. 37-58.
- GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Org. Flavia Rios, Márcia Lima. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- GUNNARSSON, Åsa; SCHRATZENSTALLER, Margit; SPANGENBERG, Ulrike. *Gender equality and taxation in the European Union*. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583138/IPOL_STU\(2017\)583138_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583138/IPOL_STU(2017)583138_EN.pdf).
- HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 13ª ed. Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 2020.
- NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.
- PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa. PRETO, Raquel; GRUPENMACHER, Betina; RODRIGUES, Catarina; LARA, Daniela Silveira; PAZELLO, Fernanda Ramos; CUBAS, Renata Correia. *Tributação e Gênero*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-e-genero-03052019>.
- PUGLIESI, Fábio. OLIVEIRA, Micheline Ramos de. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. *Tributação e Igualdade De Gênero: Um Olhar Sobre Direitos Humanos*. v. 2 n. 1 (2): *Revista Direito UFMS*. Disponível em: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2583>.
- RICHTER, Laísa. *Igualdade de gênero traz benefícios também para a economia*. Disponível em: <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/igualdade-de-genero-traz-beneficios-tambem-para-economia-0>>.

TORRES, Ricardo Lobo. O Poder de Tributar no Estado Democrático de Direito. In: Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. TORRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

WOOLF, Virginia. Um teto todo seu. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

WOLF, Naomi. O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra mulheres. 13ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

LEIS E MOTIVAÇÕES DE ESTUDANTES INDÍGENAS NO ENSINO SUPERIOR

Deborah Cristina Oliveira da Costa

UNESPAR, Brasil

deborah.oliveira@unespar.edu.br

Michele Romani

UNESPAR, Brasil

micheleromanir@gmail.com

Rosely Dias da Silva

UNESPAR, Brasil

rosely.silva@unespar.edu.br

INTRODUÇÃO

A educação é direito fundamental, universal e inalienável além de ser instrumento de formação cidadã. Sabe-se que a universidade é espaço educacional que possibilita a promoção de valores, tolerância e respeito às diferenças e convivência política, cultural e social. Um de seus objetivos é promover o crescimento individual e, conseqüentemente, coletivo, seja da organização, seja do Estado como um todo, através da formação de profissionais para o exercício das profissões. (COSTA, 2020).

Este capítulo traz alguns apontamentos relevantes no início de uma pesquisa de mestrado que pretende considerar as motivações de mulheres indígenas ingressantes no ensino superior de uma Instituição de Ensino Superior (IES) do estado do Paraná. As inquietações se fizeram a partir de contato com estudantes indígenas da mesma instituição e que apresentaram grandes dificuldades para a permanência na academia.

O estudo buscará compreender a presença das mulheres indígenas que ingressaram no ensino superior pelo processo seletivo Vestibular Específico Institucional dos Povos Indígenas do Paraná, identificar quais leis possibilitam esse ingresso, esperando-se conhece-las e às políticas de inclusão para essas mulheres na universidade, objetivos do estudo.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

No Brasil, o ensino superior teve início em 1808, com a chegada da família real vinda de Portugal e a criação de escolas diversas, como a de Cirurgia e Anatomia (Salvador), Anatomia e Cirurgia, a Academia da Guarda Marinha e a Academia Real Militar (Rio de Janeiro), seguindo-se alguns anos depois o curso de Agricultura e Real Academia de Pintura e Escultura. Seguiu com progresso lento até a proclamação da república, mesmo com a independência política de Portugal em 1822. Tal lentidão se deve a falta de interesse da elite detentora do poder que não percebia vantagem na instituição das universidades além de depender da vontade política.

Já ao final do século XIX há uma iniciativa privada e começa o aumento de instituições desse nível de ensino, incentivado pela Constituição de 1891, iniciando, inclusive, o processo de ruptura com o modelo das escolas que tinham o controle do governo.

Durante e após os anos de 1920, a universidade pública começou a ser defendida em oposição aos modelos de instituições isoladas. Também fora à época que se propôs a pesquisa nesse nível de escolaridade. À época já se debatia sobre o conceito de universidade e as suas funções para a sociedade e foram se tornando local de abrigo a ciência e cientistas e de promoção do saber e da pesquisa (MARTINS, 2002).

A partir dos debates que aconteciam, em 1931 veio a autorização e a regulamentação das universidades, no governo de Getúlio Vargas. No entanto, a universidade pública ainda era cobrada e não era a única. As instituições privadas continuavam em funcionamento.

Entre os anos de 1931 e 1945 houve embate acerca do controle da educação no Brasil, havendo acordos entre o governo e a igreja católica até que esta fundou suas próprias universidades.

Após 1945 até cerca de 1968 o movimento estudantil se intensificou e postou-se contrário a várias ações de muito tempo, como por exemplo o modelo de universidade, eliminação do setor privado/absorção pelo poder público, levando a discussão sobre uma reforma do ensino e especialmente da universidade no país. Juntavam-se aos estudantes os professores jovens. As reivindicações para o ensino superior, dentre outras, era a instituição da cátedra e a eliminação do caráter elitista da universidade.

Tais debates ocorridos à época levaram a discussão das Leis de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), que veio a ser aprovada em 1961 pelo Congresso.

Tal lei foi vista como derrota pelos que lutavam por uma reforma justa e um troféu para os defensores da iniciativa privada.

Martins (2002) informa que em 1964, com o militarismo que tomou as rédeas do governo, as universidades passaram a ser vigiadas de tal forma a serem expulsos de dentro dela importantes lideranças, expandindo ainda mais o setor privado, mais próximo de 1970, quando houve o estímulo a pós-graduação e à capacitação docente.

Segundo Martins (2002), a reforma que houve em 1968 trouxe ideias de décadas anteriores, quais sejam:

- instituição de departamentalização do ensino;
- criação de institutos básicos de educação;
- fez alterações no exame vestibular;
- eliminou a cátedra;
- possibilitou decisões mais democráticas;
- a pesquisa foi institucionalizada;
- centralização das decisões por órgãos federais
- indissociabilidade do ensino superior do ensino e pesquisa.

(MARTINS, 2002)

A redução pelo ensino superior deu-se progressivamente em 1980 e anos subsequentes coma retenção e a evasão de alunos do segundo grau, ensino médio atualmente, a falta de atendimento das exigências do mercado e as expectativas da clientela. O percentual de vagas não preenchidas nos cursos superiores foram aumentando sendo que na década de 1990 a oferta de vagas era igual ou maior à demanda.

No século XX o atendimento à população se expandiu e as populações menos favorecidas já começam a ingressar nesse nível de ensino, porém sem usufruir das mesmas oportunidades de acesso do que os pertencentes à elite, ocasionado pelas deficiências do ensino fundamental e por problemas sociais (MARTINS, 2002).

Outras reformas posteriores a essa década possibilitaram o aumento da oferta de vagas no ensino fundamental aliado a oferta de bolsa especificamente para esses estudantes, a LDB reformulada (1996) e a própria Lei de Cotas (2012),

que institui vagas para estudantes oriundos de estudo exclusivamente em escolas públicas além de raça e etnia.

2. INDÍGENAS NA UNIVERSIDADE

A educação escolar indígena é abordada, já há quase cem anos (LIMA, 2007), pelas autoridades e organizações nacionais e internacionais sendo que atualmente, mais precisamente a partir da década de 1990, se fazem em ações efetivadas por políticas de ação afirmativa para esses indivíduos e que envolvem dois elementos a serem destacados:

O primeiro deles refere-se à necessidade de cumprimento da educação diferenciada e bilíngue, presente na Constituição de 1988, que passou a requerer a atuação de professores indígenas, e com relação ao segundo elemento, destaca-se que a questão da luta pela terra, permeada por aparatos jurídicos (laudos, contralaudos, etc.) tem requerido maior formação científica das lideranças indígenas para melhor compreensão e atuação nessa área. (FAUSTINO; NOVAK; CIPRIANO, 2013, p.71).

A luta indígena se faz a partir das necessidades deste com o apoio de outros atores – antropólogos e indigenistas – que estudam e se preocupam com essa parte da população (BANIWA, 2009). Segundo Arcanjo (2011, p. 14), “as experiências de educação superior para os povos indígenas resultam da articulação das organizações indígenas junto às universidades e aos órgãos federais responsáveis pela política indigenista [...]”. Verifica-se, então que para que se chegasse a vitórias, deve-se ressaltar que “Os movimentos indígenas e indigenistas têm um papel muito importante no convencimento do Estado brasileiro na formulação e na oferta dessas políticas” (BANIWA, 2009, p. 187).

Isto possibilitou que os direitos dos indígenas começassem a ser respeitados, pelo menos em parte, e considerados na tomada de decisão dos governos. Implicações históricas, políticas e práticas são determinantes para as discussões acerca da educação escolar indígena, seja em quaisquer dos níveis de escolaridade (BANIWA, 2009).

Já no período de colonização do nosso país verifica-se o interesse por esses indivíduos e a tentativa de ‘educa-los na forma do branco’, ou seja, do não indígena. No entanto, existe um grande choque entre as reais necessidades, sociais e culturais, desses indivíduos com a realidade política e, no caso da educação, a realidade pedagógica que é praticada.

Lima (2007, p.9), sobre o ensino superior e povos indígenas, pondera que:

[...] há dois vieses diferentes, mas historicamente entrelaçados, que têm sido percebidos de modo separado e que, todavia, confluem na busca dos povos e organizações indígenas por formação superior. O primeiro deles tem a ver com a educação escolar que foi imposta aos indígenas, e que redundou na formação de professores indígenas. O segundo viés passa pela necessidade de se ter profissionais indígenas graduados em saberes científicos ocidentais, capazes de articular esses saberes e os conhecimentos tradicionais de seus povos, pondo-se à frente da resolução de necessidades surgidas com o processo de territorialização contemporâneo a que estão submetidos e que redundaram nas demarcações de terras a coletividades, processo que se incrementou ponderavelmente após a constituição de 1988.

Isso é percebido por Costa (2020, p. 8), que coloca que os povos indígenas:

[...] são populações minorizadas, que resistiram ao processo de colonização e buscam reorganizar suas culturas e línguas tendo a universidade, a partir do século XXI, como um espaço onde podem buscar novos conhecimentos que, intercambiados aos saberes tradicionais ancestrais, lhes permite ressignificar elementos culturais, buscar a autonomia e sustentabilidade.

Percebe-se, aí, que o interesse, e a necessidade, dos povos indígenas em ingressar no ensino superior se faz muito além de um título de escolaridade. Torna-se peculiar devido à reorganização cultural própria e de entendimento dos processos da cultura não indígena e na forma de administração e relacionamento desta com as várias áreas do conhecimento.

Para Lopes e Lopes (s/d), “os Povos Indígenas tem ampliado seus processos de escolarização nas aldeias ou cidades, o que implica diretamente em demanda para o ensino superior, entendido como lócus privilegiado de ampliação e instrumentalização da luta pela autonomia”. Assim, além da educação básica e ensino médio, a procura pelos cursos de graduação em instituições públicas de ensino superior têm aumentado ano a ano. A busca pela educação superior é provocada, também, pelo crescimento dessa população por todo o país

A presença indígena nos bancos acadêmicos representa o interesse, e a necessidade, dos povos indígenas para a sua reorganização cultural própria, de entendimento dos processos da cultura não indígena e na forma de administração e relacionamento desta com as várias áreas do conhecimento, o que se percebe

ser de grande importância para esse público e que vai muito além da obtenção de um título de escolaridade. Isso pode ser observado por Marcos Terena (2013, p.13) ao inferir que “a presença do Índio Universitário nas academias brasileiras ao longo do tempo representará também a transformação do Estado, gerando equidade e qualidade social, econômica e política”.

Percebe-se, com isso, que as populações indígenas têm, cada vez mais, interesse em adquirir os conhecimentos do não indígena para colaborar não apenas com sua comunidade de origem, mas, e também, com o Estado como um todo.

A busca pelo ensino superior por esses indivíduos é bastante recente em comparação à população em geral. Datam do final no século XIX as primeiras manifestações acerca dessa procura que, em boa parte da história das lutas dessas populações, vem sendo atendidas pelo órgão governamental Fundação Nacional do Índio (FUNAI) justamente por uma de suas competências ser, dentre outras, “[...] promover o fomento e apoio aos processos educativos comunitários tradicionais [...]” (FUNAI, 2021) já que os indígenas ingressantes nessa modalidade de ensino o faziam por méritos próprios (PALADINO, 2013).

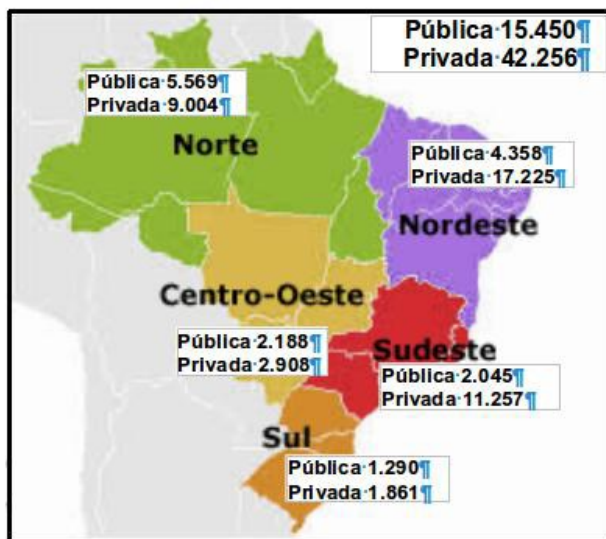
A partir de 1988, a Constituição Federal reconhece o direito dos povos indígenas a suas terras ancestrais e a uma educação própria, em sua língua materna. Embora tenham passados mais de trinta anos de sua promulgação, os povos indígenas continuam a luta pelo reconhecimento de suas diferenças, como alerta o indígena e professor Gerssem Baniwa (2013, p.20):

A marca principal dos direitos indígenas é a diferença e a equivalência e não a igualdade ou similaridade, em razão da qual os povos indígenas têm reivindicado tratamento diferenciado em que o foco da política seja a valorização e o reconhecimento das diferenças e da diversidade e não a inclusão e homogeneização das políticas, mesmo no âmbito das políticas para a diversidade ou minorias sociais.

A Lei Federal nº 12.711/2012, conhecida como ‘Lei de Cotas’ instituiu reserva de vagas para diversos públicos, entre eles os indígenas, na universidade. Antes de referida lei, ações eram desenvolvidas pelas IES para receber esses indivíduos em seus cursos. Tais ações se efetivavam pela instituição de cursos de licenciaturas interculturais ou vagas reservadas ou suplementares, o que por um bom tempo garantiu o acesso ao ensino superior para os indígenas sem a iniciativa pública.

Em relação à procura pelo ensino superior por esse público, Baniwa (2013) infere que “o acesso ao ensino superior por indígenas não é apenas um direito, é também uma necessidade deles e um desejo da sociedade brasileira [...]”.

Figura 1: Quantidade de Indígenas Matriculados no Ensino Superior



Fonte: De “Assistência Estudantil para Estudantes Indígenas do Ensino Superior: Uma Proposta de Programa para a Universidade Estadual do Paraná” de D. C. O. Costa, 2020, p. 49 (Dissertação de Mestrado). Universidade Estadual de Maringá, PR, Brasil.

Assim, sendo receptora de milhões de estudantes que almejam concluir uma das etapas mais importantes da educação visando, entre outras coisas, a melhoria para suas comunidades de origem, as universidades recebem, anualmente, milhares de estudantes indígenas como pode ser observado na Figura 1.

O mapa apresenta dados do Censo de 2018 sobre o quantitativo de estudantes indígenas matriculados em instituições de ensino superior públicas e privadas nas cinco regiões do Brasil. O documento acusou que no ano de 2018 estavam matriculados 57.706 indígenas no ensino superior. Sendo que em 2017 o percentual de estudantes indígenas nesse nível da educação brasileira em relação ao total era de 0,79%. Vale ressaltar que em 2016 ocorreu a redefinição das cotas, possibilitando que o ingresso de 0,87% dos estudantes no ensino superior das IES no Brasil fosse de indígenas.

Entendemos que tal crescimento se deva ao fato de que foram criadas leis e regulamentações para o ingresso desses indivíduos no ensino superior, tal como a ‘Lei de Cotas’ e os vestibulares específicos para ingresso de indígenas nesse nível de escolaridade.

3. PARANÁ: AÇÃO AFIRMATIVA PARA O INGRESSO DO ESTUDANTE INDÍGENA NA UNIVERSIDADE

Os povos indígenas no Brasil, e no Paraná, são populações minorizadas, que resistiram ao processo de colonização e buscam reorganizar suas culturas e línguas tendo a universidade, a partir do século XXI, como um espaço onde podem buscar novos conhecimentos que, intercambiados aos saberes tradicionais ancestrais, lhes permite ressignificar elementos culturais, buscar a autonomia e sustentabilidade. A graduação torna-se, portanto, uma das formas de luta e conquistas para essas comunidades, que esperam se preparar para o enfrentamento em debates, justamente “para afirmar seus conhecimentos e seus modelos de desenvolvimento”. (BERGAMASCHI; DOEBBER; BRITO, 2018, p. 46).

As universidades públicas do Paraná, sete estaduais e uma federal, anualmente recebem estudantes indígenas no nível de graduação pelo Vestibular Específico Institucional dos Povos Indígenas do Paraná, doravante chamado de Vestibular dos Povos Indígenas. Essa política pública de inclusão, pioneira no Brasil e instituída no ano de 2001 pela Lei 13.134 de 18 de abril de 2001, tem por particularidade e especificidade a seleção de candidatos indígenas para cursos de graduação ofertados por essas Instituições de Ensino Superior (IES).

O Vestibular dos Povos Indígenas é organizado anualmente pela Comissão Universidade para os Índios (CUIA39), instituída pela então Secretaria de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná (SETI), atualmente Superintendência. Trata-se de uma política de “ação afirmativa de acesso diferenciado à universidade” (CAJUEIRO, 2008, p. 1) e que reforça a luta indígena de cerca de 500 anos de contato com a sociedade, desde os primeiros não indígenas que chegaram ao Brasil até os dias atuais (NOVAK, 2014).

Pode-se entender que “tal crescimento no aumento do número de indígenas matriculados se faz consequência de uma agenda de lutas políticas [...], que resultaram nas conquistas de direitos civis” (COSTA, 2020, p. 43) e que a partir

³⁹ A CUIA foi instituída no ano de 2001 pela resolução conjunta 001/2001, atualmente Portaria 184/2020-SETI.

delas os indígenas puderam “reivindicar a posse de seus territórios, saúde e educação específica, multicultural e bilíngue, direito de gerir seus próprios territórios, de falar suas línguas maternas, de praticar seus costumes e tradições”. (COSTA, 2020, p. 43). A autora argumenta, ainda, que:

[...] muitos indígenas, inclusive as lideranças dessas comunidades, acreditam que o ingresso e conclusão de um curso superior possibilitará o fortalecimento da própria comunidade interna e externamente diante dos enfrentamentos diários e constantes. O conhecimento adquirido na universidade pode colaborar na solução de problemas internos e na defesa de seus direitos e formas de que esses sejam respeitados e efetivados. (COSTA, 2020, p. 43).

Segundo Relatório da CUIA, até o ano de 2019, 248 indígenas ingressaram no ensino superior no estado do Paraná, sendo que desses, 106 são do gênero masculino e 142 do gênero feminino.

Diante de tal quadro, surgiu o interesse em conhecer a realidade das mulheres indígenas que deixam suas comunidades para buscar o conhecimento e a melhoria pessoal e dos parentes, como chamam-se entre si. Em virtude disso, o estudo buscará compreender a presença das mulheres indígenas que ingressaram no ensino superior pelo processo seletivo Vestibular Específico Institucional dos Povos Indígenas do Paraná, identificar quais leis possibilitam esse ingresso, esperando-se conhece-las e às políticas de inclusão para essas mulheres na universidade, objetivos do estudo.

Para subsidiar a pesquisa, utiliza-se de análise documental em leis e pesquisa bibliográfica em artigos científicos e capítulos de livros de autores que abordam a temática indígena em seus estudos e escritos nos quais podem se encontrar, extrínseca e intrinsecamente, informações sobre as motivações dessas acadêmicas. No entanto, para este estudo, nos limitaremos ao ingresso das estudantes indígenas apenas de uma das IES públicas do estado do Paraná, a Universidade Estadual do Paraná, doravante denominada UNESPAR. Isso se justifica em virtude da proximidade destas autoras com estudantes indígenas na instituição em que atuam.

Entende-se que o estudo se faz relevante devido ao aumento desse público nas universidades e para o entendimento de seus efetivos objetivos e anseios na obtenção do título acadêmico.

4. A UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ

O Paraná é um dos estados da região sul do Brasil, de economia baseada na agricultura. Tem, atualmente, 8 universidades públicas, sendo 7 estaduais e 1 federal. São elas:

Universidade Estadual do Centro Oeste do Paraná – UNICENTRO;

Universidade Estadual de Londrina – UEL;

Universidade Estadual de Maringá – UEM;

Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP;

Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE;

Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR;

Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG;

Universidade Federal do Paraná – UFPR.

As universidades públicas paranaenses fazem parte de um programa de inclusão ao ensino superior instituído pelo governo do estado. Dentre elas está a UNESPAR, criada inicialmente pela Lei 13.283, de 25 de outubro de 2001, e, então, formada por 11 faculdades isoladas. Foi desmembrada em 2006 com a criação de uma nova IES – a Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Após o desmembramento, a UNESPAR se manteve ainda com 7 faculdades isoladas e finalmente em 2013, com a Lei Estadual 17.590, é constituída, e dela fazendo parte a Escola Superior e Segurança Pública da Academia Policial Militar do Guatupê.

Somando-se as demais IES estaduais, a UNESPAR está vinculada à SETI, e tem sede no município de Paranavaí, com a missão de “gerar e difundir conhecimento científico, artístico-cultural, tecnológico e a inovação, nas diferentes áreas do saber, para a promoção da cidadania, da democracia, da diversidade cultural e do desenvolvimento humano e sustentável, em nível local e regional”. É uma instituição que oferta mais de 60 cursos superiores de bacharelado e licenciatura, atendendo a mais de 12 mil alunos de graduação e pós-graduação abrangendo 7 (sete) *campi* distribuídos por todo o estado e chegando a cerca de 150 municípios. Deste número de alunos, encontram-se os estudantes de origem indígena.

A UNESPAR recebe 6 (seis) ingressantes indígenas anualmente em virtude da política de ação afirmativa implantada no Paraná, que destina vagas suplementares em cursos regulares para membros dos povos indígenas que habitam o estado. O ingresso de estudantes indígenas na UNESPAR iniciou-se no ano de 2012 em sua primeira composição, com apenas 1 (um) ingressante no curso de Teatro. A partir de 2016 volta a receber indígenas em seu quadro de ingressantes pelo Vestibular dos Povos Indígenas do Paraná.

4.1. Indígenas na UNESPAR

Anualmente as IES do Paraná recebem estudantes de origem indígena em seu quadro de ingressantes. Gradualmente o número desses estudantes os *campi* da UNESPAR vem aumentando, tanto em quantitativo quanto de gênero feminino.

Ao observarmos a quantidade de indígenas matriculados em 2020 e 2021 nessa IES, o número de matrículas de mulheres indígenas é bastante significativo, com elevado percentual em relação aos homens. Daí uma das razões para buscar informações sobre essas mulheres e suas motivações.

Tabela 1 - Número de Indígenas Matriculados em 2020 e 2021 na UNESPAR, por Unidade e Gênero.

UNIDADE (CAMPUS)	Nº INDÍGENAS MATRICULADOS			
	2020		2021	
	M	F	M	F
Apucarana	1	9	1	7
Campo Mourão	0	1	0	1
Curitiba I	0	0	0	0
Curitiba II	1	0	1	0
Paranaguá	1	0	1	1
Paranavaí	0	1	0	4
União da Vitória	0	1	0	0
Sub total	3	12	3	13
TOTAL	15		16	

Nota. Elaborado pelas autoras, a partir de informações da IES, 2021.

Na Tabela 1 visualiza-se o número de matriculados nos anos de 2020 e 2021. Foram 15 indígenas matriculados no ano de 2020 e 16 em 2021, chegando-

se ao percentual de 80% e 81% nos dois anos, respectivamente, para o gênero feminino.

Isso nos leva a crer que as mulheres estão buscando apropriar-se cada vez mais dos conhecimentos do não indígena e à curiosidade sobre o que as motivam para deixar suas comunidades em buscar do conhecimento e da melhoria pessoal e dos parentes e, ao mesmo tempo, conhecer a sua realidade.

5. ACADÊMICAS INDÍGENAS E SUA MOTIVAÇÕES

Faustino, Novak e Rodrigues (2020) consideram que as recomendações da Conferência Mundial sobre Educação Superior da UNESCO, em 1998, baseiam “as políticas públicas de inclusão dos povos indígenas na universidade e atenção às mulheres”. Tais políticas buscam defender

A necessidade de reconhecimento e apoio ao direito das mulheres e das meninas indígenas à escolarização, bem como a promoção de uma educação que atenda às necessidades, aspirações e culturas indígenas, mediante a elaboração de programas educativos, planos de estudo e meios didáticos apropriados nas línguas das populações indígenas; com a participação das mulheres indígenas nesses processos. (FAUSTINO, NOVAK & RODRIGUES, 2020, p. 10).

Nas sociedades indígenas a mulher tem papel e atuação relevante na política da aldeia; matem o ciclo familiar unido e boa parte do sustento do grupo, responsabilizando-se pelo cuidado com crianças, jovens, e com os mais velhos. Mesmo vivenciando realidades excludentes e desiguais, por meio da linguagem oral, do trabalho e demais atividades cotidianas, as mulheres indígenas têm papel fundamental na transmissão, às novas gerações, de elementos indenitários e linguísticos, de suma relevância à sua preservação histórica e cultural. A participação da mulher indígena no processo histórico do seu povo, desde a invasão até os dias atuais, tem sido de grande importância para a defesa da vida e de suas terras. (FAUSTINO, NOVAK e RODRIGUES, 2020).

No decorrer dessa história de muita violência e luta pelos direitos das mulheres em possuir espaços dentro e fora de suas comunidades, hoje nos deparamos com uma grande evolução no que tange a este assunto e essas vem conquistando seu espaço inclusive dentro das universidades. Vão em busca de melhorias, principalmente nas grandes universidades, sendo que boa parte dessas estudantes são casadas, com filhos, e passam por diversas dificuldades.

Diversas são as reivindicações e os assuntos em que as mulheres indígenas debatem sobre seus direitos, além de posições de liderança em suas comunidades. Por conta disso, no Brasil, elas vêm ocupando espaços cada vez maiores no diálogo com instituições não indígenas, nas esferas públicas e na institucionalização de organizações políticas para si. (DUTRA e MAYORGA, 2019, p. 114).

No entanto, ainda se verifica que, em algumas sociedades indígenas, a distinção de gênero é bastante forte. Em outras encontra-se traços de modificações devido às transformações culturais pela maior proximidade e contato com a sociedade em geral, o que interfere nos papéis das mulheres e homens, anteriormente atribuídos, além da organização daquela sociedade/comunidade em si. Nesse sentido, entende-se que a participação da mulher indígena nos bancos acadêmicos é fundamental para a construção de um sistema de formação eficaz e de relevância para seu povo.

Este estudo surgiu da necessidade de entender melhor a trajetória da mulher indígena no ensino superior, compreendendo os percursos formativos das acadêmicas no Paraná que vivenciam a situação de serem mulheres provenientes de minorias étnicas, mas que entendem ser o ensino superior uma contribuição para a melhoria do acesso a renda, superação da exclusão e ampliação de seus espaços de atuação, tanto nas comunidades indígenas como na sociedade envolvente.

Nesse contexto a pesquisa futura tem como perspectiva trazer a luta e resistência das mulheres indígenas ingressantes no ensino superior, mais especificamente no campus de Apucarana da Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR, entre os anos de 2016 a 2022 e pelo Vestibular dos Povos Indígenas.

A pesquisa a ser realizada buscará compreender a presença das mulheres indígenas – especialmente as que ingressaram no ensino superior – e foram aprovadas em processo seletivo pelo Vestibular Específico Institucional dos Povos Indígenas do Paraná. Dentro de uma proposta metodológica colaborativa sensível e que considere a complexidade dos contextos étnicos e de vivência cotidiana, a construção dos futuros resultados se baseará principalmente na escuta das narrativas dessas mulheres, em rodas de conversa e diálogos. A fim de analisar a conjuntura, e como se dá o processo de presença de mulheres indígenas nas universidades em tempos de democratização do acesso ao ensino superior, pretende-se primeiro entender a transversalidade do tema universidade: processo de cotas para indígenas no contexto Paranaense.

Em geral, nas Terras Indígenas, as mulheres são as grandes conhecedoras da medicina nativa, educadoras dos filhos, dividem os trabalhos com os homens, responsáveis pelos partos e por muitos tratamentos de saúde e importante elo entre toda a família.

As mulheres indígenas não ignoram a existência das diferenças étnicas e da desigualdade social e política que sofrem. Faustino, Novak, Rodrigues (2019, pg.08) colocam que:

Há uma quantidade relativamente limitada da atenção colocada atualmente na participação de mulheres indígenas [...] dado o papel chave que as mulheres indígenas desempenham na transmissão de línguas e culturas indígenas, assim como o acesso mais limitado de meninas indígenas à educação primária e secundária em muitos países Latino Americanos, mais atenção deve ser prestada aos problemas de gênero em todos os aspectos do esboço, da execução e da avaliação dos projetos. (DAVIS, 2003, pg.8).

As políticas públicas de inclusão dos povos indígenas na universidade e atenção as mulheres são recomendações da Unesco em 1998, que já destacava, que o processo emancipatório do coletivo, também passa pelo individual, recomendando um apoio direto as mulheres e meninas indígenas, com promoção a educação, valorização de suas culturas, e projetos didáticos apropriados na sua língua materna.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que a pesquisa a ser desenvolvida tem relevância para a comunidade universitária, as comunidades indígenas e a própria IES onde o estudo será realizado, visto que possibilitará conhecer a realidade da permanência dessas estudantes no ensino superior, justificando essa proposta. Isto porque:

O acesso e a permanência na Universidade deste, daquele ou de um grupo de indivíduos é assunto que interessa às coletividades mais amplas a que eles se ligam; trajetórias escolares individuais se alimentam e fortalecem na relação e no compromisso do estudante com seus parentes, sua comunidade de origem, seu povo, sua condição indígena. (URQUIZA, et al., 2011, p. 20).

Tais considerações corroboram com Bergamaschi, Doeber e Brito (2018) ao indicarem que o ingresso de estudantes indígenas no ensino superior surge na necessidade destes povos possuírem e fornecerem uma educação que tivesse significado para eles e que preservasse o ensino da sua língua materna,

bem como mantivesse as escolas das aldeias funcionando de modo a garantir ensino de qualidade para todas as crianças indígenas.

Em consonância a isso, Oppermann (*in* UFRGS, 2013, p. 7) indica que

A importância da inclusão dos jovens indígenas no ensino superior expressa as aspirações coletivas e historicamente represadas nas suas comunidades de melhorarem suas condições de vida, cidadania e dignidade social. A busca do conhecimento acadêmico pode traduzir o salutar diálogo de diferentes culturas, superando os limites de um padrão de exclusão social não mais admitido.

Marcos Terena (2013, p. 10) infere que o índio universitário tem como papel:

[...] ser instrumento para agregar valores ao conhecimento acadêmico, científico e pedagógico ocidental, afinal, sua formatação é feita de acordo com a cultura e a tradição unilateral ou egocêntrica. Talvez esteja aí o grande desafio e a oportunidade de construir um processo digno de primeiras nações para a formação superior do indígena, com reconhecimento como valor científico e acadêmico, e não apenas uma concessão ou compensação

Jodas (2019, p.187) indica que “quando os indígenas saem da comunidade e vão buscar conhecimento na universidade é depositada a esperança de que possam voltar e que serão no futuro um instrumento de garantia dos povos indígenas”. Isto porque para esses povos “a universidade constituiu-se em um espaço potencial de articular novos saberes e reconhecimento étnico [...]” (JODAS, 2019, p. 233).

No entanto, é importante observar que ingressar na universidade, para o indígena, vem a ser um “complexo fenômeno que envolve mudança não apenas de endereço (após cruzar a fronteira da aldeia), mas de toda uma série de contatos socioculturais do indivíduo, em todas as áreas da sua vida”. (SARRIERA, 2005, apud ANGNES et, 2014, p 203).

Assim, essas autoras consideram que a presença do estudante indígena na universidade exige novos relacionamentos, necessidades de novos olhares nos aspectos culturais e sociais, colocando em questão algumas ideias já tão enraizadas, principalmente aquelas que desconsideram os conhecimentos tradicionais indígenas.

Em virtude disso, percebe-se que as mulheres indígenas se empenham, cada vez mais, em buscar novos conhecimentos, para si e para os seus, objetivando a melhoria e o desenvolvimento pessoal, da família, da aldeia e da etnia como um todo e que, inevitavelmente, está inserido na mesma sociedade preconceituosa e indiferente às diferenças culturais desses povos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGNES, J.S.; FREITAS, M.F.Q.; KLOZOVSKI, M.L.; MATTOS S.M.M.; COSTA, Z.F. Permanência na Universidade: o que dizem os estudantes indígenas da Universidade Estadual do Centro-oeste do Paraná. Revista HOLOS, Ano 30, Vol. 6, pp 190-205. Recuperado de <https://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/1658>.

BERGAMASCHI, M. A.; DOEBBER, M. B.; BRITO, P. O. 2018. Estudantes indígenas em universidades brasileiras: um estudo das políticas de acesso e permanência. Rev. Bras. Estud. Pedagog., Brasília, v. 99, n.

251, p.37-53, jan./abr. Recuperado de [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2176-](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2176-66812018000100037&script=sci_abstract&tlng=pt)

[66812018000100037&script=sci_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2176-66812018000100037&script=sci_abstract&tlng=pt).

BRASIL. 2012. LEI 12.711/2012. Dispõe Sobre o Ingresso nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de Ensino Técnico de Nível Médio e dá outras Providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm.

COSTA, D. C. O. 2020. Assistência estudantil para estudantes indígenas do ensino superior: uma proposta de programa para a Universidade Estadual do Paraná. Recuperado de <http://www.ppp.uem.br/arquivosdissertacoes/deborah-cristina-oliveira-da-costa.pdf>.

CAJUEIRO, Rodrigo C. 2008. Os povos indígenas em instituições de ensino superior públicas federais e estaduais do Brasil: levantamento provisório de ações afirmativas e de licenciaturas interculturais. Trilhas do conhecimento. Recuperado de <http://flacso.redelivre.org.br/files/2012/07/117.pdf>.

DUTRA, J. C. de O. & MAYORGA, C. 2019. Psicologia: Ciência e Profissão. v. 39 (n.spe), e221693, 113-129. <https://doi.org/10.1590/1982-3703003221693> Mulheres Indígenas em Movimentos: Possíveis Articulações entre Gênero e Política¹. Obtido em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/Tmk-JTj6vTNMxpzhB3jhbPjK/abstract/?lang=pt>.

FAUSTINO, R. F.; NOVAK, M. S. J.; RODRIGUES, I. C. O acesso de mulheres indígenas à universidade: trajetórias de lutas, estudos e conquistas. *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 12, n. 29, e0103, jan./abr. 2020. Recuperado de <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/16053-Texto%20do%20artigo-61229-1-10-20200501.pdf>.

FUNAI. 2021. Entre 1991 e 2010, população indígena se expandiu de 34,5% para 80,5% dos municípios do país. Brasília, 2012. Recuperado de <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/1069-entre-1991-e-2010-populacao-indigena-se-expandiu-de-34-5-para-80-5-dos-municipios-do-pais#>.

JODAS, Juliana. *A Luta Também É com a Caneta: usos e sentidos da universidade para estudantes indígenas*. Tese doutorado – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas, SP: [s.n.], 2019.

MARTINS, A. C. P. 2002. Ensino Superior no Brasil: da descoberta aos dias atuais. *Acta Cir. Bras.* 17 (suppl 3) Obtido em: <https://doi.org/10.1590/S0102-86502002000900001>. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/acb/a/8jQH56v8cDtWgz8yZdYjHHQ/?lang=pt>.

NOVAK, M. S. J. 2014. *Os Organismos Internacionais, a Educação Superior para Indígenas nos Anos de 1990 e a Experiência do Paraná: estudo das ações da Universidade Estadual de Maringá*. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Maringá, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Programa de Pós-Graduação em Educação. 342 fl. Recuperado de <http://www.ppe.uem.br/teses/2014/2014%20-%20Maria%20Simone%20Jacomini%20Novak.pdf>.

PALADINO, M. 2013. Um mapeamento das ações afirmativas voltadas aos povos indígenas no ensino superior. In: *Estudantes indígenas no ensino superior: uma abordagem a partir da experiência na UFRGS/Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Comissão de Acompanhamento dos Alunos do Programa de Ações Afirmativas. Comissão de Acesso e Permanência do Estudante Indígena. – Porto Alegre: Editora da UFRGS. Recuperado de <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/199003/000900287.pdf?sequence=1>.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A PANDEMIA DO COVID-19: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA SEGURANÇA DAS MULHERES

Sibila Stahlke Prado

Mestranda do Programa de Mestrado Profissional em Direito
Faculdades Londrina – Londrina - Brasil
sibila_prado@hotmail.com

Bruna Azevedo de Castro

Doutora pela FADISP – Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito
Faculdades Londrina – Londrina – Brasil
brunaazcastro@gmail.com

INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher é problema social gerador de extrema preocupação no Brasil e no mundo, tendo em vista o imenso número de casos e as peculiaridades que envolvem a questão da violência de gênero, além dos índices alarmantes de episódios que acabam em feminicídio.

Tratando-se especificamente do Brasil, as origens da violência doméstica que fazem o país alcançar o patamar de 5º país com mais números de casos no mundo, remontam a acontecimentos históricos-sociais e culturais, que colocam a mulher, até os dias atuais, em uma posição de subjugação em relação ao homem.

Tendo em vista um cenário de diversas lutas ao longo do tempo, várias conquistas vieram solidificar a dignidade da mulher, e, em especial, no âmbito da proteção contra a violência de gênero, a Lei Maria da Penha foi um marco divisor no combate a esse tipo de brutalidade.

A Lei trouxe diversos dispositivos inovadores e extremamente importantes, com destaque as medidas protetivas de urgência, que visam precipuamente a proteção da mulher contra novas agressões. Contudo, mesmo após anos em vigor, percebe-se a carência de efetividade da Lei, que conta com diversos instrumentos protetivos e que objetiva além do combate, a prevenção da violência. Essa falta de eficiência é perceptível através das estatísticas de violência contra a mulher e por derradeiro, o número de feminicídios que só crescem com o passar dos anos, refletindo um cenário aterrorizante.

Com a chegada da pandemia, causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), o cenário foi ainda pior. Tendo em vista as medidas sanitárias de distanciamento social e de quarentena, o isolamento no ambiente doméstico virou a regra, fazendo com que mulheres vítimas de violência de gênero fossem obrigadas a conviver, de forma mais estreita ainda, com seus agressores. Além disso, o convívio com parentes e amigos tornou-se mais distante e o próprio auxílio, acompanhamento e acolhimento de órgãos e entidades voltadas a esse tipo de violência, foram comprometidos. Diante de tal cenário, as estatísticas oficiais emergiram de forma assombrosa, com a constatação por exemplo de um aumento de 22,2% dos casos de feminicídios de 12 estados do Brasil, no período de março a abril de 2020 (em comparação ao mesmo período em 2019).

No tocante ao progresso tecnológico, especialmente a internet e suas características de fluidez, de globalização - do modo como a informação se espalha e como a comunicação se dá em tempo real -, percebe-se o surgimento de circunstâncias propícias para novas formas de combate, fiscalização e prevenção de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desta feita, como resultado, espera-se verificar se o uso das tecnologias da informação, especialmente a internet e outros aparatos tecnológicos, podem de fato ser usados para dar uma maior concretude e eficácia à Lei Maria da Penha, especialmente no que diz respeito às medidas protetivas de urgência, buscando assim romper com o ciclo de violência contra a mulher. Para isso, utiliza-se da técnica de documentação indireta, especialmente a pesquisa bibliográfica, com método de abordagem dedutivo.

1 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A violência de gênero, especialmente a que diz respeito às mulheres em geral, tem sido já, há um algum tempo, alvo de grande preocupação por parte da sociedade e do Estado brasileiro. Os índices alarmantes, tanto os que dizem respeito às agressões em suas diversas formas, quanto por derradeiro as que culminam na morte das mulheres (em especial, o feminicídio), são chagas carregadas por toda a sociedade.

A luta pelos direitos das mulheres e sua igualdade em relação ao homem remete aos movimentos feministas que alcançaram seu auge nos anos 70. De lá para cá, as batalhas e conquistas de nenhum modo tem sido linear, mas, sim,

fruto de constantes revisões e ajustes pelo caminho. Sendo assim, “refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, como invoca, em sua complexidade e dinâmica, o movimento feminista, em sua trajetória plural”. (PIOVESAN, 2014, p. 21). Essa é uma luta que, infelizmente, parece que ainda está longe de chegar ao seu fim.

As origens histórico-sociais que colocam o Brasil como um dos países mais violentos do mundo com relação às mulheres⁴⁰, de forma superficial, são até bem conhecidas. As bases patriarcais com que a sociedade brasileira se constituiu, o machismo, a dominação estrutural das mulheres, sua objetificação e tratamento como ser inferior, entre outras, são mazelas sociais que se perpetuam - mesmo que de forma muitas vezes velada -, até os dias atuais, o que demonstra que a preocupação com a mulher e sua segurança depende da quebra de padrões sociais enraizados na cultura e no inconsciente coletivo do país.

Nesse sentido, apesar de muito conhecido, cabe lembrar que o grande marco no que tange a discussão a respeito da violência contra a mulher no Brasil, surgiu a partir da luta de uma mulher que se tornou o símbolo do combate a esse tipo de brutalidade. A mulher em questão, Maria da Penha Maia Fernandes, sofreu, durante anos, diversos tipos de violência, desde psíquica até a física, por parte de seu até então marido. Este, ainda não satisfeito, no ano de 1983, deu um tiro na esposa enquanto esta dormia, o que a levou a ficar paraplégica. (CUNHA; PINTO, 2012).

Após esse incidente e de ainda mais uma tentativa de feminicídio contra a ofendida, houve, de forma resumida, a instauração de processo judicial encabeçado pela denúncia do Ministério Público contra o réu, até então esposo daquela. Durante seu trâmite, lento e marcado por injustiças, - o processo demorou oito anos para ser levado a júri -, Maria da Penha acabou levando seu caso até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) em 1998, o que culminou na publicação do relatório 54/2001, em 16 de abril de 2001. Tal relatório ressaltou a omissão e falta de cumprimento do Brasil no combate efetivo à violência contra as mulheres, tendo em vista fazer parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (que entrou em vigor no Brasil no ano de 1992) e da Convenção de Belém do Pará (que entrou em vigor no Brasil em 1995), além de apontar

⁴⁰ O Brasil ocupa o 5º no ranking mundial de feminicídios, ficando atrás apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia. Os dados são do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).

a ineficácia judicial e a impunidade existente quanto ao combate da violência contra a mulher.

Sendo assim, “em 2001, o Brasil foi penalizado por omissão e negligência ao que diz respeito à violência doméstica e, como cumprimento da sanção, na qual o Brasil deveria, entre outras medidas, criar políticas públicas para a prevenção, editou-se 2006 a Lei 11.340 – a Lei Maria da Penha” (VARELLA; MACHADO, 2009, p. 475).

Desta feita, a Lei Maria da Penha significou um grande avanço - tendo em vista que, anteriormente a esta, não havia no Brasil uma lei específica que combatesse esse mal. Diante da lacuna legislativa, aplicava-se até então, a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995), o que banalizava muito esse tipo de violência. Sendo assim, “o caso Maria da Penha permitiu, de forma emblemática, romper com a invisibilidade que acoberta este grave padrão de violência de que são vítimas tantas mulheres, sendo símbolo de uma necessária conspiração contra a impunidade”. (PIOVESAN, 2014, p. 29).

Além da promulgação da referida lei e diante de um cenário cada vez mais desconcertante - tendo em vista que os números da violência contra a mulher continuaram altíssimos mesmo anos após sua promulgação -, e na tentativa de combater essa problemática, o legislador brasileiro incluiu a qualificadora do feminicídio (assassinato de mulher por razões do sexo feminino, especialmente quando o crime envolve a violência doméstica e familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher) ao artigo 121 (§ 2º, IV) do Código Penal (através da Lei 13.104/2015), além de também estabelecer causas de aumento de pena a esse crime (§7º e seus incisos) e incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos da Lei 8.072/1990.

Ainda, no que toca às recentes alterações legislativas e no empenho de tentar prevenir a violência contra a mulher, cite-se as recentes modificações na própria lei Maria da Penha, com a inclusão de duas novas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (artigo 22, incisos VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e, VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio), incluídas através da Lei 13.984/2020.

Contudo, sem que haja o desmerecimento dos avanços que advieram a partir desse contexto, da importância da Lei Maria da Penha e das inovações legislativas que se propõem a combater esse tipo de violência, tem-se, por outro

lado, pouca efetividade prática em geral – perceptível através dos graves índices⁴¹ de violência contra a mulher que só aumentam com o passar dos anos -, como também, pouca efetividade no que tange à prevenção dessas agressões.

Sendo assim, várias críticas são verificadas nesse ponto: as que ressaltam o caráter meramente punitivo e simbólico da legislação, bem como sua pouca efetividade prática, já que não combate o cerne da questão - das causas sociais, históricas⁴² e culturais que acabam por perpetuar esse tipo de agressão.

Feitas essas considerações, tratando-se especificadamente da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006⁴³), é considerada violência contra a mulher, de acordo com seu artigo 5º: “[...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito da família, da unidade doméstica e em qualquer relação íntima de afeto.

Um dos pontos positivos e de grande avanço, foi o caráter abrangente da lei no tocante aos tipos de violências, tendo em vista que abarcou, além da física, também a psicológica, sexual, patrimonial e a moral, seguindo e ampliando o entendimento da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará⁴⁴, arts. 1º e 2º).

⁴¹ O Atlas da Violência de 2019, apresenta uma tendência ainda mais preocupante, já que prova que houve um aumento dos homicídios femininos no lar e uma redução destes na rua, o que prova que mesmo o Brasil estando em uma tendência de diminuição gradativa da violência geral, os índices de violência doméstica, pelo contrário, só aumentam. (KNOBLAUCH, 2020, p. 71).

⁴² “A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica, com a sociedade patriarcal, o enraizamento do domínio do homem sobre a mulher mascaram as relações de dominação do sistema patriarcal e, muito embora, a Lei Maria da Penha tenha sido recepcionada de maneira positiva por toda a sociedade, sua aplicação nos casos concretos trouxe resistências, pois a sociedade protege a agressividade masculina, construindo a crença de sua superioridade como parte de sua virilidade. Apesar da consolidação dos direitos humanos, o homem ainda é considerado proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, respeita sua virilidade, construindo a crença de sua superioridade desde o nascimento”. (JOLI, 2020, p. 80).

⁴³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 19/07/2021.

⁴⁴ “Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Artigo 2. Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.

A grande peculiaridade nesse tipo de violência, é a que geralmente envolve pessoas próximas e de convívio íntimo, ainda que o relacionamento não seja de cunho sexual, o que gera claramente uma maior dificuldade no seu combate e também na prevenção de tais condutas, já que engloba questões sensíveis envolvendo a família, os filhos, onde por muitas vezes, há dependência financeira, emocional e psicológica, etc.

A Lei também deixou claro e de modo expresso (parágrafo único do artigo 5º), que as relações aludidas no artigo 5º, caput e seus incisos, independem da orientação sexual, excluindo, dessa forma, qualquer tipo de discriminação por parte do Estado quanto aos fins almejados pela Lei, de coibir e prevenir a violência contra a mulher.

Para além disso, cabe ressaltar a previsão expressa da Lei Maria da Penha, em seu artigo 6º, no sentido de que a violência contra a mulher constitui uma das formas de violação aos direitos humanos, ressaltando a importância do seu combate, não só no plano interno, como também no plano internacional. A esse respeito, há os que pugnam pela inutilidade do dispositivo⁴⁵, já que toda a agressão a qualquer ser humano (homem ou mulher) viola direitos fundamentais e, no plano externo, direitos humanos. Contudo, apesar das críticas, percebe-se a intenção do legislador de ressaltar o repúdio a esse tipo de violência, tendo em vista sua prática constante dentro da sociedade brasileira.

Por fim, cabe ressaltar que, apesar dos grandes avanços e da maior proteção legislativa no que concerne à violência contra a mulher no Brasil, existe ainda muito espaço para melhorias, especialmente no que diz respeito a efetividade da prevenção desse tipo de agressão. A criação de novas formas de se pensar as políticas públicas no que tange à violência contra a mulher se fazem prementes,

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 19/07/2021.

⁴⁵ Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

já que as pesquisas só parecem confirmar essa tendência infeliz e persistente, enraizada histórica, socialmente e culturalmente no Brasil.

2 MEDIDAS PROTETIVAS NA LEI MARIA DA PENHA: AVANÇOS E DESAFIOS

Uma das grandes vitórias, no que tange ao combate e prevenção à violência contra a mulher no bojo da Lei Maria da Penha, foram as medidas protetivas, que apesar de em sua maioria partirem de um contexto onde algum tipo de violência já ocorreu, elas têm o mérito de procurar colocar a mulher a salvo de novas agressões. Buscam, portanto, deter o comportamento agressivo do ofensor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da mulher vítima de violência e, também, de seus filhos. (DIAS, 2012).

A Lei separa as medidas protetivas em duas categorias distintas: as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22 e seus incisos) e as medidas protetivas de urgência à ofendida (art. 23 e art. 24) – sendo o rol destas, meramente exemplificativo -, além de prever em seu artigo 24-A o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, único delito inserido na Lei Maria da Penha.

As medidas protetivas de urgência possuem natureza jurídica de cautelar, e exigem a demonstração do *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora), e seu pedido (seja ele pelo Ministério público ou pela própria vítima) deve ser feito ao juiz competente, que deverá decidir em até 48 horas (art. 18 da Lei). Deve haver a prévia manifestação de vontade da vítima, “salvo nos casos de risco atual ou iminente à vida ou integridade física, hipótese em que a própria autoridade policial pode determinar o afastamento do agressor (art. 12-C, Lei 11. 340/2006).” (CASTRO; CIRINO, 2020, p.69).

Dentre as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, pode-se citar: a suspensão ou restrição de porte de armas, o afastamento do lar, a proibição de aproximação da ofendida, a prestação de alimentos provisionais, dentre outras. Esse tipo de medida é de extrema importância, tendo em vista que visam o rompimento do acesso do agressor para com a vítima e de que haja a cessação das agressões. No que tange a fixação de alimentos provisionais, foi de extrema assertividade a Lei, tendo em vista o cenário, na maioria dos casos, de dependência econômica da mulher em relação a seu agressor.

Contudo, apesar de representarem um grande avanço legislativo, as medidas protetivas carecem de efetividade prática. Pode-se citar como motivos para essa realidade, a inexistência, em muitas localidades, de delegacias da mulher, além órgãos e equipes especializadas para lidar com esses casos, além disso, ainda, “70% dos municípios não possuem defensoria pública, e nas cidades que possuem, as pessoas enfrentam filas enormes para conseguir o amparo da lei, o que dificulta ainda mais o apoio a essas mulheres”. (SENA; MARTINS, 2020, p. 194).

Existe, ainda, falta em muitos estados e municípios de contingente policial. Um grande fator gerador de ineficiência nos casos das medidas protetivas, refere-se à inexistência de interação entre os órgãos de segurança pública e a própria justiça, o que facilitaria, e muito, o controle e fiscalização de tais medidas. Como será visto na próxima seção, tal ineficiência seria sanada caso o uso de tecnologias fosse empregado nessas circunstâncias, o que já ocorre, pelo menos, em uma cidade do interior de Minas Gerais.

Há ainda a crítica por grande parte da doutrina, no que se refere às medidas protetivas de urgência, por serem estas inseridas em um viés punitivo, “para lidar e supostamente tratar de problemas sociais que estão muito além de serem facilmente resolvidos por meio da sanção penal”, cabe ressaltar que a pena, mesmo que seja no “âmbito processual enquanto medida provisória, apenas por si própria é insuficiente”. (MAIESKI; FILHO, 2021, p. 535-536).

Desta forma, verifica-se que a maior parte dos desafios no tocante às medidas protetivas de urgência dizem respeito à sua efetivação. A falta de pessoal preparado para lidar com a questão peculiar e desafiadora da violência doméstica está entre um dos maiores desafios. Uma maior concretude da Lei depende de políticas públicas e investimento econômico, em pessoal e em seu treinamento, voltados para este fim.

3 A PANDEMIA DO COVID-19 E O USO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS À SERVIÇO DA SEGURANÇA DAS MULHERES

A pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID - 19) pegou o mundo inteiro de surpresa no começo do ano de 2020, ocasionando inúmeros desafios que atingiram, para mais ou para menos, todos os países ao redor do

globo. De acordo com relatório publicado pela ONU⁴⁶ em 2020, a pandemia “é considerada o maior desafio que o mundo enfrenta desde a Segunda Guerra Mundial”, e é, ainda, consoante a Agência Fiocruz de Notícias, “o maior desafio sanitário, econômico, social, humanitário e político do século 21”⁴⁷.

Desta feita, tendo em vista a doença denominada COVID-19 (transmitida pelo vírus da Sars-Cov-2) e diante de sua extrema transmissibilidade, a falta de medicamentos específicos e de inicial a falta de vacinas (além da sua classificação como pandemia global em março de 2020), a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) - e que foi adotada por diversos países ao redor do mundo -, foi a da política de isolamento e distanciamento social.

Tal indicação, apesar de ser entendida como salutar, no que tange a necessidade de minimizar a proliferação do vírus e as conseqüentes mortes, trouxe conseqüências não desejadas do ponto de vista social e econômico. Já que implicou no fechamento temporário (e muitas vezes definitivo), de escolas, universidades, empresas de serviços não-essenciais, atendimentos presenciais de diversos setores e órgãos públicos, etc, fazendo com que a maior parte das atividades fossem exercidas em ambiente doméstico. O ensino à distância, o *home office* e a convivência pessoal somente com pessoas do mesmo lar, viraram a regra desde o ano passado.

Sendo assim, a pandemia e o isolamento social acarretaram diversos problemas econômicos, como o fechamento de diversas empresas do setor privado, levando à demissão generalizada e ao desemprego de muitos. Segundo pesquisa recente do IBGE⁴⁸, a taxa de desemprego atingiu recordes históricos no primeiro trimestre de 2021, chegando a marca de 14,8 milhões de brasileiros.

Tal cenário, de desemprego, crianças fora das escolas, dificuldades do acesso aos serviços públicos (inclusive os de segurança e policiais), etc, soma-se a quadros de distúrbios psicológicos que tiveram aumento no período, como: depressão, crises de pânico e de ansiedade. Tudo isso pode agravar ainda mais a dificuldade de convivência em lares onde já exista histórico de violência contra a

⁴⁶ Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1708982>. Acesso em 22/07/2021.

⁴⁷ Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/fiocruz-faz-120-anos-diante-do-maior-desafio-do-seculo-21/>. Acesso em 22/07/2021.

⁴⁸ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 22/07/2021.

mulher ou, ainda, podem funcionar como o estopim para que esta aconteça. Nesse sentido, calha a ponderação:

Neste período, transtornos mentais e comportamentais podem aflorar ou mesmo se expandirem, dificultando mais ainda a convivência domiciliar. Pode-se, a título de exemplo, listar alguns transtornos possíveis de ocorrer em situações que importem em restrições, confinamento e clausura; são eles: ansiedade, depressão, esquizofrenia, transtornos alimentares, estresse, somatização, bipolaridade, comportamento violento ou obsessivo compulsivo, dentre tantos outros. Obviamente, não se busca justificar a prática da violência em questões médicas e psicológicas, aponta-se apenas que tanto agressor quanto vítima, no período do confinamento, podem estar passando por um destes transtornos, o que complica ainda mais as relações familiares. Não se pode ignorar que lares onde já existiam casos de violência doméstica e familiar são uma realidade a nível mundial, realidade essa que tende a se avultar em momentos críticos como o do recolhimento domiciliar imposto visando contingenciar a propagação da Covid-19. Mais ainda, mesmo em lares que não tinham histórico de violência, o convívio forçado e as adversidades impostas pela clausura podem levar à emergência de novos casos de violência doméstica. (KNOBLAUCH, 2020, p. 74).

Desta forma, com o agravamento das questões sanitárias, sociais e econômicas, uma nova “pandemia” explodiu mundialmente em consequência das medidas restritivas da quarentena: a violência contra a mulher, que já era problema de extrema gravidade e virou um fenômeno mundial com aumento de índices de forma alarmante durante a quarentena gerada pelo coronavírus. (JOLI, 2020).

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁴⁹, em segunda nota técnica emitida em 2020 a respeito da violência doméstica durante a pandemia do COVID-19, o número de feminicídios cresceram em 22,2%, entre março e abril de 2020 em 12 estados do país, em comparação ao ano anterior. Foram 143 mulheres mortas nesse período, por razões de gênero, em 12 estados brasileiros. Além disso, foi averiguada uma diminuição na concessão de medidas protetivas de urgência, sendo que o maior índice registrado foi no estado do Rio de Janeiro, com a redução da concessão das medidas em 28,7%. Também houve a redução de registros de crimes nas delegacias de polícia: em menos 22,5% dos registros de lesão corporal dolosa decorrentes de violência doméstica e em menos

⁴⁹ Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf> Acesso em 22/07/2021.

28,2% de registros de estupro e estupro de vulnerável, todos os índices em comparação com o ano de 2019.

Portanto, o isolamento social realizado na pandemia, no que diz respeito à segurança das mulheres, já vítimas ou na iminência de se tornarem vítimas de violência doméstica, foi e ainda é um elemento de maior gravidade em um cenário já de extrema preocupação. Tendo em vista que a maior parte dos casos de violência contra a mulher ocorrem no ambiente doméstico e familiar e partem de pessoas próximas a esta, de seu convívio íntimo, percebe-se uma perspectiva aterrizante de mulheres se encontrarem em verdadeiros “cárceres privados” em companhia de seus agressores.

Desta feita, a “[...] vítima agredida estaria confinada e mais propícia a sofrer violência em um processo carregado emocionalmente e impactado por conjunturas econômicas e sociais limitadoras do alcance da vítima à denúncia da agressão” (BATISTA, 2021, p. 1). Portanto, a gravidade dessa realidade, palpável através das inúmeras estatísticas verificáveis no período - isso, sem contar os casos que não chegam a fazer parte das estatísticas oficiais (cifras negras) - a necessidade de análise, criação e implementação de maneiras de proteger efetiva e concretamente a segurança das mulheres, nunca se fez tão urgente. Em tempos de isolamento social, o convívio com parentes e amigos mais próximos, além do auxílio de instituições governamentais e não governamentais - dedicadas a auxiliar as mulheres vulnerabilizadas por esse tipo de violência -, resta seriamente prejudicado.

Desta forma, como apontado, os problemas geradores da violência contra a mulher, assim como a efetividade prática das medidas protetivas de urgência, que já eram desafiadoras, tiveram uma grande piora nesse período. E nesse ponto, as ferramentas tecnológicas mostram-se instrumentos poderosos e de extrema valia.

Atualmente, vive-se na denominada sociedade da informação e do conhecimento, nomenclatura que se refere, sobretudo, ao fato da disseminação das tecnologias da informação e de seus aparatos - pelo menos no que tange à maior parte das sociedades ao redor do globo -, também pela conseqüente troca de informações, que se dá principalmente através da internet.

Desta forma, consoante ressalta Manuel Castells, tendo em vista seu papel vital de agir sobre a informação e conseqüentemente sobre a sociedade, a vida

humana tem sua existência influenciada e “moldada” pelo uso das novas tecnologias. Esse novo paradigma tecnológico, tem diversas características: a formação em redes (sejam as organizacionais, sejam as sociais), a globalização – com a consequente “diminuição” de distâncias físicas -, a fluidez e velocidade excepcionalmente rápida com que a informação se alastra, entre outras. (CASTELLS, 2020).

Sendo assim, atualmente, grande parte da população mundial tem acesso à internet, e o seu uso tornou-se inerente a vida em sociedade, substituindo diversas funções que antes dava-se em sua maioria, de forma pessoal. Além disso, esse processo de imersão digital foi, sem sombra de dúvida, acelerado e acentuado com o advento da pandemia do novo Coronavírus. Já que tendo em vista as medidas sanitárias de distanciamento e isolamento social, várias empresas realizaram suas tarefas através da prestação de serviços de funcionários em *home office*, além do aumento de compras on-line, de serviços de entregas em geral, e ainda do uso de aplicativos, redes sociais e da internet de forma ampla.

Voltando-se para a problemática da violência contra a mulher na pandemia e dos seus altos índices, o uso de tais ferramentas parece ser uma forma de ajudar a garantir a segurança das mulheres. Vários projetos quanto ao uso da tecnologia para a proteção das mulheres foram instaurados em várias localidades ao redor do Brasil. Em determinados locais, algumas tecnologias que já vinham sendo utilizadas, foram aprimoradas e ampliadas, tendo em vista as dificuldades no combate à violência de gênero provocadas pela quarentena.

Dentre as iniciativas, destaca-se o uso de microtransmissor com GPS, dispositivo que quando acionado, aponta a localização exata da mulher em situação de perigo. Desta forma os policiais (e em algumas localidades também os guardas municipais) tem condições de ir imediatamente ao local, intercedendo pela segurança e muitas vezes pela própria vida da mulher em situação de violência. Esse dispositivo, chamado popularmente de “botão do pânico”, uma vez acionado pode também gravar o áudio do ambiente e ser posteriormente utilizado como prova em processo, tudo isso mediante autorização judicial.

Outra iniciativa é a chamada “Maria da Penha Virtual”, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em parceria com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, que foi criado e desenvolvido por estudantes e pesquisadores do Centro de Estudos de Direito e Tecnologia da UFRJ (CEDITEC). Esta ferramenta, foi pensada justamente tendo em vista as dificuldades das mulheres vítimas de violência de buscarem ajuda durante a pandemia do coronavírus. Tal aplicativo, que

não precisa ser baixado, é acessado através de um link⁵⁰ da internet, onde a mulher vítima de violência pode requerer imediatamente medida protetiva de urgência, sendo o requerimento encaminhado ao juiz para análise, tudo isso de forma virtual.

Pode-se citar ainda as iniciativas: Sistema Penha em Diamantina (MG) e o aplicativo PLP 2.0. O primeiro projeto, trata-se de iniciativa voltada ao trabalho policial, um aplicativo que funciona como um banco de dados com informações sigilosas da justiça, e que somente pode ser acessado através de senha. Tem por finalidade específica auxiliar a polícia na fiscalização das medidas protetivas de urgência para a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, concedidas pela justiça. O aplicativo, “foi idealizado pela delegada titular da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (Deam) do Alto Jequitinhonha, Kiria Silva Orlandi, em parceria com a Rede de Mulheres de Alto Jequitinhonha e a Universidade Federal do Vale do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM)”⁵¹.

Já o aplicativo PLP 2.0, é um instrumento para auxiliar mulheres em situação de violência doméstica, familiar ou sexual no Rio Grande do Sul. Foi elaborado a partir de uma parceria da THEMIS (grupo criado em 1993 por um grupo de mulheres advogadas e cientistas sociais com o intuito de enfrentar a discriminação contra as mulheres no sistema de justiça, consoante o próprio site⁵² da instituição), com o Tribunal de Justiça do Estado e a Secretaria Estadual de Segurança Pública. O dispositivo, uma vez acionado pela mulher, alerta a Brigada Militar e as Promotoras Legais Populares da região, que são mulheres “capacitadas em noções básicas de Direito, direitos humanos das mulheres, organização do Estado e do Poder Judiciário, atuando voluntariamente em suas comunidades na defesa, orientação e triagem de demandas de violação de direitos; na prevenção de violações”, desta forma a mulher vitimada recebe o auxílio necessário. (DALL’IGNA, 2017, p. 99).

Percebe-se, portanto, a grande gama de opções e oportunidades apresentadas pela tecnologia e seus aparatos no combate à violência contra a mulher. A facilidade do uso, que se dá de forma remota, e a rapidez com que as informações e pedidos de ajuda chegam ao Poder Público (de forma quase instantânea), são diferenciais trazidos pela tecnologia, que podem salvar a vida de milhares de

⁵⁰ Disponível em: <https://maria-penha-virtual.tjrj.jus.br/>. Acesso em 22/07/2021.

⁵¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/a-tecnologia-a-favor-do-combate-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 22/07/2021.

⁵² Disponível em: <http://themis.org.br/somos/historia/>. Acesso em 22/07/2021.

mulheres em situação de violência. Outro diferencial é que tais projetos não se limitam somente ao Poder Público, mas sim, muitos partem (e podem partir) de iniciativas privadas.

Talvez se o uso desses aparatos já tivesse sido implementado de forma generalizada no Brasil, os índices de violência contra a mulher e principalmente os de feminicídios durante a pandemia, não teriam sido tão altos. Percebe-se, portanto, ainda uma grande falha: a da sociedade e principalmente a do Poder Público em geral, no combate e na prevenção da violência contra a mulher.

São necessárias, portanto, ações práticas para combater esse mal de forma mais incisiva, já que as leis em geral tornam-se inúteis sem que existam políticas públicas para dar-lhes efetividade, em especial, no caso, a Lei Maria da Penha. O papel da tecnologia nesses casos, aparenta ser uma maneira de dar concretude a Lei, garantindo a efetividade das medidas protetivas e por derradeiro, salvando a vida de mulheres em situação de violência de gênero.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher no Brasil é problema, que de forma resumida, encontra suas raízes históricas e sociais em bases patriarcais e em um ambiente cultural propício à subjugação da mulher pelo homem. O país é um dos mais violentos contra a mulher, no mundo, encontrando-se atualmente em quinto lugar do ranking mundial.

Nesse sentido, diversas foram as lutas empregadas pelos movimentos feministas, com seu auge nos anos 70, para o resgate da dignidade de forma geral da mulher, sendo ainda um processo de construção até os dias atuais.

Em relação especificamente à violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha surgiu como uma grande vitória, alcançada através da condenação do Brasil em âmbito internacional. As medidas protetivas de urgência, dentre outras previsões legais, como a inclusão do feminicídio no rol da lei dos crimes hediondos, constituíram grande esperança na mudança em relação a esses casos, antes marcados pela impunidade sistêmica.

Entretanto, as estatísticas atuais ainda se mostram altíssimas, tanto em relação a violência em si, quanto em relação a feminicídios, o que demonstra uma falta de efetividade prática da Lei, em especial de suas medidas protetivas de urgência.

Tal cenário teve piora drástica com a pandemia, causada pelo novo coronavírus, que começou em março de 2020 no Brasil. Dentre as pesquisas recentes destaca-se o aumento de 22,2% nos casos de feminicídios em 12 estados do país, no período de março a abril de 2020, em relação ao ano anterior.

Essa realidade deve-se especialmente ao fato de que para a contenção do vírus e das mortes decorrentes deste, o distanciamento social e isolamento, tornaram-se a regra, prejudicando o contato com o mundo externo, o que também dificultou o atendimento e acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Nesse contexto, o convívio familiar restrito aos componentes da mesma residência, fez com que diversas mulheres convivessem de forma ainda mais estreita com seus agressores.

Além disso, esse agravamento pode ter também por causa as conjunturas de piora econômica, a alta maciça de desemprego, além do aumento de distúrbios psicológicos, que geram uma maior tensão em ambientes domésticos já com histórico de violência ou em vias de ter.

Nesse sentido, as tecnologias da informação, especialmente a internet e seus aparatos, podem ser grandes aliadas nesse processo de efetivação legal, especialmente das medidas protetivas e também em geral no combate e prevenção da violência de gênero contra a mulher.

Alguns projetos já têm sido implementados em alguns locais do Brasil e ainda atuam de forma tímida. Cite-se o caso do “botão do pânico”, o “Sistema Penha”, o aplicativo “Maria da Penha Virtual”, entre outras iniciativas.

Conclui-se, portanto, que as ferramentas tecnológicas podem ser grandes aliadas nesse processo e devem ter seu uso estendido para além da época da pandemia do coronavírus, afim de alcançar mais mulheres vítimas de violência doméstica, especialmente as que estão acobertadas pelas medidas protetivas de urgência, dando uma maior efetividade a Lei Maria da Penha.

Incumbe, portanto, ao poder público, a implementação efetiva das tecnologias já existentes e da criação de novas ferramentas, o que deve dar maiores resultados a partir de uma análise interdisciplinar de profissionais do direito, policiais e agentes de segurança pública que lidam com casos de violência de gênero, além de profissionais que atuam na área de tecnologia, na busca de novos, modernos e mais eficientes instrumentos tecnológicos que possam auxiliar o combate e a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Além disso, cabe ao poder público a manutenção de viaturas e pessoal qualificado para o atendimento de tais ocorrências, além do fornecimento gratuito do botão do pânico e outros aparatos, em especial para as mulheres sem recursos econômicos para ter um smartphone, por exemplo, casos onde há uma vulnerabilidade extra, já que o quadro de violência se encontra com a da pobreza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gilmara Pinheiro de; BEZERRA, Sérgio de Souza. Violência doméstica contra a mulher em Roraima e o uso de tecnologias como mecanismo de enfrentamento. In *Revista Educação e Humanidades*, v. 1, n. 2, jul-dez 2020, p. 362-385.

BATISTA, Vinícius Ferreira. Pandemia e violência de gênero: escolha de Sofia? In *Revista Políticas Públicas & Cidades*, volume especial, Janeiro/Março, 2021, p. 1-5.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 21 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, vol. I.

CASTRO, Bruna Azevedo de; CIRINO, Samia Moda. Violência de gênero e Lei Maria da Penha: considerações críticas sobre a inserção obrigatória do agressor em programas de recuperação ou atendimento em grupo como medida protetiva de urgência. In *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 6, n.1, jan/jun 2020, p. 63-79.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas a Lei Maria da Penha. In *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, n. 38, janeiro-abril/2014, p. 113-132.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (comentada artigo por artigo)*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DALL'IGNA, Sônia Maria. Recursos tecnológicos para a proteção às mulheres vítimas de violência. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Informação e Comunicação) – Pós-graduação em Tecnologias da Informação e Comunicação, Universidade Federal de Santa Catarina. Araranguá, 2017, p. 1-144.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- FERNANDES, Valeria Diez Scarance. Violência contra a mulher no Brasil e no mundo. In *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, n. 38, janeiro-abril/2014, p. 45-58.
- JOLI, Claudete. A violência doméstica e familiar durante a pandemia – violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. In *Revista Aporia Jurídica*, v. 1, 14ª edição, jul-dez 2020, p. 74-85.
- KNOBLAUCH, Fernanda Daltro Costa. A utilização da tecnologia na luta contra a violência doméstica no confinamento domiciliar. In *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 6, n. 2, jul/dez 2020, p. 66-83.
- MAIESKI, Kamyla; FILHO, Paulo Silas Taporosky. Violência contra a mulher: possível novo horizonte para as medidas protetivas? In *Acad. Dir.*, v 3, 2021, p. 525-540.
- MIRANDA, Bruna Woinorvski; PREUSS, Lislei Terezinha. As silhuetas da violência contra a mulher em tempos de pandemia. In *Socied. em Deb. (Pelotas)*, v. 26, n. 3, set./dez. 2020, p. 74-89.
- PASINATO, Wânia; GARCIA, Isis de Jesus; VINUTO, Juliana; SOARES, Jenefer Estrela. Medidas protetivas para as mulheres em situação de violência. In *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016, p. 233-265.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. In *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, n. 38, janeiro-abril/2014, p. 21-34.
- SENA, Luzirene Paiva de; MARTINS, Francisca Maria da Penha Pereira. A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha. In *Revista Humanidades e Inovação*, v. 7, n. 17, 2020, p. 184-197.
- VARELLA, Marcelo Dias; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In *Revista IIDH*, v. 49, 2009, p. 467-500.

AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO ENSINO DOMICILIAR E A AGENDA ANTIGÊNERO: A OFENSIVA NEOCONSERVADORA PELA PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Lais Godoi Lopes

Universidade do Estado de Minas Gerais, Diamantina, Brasil,
lais.lopes@uemg.br

Thamille Lima Nunes

Universidade do Estado de Minas Gerais, Diamantina, Brasil,
thamille.1492707@discente.uemg.br

Maria Luísa Ferreira da Mota Amaro

Universidade do Estado de Minas Gerais, Diamantina, Brasil,
maria.1493192@discente.uemg.br

1 INTRODUÇÃO

A ruptura democrática que ocorreu no Brasil com o golpe de 2016 encerra também um período progressista no país, marcado pelo alargamento da implementação de direitos sociais e das minorias que foram alcançados durante o governo do Partido dos Trabalhadores – PT (2002-2016), como a ampliação do ensino superior no país e a implementação de ações afirmativas no formato de cotas raciais e sociais, dentre outras. Assim, desde o golpe que retirou a presidente Dilma Rousseff (2011-2016) do poder, o Brasil tem sofrido o avanço de uma agenda contrária aos Direitos Humanos.

Logo, a ascensão do governo fundamentalista do presidente Jair Bolsonaro, eleito em 2018, que se vale de pautas “pró-família”, “anticomunismo” e “antigênero”, serve como alicerce para a derrocada da democracia e, concomitantemente, retira o protagonismo do Estado em gerir políticas públicas que guardem direitos sociais.

Dessa forma, utilizando o neoliberalismo como ideologia e política de gestão da economia e dos sujeitos, bem como o neoconservadorismo como forma de controle social, o governo do presidente Bolsonaro ameaça, dia após dia, destruir toda e qualquer política que remeta à justiça social e à igualdade de gênero.

Nesse contexto, a educação pública tem sido um dos maiores alvos desses ataques antidemocráticos, sendo-lhe atacado o caráter plural e social. Logo, o modelo de ensino tem sofrido alterações para tornar-se uma educação moralizante. Assim, influenciado por um forte discurso anti-intelectualista, atores diversos – políticos, líderes religiosos, formadores de opinião e membros do judiciário – passaram a atacar as políticas de ensino sobre diversidade de gênero e orientação sexual nas escolas.

A proposta de educação domiciliar, também conhecida por *homeschooling*, surge, então, para atribuir às famílias os encargos de formação educacional, e, ainda, evitar que as questões de gênero sejam debatidas em salas de aulas, cumprindo-se com o objetivo neoconservador de deslegitimar as pautas tangentes às minorias sociais na coletividade.

Dessa forma, faz-se necessário apresentar uma moldura conceitual e teórica sobre o entrelaçamento entre neoliberalismo e neoconservadorismo para demonstrar como o impacto da flexibilização das leis educacionais, e, concomitantemente, a diminuição do poder estatal, são corolários ao avanço da agenda anti-gênero no Brasil.

Nesse sentido, este estudo objetiva investigar a relação entre a anulação das pautas de gênero dentro das políticas públicas e a sua ligação com a neoliberalização da educação, visando, assim, esmiuçar os efeitos do governo Bolsonaro no modelo de ensino brasileiro. Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, constituindo-se, essencialmente, pela revisão bibliográfica, valendo-se de fontes primárias e secundárias sobre o tema, tentando responder a seguinte indagação: seria a proposta de ensino domiciliar, a serviço da mercantilização da educação, mais um dentre os ataques deliberados às pautas de gênero e sexualidade no Brasil?

Assim, a partir da análise da agenda antigênero brasileira, conclui-se que o pleito pela regulamentação da educação familiar não se refere a uma questão neutra de valores em prol de suposta liberdade de escolha, mas sim de um processo de neoliberalização das instituições públicas para a conservação de um ideal tradicional, cristão e privatista. Logo, observando o movimento que milita pela regulamentação e adoção do *homeschooling*, percebe-se que no campo da educação o movimento neoliberal e neoconservador fortalece o discurso de mercantilização da educação pública brasileira.

2 A POLÍTICA ANTIGÊNERO NO BRASIL

Após uma campanha eleitoral marcada pelos ataques a uma suposta “ideologia de gênero”⁵³ e pelo empenho em uma defesa idílica da “família tradicional brasileira”, valendo-se de um discurso evangélico-pentecostal, em 1º de janeiro de 2019, Jair Bolsonaro tomou posse como chefe do executivo nacional. Em seu discurso de posse, Bolsonaro elencou trinta e cinco metas prioritárias do seu plano de cem dias de governo, sendo que, dentre elas, a regulamentação da educação domiciliar era uma delas e foi atribuída ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (BRASIL, PLANALTO, 17 nov. 2019).

Assim, em aliança estatal com líderes religiosos e políticos conservadores, as investidas contra a educação pública tornaram-se uma arma contra as reivindicações por direitos das minorias, ampliando-se, concomitantemente, a ofensiva antigênero no Brasil. Logo, a chegada da extrema-direita ao poder reflete uma “expressão reacionária a avanços sociais que responderam aos Direitos Humanos e à busca pela igualdade social (de classe, na distribuição de renda, de raça e etnia, de gênero)” (CUNHA, 2020, p. 14). Nesse sentido, a transformação da “ideologia de gênero” em um inimigo nacional que deva ser combatido em todos os âmbitos institucionais faz parte de uma articulação fundamentalista e privatista que ganha força na América Latina.

Ainda, a utilização da religião como estratégia política legitima o processo de enfraquecimento do Estado, valendo-se do pânico moral para o compartilhamento de desinformações, conhecidas por fake news, que ataquem a diversidade de gênero e a “imoralidade” que é, supostamente, ensinada nas escolas brasileiras. Desse modo, as forças ecumênicas conflitantes apresentam uma coalização para conservar a família convencional – a família heterossexual e de moral cristã (KALIL, 2019).

Operando através de uma “lógica normativa e disciplinadora interiorizada pelos sujeitos contemporâneos” (VAGGIONE; MACHADO; BIROLI,

⁵³ O termo “ideologia de gênero” foi criado pela Igreja Católica, nos anos 90, para impedir o avanço de pautas LGBTQIA+ e da agenda feminista. A produção do gênero, aqui, é entendida como um processo facultativo, no qual o meio externo afetaria a orientação sexual do indivíduo, sentido que difere integralmente dos estudos de gênero. A propagação da terminologia “ideologia de gênero” é, então, um método para relativizar e simplificar a agenda de gênero, promovendo a desqualificação coletiva das demandas por direitos dos movimentos feministas e LGBTQIA+ (MATOS, 2018).

2020, p. 26), atores políticos transformaram a defesa de uma alegada moralidade universal em estratégia, não para somente frear os avanços conquistados pelos movimentos feministas e LGBTQIA+, mas, também, para acelerar o processo de desdemocratização do Estado, que é entendido por Wendy Brown (2019) como o processo de estimulação ao empreendedorismo liberal em conjunto com o fortalecimento de ações cristãs.

O entrelaçamento recorrente entre neoliberalismo e neoconservadorismo tem sido objeto privilegiado de diversos esforços teóricos recentes. Wendy Brown, em sua obra “Nas ruínas do neoliberalismo – A ascensão da política antidemocrática no Ocidente” (2019), investiga as correlações comumente estabelecidas entre o tradicionalismo moral autoritário e a racionalidade neoliberal. A autora avança na tradição teórica, inaugurada por Michel Foucault, de não reduzir o neoliberalismo a apenas um programa circunscrito de tendências político-econômicas que preconizam medidas estatais de privatização, desregulação e flexibilização de legislações trabalhistas e ambientais, imposição de reformas de austeridade de modo a erodir políticas públicas de caráter social, ao passo que os Estados incentivam e assumem os riscos das atividades econômicas enquanto intensificam mecanismos repressores de controle social e vigilância contra mobilizações contestadoras.

Desde a obra de Foucault “O Nascimento da Biopolítica”, publicada em 1979, tendo como base os cursos do autor ministrados no Collège de France nos anos anteriores, o neoliberalismo também tem sido compreendido como uma racionalidade que generaliza considerações econômicas, de maximização de eficiência, para aplicá-las a relações, instituições e ações não mercantis do tecido social. O sujeito neoliberal é pensado nos moldes de *homo economicus*, uma unidade independente de decisões racionais, que se guia por estimativas de custos e benefícios. Os comportamentos individuais passam a ser lidos e estimulados conforme os parâmetros de uma empresa, que faz investimentos nas mais diversas esferas de sua vida e deles espera retornos, bem como minimiza prejuízos. Trata-se de uma governamentalidade, um modo de conduzir corpos e subjetividades a partir de um modelo de indivíduo livre, independente e autossuficiente — possuidor de si, que a partir de suas faculdades racionais, efetiva cálculos para otimizar seu bem-estar e minimizar sofrimentos e gastos, impondo sua ação perante a natureza exterior.

Wendy Brown aprofunda as teorizações de Foucault com o objetivo de compreender a aliança contemporânea entre neoliberalismo e neoconservadorismo não como uma convergência circunstancial, mas a partir da contextualização da moralidade tradicional situada internamente – e de modo indispensável – à razão neoliberal. Brown (2019) analisa a obra de Friedrich Hayek, expoente da teoria neoliberal. Para o autor, a harmonia e a integração social em qualquer civilização prosperam e repousam na moral e no mercado, concebidos como ordens em que prevaleceriam a liberdade: ambos seriam esferas demarcadas pela ausência de coerção explícita por instituições políticas. A tradição é valorizada por, alegadamente, ofertar modelos de comportamento moral que espontaneamente foram se consolidando ao longo do tempo por aceitação dos membros de um grupo. Convenções e costumes sobre o papel da religiosidade na vida pública, as regras tácitas a respeito da família, da nação, da propriedade e da livre iniciativa deveriam prevalecer sobre a artificialidade da intervenção do Estado na criação de normas e projetos regulatórios para a sociedade.

Na teorização de Hayek, “[a] liberdade, mais do que limitada pela tradição moral, é em parte constituída por ela. Inversamente, a liberdade moral, mais do que desafiada pelos esquemas de justiça impostos politicamente, é destruída por eles” (BROWN, 2019, p. 120). Uma das técnicas apontadas por Hayek para resgatar os princípios morais tradicionais dos efeitos corrosivos da ação do Estado reside na expansão da ‘esfera pessoal protegida’, com o alargamento de espaços de decisão individual em que o poder coercitivo estatal não poderia tocar, para além dos limites da igreja e da religião. A própria ênfase colocada pelo discurso tradicionalista na família é sintomática: reduto por excelência da disciplina e da autoridade, nos laços familiares se encontraria a responsabilidade primária de que os sujeitos econômicos do neoliberalismo invistam na saúde, no bem estar e na educação das crianças, de modo a substituir o Estado do Bem estar social pelo “altruísmo” familiar e pelas “obrigações naturais” dos pais. A idealização da família – e sobretudo de seu suposto passado idílico em que papéis de gênero bem definidos e formatos religiosos legítimos respondiam espontaneamente a todas as necessidades sociais – insere-se no projeto neoliberal e conservador de despolitizar a vida pública em prol da moralização de todas suas dimensões. Nesse sentido,

[a] liberdade pessoal, assim expandida, é o meio pelo qual “somente os valores morais podem prosperar”. A defesa da “esfera pessoal protegida”, assim expandida, é o meio pelo qual a tradição e a liberdade repelem seus inimigos – o político e o social, o racional e o planejado, o igualitário e o

estatista. O alargamento do domínio no qual a liberdade pessoal é irrestrita permite justamente que as crenças e costumes tradicionais, ou aquilo que Hayek chama de “convenções e costumes do intercâmbio humano”, reivindiquem legitimamente e de fato recolonize o cívico e o social e que a democracia outrora imperava (BROWN, 2019, p. 129).

Logo, a relação que o neoconservadorismo e neoliberalismo imbrica entre a economia e a moralidade faz parte de uma instrumentalização das políticas públicas e da relação dos governos com os cidadãos. A moralização do Estado é, então, a exteriorização máxima da aliança entre o neoliberalismo e o neoconservadorismo, uma vez que a pauta “pró-família” é capitalizada para redesenhar os contornos jurídicos do próprio Estado (VAGGIONE; MACHADO; BIROLI, 2020, p. 39). Assim, a ótica capitalista é bem-sucedida em responsabilizar a família pelas regressões causada pela flexibilização de leis e pela privatização das instituições estatais.

A família revela-se, mais do que nunca, imprescindível para que o regime econômico baseado no liberalismo não entre em crise, uma vez que é transferida a ela a responsabilidade de cuidar das crianças, dos idosos e dos enfermos, bem como desempenhar quaisquer modalidades de trabalho reprodutivo historicamente invisibilizadas e desvalorizadas. A centralidade do cuidado é mercantilizada para criar relações de interdependência entre os sujeitos e o mercado e não mais entre o Estado e o cidadão (COOPER, 2017). Tal dinâmica serve, mais além, ao propósito de justificar o desmonte das políticas públicas de bem-estar social, como exemplificado por Melinda Cooper ao analisar as reformas educacionais engendrada pelo neoliberalismo nos Estados Unidos:

[s]istemas de voucher escolar e escolas licenciadas [*charter schools*] no lugar de controle público sobre a educação primária e secundária, permitem aos pais escolher para seus filhos escolas “com valores alinhados” e evitar corpos discentes e currículos que eles abominam. Na medida em que os vouchers protegem a “escolha” familiar contra um público secular e plural, eles simultaneamente contestam a promessa de iguais oportunidades embutida na educação pública e seu contrapeso limitado, porém importante, à reprodução de outro mod inevitável, da estrutura (racializada) de classes. Assim, eles corporificam tanto a familiarização antidemocrática quanto a privatização econômica de um dos domínios mais cruciais da vida pública moderna (BROWN, 2019, p. 133/134).

Desse modo, a agenda antigênero se amplia nas pautas que giram em torno da educação pública e, assim, atravessada por mecanismos de poder que operam através da manipulação da desinformação e imposição de verdades

(CARVALHO, 2020, p. 155), a escola é colocada a serviço do mercado e inviabilizada na tarefa de ceder uma formação crítica e humanista para focar na constituição de um sujeito-empresendedor (SILVA; SILVA; VASQUES, 2018).

Ainda, as disputas entre a diversidade sexual e de gênero e a manutenção dos valores tradicionais tornam-se parte de um processo de neoliberalização dos direitos sociais, uma vez que “as campanhas contra o gênero colaboram para a erosão das democracias na medida em que comprometem valores e requisitos institucionais fundamentais, como pluralidade, laicidade, proteção às minorias, direito à livre expressão e oposição” (BIROLI, 2020, p. 137).

Nesse sentido, a cruzada antigênero vai além da própria agenda feminista e LGBTQIA+, uma vez que as pautas de gênero e sexualidade abrangem questões tangentes ao Estado, à família e à educação (CORREIA, 2018). Logo, a articulação macropolítica em torno do afastamento das crianças de temas considerado como relativos à esquerda, que remeteriam a um “marxismo cultural”⁵⁴ e à “ideologia de gênero”, são manobras políticas que visam manter o *status quo* dos agentes históricos que lucram com a anulação das pautas de gênero: os homens brancos de classes hegemônicas e as Igrejas cristãs.

A educação torna-se, então, um campo de guerra partidária para os denominados conservadores, uma vez que o senso comum aduz que o ensino plural coloca em risco a sexualidade das crianças e adolescentes e os valores da família cristã. Contudo, os ataques cometidos contra a educação pública, como explicita Isabela Silva:

[...] tratam menos da defesa da família e das crianças brasileira, e mais de uma série de equivalências e redes de significados que condensam ideias, afetos, narrativas, posições políticas, categorias de acusações, bem como o processo de legitimidade e instrumentalização de grupos e pessoas [...] (SILVA, 2017, n.p.).

Logo, o repúdio às políticas educacionais que versem sobre gênero e educação sexual “abre caminho para visões discriminatórias, autoritárias e anti-

⁵⁴ “Marxismo cultural” é uma terminologia que surgiu nos Estados Unidos, em 1990, no âmbito da direita norte-americana. Foi “importado” para o Brasil por Olavo de Carvalho em 2018, durante as eleições presidenciais. A ideia principal do “marxismo cultural” é pensar em fatos históricos revolucionários como doutrinação e que existe uma hegemonia comunista mundial que coordena a implementação de políticas sociais que destruiriam a ordem natural do mundo (as famílias cis, a heteronormatividade, o capitalismo) (SILVA, 2020).

igualitárias” (BIROLI, 2020, p. 137), isso porque a autoridade estatal diverge da autoridade paterna, levando a desvalorização do público e, em contrapartida, canonizando a intervenção privada e moralizante nessas dimensões da vida social.

Ora que, a partir dessa intervenção, surgem novas redefinições das fronteiras entre público e privado, de modo que questões de inerente interesse social são transformadas em decisões estritamente particulares, imputando-se à família a incumbência de gerir de forma exclusiva a educação das crianças e adolescentes (BARZOTTO; SEFFNER, 2020), sendo dela excluída ou minimizada a formação cidadã levada a cabo pelas escolas. Dessa forma, em uma clara estratégia política de promover os “valores” das famílias tradicionais, formada por um casal hétero e cisnormativo, em que a mulher ocupe papéis de gênero extremamente engendrados, o direito à educação deixa de ser visto como um direito coletivo e fundamental e passa a ser visto como um direito individual e natural dos pais (KALIL, 2019), reduzido a uma mera transmissão de conteúdos programáticos.

Assim, a proposta de *homeschooling*, toma força, uma vez que o ensino domiciliar desponta convenientemente como uma resposta ao perigo advindo das diversidades, logo, prevalece a “ideia que os responsáveis pela educação da nova geração são os pais, já que o Estado – logo as escolas – não devem educar” (CECHETTI; TEDESCO, 2020, p. 9).

3 ENTENDENDO O *HOMESCHOOLING*

O *homeschooling*, terminologia de origem estadunidense, traduzido como ensino domiciliar (ED), desponta, atualmente, como um dos carros-chefes das pautas educacionais de grupos políticos conservadores e religiosos. Isso porque, com a democratização do ensino e a consolidação de políticas pedagógicas plúris características das décadas de que se seguem à promulgação da Constituição de 1988, a escola, anteriormente vista como um espaço autoritário e imutável, tornou-se mais acolhedora às diferenças e, portanto, aos olhos conservadores, tornou-se dispensável (VASCONCELOS; BOTO, 2020). A emergência desse discurso coaduna-se, então, com o descrédito nas instituições públicas e com o alargamento da esfera privada protegida, descrevendo-se o âmbito doméstico como o “lugar seguro” para as famílias contra os perigos externos que supostamente existem nas escolas.

Nesse viés, os defensores do método educacional de ensino domiciliar propõem o seu enquadramento como um direito da família, dispensando, dessa

forma, qualquer ligação entre as crianças e a instituição escolar. Logo, as intenções do movimento pelo *homechooling* se alinham em perfazer um “procedimento excludente de interdição da criança e seu aprisionamento nos interesses somente familiares” (CASSANOVA; FERREIRA, 2020, p. 6). Assim, as crianças são posicionadas como propriedade de seus respectivos pais, que devem ser os únicos responsáveis pelas decisões a respeito dos conteúdos e valores a serem adotados num processo de transmissão a que a educação é reduzida.

Desse modo, a responsabilização dos pais pela educação dos filhos é um discurso que intenta restringir o acesso de crianças e adolescentes apenas às informações referendadas e aceitas pelo seio familiar, como uma forma de “coibir o contraditório e produzir normatividade” (SCHUTZ; FENSTERSEIFER; COSSETIN, 2020, p. 13), uma vez que as escolas ofertam aos sujeitos a pluralidade de visões de mundo. Logo,

os argumentos que acusam a escola de retirar a autoridade dos pais, que concebem o professor como uma ameaça aos valores da família – razão pela qual “precisa” ser vigiado – e que o currículo promove doutrinação religiosa, ideológica e de gênero, representam um ataque à educação escolar como direito social. Apontam para um projeto educativo em que os valores individuais de defesa do poder irrestrito da família sobre os filhos e, direta e indiretamente, também sobre a escola como um todo, se sobrepõem aos interesses de uma sociedade democrática e republicana. Trata-se não simplesmente da invasão da esfera privada sobre a esfera pública, mas de subjugação desta àquela (SCHUTZ; FENSTERSEIFER; COSSETIN, 2020, p. 13).

Nessa perspectiva, a educação é desconsiderada como parte essencial do projeto político e jurídico de promoção de justiça social e fomentadora da dignidade humana e torna-se um método instrumentalizável para a manutenção de entendimentos autoritários. Ora que, a “justiça social compreende a educação como um direito social - um direito de todos a uma educação de qualidade que é entendida em sua complexidade e é construída coletivamente” (CASSANOVA; FERREIRA, 2020, p. 7).

À vista disso, o afastamento das crianças e adolescentes das escolas para serem confinadas física, cognitiva e moralmente ao espaço doméstico possibilita a materialização de um novo “mercado consolidado em prol da comercialização de produtos voltados à ED [educação domiciliar]” (ARAUJO; LEITE, 2020, p. 3). Assim, reforça-se a ideologia de que a educação consiste em uma mercadoria, de modo a comprometer, ainda mais, seu caráter democrático e universal.

A luta pelo ensino domiciliar, em seu cerne, diz respeito a uma tentativa de afastamento das diferenças sociais e dos debates pelos direitos relacionados a orientações sexuais, identidades e performances de gênero divergentes da normatividade cisgênero e heterossexual. Os argumentos em torno do *homeschooling* são atravessados por ansiedade sexual e apelos fascistas e preconceituosos, em um intento claro de produzir ódio e desconhecimento contra as minorias sociais. Nesse contexto, como descreve Fernando Seffner,

a invisibilidade das minorias é um elemento que estrutura a história brasileira. Mais do que isso, é um modo de governar a sociedade brasileira, estabelecendo que alguns não merecem ser vistos e nem lembrados, e muito menos ter direitos. Por conta disso se preserva a hierarquia que supõe alguns com vidas mais preciosas e viáveis do que outros, que podem ser mortos ou ser deixados a morrer. A invisibilidade das minorias não é apenas simbólica. Uma escola que não fala em gênero e em sexualidade não fala de mulheres, de homossexuais, de lésbicas, de travestis e de transsexuais. Passa a imagem de que essas pessoas não existem, ou se existem não têm direito à vida plena. E os números brasileiros de assassinato nesse campo são brutais (SEFFNER, 2020, p. 16).

Insta salientar ainda que, “sem a escola, os dispositivos de proteção da integridade física e emocional de crianças e adolescentes ficam severamente comprometidos, deixando esse grupo, que é mais vulnerável por sua própria condição (ainda não são adultos), desassistido pelo poder público” (PICOLI, 2020, p. 8). Isso porque a escola é, também, uma das mais fundamentais intermediárias entre as crianças, os adolescentes e os projetos políticos de vida coletiva.

4 A CORRIDA LEGISLATIVA PELA REGULAMENTAÇÃO DO HOMESCHOOLING

Ao analisar as disposições constitucionais e infraconstitucionais, percebe-se que o legislador constituinte optou pela obrigatoriedade da oferta da educação, em especial caracterizada pelo dever estatal obrigatório e intransferível de assegurá-la a todos os cidadãos. Esse dever, contudo, não é restrito ao Estado, mas também imposto à família (BRASIL, 1988, art. 205), que, conjuntamente, contribuirá para a formação do cidadão. É de se notar que a educação tem como objetivo principal garantir à pessoa o seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da autonomia e da cidadania e a sua qualificação para o trabalho e para a autorrealização (BRASIL, 1988, art. 205), sendo este o núcleo básico

para que a pessoa possa fazer uso de todas as demais garantias sociais e políticas previstas pelo Direito.

Assim, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), cabe ao Estado a oferta do ensino básico, exercida em instituições de ensino credenciadas, sendo corolário aos objetivos constitucionais de promoção da gratuidade e da universalidade de acesso ao direito à educação (BRASIL, 1996, art. 1º, §1º).

Em contrapartida, surgem discussões acerca do ensino domiciliar e sua crescente demanda legislativa, em especial no contexto trazido pelo atual chefe do Poder Executivo, Jair Bolsonaro, e seu governo ultraconservador.

O método do *homeschooling* nada mais é que a oferta de educação básica por parte da família, no seio doméstico e familiar, mediada por um mercado crescente de produtos e materiais de suporte às famílias que optem por tal modalidade. Segundo dados recentes da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED, 2019, n.p.), cerca de 7.500 famílias são praticantes do *homeschooling* no Brasil. Desde o ano de 1994 tramitam projetos de lei que pretendem regulamentar essa espécie de ensino, mas, até o momento, todas restaram infrutíferas nas discussões legislativas, uma vez que esses projetos, por terem caráter inconstitucional, são vetados pela Suprema Corte (KALIL, 2019).

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a analisar a constitucionalidade da oferta do ensino domiciliar, que, por fim, entendeu que por definir que “Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre família e o Estado. (...) O ensino domiciliar não é direito público subjetivo do aluno ou de sua família” (BRASIL, Recurso Extraordinário 888.815, 2018, p. 3). Nesse sentido, o STF entendeu pela constitucionalidade do *homeschooling*, desde que fosse regulamentado por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, e cumprindo os requisitos previstos pela Constituição, a exemplo, ser realizado em respeito ao núcleo básico de matérias acadêmicas, sendo necessária a supervisão, avaliação e fiscalização por parte do Poder Público.

Nessa perspectiva, ainda, entende-se que, mesmo que existisse regulamentação e controle por parte do Estado, como apresentado no voto vencido do Ministro Barroso no Recurso supramencionado, somente isso não seria capaz de garantir a qualidade da educação prestada por esse método de ensino, uma vez

que transmitiria autonomia educacional aos pais que, não necessariamente, possuem habilitação para deliberarem sobre o método educacional apropriado para seus filhos. Logo, “permitir educação doméstica segue essa mesma lógica: dar poder de decisão total a quem não tem nenhuma formação para saber o que, em termos educacionais e pedagógicos, é de fato melhor para as crianças” (SILVA, 2018, n.p.)

Algumas propostas legislativas concernentes ao tema tramitam atualmente. O Projeto de Lei (PL) nº 2.401, de 2019, tem sido defendido pelo atual Presidente da República, Bolsonaro e tramita em regime de urgência, tendo como finalidade a alteração do Estatuto da Criança do Adolescente para assegurar a plena liberdade de opção dos pais ou responsáveis legais em relação à educação escolar de seus filhos (BRASIL, artigo 2º, §1º).

Tramitam simultaneamente outros projetos de lei análogos, que também buscam a regulamentação do ensino domiciliar. Por esse motivo, o PL 2.401/2019 foi apensado ao Projeto de Lei 3.179/2012, sendo esta a proposição principal. Este PL tem como autor o deputado Lincoln Portela, do Partido Republicanos (PR) e defende o acréscimo de um §3º ao artigo 23 da LDB, que passaria a ter a seguinte redação:

É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais (BRASIL, 2012, PL 3.179).

Assim, é retirado do Estado e atribuído às famílias o dever de garantir a educação aos cidadãos, que possuirão, ao menos formalmente, a faculdade de optar pela educação escolar ou a domiciliar, estabelecendo-se os moldes em que esta se dará.

Outro projeto de lei relevante sobre o tema e que também tramita na Câmara dos Deputados, é o 3.262/2019, que possui como autoras Chris Tonietto (Partido Social Liberal/RJ), Bia Kicis (Partido Social Liberal/DF), dentre outros. Este projeto possui como objeto a alteração no Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal) a fim de prever que a educação domiciliar não mais configure crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do referido Código. Em sede de justificação, as deputadas defendem no projeto supracitado que:

A educação domiciliar, o *homeschooling*, é um direito dos pais, por Lei Natural (sic); (...) Quando o Estado usurpa o múnus de ensinar das famílias, ele sufoca a possibilidade de uma educação integral, oferecendo, em seu lugar, apenas uma educação parcial ou de conteúdos; uma educação, portanto, estanque! (...) A família tem a primazia na educação das crianças. A educação dada pelos pais é um direito natural garantido aos genitores, aliás, um dever gravíssimo a que estão obrigados pela Lei Natural (sic). Tal lei antecede os Direitos Humanos (BRASIL, 2019, PL 3.262).

Denota-se que as propostas legislativas sobre a temática se valem da defesa de um suposto direito absoluto e pessoal dos pais em escolherem a educação de seus descendentes, sendo, em tese, a família um ente superior ao Estado, mitigando-se ao máximo a interferência dos poderes públicos na formação educacional.

Esse embate entre família e Estado é fruto da emergência do estado de bem-estar social, uma vez que o Estado passa a gerir e garantir variados aspectos da vida social dos cidadãos, e assim, obrigações inicialmente entendidas como privadas e tangentes à família passaram a ser socializadas à coletividade, como a educação. Desse modo, o discurso neoconservador entende essa ingerência estatal como o estopim para o enfraquecimento dos núcleos familiares (COOPER, 2017).

No Brasil, com a eclosão de ideias autoritárias e tradicionalistas, que culminaram no governo presidido por Jair Bolsonaro, percebe-se um discurso similar ao exposto por Cooper, uma vez que o projeto bolsonarista afirma que a família tradicional foi enfraquecida pela “ideologia de gênero” e pelas ilusórias imoralidades empreendidas nos governos anteriores. Nesse sentido, grupos neoconservadores sustentam que as funções familiares que teriam sido usurpadas por este Estado Social, deveriam retornar ao poderio da família, cabendo ao governo auxiliar na correção dessa desordem (COOPER, 2017, p. 62).

Contudo, desatentos às desigualdades de classe, gênero, sexualidade e raça, os projetos de educação domiciliar acima alinhavados, se mostram comprometidos com o projeto neoliberal e neoconservador, que se unem sob o propósito de realocar a família como núcleo fundante e base da ordem social (COOPER, 2017, p. 49).

Tendo como cenário recente a pandemia causada pelo COVID-19, não apenas o Brasil, bem como a América Latina, viu-se diante do incremento da desigualdade educacional, lastreada na baixa qualidade de ensino e dificuldade em adequar os meios adotados de ensino a contexto a ponto de se tornar efetivo

(UNESCO, 2020). Contudo, quando se analisa o ensino domiciliar, observa-se que a pandemia não foi capaz de abalar as convicções de seus adeptos e apoiadores, tendo em vista que, provavelmente, o público alvo deste modelo educacional não chega a ser diretamente afetado pela desigualdade socioeconômica, em especial no que se refere à educação. Ainda, conforme tópico no site da ANED, defendem que “famílias desestruturadas (sic) socialmente, vulneráveis ou em condição de miséria não se interessam pela educação domiciliar” (ANED, 2019, n.p.).

Assim, diante da ausência de dados específicos em relação à pandemia e o ensino domiciliar, busca-se quesitos e reflexões indiretas a fim de se presumir se haveria uma afetação ou não em relação a adoção do *homeschooling*. Ocorre que ainda não existem variedades de estudos estatísticos sobre o impacto da pandemia e do isolamento social na educação de crianças e adolescentes. Por isso, presume-se que não houve redução em relação aos adeptos, uma vez que os apoiadores deste modelo educacional não são afetados pela inequidade, pois a desigualdade econômica não afeta as famílias mais privilegiadas que podem optar pelo não trabalho externo de um dos cônjuges, entre outros aspectos.

Nesse liame, as famílias que estão em polos privilegiados possuem maiores possibilidades de realizar do trabalho de cuidado que envolve a educação domiciliar, já que quem realiza o trabalho de cuidado e não possui condições econômicas vantajosas previamente “enfrenta restrições no acesso a recursos políticos fundamentais, entre os quais estão: tempo livre, remuneração e redes de contato” (BIROLI, 2018, p. 44). Ainda, sabe-se que quem assume a responsabilidade pelo cuidado das crianças são as mulheres, uma vez que hierarquias de gênero ainda dispõem a vida privada. A partir disso, é inexecutável a análise da divisão sexual do trabalho nos espaços definidos como domésticos para entender quem seria afetada com a constitucionalização do *homeschooling*.

Assim, definir a educação como uma responsabilidade privada é também uma forma de controle sobre as mulheres. Isso porque, “uma das faces cruéis da responsabilização desigual é a atribuição às mães não apenas de tarefas cotidianas, mas da responsabilidade por “educar” e “proteger” seus filhos” (BIROLI, 2018, p. 14).

Conforme demonstrado, o grande apelo do ensino domiciliar reside no discurso de retomada das famílias de seu poder de educar sem a intervenção do Estado, evocando para si o “direito natural” de educar os seus filhos conforme moralidade e crenças particulares. Ainda que se preveja uma fiscalização, como

as elencadas nos referidos Projetos de Lei, questiona-se acerca de sua real efetividade prática para garantir a observância dos preceitos constitucionais, em especial o de proporcionar uma educação transformadora, transformando o indivíduo em cidadão imerso em uma sociedade diversa, ligada pelos laços da solidariedade e fraternidade, bem como da redução das desigualdades (KALIL, 2019), sobretudo as de classe, raça, gênero e sexualidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto da emergência neoliberal e neoconservadora observada no Brasil, a educação deixou de ser considerada um direito coletivo para tornar-se um produto, no qual, atores políticos religiosos e privatistas produzem ativamente um ataque às instituições escolares em favor de concepções familiares tradicionais e pela implementação de um mecanismo de mercado. Logo, a utilização de elementos discursivos e “pró-família” estabelece uma agenda antigênero palpável na educação e nas políticas públicas de governança que são potencializadas pelo movimento em prol do ensino domiciliar.

Assim, a escola passa a ser representada como ineficaz e dispensável, justamente porque inscrita em um projeto de ambiente democrático pautado pela liberdade de expressão, no qual as diferenças existentes entre os sujeitos devem ser parte de um cenário de diálogo e socialização respeitosa às diversidades de gênero e sexualidade, o que não agrada os conservadores, que a consideram um ataque aos valores e princípios familiares. Nota-se, portanto que a proposta neoliberal e neoconservador de retorno da educação para a esfera doméstica coloca em risco a segurança de crianças e adolescentes, além de reforçar desigualdades socioeconômicas já existentes no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ailana Amaral Alves. O direito à educação básica no Brasil: O *homeschooling* como uma violação ao mínimo existencial. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Salvador, 2020, p. 25. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1674/1/TCCAILANAALVES.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ANED. Associação Nacional de Educação Domiciliar. Breve Histórico da ANED. 2019. Disponível em: <https://andapef.org/sobre/> Acesso em: 14 nov. 2021.

BARBOSA, Luciane Munis Ribeiro. *Homeschooling* no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização? Educação e Sociedade, Campinas - São Paulo, v. 37, n. 134, 2016, p. 153-168. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/6gQVyGg8K YBBNfjWBhfVx6B/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 10 nov. 2021.

BARZOTTO, Carlos Eduardo; SEFFNER, Fernando. Escola sem partido e sem gênero: redefinições das fronteiras público e privado na educação. Revista da FAEBA - Educação e Contemporaneidade, Salvador - Bahia, v. 29, n. 58, p. 150-167. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeba/article/view/9043> Acesso em: 14 nov. 2021.

BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boi Tempo, 2018.

BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia. Gênero, Neoconservadorismo e Democracia. São Paulo: Boi Tempo, 2020. p. 135-188.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.01, de 2019. Dispõe sobre o exercício do direito à educação domiciliar, altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1739762

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.179, de 2012. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/534328>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Governo lança plano com 35 metas para os primeiros 100 dias. Planalto. 23 jan. 2019, 19h40 BRT. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/governo-lanca-plano-com-35-metas-para-os-primeiros-100-dias> Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.262, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para incluir o parágrafo único no seu art. 246, a fim de prever que a educação domiciliar (homeschooling) não configura crime de abandono intelectual. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206168>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB, de nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília - DF. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 888.815. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do Estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Relatores: Ministro Roberto Barroso e Ministro Alexandre de Moraes, Brasília - DF, 12 set. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Camara_Especial/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20RE%20888.815%20-%20Homeschooling.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: ascensão da política antidemocrática no ocidente. Traduzido por Mario Antunes Marino e Eduardo Altheman Santos. 1. ed. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, 256 p.

CARVALHO, Fabiana Aparecida de. Quando a exceção se torna regra totalitária: o cruzamento do Movimento Escola Sem Partido com a perseguição aos estudos de gênero e a educação para as sexualidades. Revista Educação e Linguagens, Campus Mourão - Paraná, v. 9, n. 17, jul./dez., p. 154-179. 20 ago. 2020. Disponível em: <http://revista.unespar.edu.br/index.php/revistaeducplings/article/view/84/58> Acesso em: 15 nov. 2021.

CASSANOVA, Letícia Veiga; FERREIRA, Valéria Silva. Os discursos da Associação Nacional de Educação Domiciliar do Brasil, Práxis Educativa, Ponta Grossa - Paraná, vol. 15, p. 1-17, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14771/209209212855>. Acesso em: 14 nov. 2021.

CECHETTI, Elcio; TEDESCO, Anderson Luiz. Educação básica em cheque: homeschooling e fundamentalismo religioso em tempos de neoconservadorismo. Práxis Educativa, Ponta Grossa - Paraná, vol. 15, p. 1-17, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=89462860027> Acesso em: 17 nov. 2021

COOPER, Melinda. Family Values: between Neoliberalism and the New Social Conservatism. New York, Zone Books, 2017, 448 p.

CORRÊA, Sonia. A “política de gênero”: um comentário genealógico. Cadernos Pagu, Campinas - São Paulo, v. 53, 11 jun. 2018. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/cpa/a/vwdzHh6pHS6ZBVskqfLrqrg/?lang=pt&format=html> Acesso em 17 nov. 2021.

CUNHA, Magali do Nascimento. Fundamentalismo, crise da democracia e ameaça aos direitos humanos na América do Sul: tendências e desafios para a ação. Salvador, Bahia: KOINONIA Presença Ecumênica e Serviço, 2020, p. 62.

KALIL, Isabela Oliveira. Incursões da “ideologia de gênero” na educação. Revista Internacional dos Direitos Humanos, São Paulo, v. 16, n. 29, p. 19-28, 2019. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/12/09-sur-29-portugues-isabela-oliveira-kalil.pdf> Acesso em: 16 nov. 2021.

MATOS, Amanda Pedroso de. Discursos ultraconservadores e o truque da “ideologia de gênero”. Revista Psicologia Política, v. 18, n. 43, p. 573-586, 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7427424>. Acesso em: 13 nov. 2021.

PICOLI, Bruno Antonio. *Homeschooling* e os irrenunciáveis perigos da educação: reflexões sobre as possibilidades de educação sem escola no mundo plural a partir de Arendt, Biesta e Savater. Práxis Educativa, Ponta Grossa - Paraná, vol. 15, p. 1-22, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14535/209209212853> Acesso em: 13 nov. 2021.

SEFFNER, Fernando. Sempre atrás de um buraco tem um olho: racionalidade neoliberal, autoritarismo fundamentalista, gênero e sexualidade na Educação Básica. Práxis Educativa, Ponta Grossa - Paraná, vol. 15, p. 1-19, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/15010/209209213277> Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA, Isabela Oliveira Pereira da. Gênero, política e religião nos protestos contra Judith Butler. NEXO. 21 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nexo-jornal.com.br/ensaio/2017/G%C3%AAnero-pol%C3%ADtica-e-religi%C3%A3o-nos-protestos-contr-Judith-Butler>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e a educação: a Terra é plana. Jota Info, São Paulo, 12 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-a-educacao-a-terra-e-plana-12092018>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA, Roberto Rafael Dias da; SILVA, Denilson da; VASQUES, Rosane Fátima. Políticas curriculares e financeirização da vida: elementos para uma agenda investigativa. Revista de Estudos Curriculares, Braga - Portugal, v. 9, n. 1, p. 5-23, 2018. Disponível em: <https://www.nonio.uminho.pt/rec/in->

dex.php?journal=rec&page=article&op=view&path%5B%5D=50&path%5B%5D=34. Acesso em: 16 nov. 2021.

SILVA, Michel Goulart da. Reflexões sobre o “Marxismo Cultural”. Boletim de Conjuntura, Boa Vista, v. 1, n. 3, p. 77-82, 2020. Disponível em: <https://revista.ufr.br/boca/article/view/MarxismoCultural/3004>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SCHUTS, Jenerton Alan; FENSTERSEIFER, Paulo Evaldo; COSSETIN, Vânia Lisa Fischer. Família e escola em sociedades republicanas: saudáveis dissonâncias. Práxis Educativa, Ponta Grossa - Paraná, vol. 15, p. 1-22, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14687/209209212854>. Acesso em: 16 nov. 2021.

UNESCO. Relatório de monitoramento global da educação: América Latina e Caribe. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, Santiago - Chile, 2020, 15 p. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374790_por. Acesso em: 15 nov. 2021.

VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos; BIROLI, Flávia. Matrizes do Neoconservadorismo religioso na América Latina. In: BIROLI, Flávia. Gênero, Neoconservadorismo e Democracia. São Paulo: Boi Tempo, 2020. p. 13-40.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves; BOTO, Carlota. A Educação domiciliar como alternativa a ser interrogada: problema e propostas. Práxis Educativa, Ponta Grossa - Paraná, vol. 15, p. 1-21, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14654/209209212686>. Acesso em: 15 nov. 2021.

O MITO DA LIBERTAÇÃO FEMININA: DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO, CRISE E DESIGUALDADE

Nathália Douradinho Lopes

Universidade Estadual de Londrina (UEL)

advnathaliadlopes@hotmail.com

Raquel Cristina Silva das Neves

Universidade Estadual Norte do Paraná (UENP)

prof.raquelneves@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O cuidado das crianças, dos idosos e do lar é atribuído às mulheres como função biológica, numa estrutura feita para afastá-las dos espaços de poder. São evidentes as marcas do machismo estrutural que acompanham o trabalho doméstico e, partindo desta análise, é preciso refletir se por ser historicamente desvalorizadas essas funções são delegadas às mulheres, ou se por serem exercidos por uma maioria de mulheres é que são menosprezadas. Pretende-se então contribuir com discussão acerca do trabalho reprodutivo não remunerado no contexto capitalista, especialmente diante dos desdobramentos da pandemia do COVID-19, que trouxe à tona este debate na sociedade, favorecendo-o ou não.

O “sucesso” do capitalismo depende da extração de mais-valia da força produtiva de trabalhadores, mas não só, pois a força reprodutiva é condição necessária à manutenção desse sistema. Esta força reprodutiva, que vai além da capacidade de gerar filhos, mas inclusive, é atribuída às mulheres como condição inata e ligada à sua natureza. No entanto, como se quer demonstrar, a expressão desta dinâmica no capitalismo está muito mais associada a uma construção de gênero sociocultural e econômica do que propriamente biológica.

Nesta estrutura, no âmbito da divisão sexual do trabalho, também se insere o trabalho doméstico remunerado, historicamente precarizado e desvalorizado, e predominantemente exercido por mulheres negras. No Brasil, em 2019, o trabalho produtivo em âmbito doméstico era constituído por cerca de 6,4 mi-

lhões de pessoas, dentre as quais 92% eram mulheres, sendo 65% mulheres negras, de acordo dados do PNAD, do IBGE⁵⁵. Este número sofreu uma queda para 4,9 milhões de pessoas em 2020.

Esses números sinalizam a realidade que aqui se pretende tratar: As mulheres constituem quase a totalidade das trabalhadoras domésticas, profissão sabidamente precária e desvalorizada; Com a pandemia houve uma diminuição das oportunidades para essas trabalhadoras e, conseqüentemente, o seu desemprego; A vacância desses postos de trabalho significa que esses serviços, antes terceirizados a empregadas domésticas, provavelmente voltaram a ser executados pelas mulheres no âmbito doméstico familiar, agora afastadas do mercado de trabalho ou exercendo suas múltiplas jornadas de trabalho dentro de casa.

Partindo desta ótica, se tece uma crítica às distorções dos ideais feministas de emancipação, pela lógica liberal do mercado. Evidentemente que diante do histórico de exploração do trabalho reprodutivo das mulheres no cuidado da casa e das pessoas, a sua inserção no mercado de trabalho não seria possível sem direitos sociais para as trabalhadoras, como a licença maternidade, acesso a creches etc. No entanto, conforme a crítica de Nancy Fraser, a proteção social não se confunde com emancipação, uma vez que “os valores supremos da proteção são a segurança, a estabilidade, e a solidariedade social, enquanto que a prioridade da emancipação é combater a dominação.” (FRASER, 2011, p. 623).

Portanto, para a real emancipação é imprescindível a consciência sobre as formas de opressão e suas estruturas econômicas e culturais na sociedade. A análise crítica a que se presta este estudo visa contribuir para o debate sobre o discurso feminista comercializado como progressista e libertador, e a sua real contribuição para as mulheres enquanto grupo, ou seja, o seu papel emancipador para mulheres pobres, periféricas e negras.

2 O TRABALHO SEM VALOR NA SOCIEDADE CAPITALISTA

A desigualdade de gênero na sociedade capitalista está sistematicamente relacionada ao próprio modelo econômico, na medida em que surgiu através de uma ideologia baseada na diferenciação sexual binária das funções sociais. De

55 Dados disponíveis em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/trabalhoDomestico.html>.

acordo com Angela Davis (2016, p. 277), a divisão sexual do trabalho era complementar e não hierárquico em eras passadas, nas quais “homens eram responsáveis por caçar animais selvagens e as mulheres, por colher legumes e frutas, os dois sexos tinham incumbências econômicas igualmente essenciais à sobrevivência de sua comunidade.”, não existindo uma conotação negativa para o trabalho doméstico.

Isso porque, como acentua Eric Hobsbawm (1998), foi no processo de industrialização que ocorreu a separação entre o local de produção e o local de moradia. O salário passou a ser o reconhecimento pela produção de mercadorias, mas o trabalho feminino no âmbito doméstico não é visto como produtivo e, portanto, não remunerado, condição que cria outras esferas de dominação (FREDERICI, 2018, p. 17).

O capitalismo parte de uma concepção colonizadora dos corpos e capacidades reprodutivas das mulheres, cuja função seria procriar para formar novos trabalhadores e novas procriadoras. Assim, a manutenção dessa desigualdade é elementar para o capitalismo, uma vez que o trabalho produtivo masculino é valorizado em detrimento do trabalho reprodutivo feminino, e graças a ele.

Silvia Federici (2017, p. 235) explica como a caça às bruxas teve papel histórico na dominação dos corpos femininos e na promoção da divisão sexual do trabalho, fazendo uma crítica ao marxismo ortodoxo e questionando toda a estrutura da sociedade construída sobre uma teoria de valoração do trabalho através da remuneração. Tal teoria ignoraria o fato de que, sem o trabalho doméstico não remunerado, os trabalhadores não podem se reproduzir e gerar força de trabalho (FEDERICI, 2017, p. 179). Assim, não se atribui um caráter “socialmente necessário” à produção do trabalhador doméstico, que é predominantemente feminino.

Apesar de sempre ter existido participação feminina no suporte e sustento econômico da família, foi no capitalismo que ocorreu uma nítida divisão entre esse mundo familiar e o mundo da produção. A industrialização trouxe uma nova configuração para a relação de poder consolidada no patriarcado, já que, como acentua Eric Hobsbawm (1998), foi no processo de industrialização que ocorreu a separação entre o local de produção e o local de moradia. O mundo da produção concentrava-se nas grandes fábricas e nas mercadorias, bem como os operários que as produziam, produziam valor razão, pela qual, conquistaram o direito ao assalariamento.

O salário passa a ser o reconhecimento pela produção de mercadorias, mas o trabalho feminino executado no âmbito doméstico não é visto como produtivo e, portanto, não remunerado. Na visão crítica de Sílvia Frederici, essa condição cria outras esferas de dominação:

Esta dependência del salario masculino define lo que he llamado «patriarcado del salario»; a través del salario se crea un nueva jerarquía, una nueva organización de la desigualdad: el varón tiene el poder del salario y se convierte en el supervisor del trabajo no pagado de la mujer. Y tiene también el poder de disciplinar. Esta organización del trabajo y del salario, que divide la familia en dos partes, una asalariada y otra no asalariada, crea una situación donde la violencia está siempre latente. (FREDERICI, 2018, p. 17).

A ideia de que os homens têm mais poder do que as mulheres e sobre elas, estaria então no fato de que mulheres “donas de casa” não fazem parte das relações capitalistas. Foi neste contexto que as feministas reformistas dos anos 70 acreditaram que a chave para a libertação feminina estaria no trabalho assalariado.

Pouco importa que esse novo ideal se concretize por uma redução dos níveis salariais, uma precarização do emprego, um recuo do nível de vida, um aumento significativo no tempo gasto como trabalho remunerado em relação ao gasto no lar, na multiplicação de postos duplos (e mesmo, com frequência, de postos triplos ou quádruplos) e de um aumento do número de lares dirigidos por uma mulher. A ideologia neoliberal conseguiu transformar uma mula em cavalo de corrida ao se apropriar da crítica feminista do “salário familiar”. (FRASER, 2011, pp. 630-631).

Este pensamento, predominante entre mulheres brancas, heterossexuais e de classes sociais privilegiadas, equiparava a igualdade social entre homens e mulheres à sua entrada no mercado de trabalho, ao invés de lutar por um salário para o trabalho doméstico, por exemplo. Numa espécie de aceite às determinações do mercado capitalista, essas feministas pretendiam a emancipação pela sua inserção no chamado mercado produtivo. Não que tal condição não tenha resultado em avanços, já que pautas importantes foram levantadas, levando à conquista de direitos sobre igualdade de salários e funções.

Porém, mesmo que invisibilizado, o trabalho doméstico e de cuidado não remunerado, ou seja, socialmente reprodutivo, segue sendo um dos pilares da economia capitalista, Helena Hirata e Danièle Kergoat (2007, p. 597) revelam a contribuição silenciosa desse trabalho doméstico para o mercado:

Foi com a tomada de consciência de uma “opressão” específica que teve início o movimento das mulheres: Torna-se então coletivamente “evidente” que uma enorme massa de trabalho é efetuada gratuitamente pelas mulheres, que esse trabalho é invisível, que é realizado não para elas mesmas, mas para outros, e sempre em nome da natureza, do amor e do dever materno. (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 597).

Trabalho de reprodução, de cuidado com a casa, com os filhos, com o outro, simplesmente trabalho, mas trabalho que não resulta em produto, mercadoria e que, portanto, não era merecedor de reconhecimento. Dada a pobreza da condição proletária no início da Revolução Industrial, a exploração exacerbada da burguesia leva à dupla função feminina, tanto na manutenção do papel reprodutivo como no produtivo, trabalhando também nas indústrias, eis que, não era segredo que já naquela época grande parte da mão de obra industrial era composta por mulheres, cujos baixos salários não as libertavam da dominação masculina.

Não é raro ouvir das próprias mulheres trabalhadoras um certo ressentimento pelo movimento feminista vanguardista, que supostamente determinou a entrada das mulheres no mercado de trabalho. E se em um primeiro momento tais falas possam soar antifeministas, é compreensível o cansaço vivido pela maioria das mulheres, decorrente de longas jornadas em casa e em seus empregos.

Sem os protestos feministas é muito provável que os parcos direitos adquiridos não existiriam, mas é certo dizer que mais cedo ou mais tarde as mulheres teriam entrado para o mercado de trabalho, simplesmente por uma necessidade do próprio Capital. Basta lembrar da campanha do governo dos EUA, protagonizado pela figura de *Rosie, the riveter* (Rosie, a rebidadeira) que arregaçava as mangas, mostrava os punhos e dizia “We can do it!”, incentivando as mulheres a trabalhar na indústria, para recuperar a economia enquanto os homens eram enviados para a guerra. Neste sentido, observou Nancy Fraser:

Institucionalizando as concepções androcêntricas da família e do trabalho, tornava-se natural a hierarquia de sexos e afastava toda contestação política. Ponto igualmente importante, ao valorizar o trabalho assalariado, o modo de proteção proposto pelo liberalismo “enraizado” obscurecia a importância social do *care*. (FRASER, 2011, p. 629).

O problema, como alerta Bell Hooks (2019, p. 65), é que o ingresso – e a eventual emancipação econômica – de algumas mulheres no mercado de trabalho, com alto nível de educação e com empregos bem remunerados, não significa a autossuficiência econômica para mulheres enquanto grupo. A centralidade da questão está, na verdade, na pobreza e no desemprego, somando à estigmatização e o desmonte do sistema de assistência social, que priva os grupos mais vulneráveis do acesso aos direitos mais básicos. Os efeitos desta estrutura operada pelo capitalismo surtem efeitos sobre os pobres, brancos e negros, mas, como Lélia Gonzales bem observa,

[...] a opressão racial faz-nos constatar que mesmo os brancos sem propriedade dos meios de produção são beneficiários do seu exercício. Claro está que, enquanto o capitalista branco se beneficia diretamente da exploração ou superexploração do negro, a maioria dos brancos recebe seus dividendos do racismo, a partir de sua vantagem competitiva no preenchimento das posições que, na estrutura de classes, implicam nas recompensas materiais e simbólicas mais desejadas. (GONZALES, 1979).

Por esse motivo, a discussão sobre a divisão sexual do trabalho e a desvalorização do trabalho reprodutivo feminino deve ser tratada a partir de uma perspectiva mormente interseccional, uma vez que raça e classe são fatores que potencializam as desigualdades. Sobre a impossibilidade de separar estes fatos, Angela Davis explica que,

É preciso compreender que classe informa raça. Mas raça também informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras. (DAVIS, 1977).

Isso fica evidenciado à medida que, já num contexto pós-moderno, se observa um discurso feminista absorvido e deturpado pelo neoliberalismo que, de acordo com Nancy Fraser (2009, p. 28), embora reconheça a demanda por emancipação das mulheres, é suscetível e legítima o capitalismo em sua nova forma. Segundo Bell Hooks,

Há trinta anos, as feministas contemporâneas não previram as mudanças que aconteceriam no mundo do trabalho em nossa sociedade. Elas não se deram conta de que o desemprego em massa se tornaria regra, que as mulheres poderiam se preparar para empregos que simplesmente não esta-

riam disponíveis. Elas não previram o conservador, e às vezes liberal, assédio aos programas sociais a maneira como mães solteiras sem dinheiro seriam culpadas e demonizadas por sua condição econômica. Todas essas realidades não previstas exigem que pensadoras feministas visionárias re-vejam a relação entre libertação e trabalho. (HOOKS, 2019, p. 85-87).

Evidente que há uma latente desigualdade de gênero, mas há também flagrante desigualdade entre as mulheres, eis que sempre haverá uma mulher exercendo o trabalho de cuidado para que outra possa exercer outros cargos no mercado de trabalho. Ou seja, para que uma executiva vá ao trabalho, frequentemente precisará contratar uma empregada doméstica ou delegar o papel reprodutivo a outra mulher da família. Esta função, ideologicamente atribuída à mulher como sua função natural, nada mais é que trabalho invisibilizado e desvalorizado propositalmente para servir aos interesses do capitalismo.

3 INTENSIFICAÇÃO DAS DESIGUALDADES NA PANDEMIA

No contexto da pandemia do COVID-19, a discussão sobre o trabalho reprodutivo adquiriu certo protagonismo, uma vez que as mulheres trabalhadoras tiveram que exercer seu trabalho em *home-office*, ou seja, no ambiente doméstico, quebrando qualquer barreira de desconexão entre o ambiente de trabalho e de não-trabalho, contexto que não se pretende analisar a fundo aqui, senão para constatar que esta discussão foi exacerbada precisamente pelo fato de que afetou famílias e mulheres brancas, de classe média e heterossexuais.

Sistematicamente desvalorizado, o trabalho doméstico de cuidados revelou-se central no momento em que o mundo se viu diante de uma pandemia mortal, mas nem por isso tornou-se valorizado, pelo contrário, novamente foi reforçado com indesejado e desprestigiado, sendo mais uma vez empurrado para as mulheres, também desprestigiadas.

O isolamento social e, em alguns casos, o adoecimento, intensificam as múltiplas jornadas de trabalho das mulheres em suas próprias casas, sendo demandadas no cuidado das crianças (integralmente em casa em razão do fechamento das escolas), dos idosos, dos enfermos. E em que pese a centralidade dos cuidados nesse período, isso não tornou mais valorizado o trabalho invisível de reprodução.

Nesse contexto, as mulheres brancas de classe média se viram na posição de reivindicar o direito de se dedicar ao seu trabalho e interesses particulares,

assim como suas irmãs de outra geração, clamando por liberdade, igualdade de gênero e sua inserção no mercado de trabalho. No entanto, a insurgência desse debate nas redes sociais e mídias, não se confunde com uma verdadeira toma de consciência e luta feminista, senão caminha para a mesma armadilha do capitalismo aqui exposta, que incentiva a luta “feminista” por liberdade em detrimento da responsabilidade social, de redistribuição e assistência às mulheres.

Mesmo porque, como foi tratado no capítulo anterior, o fato de antes essa categoria privilegiada de mulheres estarem exercendo suas profissões ao invés do trabalho socialmente reprodutivo, não revelava uma igualdade de gênero, pois se isso fosse, as consequências da pandemia para essas mulheres não seriam tão drásticas. Na realidade, como aqui se expõe, essa possibilidade existia por causa da terceirização de desse trabalho de cuidado a outras mulheres, como empregadas domésticas, babás, cozinheiras etc.

A pandemia não só evidenciou como aprofundou a desigualdades, ao passo que afetou mais significativamente os grupos mais vulneráveis. Com o fechamento de escolas e creches, por exemplo, muitas mulheres não tiveram alternativa senão sair do mercado de trabalho, ou reduzir sua carga horária e, conseqüentemente, seu salário.

Com a crise do Coronavírus, a relação de co-dependência da sociedade com as trabalhadoras domésticas não remuneradas foi escancarada. A sobrecarga de trabalho experienciada pelas mulheres tendeu ao aumento, uma vez que a antes dupla (ou tripla) jornada de trabalho tornou-se contínua com o isolamento social. O trabalho doméstico para permitir as atividades das crianças e dos homens no ambiente domiciliar recai, pelas concepções socioculturais, sobre as mulheres, como se lhe pertencessem por natureza.

No entanto, é importante destacar que mesmo esse cenário, no contexto fático, representa uma realidade de privilégio, porquanto é sabido que trabalhadoras pobres, negras e periféricas não tiveram a opção de trabalhar em casa expondo-se ao risco de contágio, a si e suas famílias, seja pela natureza e essencialidade de suas atividades, seja pela situação de extrema necessidade, que as conduzem trabalhos informais e precarizados, quando não se veem ficando desempregadas.

A propósito, o desemprego das mulheres é outro sintoma da crise sanitária. De acordo com o estudo “COVID-19 and gender equality: Countering the

regressive effects” publicado pela consultoria McKinsey & Company em 2020⁵⁶ os empregos das mulheres são 1.8 vezes mais vulneráveis a esta crise do que os empregos dos homens. Segundo os cálculos da consultoria, as mulheres ocupam 39% dos empregos e representam 54% das demissões. A principal causa atribuída a este fenômeno pelo estudo é a de que o vírus aumentou significativamente o fardo do cuidado não remunerado, o qual é desproporcionalmente executado por mulheres, sendo sequer compreendido como trabalho por grande parte da sociedade.

No Brasil, de acordo com os dados da PNAD-Covid19-IBGE⁵⁷ taxa de desempregados, também chamada de taxa de desocupados que se constitui pelas pessoas que não tem trabalho por conta da pandemia ou pela falta de oportunidade na localidade, subiu de 10,5% em maio de 2020 para 14,4% em setembro de 2020, com um montante de 15,3 milhões de desocupados no último mês. Dentre estes desocupados, as mulheres representam 16,9%, contra 11,8% de homens.

Quanto às trabalhadoras domésticas, segundo dados do PNAD⁵⁸, houve dispensa da proporção de 45% no ano de 2020. Como reflexo direto desta realidade, observou-se que as empregadas domésticas foram a segunda maior classe a receber o benefício do Auxílio Emergencial, segundo a mesma pesquisa.

O cenário crítico e a necessidade de isolamento levaram as mulheres a oscilar entre uma realidade triste e outra trágica, quais sejam, o desemprego ou o “privilégio da servidão”, emprestando termo de Ricardo Antunes. Este da aumento da carga laboral, desemprego e da violência doméstica, teve impacto na saúde mental das mulheres. Nas palavras de Bell Hooks:

Enquanto os homens faziam a maioria do trabalho, as mulheres trabalhavam para tornar o lar um lugar confortável e relaxante para os homens. A casa era um lugar relaxante para mulheres apenas quando o marido e as crianças não estavam presentes. Quando as mulheres, em casa, dedicam todo o tempo a atender às necessidades dos outros, o lar é local de trabalho

⁵⁶ Dados disponíveis em: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/covid-19-and-gender-equality-countering-the-regressive-effects#>

⁵⁷ Dados disponíveis em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>.

⁵⁸ Dados disponíveis em: <http://www.generonumero.media/domestica-auxilio-emergencial-emprego/>.

para ela, não é local de relaxamento, conforto e prazer. (HOOKS, 2019, p. 84).

Nesse contexto, até mesmo adoecer se torna um “privilégio”, já que a cobrança social sobre as mulheres que enfrentam grande sobrecarga de trabalho e responsabilidades sequer permite que elas reconheçam e tenham tempo de lidar com seu adoecimento e procurar ajuda, sem falar da dificuldade de acesso a programas e serviços de saúde mental para mulheres pobres. Este acúmulo, agora ininterrupto, não leva a outro resultado senão o de exaustão.

Não obstante, com a diminuição da renda, diversas famílias tornaram-se dependentes de organizações solidárias e serviços públicos como os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS). Todavia, estes encontram-se cada vez mais fragilizados, diante dos cortes orçamentários desencadeados pela Emenda Constitucional nº 95/2016 que instituiu novo regime fiscal, culminando no fechamento de diversas dessas instituições. Não obstante, as que restaram em funcionamento tiveram seus atendimentos suspensos em grande medida, diante das restrições sanitárias.

Assim, no contexto da pandemia, o Auxílio Emergencial (Lei nº 13.982 de 2 de abril de 2020), que serviu como medida excepcional de proteção social a pessoas que tiveram sua renda comprometida em decorrência da crise, apesar do caráter excepcional, temporário e de resgate do poder de compra - que não se confunde com autossuficiência econômica –que tem o benefício, foi de vital importância, já que mulheres chefes de família em situação de desemprego receberam um auxílio maior. Importante observar que foi a primeira vez que se reconheceu a necessidade de remunerar as mulheres pelo trabalho reprodutivo, especialmente porque no Brasil, até o ano de 2015, quase 29 milhões de famílias eram chefiadas por mulheres, segundo o IPEA⁵⁹.

Não obstante, a dificuldade de acesso ao Auxílio Emergencial - nos períodos em que esteve disponível - também foi uma questão. Isso porque, todo o procedimento é realizado via aplicativo, impossibilitando o cadastro de muitas mulheres, especialmente na periferia, onde a educação digital é ainda mais restrita.

Vale destacar, no que tange ao Auxílio Emergencial, que se por um lado reconheceu de certa forma a necessidade de remunerar-se mulheres chefe de família no período da crise, criando esperança na discussão sobre uma renda básica,

⁵⁹ Dados disponíveis em: https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_familia.html.

por outro, serviu de base para a criação do programa Auxílio Brasil, que ceifou o programa Bolsa Família, em troca do recebimento limitado e ainda incerto em tantos aspectos, como fonte de financiamento e duração, por exemplo⁶⁰. Oportuno destacar que se trata de uma política instituída por um governo neoliberal, com vistas à disputa eleitoral de 2022.

As políticas públicas que deveriam promover vida digna aos grupos mais vulneráveis são uma ferramenta essencial para essas mulheres e suas famílias. Todavia essas redes de apoio são, de modo geral, tratadas com desdém e negligenciadas pelo Estado. Sobre o tema, Bell Hooks pontua que:

Se programas sociais, e não investimentos nas forças militares, fossem sancionados por nosso governo, e se todos os cidadãos, por lei, tivessem acesso a eles por um ou dois anos ao longo da vida – durante os quais receberiam ajuda do Estado –, caso não conseguissem encontrar emprego, não existiria o estigma dos programas sociais. Se homens tivessem igual acesso a programas sociais, eles não carregariam mais o estigma de gênero. (HOOKS, 2019, p. 66).

E como caminho, Bell Hooks (2019, p. 87) sugere, dentre outras coisas, o salário subsidiado pelo Estado para mulheres e homens que queiram trabalhar em casa cuidando das crianças. A discussão e a criação de políticas públicas que vão ao encontro disso é absolutamente urgente, especialmente diante da realidade de tantas famílias chefiadas por mulheres pobres, negras e periféricas.

4 CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO

Compreendendo-se que a estrutura do capitalismo fomenta a desigualdade de gênero, e que o Estado falha em oferecer condições dignas de sobrevivência às famílias que necessitam, há um evidente impasse. É impossível sobreviver nesta sociedade sem consumir, e uma vez que o custo de vida é muito alto, o trabalho assalariado não garante a autossuficiência econômica. Todavia, sem a autossuficiência econômica as mulheres não podem se ver livres da dominação masculina nem autorrealizadas pessoalmente (HOOKS, 2019, p. 86).

As propostas das teóricas feministas são diversas e possuem divergências entre si. Pensadoras como Silvia Federici e Roswitha Scholz, e Angela Davis, embora com pontos de vista distintos, há muitos anos trazem um eficiente debate

⁶⁰ <https://www.cartacapital.com.br/opiniaio/o-fim-do-bolsa-familia-e-a-destruicao-do-brasil-que-um-dia-sonhou-em-ser-grande/>.

sobre trabalho doméstico feminino. Silvia Federici compreende que a estrutura do modo de produção capitalista condicionou mulheres ao trabalho doméstico, que passou a ser considerado como não-valor. Neste sentido, a autora defende que a remuneração das tarefas domésticas seria o único caminho para a emancipação, uma vez que o salário traria visibilidade para esse trabalho, deixando de ser considerado tarefa exclusivamente feminina (FEDERICI, 2019, p. 41)

Roswitha Scholz, por sua vez, faz uma crítica radical à estrutura da sociedade capitalista e à produção fetichista de mercadorias, através da teoria de dissociação do valor, que tem como consequência a luta contra o patriarcado (SCHOLZ, 1996, p. 24). Para a autora, a ideia de reconhecer o trabalho doméstico a partir de remuneração das mulheres, ignora o fato de este trabalho produz valor dissociado, na medida em que o trabalho reprodutivo faz parte do processo produtivo, indispensável à produção de valor da mercadoria (SCHOLZ, 1996, pp. 24-25).

Já par Angela Davis (2016) o que é prduzido pelo mercado não tem o mesmo valor que o que é produzido pelo trabalho doméstico, e a remuneração deste não bastaria para a emancipação feminina. A autora observa que remunerar o trabalho doméstico legitimaria situação já vivenciada pelas mulheres negras, que realizam o trabalho doméstico em suas casa e na de terceiros, em um novo formato de escravidão.

Além de que, para a autora, “[...] a libertação psicológica dificilmente pode ser atingida com a simples remuneração da dona de casa” (DAVIS, 2016, p. 243), de modo que a remuneração deste trabalho desestimularia a busca de emprego fora do ambiente doméstico. Neste sentido, Angela Davis sustenta que não basta desvincular a noção de que o trabalho doméstico é papel da mulher para descaracterizar sua face opressora.

A abolição das tarefas domésticas enquanto responsabilidade provada e individual das mulheres é claramente um objetivo estratégico da libertação feminina. Mas a socialização das tarefas domésticas — incluindo o preparo das refeições e o cuidado das crianças — pressupõe colocar um fim ao domínio do desejo de lucro sobre a economia. (DAVIS, 2016, p. 244).

Para a autora, o melhor caminho é a socialização do trabalho doméstico. No entanto, ela observa (2016, p. 226) que o mercado capitalista é hostil á industrialização e socialização do trabalho doméstico, uma vez que não geraria lucro, logo, não é conveniente aos interesse do Capital.

Partido das diferentes teorias e soluções propostas, e analisando a construção do contexto ora debatido, é possível concluir que as possíveis formas de quebrar esse paradigma passam por uma teoria verdadeiramente crítica de base feminista, antiracista e anticapitalista. Não obstante, dentro da realidade que se apresenta, é necessário garantir direitos às mulheres que se encontram em posição de vulnerabilidade, através de políticas de redistribuição de renda e políticas públicas de igualdade material, a exemplo da recente alteração na lei previdenciária da Argentina (decreto 475/2012), que prevê aposentadoria para mulheres que se dedicam ao cuidado doméstico dos filhos, reconhecendo esta função como trabalho, que deve garantir a aposentadoria a cerca de 155 mil mulheres⁶¹.

De outra ponta, é preciso superar a desvalorização econômica e cultural dos trabalhos reprodutivos realizados em âmbito privado. Ou seja, é necessário desconstruir a noção ideológica de supervalorização do trabalho assalariado em detrimento da subvalorização do trabalho de cuidado não assalariado. Para este fim, é preciso cultivar, política e ideologicamente, a valorização da ética de cuidado, a fim de esta seja absorvida pelas estruturas institucionais e, concomitantemente, para que haja uma divisão equânime de responsabilidades de cuidado.

Neste sentido, “[...] nós, aqueles que desejam que as mulheres se emancipem da hierarquia de gênero, devemos tomar mais consciência dos desenvolvimentos passados, pois agimos sobre um terreno igualmente ocupado por forças de mercantilização.” (FRASER, 2011, p. 631). É uma verdadeira consciência presume desmascarar os delírios emancipatórios do capitalismo e a fragilidade dos direitos alcançados neste sistema, servindo a pandemia do COVID-19 de novo alerta para que “Nunca se esqueça que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados.” (BEAUVOIR, 1949).

É preciso dar voz a feminismos que transcendam as pautas individuais para reivindicar a valorização do trabalho doméstico, mas também reconheçam que ele é atravessado pela questão racial no que se refere ao trabalho doméstico como meio de subsistência, chamando a atenção para a realidade social de vulnerabilidade da maioria das mulheres.

⁶¹ Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/07/27/artigo-maes-trabalaham-as-lutas-por-reconhecimento-e-autonomia-das-mulheres-na-argentina>.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi debatido, identifica-se que o problema da opressão feminina refletido na desvalorização do trabalho reprodutivo, assim como a exploração das mulheres que exercem profissões de cuidados extremamente precarizadas no contexto do neoliberalismo está entrelaçada com a lógica e agenda capitalista. Portanto, logicamente, a transformação deste cenário dependeria da superação do próprio sistema capitalista. Outrossim, identificada a necessidade de enfrentamento do capitalismo, visando sua ruptura, não elimina a necessidade de se discutir formas de mitigar suas externalidades negativas.

Partindo do entendimento de que sempre houve um trabalho reprodutivo feminino e o capitalismo, tendo o salário é medida de diferenciação, acentua a desigualdade quando valoriza o trabalho produtivo do homem em detrimento do trabalho reprodutivo, entende-se que há a necessidade de discussão desse trabalho realizado em âmbito privado.

O discurso vendido pelo neoliberalismo incentiva que mulheres brancas, heterossexuais e de classe média vivenciem a experiência do “empoderamento”, e lutem por pautas de reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres quando, na verdade, há uma urgência maior em se lutar pelo reconhecimento das diferenças, e a partir daí, pelas pautas de combate a opressão feminina existente na estrutura do trabalho reprodutivo.

A experiência vivenciada pelas mulheres na pandemia, com acúmulo de atividades produtivas e reprodutivas, chamou a atenção para este debate nas redes e mídia sociais, diante das dificuldades de mulheres de classes privilegiadas, não obstante, dificuldades não piores que as enfrentadas há décadas por mulheres negras e pobres.

Assim, defende-se a promoção de uma consciência feminista legítima, por meio de teorias feministas de cunho crítico, anticapitalista e antirracista, sem deixar se alienar pela noção ou ilusão da existência, garantia, objetivo e, principalmente, universalidade dos direitos no sistema capitalista. Importante ter em vista que, ainda que algumas mulheres de determinadas classes tenham, aparentemente, conseguido emancipação, isso não se confunde com a emancipação das mulheres enquanto coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, Simone de. (1949). *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

DAVIS, Angela. (1977). *As mulheres negras na construção de uma utopia*. I Jornada Cultural Léia Gonzalez, São Luiz, Centro de Cultura Negra do Maranhão. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/>.

_____. (2016). *Mulheres, raça e classe*. 1. ed. São Paulo, SP: Boitempo.

FEDERICI, Silvia. (2018). *El patriarcado del salario: críticas feministas ao marxismo*. Madrid: Traficantes de sueños.

_____. (2017). *O Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante.

_____. (2019). *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e a luta feminista*. 1. ed. São Paulo, SP: Elefante.

FRASER, Nancy. (2009). O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, v. 14, ed. 2, 11-33, DOI: 10.5433/2176-6665.2009v14n2p11.

_____. (2011). Mercantilização, proteção social e emancipação: as ambivalências do feminismo na crise do capitalismo. *Revista Direito GV*, v. 7, ed. 2. 617-634, DOI: 10.1590/S1808-24322011000200011.

GONZALEZ, Leila. (1979). *Cultura, Etnicidade e Trabalho: Efeitos Linguísticos e Políticos da Exploração da Mulher*. 8°. Encontro Nacional da Latin American Studies Association. Pittsburg.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. (2007). Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de pesquisa, Fundação Carlos Chagas*, v. 37, n. 132, 595-609. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/index.php/cp/issue/view/23>.

HOBSBAWM, Eric. (1992). *A era dos impérios 1875-1914*. São Paulo: Editora Paz e Terra.

HOOKS, Bell. (2019). *O feminismo é pra todo mundo*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos.

SCHOLZ, Roswitha. (1996). *O Valor é o Homem: Teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos*. S. Paulo: Novos Estudos – CEBRAP, n°. 45 - julho de 1996.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO CENÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO CONFERIDA À MULHER

Daniela Braga Paiano

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil
danielapaiano@hotmail.com

Franciele Barbosa Santos

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil
francielebs3097@gmail.com

Isabela Nabas Schiavon

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Brasil
isabelanschiavon@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O papel atribuído à mulher socialmente, ao longo da história, foi definido pelos homens e de acordo com a conveniência da época, o que demonstra a submissão do gênero feminino e ausência de liberdade da mulher para escolher a sua atuação social. Nessa conjuntura, a mulher é posta como subserviente e até mais fraca quando comparada com o homem, uma vez que a sua posição e ocupação social visa a atender os anseios masculinos.

A violência doméstica contra a mulher é aquela perpetrada pelos seus cônjuges, companheiros e familiares. Trata-se de fenômeno bastante presente na atualidade que gera lesões corporais de mulheres, ocorrência de feminicídios, além de violência psicológica, patrimonial e moral, todos os dias na sociedade brasileira. A violência doméstica contra a mulher, possui como fundamento a posição de poder do gênero masculino sobre o feminino e ainda hoje é justificada sob argumentos machistas e patriarcalistas.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a violência doméstica contra a mulher, a proteção ofertada no ordenamento brasileiro e internacional, bem como o aumento do número de ocorrências durante o período pandêmico, suas possíveis causas e soluções tomadas pelos órgãos públicos. Ao final, busca-se fazer uma análise de tais medidas e se são efetivas.

Nessa toada, compreender o fenômeno da violência doméstica demanda uma compreensão do todo social, do papel desenvolvido pela mulher e da sua

visão histórica, por isso, o presente trabalho partirá dessa análise, passando, posteriormente, pelos meios de proteção no ordenamento brasileiro e internacional, bem como pelas medidas de proteção e a sua efetividade.

Para tanto, o método utilizado é o dedutivo, cuja metodologia se pauta em pesquisa legislativa e bibliográfica, doutrinária e documental, com ênfase na literatura sociológica e sob a ótica do enfrentamento da violência contra mulher na legislação. Tendo sido feito, ainda, estudos e análises de dados disponibilizados em relatórios oficiais brasileiros.

1 DA ORIGEM DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Para adentrar na origem da violência perpetrada contra a mulher, antes se faz necessário que se analise o papel que a mulher exerce dentro da sociedade, ou seja, o papel que lhe é atribuído dentro de uma sociedade tipicamente patriarcal e as consequências causadas pela atribuição de determinados papéis ao longo da história. Ressalta-se, que a história das mulheres é silenciosa, uma vez que os registros históricos, em sua maioria, são feitos de homens para homens.

Fruto de uma sociedade patriarcal de gênero o papel atribuído à mulher é de subserviência em relação ao homem. Trata-se de uma construção histórica que reflete até os dias atuais, seja por meio da violência física, moral, psicológica ou social perpetrada contra a mulher, seja pela ocupação de cargos ligados à prestação de serviços vistos como socialmente ‘femininos’ ou diante da baixa ocupação de cargos de mando e gerência, os quais, mesmo quando ocupados, são de menores remunerações para a mulher quanto comparada com o homem.

Apesar de não ser um fenômeno da contemporaneidade – como será demonstrado a seguir –, apenas recentemente tal situação ganhou visibilidade política, econômica e social, passando, então, o Poder Público a oferecer medidas de proteção à mulher violentada. Entende-se como violência a “[...] ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral.” (SAFFIOTI, 2004). Assim, a violência é o excesso de ação de um sobre o outro, ultrapassando os limites legalmente impostos ou socialmente aceitos, atingindo os direitos fundamentais da pessoa.

A palavra violência vem da palavra em latim *vis*, que significa força e caracteriza tudo que age usando a força para ir contra a natureza de outrem, ou contra a liberdade do outro, ou quando causa alguma espécie de violação, ou seja,

a violência consiste num ato de brutalidade, de abuso físico ou psíquico, de intimidação ou de terror. Nessa toada, a violência desnatura o ser humano, pois o coloca num local de objetificação, ceifando a sua liberdade e racionalidade (CHAUI, 1998).

Percebe-se que a violência é um fenômeno que se apresenta de inúmeras formas na sociedade atual. A sua compreensão demanda uma análise sem simplismos e ampla, uma vez que além de ter inúmeras faces, muitas vezes se apresenta de forma velada e despercebida. A Organização Mundial de Saúde (OMS, 2002), em seu relatório mundial sobre violência e saúde, divide a violência em três grandes categorias, quais sejam: violência dirigida a si mesmo (auto infligida), violência interpessoal e violência coletiva. A primeira categoria abarca o comportamento suicida e o auto abuso. A violência interpessoal se subdivide em violência da família, do parceiro íntimo e violência comunitária. Já a violência coletiva possui como espécies a violência social, política e econômica.

A violência contra a mulher possui legitimação histórica, isto porque os papéis sociais que lhe foram atribuídos é de inferioridade quando comparado com o papel desempenhado pelo gênero masculino dentro de uma sociedade. Os homens, na sua gênese, eram vistos como biologicamente superiores ou mais capazes, entretanto se faz necessário ir além do meramente biológico, uma vez que a sociedade não uma espécie, mas uma realização que transcende para o mundo, cujo costumes não se deduzem da biologia, mas obedecem a costumes, refletem desejos e temores (BEAUVOIR, 1970).

Assim, a compreensão da sujeição da mulher à espécie, deve ser compreendida a partir de um contexto ontológico, econômico, social e psicológico, para então esclarecer os dados da biologia. Portanto, a biologia, por si, não define e nem definiu o papel imposto à mulher ao longo da história, devendo, nessa toada, analisar o que a humanidade fez da fêmea humana (BEAUVOIR, 1970). Importante destacar que numa sociedade capitalista, sendo o trabalho privilegiado na *práxis*, o posto ocupado pela mulher na cadeia de produção contribui para a perpetuação da discriminação em face da mulher (SAFFIOTTI, 1976). Nessa toada, importante salientar que:

Falar de divisão sexual do trabalho é tocar no que vem sendo definido, historicamente, como trabalho de mulher, competência de mulher, lugar de mulher. E, claro, nas consequências dessas classificações. As hierarquias de gênero, classe e raça não são explicáveis sem que se leve em conta essa divisão, que produz, ao mesmo tempo, identidades, vantagens e desvantagens. Muitas das percepções sobre quem somos no mundo, o que

representamos para as pessoas próximas e o nosso papel na sociedade estão relacionadas à divisão sexual do trabalho. Nela se definem, também, dificuldades cotidianas que vão conformando trajetórias, possibilidades diferenciadas na vida de mulheres e homens. (BIROLI, 2018).

Nessa conjuntura, a atribuição de afazeres fez com que a mulher fosse vista como subserviente ao homem. Biologicamente, a mulher era vista como mais fraca, ante a necessidade de enfrentar animais selvagens, de colher frutas pesadas, ou seja, diante da necessidade de trabalhos que exigiam força física do trabalhador. Assim, a mulher era vista como inferior ante à sua fraqueza física. Entretanto, com o advento de máquinas modernas a mulher se torna igual ao homem para o trabalho (BEAUVOIR, 1970). Tal fato, contudo, não implica na equiparação da mulher com o homem, isto porque o papel de mãe aumentava a limitação e o confinamento da mulher à vida doméstica.

Na origem das famílias na qual o homem precisava caçar e a mulher permanecia em casa com os seus afazeres artesanais, havia igualdade entre as atividades, pois ambas possuíam um caráter produtivo, mas foi com o advento da propriedade privada, ou seja, quando os homens deixam de ser nômades e firmam moradia que acontece que a autora denomina de “a grande derrota histórica do sexo feminino”, isso ocorre uma vez que a mulher passa a ser propriedade do homem e a propriedade passa a ser transmitido de pai para filho e não mais da mulher para seu clã e, então, a mulher passa a sofrer opressão, tanto econômica, como sexual (BEAUVOIR, 1970).

Na antiguidade oriental a mulher era considerada uma propriedade de domínio masculino. Assim, quando nascia, a mulher era de propriedade de seu pai e permanecia até o casamento, acontecimento que acarretava a transferência da propriedade – no caso da mulher – para seu marido. No caso de ausência ou do pai ou do marido, a mulher estava submetida aos poderes do Estado (BEAUVOIR, 1970). Dessa forma, vislumbra-se que a mulher era disposta como uma mercadoria, sem quaisquer direitos conferidos, ela era tida como incapaz em todos os momentos da sua vida, desde o nascimento até a sua morte, sendo necessário a submissão a um responsável.

Destaca-se que a mulher, nesse contexto, não é tida como um ser humano dotado de dignidade, mas tão somente se trata de um bem que, ao longo da sua vida, sofre mudanças na titularidade. Na Idade Média, a mulher passa a ter alguns direitos, podendo tomar parte em assembleias dos habitantes, participar

de reuniões primárias aos Estados, bem como passa a ser necessário o consentimento da mulher para a alienação de bens imóveis, podendo o marido apenas dispor livremente de bens móveis (BEAUVOIR, 1970). Entretanto, a sua atuação ainda não é igualitária a do homem. Ressalta-se que a justiça e o tratamento ainda estão longes de serem conquistados.

Nessa conjuntura, mesmo que com alguns direitos, a mulher permanecia ou sob o poder de outrem ou trancafiada em conventos. Com a ascensão do cristianismo, a submissão da mulher passa a ter justificativa religiosa, devendo cumprir com os princípios de castidade, silêncio, obediência, humildade e trabalho. A mulher é tida como um mal necessário e culpada pela desobediência do homem à Deus. Dessa forma, entendia-se que a mulher devia obediência e prestação de contas ao homem (BEAUVOIR, 1970).

No que se refere à educação, ainda no século XVI as mulheres são pouco instruídas, além de sofrer com o direito romano que pouco protegiam a mulher contra as pretensões do marido. Somente a partir da Idade Moderna, com a ocorrência do Renascimento, que as mulheres começam a exigir sua autonomia e espaço na sociedade, uma vez que, até então, permaneciam com afazeres domésticos e sem atuação social (BEAUVOIR, 1970).

A Idade Contemporânea foi marcada por grandes revoluções burguesas. Era de se esperar, portanto, que o papel da mulher sofresse modificações, entretanto tal revolução foi de homens para homens, permanecendo a mulher refém do patriarcalismo, como administradora do lar e pertencente à família. A mulher, nessa toada, não atinge uma atuação política e social, cujo reflexos podem ser vistos atualmente quando a participação feminina na vida pública, comparada com os homens é, ainda, demasiadamente baixa. A exemplo, em 2017, a ocupação feminina nos órgãos brasileiros era de: no Congresso Nacional de apenas 11,3%, no Senado Federal 16%, na Câmara dos Deputados consistia em 10,5%. Na participação nos cargos ministeriais a porcentagem é ainda menor, em 2017 dos 28 ministros do governo, apenas duas eram mulheres correspondendo a 7,1% (IBGE, 2018), no Poder Executivo não chega a 12% e no Poder Judiciário não passa de 18,20% (BRASIL, 2008).

Com a Revolução Industrial no século XIX, era de se esperar que o papel da mulher sofresse modificações. Abre-se espaço para luta feminista. As mulheres passam a ocupar os espaços nas fábricas, uma vez que a sua mão de obra passa a ser necessária e se iguala a do homem. Isso se dá pelo fim da diferenciação

entre os gêneros na atuação profissional, em decorrência do advento das máquinas. Assim, a justificativa de fragilidade física não se sustenta mais.

Entretanto, além de ser submetida à dupla jornada de trabalho, ou seja, à vida doméstica e ao trabalho nas fábricas, as mulheres possuíam salários mais baixos e eram altamente exploradas, trabalhando até o esgotamento de suas forças. Já no século XX, com o período de guerras, as mulheres passam também a ocupar cargos que antes eram reservados aos homens, já que a sua mão de obra passa a ser necessária, ante a ausência dos homens para a manutenção das fábricas (BEAUVOIR, 1970).

Mesmo que as mulheres tenham conquistado certo espaço no mercado de trabalho, tendo formação acadêmica, ainda hoje a mulher se encontra presa à função de reprodutora. Por mais que tivesse conquistado espaço na sociedade a sua liberdade ainda não é plena, já que a sua submissão é útil à sociedade patriarcal. A dominação masculina sobre a feminina permeia todas as esferas de vivência da mulher, seja em seu lar, na qual acumula tarefas tidas como domésticas, seja em seu trabalho, no qual possui menores salários mesmo com maiores qualificações.

Ainda vige a divisão sexual do trabalho, sendo que as mulheres, ainda hoje, ocupam postos de trabalho tidos como tipicamente femininos, se concentrando mais de 90% da ocupação na prestação de serviços que abarca serviços de cozinheiras, babás, diaristas, lavadeiras, domésticas, governantas etc., sendo que as áreas de transporte, engenharia e construção, por exemplo, permanecem quase que reservadas exclusivamente ao sexo masculino (NICKNICH, 2016).

Nessa toada, tem-se que a mulher sempre foi posta em local de submissão e de acordo com a vontade masculina. A sua atuação, seja social, seja doméstica, sempre esteve submetida à vontade de uma sociedade fundada no patriarcalismo que beneficia o sexo masculino. A violência se relaciona com o poder de um sobre o outro, ou seja, de um sexo sobre o outro. Ao perpetrar a violência contra a mulher, o homem se vê num local de superioridade. Ou seja, num posto que pode exigir que a mulher faça o que ele deseja, sob pena de repreendê-la usando de artifícios como a força física, ou coação moral, psicológica e econômica.

O papel desenvolvido pela mulher socialmente é de suma importância para compreender o porquê que mesmo com as medidas de proteção garantidas

à mulher, mesmo com o desenvolvimento social, ocupação de postos importantes por mulheres, a violência ainda é bastante presente na realidade brasileira e mundial. A mulher ainda permanece violentada nos seus postos de trabalho quando recebe salário menor de que um homem, mesmo ocupando o mesmo posto, quando é calada durante uma fala, quando é ridicularizada ou descredibilizada na sua formação, quando lhe é imposto a dupla jornada, entendendo ser de responsabilidade da mulher a vida doméstica.

Os desdobramentos dessa violência tida como ‘velada’ influem diretamente na violência física contra a mulher. A colocação da mulher num local de subserviência e, conseqüente, superioridade do homem em relação à mulher traz a ideia de exercício de poder sobre o outro, sendo esse exercício de poder legitimado socialmente e, então, ocorre a naturalização da violência doméstica contra a mulher.

2 PROTEÇÃO DA MULHER NOS CENÁRIOS INTERNACIONAL E BRASILEIRO

Em razão da maneira como a mulher é vista e tratada nas relações sociais, bem como em decorrência de grande violência por ela sofrida, tanto nas relações domésticas e familiares, quanto pela sua condição de gênero feminino, fez-se necessária a criação de leis e mecanismos legais efetivos que viessem a proteger e garantir a segurança e integridade física e psicológica da mulher.

No que se refere à violência contra a mulher, é notório, diante da convivência social, que o direito à vida e o exercício de sua individualidade não é respeitado por todos (MENEZES, 2013) e, por essa razão surge a interferência estatal como instituição voltada para a proteção do bem jurídico maior, a vida. Ademais, o Estado é o responsável constitucional em assegurar a assistência à família na pessoa de cada um e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Nesse sentido, no âmbito internacional, o primeiro documento que surgiu no sentido de proteger à mulher, estendendo-lhes os direitos humanos e promovendo a igualdade entre os sexos, foi a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no ano de 1979. O Comitê da Convenção, apresentou como recomendação que os Estados participantes estabelecessem legislação especial sobre a violência doméstica e familiar contra a

mulher com a finalidade de promover os direitos humanos das mulheres e eliminar a discriminação contra a mulher, utilizando-se além das medidas legais, adotando medidas políticas e programáticas (DIAS, 2010, p. 35).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil em 1984 e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 4.377 no ano de 2002, apontando que o Estado brasileiro caminhava em conjunto com o cenário internacional na busca pela proteção da mulher contra a violência.

[...] a partir desta reconfiguração, os abusos que têm lugar na esfera privada – como o estupro e a violência doméstica – passam a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana. Consta que a Declaração de Viena, de 1993, foi o primeiro instrumento internacional que especializa a expressão direitos humanos da mulher (PORTO, 2014, p. 6)

Assim, o problema da discriminação e violência contra a mulher, antes unicamente visto como privado, ganhou caráter público-privado e o combate e a prevenção da violência com tantas raízes em nossa cultura se volta para a construção de uma via de enfrentamento e superação da realidade de violência vivenciada pelas mulheres. Isso porque, reconhecer a mulher como ser dotado de dignidade implica em compreender que a violência contra ela praticada se trata de profunda violação não só aos direitos fundamentais, mas também aos direitos humanos por violarem a ética que enxerga no outro ser humano, um ser digno de respeito, de reconhecimento não somente nacional, mas universal (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, *passim*).

Para além desses instrumentos internacionais, o Brasil também é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994, conhecida como Convenção do Belém do Pará, tida como o primeiro tratado com vinculação legal que criminaliza todas as maneiras de violência contra a mulher que inspirou a criação futura da Lei brasileira nº 10.778, do ano de 2003, que estabelece a obrigatoriedade da notificação compulsória em todo o território nacional em caso de se verificar violência contra a mulher que for atendida nos serviços de saúde públicos ou privados, como uma medida de combate à violência. Além disso, o Brasil é signatário da Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento também do ano de 1994, que aconteceu no Cairo, no Egito, tendo como pontos relevantes para a mulher, o apoio ao planejamento familiar, à saúde sexual e reprodutiva, à promoção da

igualdade de gênero, à promoção de acesso à educação para as meninas e à eliminação da violência contra as mulheres.

Ademais, o Estado Brasileiro assinou a IV Conferência Mundial da ONU sobre as mulheres, cuja tema central intitula-se ação para a igualdade, o desenvolvimento e a paz, em Beijing, na China, em 1995, que reafirma os direitos das mulheres como direitos humanos e a igualdade de gênero, estabelecendo que “o empoderamento da mulher e sua total participação, em base de igualdade, em todos os campos sociais, incluindo a participação no processo decisório e o acesso ao poder, são fundamentais para a realização da igualdade, do desenvolvimento e da paz” (ONU, 1995).

Segundo Flávia Piovesan, (2009, p. 307) os documentos internacionais formam um sistema especial de proteção de maneira que trazem concretude para a proteção dos grupos socialmente vulneráveis, dentre eles a mulher, de maneira específica e visando alcançar para além da igualdade formal, a igualdade material desses sujeitos de direitos marginalizados, por meio de ações afirmativas. Dessa forma, a internacionalização do enfrentamento da violência contra a mulher trouxe uma mudança significativa no panorama político-jurídico do Brasil, trazendo para as brasileiras realizações políticas e legais, reconhecendo a violência contra a mulher como um problema social e de violação dos direitos humanos.

Diante disso, a Lei Maria da Penha, nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, veio tratar das condutas e sanções relacionadas à prática da violência contra a mulher, bem como objetiva instrumentos para coibir essa espécie de violência. A Lei Maria da Penha se encarregou de atribuir ao Estado a incumbência de desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei que combate a violência contra a mulher no Brasil, ganhou esse nome em razão do caso que aconteceu com Maria da Penha Maia Fernandes⁶², que foi vítima de duas tentativas de homicídio, sendo que na primeira, em 29 de maio de 1983, Maria da Penha, foi atingida por um tiro de espingarda desferido pelo marido, enquanto dormia, o que acabou ocasionando a sua paraplegia. Na

⁶² Para contextualização ver: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório anual, 2000. **Relatório nº 54/01 – Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes**. Brasil, 04 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

segunda tentativa, ocorrida duas semanas depois, seu marido tentou matá-la com uma descarga elétrica enquanto tomava banho.

No ano de 1991, o agressor foi condenado a oito anos de prisão pelo Tribunal do Júri, recorreu em liberdade e após um ano teve o seu julgamento anulado, tendo sido levado a novo julgamento no ano de 1996, em que recebeu a pena de dez anos e seis meses, novamente recorreu em liberdade e somente no ano de 2002 é que ele foi preso, há dezenove anos e seis meses depois da primeira tentativa de homicídio (DIAS, 2010, p. 16), poucos meses antes da prescrição da pena e após o caso Maria da Penha chegar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Em 1988, foi encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma petição conjunta do Centro para a Justiça e o Direito Internacional/Brasil, do Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher/Brasil, junto com a vítima Maria da Penha, contra o Estado do Brasil (caso 12.051), isso porque passados quinze anos das agressões ainda não havia decisão final dos tribunais brasileiros, encontrando-se o agressor sem punição e em liberdade durante todo esse período.

À vista disso, pôde-se observar que existia no ordenamento jurídico brasileiro um espaço de omissão para com as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no Brasil, o que foi ponto de fundamentação pelas peticionárias, nos termos do art. 46, inc. II, letra c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que autoriza uma exceção à condição de procedibilidade para a interposição de recurso internacional, qual seja a interposição e esgotamento dos recursos de jurisdição interna, ao aduzir que serão admitidos recursos interpostos quando “houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos” (CONVENÇÃO, 1969).

Em resposta, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que “houve atraso injustificado na tramitação da denúncia, atraso que se agrava pelo fato de que pode acarretar a prescrição do delito e, por conseguinte, a impunidade definitiva do perpetrador e a impossibilidade de ressarcimento da vítima” (CIDH, 2000). O Estado brasileiro, na contramão do que ratificou nos tratados e convenções internacionais, não apresentou nenhuma resposta às solicitações da Comissão entre 1998 e 2000, o que ensejou no ano seguinte o Relatório nº 54 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que veio a responsabilizar o Estado brasileiro por omissão, negligência e tolerância à violência doméstica contra as mulheres, e recomendar algumas medidas de atuação, entre elas

a finalização do processamento penal do agressor, a realização de uma investigação que objetivasse determinar a responsabilidade pelos atrasos e irregularidades no processo original e a adoção de políticas públicas destinadas à prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres no Brasil.

Assim, com a decisão da Comissão, o processo que tinha como vítima Maria da Penha foi julgado com a condenação do agressor meses antes da prescrição penal e quase vinte anos após os fatos. Seguindo as diretrizes recomendadas pela Comissão, o Brasil sancionou a Lei nº 11.340 no ano de 2006, tendo como finalidade o combate à violência doméstica contra a mulher.

Ressalta-se que conforme a Súmula 600 do STJ, a Lei Maria da Penha pode ser aplicada mesmo que não tenha havido coabitação. Além disso, mesmo quando as agressões ocorrerem quando já se tiver encerrado o relacionamento entre as partes a Lei também incide, desde que guardem vínculo com a relação anteriormente existente. Ademais, conforme entendimento jurisprudencial⁶³, a Lei Maria da Penha se aplica, também, à transexual feminina.

Em que pese com o advento da Lei Maria da Penha tenham diminuídos os casos de violência contra a mulher, como ameaças, vaís de fato, lesão corporal, a espécie mais grave de violência aumentou, qual seja o homicídio, sendo que no período de 2006 a 2016, o índice de homicídios praticados contra a mulher aumentou em 6,4% (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 44-49).

Diante desse contexto, surgiu a Lei do Feminicídio, nº 13.104 de 09 de março de 2015, que passou a incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio previsto no Código Penal, bem como para inclusão do feminicídio no rol de crimes hediondos. A Lei definiu feminicídio como o homicídio praticado contra a mulher em razão da sua condição de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou quando houver, por ser mulher, discriminação ou menosprezo na prática do delito (BRASIL, 2015).

⁶³ Ver: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Acórdão nº 1152502/DF**, Relator: Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma Criminal, Data de Julgamento: 14 fev. 2019. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Acórdão nº 1184804/DF**, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, Terceira Turma Criminal, Data de Julgamento: 4 jul. 2019. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Acórdão nº 1301119/DF**, Relator: Cruz Macedo, Primeira Turma Criminal, Data de Julgamento: 19 nov. 2020.

Ocorre que com a promulgação tanto da Lei Maria da Penha, quanto da Lei do Feminicídio, iniciaram-se debates acerca da sua constitucionalidade, sob o argumento de que toda a proteção que foi dada a mulher violaria o princípio constitucional da isonomia, disposto no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, cumpre ressaltar que o princípio da isonomia deve ser interpretado sob o viés da igualdade material, igualar os desiguais na medida de suas desigualdades, implementando ações afirmativas para que se alcance a isonomia dos grupos vulneráveis.

Ambas as Leis, tratam de ações afirmativas que demonstram o posicionamento do Brasil como um Estado Democrático de Direito, representam ações voltadas a determinados grupos da sociedade que foram ao longo da história discriminados tendo em vista a correção das desigualdades e a promoção da inclusão social se utilizando de políticas públicas voltadas a compensação da desvantagem que esse grupo, no caso em questão as mulheres, sofreu em razão da discriminação e exclusão.

Desse modo, a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio são constitucionais e são vistas como um marco histórico na defesa das mulheres contra qualquer tipo de violência, uma vez que visam proteger mulheres em condição de vulnerabilidade social e psicológica, tendo como fundamento o princípio da isonomia previsto na Constituição da República. Isso porque, as Leis não visam trazer maiores garantias e tutela da mulher sobre o homem, mas justamente em razão do fato de que as mulheres são mais violentadas é que se busca através das legislações – visto que a própria sociedade não é capaz de se autorregular nessa temática -, trazer ações afirmativas a fim de que se alcance a igualdade material das mulheres, que por décadas se encontram em um espaço cultural que as marginalizam na sociedade e que se encontram em posição de submissão em razão da sua condição de ser mulher.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DA COVID-19: MEDIDAS PROTETIVAS

Entre as diversas formas de violência contra mulher, a violência praticada no âmbito familiar pode ser vista como uma das mais cruéis, dolorosas e silenciosas, isso porque o lar é tido como o ambiente de acolhimento, de segurança, lugar em que não se espera que haja violência e perigo, ao passo que em

razão do seu caráter de privacidade e intimidade acaba por tornar invisível a violência contra a mulher ali praticada.

A definição de violência doméstica e familiar contra a mulher é estabelecida pela Lei Maria da Penha no art. 5º. Dessa forma, configura-se violência doméstica e familiar “qualquer a ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006), seja no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Em virtude do contexto pandêmico, em que se vive em meio a uma crise de saúde pública global tendo em visto a doença COVID-19⁶⁴, aflorou-se a problemática no que tange à violência doméstica contra a mulher, manifestando-se a necessidade de se voltar os olhares a uma situação que anteriormente já demandava atenção do Estado e da sociedade, tendo-se agravado na pandemia. Conforme informações do Ministério da Saúde (2020) a COVID-19 é uma doença provocada pelo vírus SARS-CoV-2, popularmente conhecido como Coronavírus, que foi descoberto no dia 31 de dezembro de 2019, com casos registrados primeiramente na China e posteriormente se espalhando pelo mundo afora, hoje alcançando status de pandemia global.

Em razão da rapidez de transmissão do vírus, a doença acabou se espalhando pelo mundo e ocasionando, no Brasil, o reconhecimento de estado de calamidade pública, pelo Decreto-legislativo 6, de 20 de março de 2020, em virtude de emergência de saúde pública de magnitude nacional. Diante disso, a COVID-19 surgiu modificando toda a estrutura da organização econômica e social, bem como afetou as relações familiares, em razão das recomendações da Organização Mundial da Saúde e dos Estados Federados pelo isolamento social, que compreende a permanência das pessoas em suas residências o quanto for possível, evitando o contato social e, por conseguinte, a transmissão, difusão e disseminação da doença.

Diante desse contexto, muitas mulheres que trabalhavam fora de casa passaram a trabalhar na modalidade *home office*, assim como muitas mulheres que

⁶⁴ Para mais informações sobre a COVID-19 acesse: Folha Informativa da Organização Pan-Americana da Saúde, representante da Organização Mundial da Saúde no Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 22 jun. 2020. Ver também: Painel sobre a COVID-19 no Brasil do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 22 jun. 2020.

não saíam para trabalhar fora de casa, passaram a ter em suas residências a convivência diária e por vinte e quatro horas do dia com seus agressores, seja por estarem em *home office* ou por estarem desempregados e se virem obrigados a permanecer em casa, agravando ainda mais a situação de violência por elas vivida ou que passaram a viver em razão da convivência forçada. Ressalta-se que na Itália⁶⁵, na França⁶⁶ e na Espanha⁶⁷, registrou-se um aumento da violência doméstica quando a quarentena se tornou obrigatória e na China⁶⁸ os números triplicaram.

Nesse sentido, o confinamento em casa, local onde se esperaria que houvesse segurança em tempos de pandemia, na realidade acaba por agravar a situação da violência doméstica e familiar contra a mulher por se encontrar ainda mais vulnerável, em uma espécie de prisão com o agressor e ausente de auxílio das redes de proteção. O agressor, na maioria dos casos é o próprio marido ou convivente da mulher, sendo que segundo Cíntia Liara Engel, em pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), vinculado ao Governo Federal, a maior parte das agressões praticadas contra a mulher é realizada por seus cônjuges, ex-cônjuges e parentes, que somadas representam uma porcentagem equivalente a quase 70% dos casos (ENGEL, *online*, p. 16).

Entre as formas de violência doméstica que a mulher pode sofrer, a Lei Maria da Penha dispõe no art. 7º, a título exemplificativo: a violência física, entendida como uma conduta realizada contra a mulher que lhe ofenda a integridade ou saúde corporal; a violência psicológica, compreendida como qualquer conduta que cause dano emocional, diminuição de autoestima, perturbação, degradação ou controle das ações da mulher; a violência sexual, que vem a ser a

⁶⁵ Veja os dados: FRANCIÒ, Cinzia. Coronavirus: casa di violenza sulle donne raddoppiati in emergenza. **La Provincia Cremona**, 26 de março de 2020. Disponível em: <https://www.laprovinciacr.it/news/italia-e-mondo/244892/coronavirus-casi-di-violenza-sulle-donne-raddoppiati-in-emergenza.html>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁶⁶ Veja os dados: DOMESTIC violence cases jump 30% during lockdown in France. **Euronews**, 28 de março de 2020. Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁶⁷ Veja os dados: CALLS to Spain's gender violence helpline rise sharply during lockdown. **Reuters**, 01 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-spain-domestic-vio-idUSKBN21J576>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁶⁸ Veja os dados: WANQUING, Zhang. Domestic Violence Cases Surge During COVID-19 Epidemic. **Sixth Tone**, 02 de março de 2020. Disponível em: <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19epidemic>. Acesso em: 15 nov. 2021.

conduta que constrange a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada; a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que vise reter, subtrair ou destruir os bens da vítima; e, por fim, a violência moral, que é aquela em que se configura calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

Em pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), no mês de abril de 2020, em que o isolamento social decorrente da pandemia tinha sido adotado por todos os Estados do Brasil há quase um mês, o canal de denúncias telefônicas 180 teve um crescimento de cerca de 37,6% de denúncias de violência contra a mulher quando comparadas com as denúncias do mesmo mês no ano de 2019. Além disso, também houve o crescimento dos chamados da polícia militar pelo canal 190 em casos de violência doméstica, aumentando as ligações em 3,5% no Estado do Rio de Janeiro, 22,3% no Estado do Acre e 44,9% no Estado de São Paulo.

Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), registraram o crescimento do número de feminicídios de 22,2% durante a pandemia da COVID-19, comparando-se os períodos de março/abril de 2019 ao período de março/abril de 2020, demarcando o crescimento da violência letal com a morte de mulheres em 12 Unidades Federativas brasileiras. A pesquisa do Fórum também identificou uma maior dificuldade das vítimas em denunciar as agressões no período pandêmico, se comparadas ao mesmo período de 2019, observada em razão da redução dos registros de crimes nas delegacias de polícia, isso porque os registros de lesão corporal dolosa decorrentes de violência doméstica reduziram 25,5%, os registros de estupro de vulnerável reduziram 28,2%, bem como houve diminuição do número de medidas protetivas de urgência concedidas em 3,7% em São Paulo, 8,2% no Pará, 28,7% no Rio de Janeiro e 31,2% no Acre, por não haver encaminhamento das denúncias ao judiciário tendo em vista a sua redução ocasionada pela dificuldade em se realizar as denúncias de forma presencial nas delegacias.

Assim, observa-se que se deixa de registrar o aumento de crimes relacionados à violência doméstica contra a mulher no período da pandemia, mas isso não se dá em razão de uma suposta alteração fática da redução da violência cometida, mas acontece justamente pela dificuldade que as mulheres passam para que consigam realizar essa denúncia e de fazer o boletim de ocorrência na delegacia seja por se encontrarem vigiadas pelos agressores tendo em vista a convivência forçada ou diante da dificuldade de locomoção diante da pandemia da

COVID-19. Ressalta-se que nos casos de violência doméstica, para realizar o boletim de ocorrência é necessário que a mulher se desloque até uma delegacia, o que traz uma certa dificuldade, principalmente quando há convívio forçado com o agressor. Foi nesse contexto que o Estado do Paraná passou a prever a possibilidade de realizar o boletim de ocorrência via online (POLÍCIA CIVIL, 2020).

Diante desse cenário de violência, no Brasil, o governo, empresas e a sociedade civil têm buscado soluções para o problema da violência doméstica silenciosa e invisível que foi aumentada em razão da pandemia COVID-19, em que a mulher tem que constantemente conviver com o seu agressor (PAIANO; RIBEIRO; BALAN, 2020, p. 180). Algumas dessas medidas são a implementação de um botão do pânico, vinculado ao canal de denúncia 180, no aplicativo de celular de uma das maiores varejistas do Brasil que permite que as vítimas de violência doméstica peçam socorro; a criação de códigos secretos funcionando como canais de denúncia silenciosos, como por exemplo o Sinal Vermelho contra a violência doméstica de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça em que a mulher faz um X vermelho na palma da mão para indicar que é vítima de violência doméstica; e a realização de vídeos de maquiagem que orientam a realização das denúncias de forma velada (VIOLÊNCIA, 2020).

A Lei Maria da Pena prevê no art. 22, medidas protetivas de urgência no combate à violência doméstica contra a mulher a serem aplicadas em desfavor do agressor, quais sejam: a suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima; vedação de condutas como por exemplo aproximação e contato com a ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; fixação de alimentos provisionais ou provisórios; comparecimento a programas de recuperação e reeducação; e acompanhamento psicossocial (BRASIL, 2006).

Já no art. 23, a Lei Maria da Pena traz algumas medidas protetivas de urgência em favor da vítima, que são: o seu encaminhamento e de seus dependentes a programas de proteção e atendimento; recondução ao seu domicílio com o afastamento do agressor; afastamento do lar quando necessário; separação de corpos; medidas de ordem patrimonial dos bens da relação conjugal ou dos seus bens particulares; e a determinação de matrícula ou transferência dos seus dependentes em instituição de ensino mais próxima do seu domicílio, independente da existência de vaga (BRASIL, 2006).

Contudo, deve-se observar que tais medidas só serão aplicadas pelo juiz na situação em que a denúncia chegue ao judiciário, para isso tendo que ter passado pelo ministério público e pelas delegacias, o que demonstra que em razão da maior dificuldade de denunciar e da redução dos registros de crimes durante a pandemia da COVID-19, a Lei Maria da Penha torna-se significativamente ineficaz no que tange à proteção da mulher contra a violência doméstica, uma vez que no mês de abril de 2020 se verificou o aumento do feminicídio e a diminuição do número de medidas protetivas de urgência concedidas.

No intuito de mitigar o aumento da violência doméstica e familiar contra a mulher no período pandêmico da COVID-19 e garantir maior eficácia para as disposições normativas de proteção da mulher, foi sancionada a Lei nº 14.022, em 07 de julho de 2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência contra alguns grupos de vulneráveis sociais, dentre eles, as mulheres, durante a pandemia da COVID-19, tornando essenciais os serviços de combate à violência doméstica, razão pela qual devem se manter em funcionamento e obrigando o poder público a garantir o atendimento presencial de demandas relacionadas a um rol taxativo de ilícitos que impliquem risco à mulher (art. 3º, §2º, inc. I).

Todavia, a Lei nº 14.022 também criou mecanismos que visam agilizar o atendimento e trazer eficácia à proteção da mulher vítima de violência doméstica, como por exemplo a realização prioritária do exame de corpo de delito (art. 3º, §3º, inc. I), a solicitação de medida protetiva de urgência à autoridade competente por meio do atendimento *online* (art. 4º, §2º), a prorrogação automática das medidas protetivas de urgência conferidas à mulher durante a declaração do estado de emergência no território nacional em razão da COVID-19 (art. 5º) e as denúncias de violência contra a mulher recebidas pela Central de Atendimento à Mulher por meio do canal 180 devem ser repassadas para os órgãos competentes no prazo máximo de 48 horas, visando o atendimento ágil as demandas que colocam em risco a integridade da mulher (BRASIL, 2020).

Salienta-se que tais medidas são de extrema importância para a proteção da mulher, principalmente no período pandêmico, contudo o problema da violência doméstica contra a mulher se encontra longe de ser erradicado, pois demanda ainda mais atuação política e social, principalmente com relação à ocupação social da mulher. Assim, além da garantia de políticas públicas se faz necessário uma postura ativa da sociedade no combate à violência doméstica, rejeitando qualquer fato que possa gerar violência contra a mulher, para que assim tais medidas possam ser efetivas.

CONCLUSÃO

A violência contra a mulher possui embasamento histórico e perpetua até os dias atuais nas mais diversas camadas sociais. Ressalta-se que consiste em violência toda ação perpetrada contra outrem de forma imposta, seja violência física, psicológica, moral, social ou econômica. Nessa toada, é que cumpre destacar que quando se fala em violência doméstica contra a mulher, se abarca todos os tipos de violência.

Apesar de toda a proteção já conquistada pelas mulheres, em razão de atrocidades sofridas por essas, tem-se que ainda está longe de se conseguir a erradicação da violência doméstica contra a mulher. Durante a pandemia da COVID-19 observou-se um aumento expressivo no número de ocorrências de violência doméstica contra a mulher, ocasionado em razão da obrigatoriedade de convivência, isto é, da convivência diária forçada entre vítima e agressor durante o período pandêmico.

Sabe-se, contudo, que tal fenômeno não é exclusivo da contemporaneidade e que ainda faz parte da realidade de inúmeras mulheres, sendo que a COVID-19 apenas escancarou e agravou um problema já bastante presente na sociedade brasileira, exigindo, dessa forma, novas medidas de proteção da mulher contra a violência doméstica.

Assim, apesar de toda a legislação vigente, atuação do Poder Público e constante conscientização social, tem-se que o fim da violência doméstica contra a mulher e a conquista da sua igualdade material frente ao homem estão caminhando a passos lentos, isso porque tal violência se encontra legitimada num modelo de sociedade patriarcalista que coloca, naturalmente, o homem num posto de superioridade.

Nessa toada, chama-se atenção para as medidas de proteção a fim de que estas possam se tornar cada dia mais efetivas, para que a proteção contra a mulher seja uma realidade e que estas possam adentrar e permanecer seguras em seus lares e com a garantia de que, caso algo ocorra, estarão protegidas pelas medidas estatais.

Dessa forma, em que pese as medidas tomadas pelo Poder Público para a proteção da mulher durante a COVID-19, tem-se que a sua atuação, no que se

refere à proteção da mulher e combate da violência doméstica, deve ser constante, por meio de políticas públicas e em conjunto com a sociedade civil, a fim de que se alcance a efetiva igualdade material entre os gêneros prevista constitucionalmente, uma vez que apesar de diversos avanços, principalmente legislativos, ainda há muito que se discutir no que tange a eficácia das medidas para que seja viabilizada a proteção efetiva da mulher contra a violência doméstica e, conseqüentemente a garantia da sua vida digna.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR. Simone de. O Segundo Sexo Vol. I – Fatos e Mitos, 1970. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. Difusão Europeia do Livro.

BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boi tempo, 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Lei do Femicídio (2015). Lei nº 11.104, de 09 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha (2006). Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.022, de 07 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 600. Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. Brasília, DF, 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27600%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27600%27).sub). Acesso em: 15 nov. 2021.

CHAUÍ, Marilena. Ensaio: Ética e Violência. FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Teoria & Debate. out-dez/1998. Disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/1998/10/01/etica-e-violencia/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Belém do Pará, 09 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório anual, 2000. Relatório nº 54/01 – Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil, 04 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGEL, Cíntia Liara. A violência contra a mulher. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Atlas da Violência. 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19 – ED. 2. 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA). Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Cairo, 05 a 13 de setembro de 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

MENEGHEL, Stela Nazareth *et al.* Repercussions of the Maria da Penha law in tackling gender violence. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 18, n. 3, p. 691-700, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/gZtYwLDYSqtgp7wGTTXHw4z/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sobre a doença: COVID-19. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 23 jun. 2020.

NICKNICH, Mônica. *Direito, Trabalho e Mulher: diálogos como princípio da fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)*. 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher*. Pequim, setembro de 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Relatório Mundial de Violência e Saúde*. Geneva: OMS, 2002.

PAIANO, Daniela Braga; RIBEIRO, Luiza; BALAN, Marina Neves. A violência doméstica contra a mulher em tempos de pandemia por COVID-19. *Revista Científica do UniRios*, n. 27, p. 162-185, 2020. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2020/27/a_violencia_domestica_contra_a_mulher_em_tempos_de_pandemia_por_covid19.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. *Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero*. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile: Editora Andrea Aguilera, p. 173-189, nov. 2017. ISBN: 978-956-314-398-0. Disponível em: <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Anuario-Derecho-Publico-2017.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

VIOLÊNCIA contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%. Estadão Conteúdo, 01 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PAINEL 9:
**Gestão da informação e
comunicação em bases
democráticas**

O DESENVOLVIMENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTEXTO ATUAL E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE

Flavia de Jesus Bianchini

Mestranda no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias das Faculdades Londrina.
flavia_jb05@hotmail.com

Natalia Maria V.S. Alfaya

Professora no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias das Faculdades Londrina.
naty.alfaya@gmail.com

INTRODUÇÃO

Ao observar o desenvolvimento tecnológico e quão rápido ocorre a modernização e aplicação das novas tecnologias, a sociedade se encontra em um dilema, não só de adaptação, como também são vítimas do impacto causado pela aplicação de determinados mecanismos que acabam substituindo afazeres de seres humanos, como é o caso de tecnologias desenvolvidas através da Inteligência Artificial.

Dentro do contexto em que vivemos, o desenvolvimento tecnológico se intensificou com a ocorrência da Pandemia do Covid-19, desta forma, a aplicação de novas tecnologias em todas as áreas foi realizada de maneira necessária a fim de atender a demanda social, seja ela em área de comunicação, trabalhos, saúde, educação ou desenvolvimento científicos.

Assim, a adoção de sistemas baseados em uma tecnologia que se utiliza de Inteligência Artificial na indústria e prestação de serviços, é hoje uma realidade que envolve a todos, independente de estar ou não apto a utilizar dessas tecnologias, o que pode trazer grandes ganhos na produtividade, além de melhorias na qualidade de serviços e alcance de capital, porém, há riscos associados à sua adoção em meio social devido a falta de conhecimento de reflexos futuros.

As novas tecnologias, como a Inteligência Artificial, estão transformando sociedades, setores econômicos e o mundo contemporâneo, seu avanço é inevitável, assim, fóruns governamentais e não governamentais, nacionais e in-

ternacionais vêm discutindo o tema, realizando estudos e tentando fazer previsões de regulamentação para nortear seus usos e aplicações em âmbito social, sem que prejudique os seres humanos.

Por essa razão, adotar a Inteligência Artificial e novas tecnologias generalizadas sem que haja uma regulamentação específica de uso, e mínima que traga as garantias necessárias para essa transição e adaptação no cenário atual pode gerar consequências, fato este, que cresceu com os reflexos da pandemia no processo de implantação tecnológica, aumentando o uso de tecnologias inteligentes.

Contudo, é visível o problema desencadeado a uma sociedade que recebe essa tecnologia com riscos a atuação humana e deve simplesmente se adaptar a ela, como foi a forma ocorrida dentro do período pandêmico, uma imposição perante a sociedade, de forma que cabe a todos se adaptar e aceitar a maneira como determinadas tecnologias vem sendo utilizadas e implantadas nas diversas áreas sociais.

Ainda não se vale de uma regulamentação formal para determinada atuação em relação ao humano, sendo necessário tal recurso para melhor desempenho e cooperação social, objetivando uma maior segurança ao aplicar e usufruir das novas tecnologias lançadas e utilizadas por todos, em campos que viabilize e aperfeiçoe o alcance de determinados fins, conciliando a performance tecnológica com o conhecimento racional, estipulando formas legítimas de cooperação entre humano e as novas tecnologias como a inteligência artificial, que estão cada vez mais desenvolvidas.

Assim, este estudo visa pontuar o avanço tecnológico dentro do rápido desenvolvimento das novas tecnologias nos tempos atuais, em conformidade com a revolução tecnológica em que se desenvolveu de forma mais acentuada com interferência da Pandemia do Covid-19 desde o ano de 2020, caracterizando maiores efeitos advindo da Revolução Tecnológica.

Considerando assim, o avanço do desenvolvimento tecnológico ilimitado e avançado, como também seus impactos na vida da sociedade contemporânea, com o objetivo de capitar a interferência sofrida pela sociedade com a aplicação dessas novas tecnologias advindas do investimento em áreas tecnológicas em função de maior desenvolvimento e, também perante os reflexos da Pandemia em que se fizeram necessário a utilização em massa de mecanismos tecnológicos.

Cabe ressaltar que os estudos empíricos demonstram a obscuridade deste tema no que diz respeito a reflexos futuros, pois os impactos desta revolução tecnológica, trazem novos horizontes ainda não estudados, sendo este um estudo a ser realizado a luz da contemporaneidade e globalização.

1. AVANÇO NO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Nos últimos anos, a discussão acerca da utilização das novas tecnologias tem sido uma das principais pautas dos núcleos de estudos científicos e tecnológicos, sendo que o maior desafio consiste em implantar os novos recursos tecnológicos dentro de uma sociedade ainda em desenvolvimento, na qual grande parte desconhece determinados recursos desenvolvidos através das novas tecnologias, como no caso das tecnologias que se utilizam de uma Inteligência Artificial.

Por muito tempo temia-se o avanço tecnológico e não se tinha a noção de onde poderia chegar com seu desenvolvimento, a questão era sempre buscar melhores formas de aperfeiçoamento em determinados setores sociais. Falava-se em substituir o homem pela máquina, para que os resultados fossem desempenhados da melhor forma e com mão de obra mais qualificada e barateada, podemos perceber dentro do cenário que a Pandemia do Covid -19 trouxe para a sociedade, que houve uma integração entre máquina e humano.

No Brasil, sempre investiu de forma inconstante e em quantidades insuficientes seus recursos públicos, Federais e Estaduais no desenvolvimento e estudos de ciências e tecnologias, exeto o estado de São Paulo, que vem se desenvolvendo em conformidade com os recursos tecnológicos por ser uma superpotência estatal, porém a falta deste investimento sempre preocupou a comunidade científica e empresarial do país.

Sendo assim, não há investimento consistente de longo prazo e de porte em ciência, tecnologia e inovações no Brasil, seja ambiente público ou privado. No entanto, com o decorrer do tempo, houve no Brasil um grande avanço científico dentre os últimos trinta anos quando se refere a novas tecnologias e a inovação tecnológica, sendo estes, dois itens que proporcionam e contribuem na evolução e revolução tecnológica atual, fato este que se intensificou ainda mais, por consequência da Pandemia do Covid- 19 nos últimos dois anos, pois todos se viram obrigados a investir em novas tecnologias.

Os principais pontos que implicam nesse desenvolvimento tecnológica, são de longe a velocidade exponencial e visivelmente ampla em que se evoluem e se dispersa as novas tecnologias criadas e aplicadas na sociedade moderna, sendo que, essa revolução e implementação de novas tecnologias, não modifica apenas o fazer, mas também a forma como é feita e aplicada na sociedade as tecnologias criadas, envolvendo todo um sistema entre países e dentro deles, vinculando e interligando todos em uma grande rede tecnológica de comunicação (SCHWAB, 2018).

Considerando o grande avanço no desenvolvimento tecnológico e o quão rápido ocorre essa modernização e aplicação das novas tecnologias, a sociedade se encontra em um dilema, não só de adaptação como também são vítimas de um impacto causado pela aplicação de determinados mecanismos que vem na maioria das vezes para ajudar, mas também acaba substituindo determinados afazeres de seres humanos, como é o caso de tecnologias desenvolvidas através de uma inteligência artificial.

A história da Inteligência Artificial se confunde muitas vezes com a própria história da computação dando início as tecnologias, no entanto, o desenvolvimento desta área começou logo após a Segunda Guerra Mundial, em 1956, numa conferência no campus do Dartmouth College, foi fundado o campo de pesquisa em Inteligência Artificial, definindo como “a ciência e engenharia de produzir máquinas inteligentes” sendo desenvolvida até os tempos atuais, produzindo avanços tecnológicos surpreendentes (BOURCHARD, 2017).

O mecanismo de inteligência artificial (IA) observado sua capacidade de gerar soluções tecnológicas e realizar atividades de um modo considerado inteligente, por se adequar conforme as raízes de pensamentos humanos, norteadas por dados de logaritmos a fim de alcançar determinado objetivo, tendo em vista que a inteligência artificial também pode “aprender por si mesmas”, o que torna possível a elas ampliarem seus conhecimentos e se desenvolverem rapidamente, de uma forma diferente da consciência humana.

Este desenvolvimento, vem acarretando de forma positiva resultados de melhorias em vários campos e atividades no mundo globalizado, em que nas condições prévias que permitiram a aceleração das novas tecnologias, em que a Inteligencia Artificial nos últimos anos se destacou em aprimoramento e conectar a sociedade.

As máquinas e estudos do tema de novas tecnologia, feitos através do desenvolvimento tecnológico para o uso da IA, estão permitindo que “coisas” como edifícios, sistemas de transporte, máquinas, casas, pessoas, automóveis, facilitando a educação, saúde e comunicação, até roupas sejam conectadas e digitais, interconectando a sociedade e fazendo com que todos estejam vinculados a essa revolução tecnológica, sendo que este fato se antecipou devido a Pandemia do Coronavírus.

Portanto, o que a Pandemia do Coronavírus trouxe de novo nesse quadro foi a aceleração ainda maior desse processo, tornando praticamente imperativo a adoção dessas novas tecnologias em larga escala, sem uma regulamentação muito clara e sem que haja uma preparação necessária de todo o processo de adaptação para que se fizesse essa transição tecnológica sendo aplicada em todas as áreas, principalmente, sem um debate amplo sobre as implicações desse processo perante a sociedade.

Entretanto, em que pesem os acontecimentos, essa realidade talvez não se limite ao momento da Pandemia, pois esse quadro corrobora na análise de que a Pandemia tem acelerado o processo de incorporação de tecnologias e a comunicação no mundo globalizado, intensificando e precarizando ainda mais os trabalhos quando realizados por meios tecnológicos, e ampliando o mercado de novas tecnologias.

O desenvolvimento científico-industrial que levou ao aperfeiçoamento das bases produtivas, com a introdução das tecnologias digitais no mundo, acelerou o processo de incorporação dessas tecnologias em praticamente todas as esferas da vida social, dentre elas, o trabalho, a conectividade digital, saúde, educação, aparelhos eletrônicos, biomedicina, agricultura e todas as esferas desenvolvidas, como uma “exigência” para os indivíduos de adaptarem a esse tipo de sociedade digital.

No entanto, a velocidade e a intensidade que assume esse processo ao longo dos últimos anos se relacionam às outras determinações do modo de produção capitalista, na sua atual configuração, que também são reflexos da revolução digital. Uma das determinações que podem ser identificadas com o processo de intensificação do emprego das novas tecnologias da informação e comunicação é o grande avanço dos setores econômicos.

Sendo assim, com o súbito desenrolar da Pandemia do novo Coronavírus (COVID-19) tornou-se, com muita razão, o centro das atenções mundiais,

quer pela dimensão global do fenômeno, quer pelos graves efeitos socioeconômicos que ele já causou e deve continuar causando, isto certamente alterou também as prioridades do Brasil no que diz respeito as novas tecnologias com o uso de Inteligencia Artificial.

No contexto da Pandemia, aconteceu também em setembro e outubro de 2019, dois projetos de lei focados no tema de regulamentar as tecnologias de uso Inteligente, foram sucessivamente apresentados ao Senado Federal, ambos pelo Senador Styvenson Valentim, que são os projetos de Lei nº. 5.051/201911 e nº 5.691/201912.

Em resposta, o Poder Executivo, por meio da Secretaria de Telecomunicações (Integrante do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC) iniciou consulta pública denominada Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Ainda que o desenvolvimento de uma estratégia nacional sobre IA já houvesse sido mencionado em iniciativa anterior do próprio MCTIC, logo em 2018, denominada Estratégia Brasileira para a Transformação Digital pelo Decreto n. 9.313/2018 (PARENTONI; VALENTINI; ALVES, 2020, p.7) nenhuma iniciativa teve andamento mesmo com o avanço desregrado da IA sendo utilizada no período de Pandemia.

Assim, neste novo contexto Pandêmico, ficou impossível saber quando e em que medida a regulamentação da IA voltará a ser prioridade, afinal, por mais que o tema seja relevante, a saúde e a sobrevivência das pessoas são valores/direitos muito maiores e que demandam um foco maior e imediato a serem resolvidos.

Todavia, quando os holofotes se voltarem novamente à regulamentação de IA, o que certamente deve acontecer em algum momento futuro, devido a necessidade de regulamentação para evitar danos à sociedade, espera-se que a atuação do direito se torne uma boa contribuição ao tema.

Apesar disso, havia na sociedade e especialmente na comunidade científica brasileira grandes expectativas de que 2020 seria o ano para a regulamentação da Inteligencia Artificial, a fim de que ao menos um dos projetos de lei seguisse adiante, fosse aperfeiçoado e aprovado, tornando-se a primeira lei nacional sobre IA, bem como que fossem instalados no país os primeiros centros de pesquisa aplicada em inteligência artificial (PARENTONI; VALENTINI; ALVES, 2020, p.7).

Em se tratando do momento atual, um dos principais entraves a tal modelo de revolução tecnológica é a democratização do acesso às tecnologias, sendo que a incorporação das novas tecnologias na sociedade, sua aplicação deve ser aperfeiçoada por todos a quem tem contato com algumas técnicas específicas, assim como a cultura, a ciência e a arte, que são produtos da criação humana e não devem ser patrimônio privado de poucos que tem acesso a tecnologia avançada para comunicação quando incorporada a todo o país. (SOUSA; COIMBRA, 20

Entretanto, o súbito desenrolar da epidemia do novo coronavírus (COVID-19) e sua chegada ao Brasil forçou uma total revisão das prioridades, suplantando, ao menos por ora, as discussões e possibilidades de abarcar dentro do direito possíveis desdobramentos sobre IA e os fundamentos reservados ao humano quando aplicada essa tecnologia.

Perante o exposto, podemos concluir que a liberdade descontrolada no desenvolvimento tecnológico e no acesso as novas tecnologias, assume como uma ameaça ao desenvolvimento e à sobrevivência física e mental do(s) indivíduo(s), quando observados os efeitos a que se provém da Pandemia e qual o impacto da falta de regulamentação de usos dessas tecnologias inteligentes pode ocasionar, com efeitos ainda incalculáveis.

Para que este obstáculo seja ultrapassado pela Sociedade da Informação, assume-se como crucial atividade, defendida por Marques em seus estudos, que:

“A criação de um pensamento crítico sobre alguns dos fenômenos dela decorrentes, nomeadamente a globalização, a mudança, a violação dos direitos humanos, a infoexclusão, a iliteracia e o desenvolvimento sustentável das organizações, dos países e da humanidade em geral” (Marques, 2017b, p. 60- 61).

Assim, devem ser preservadas também, atividades antes realizadas de forma física, independente do alcance da globalização e do impacto das novas tecnologias, com o colapso causado na sociedade, deve-se averiguar mecanismos a serem norteados para evitar assim riscos futuros.

2. CONSEQUENCIAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS PARA A SOCIEDADE NO CONTEXTO PANDEMICO

Em janeiro de 2020, o mundo toma conhecimento de uma nova síndrome respiratória originada na China desde 2019, ocasionada por um vírus da família dos coronavírus, até então desconhecido, acendendo um sinal de alerta de 30 dias, logo em poucos dias, levou à deflagração de um estado de emergência sanitária mundial pela Organização Mundial da Saúde.

Até então, não imaginávamos que estaríamos diante de uma crise sem precedentes na história da humanidade recente, que atingiria com velocidade e violência similar todos os diferentes países do globo em questão de pouco tempo, essa velocidade pode ser traçada como um fator comum ao que foi sua influência ao desenvolvimento de novas tecnologias na sociedade global atual.

O mundo diante da Pandemia é obrigado definitivamente a parar todo e qualquer tipo de vinculação física, pois se impõe o isolamento social como única forma legítima e eficaz de evitar a propagação acelerada do vírus e o colapso das redes de saúde mundialmente dentro do contexto de uma Pandemia (SOUSA, COIMBRA, 2021, p. 55).

No Brasil, considerando a Declaração de Emergência Internacional de saúde pública pela OMS, em 30 de janeiro de 2020, é editada a Portaria no. 188, do Ministério da Saúde, declarando situação de emergência de saúde pública em decorrência no novo coronavírus e, em 03 de fevereiro de 2020, é sancionada a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, com medidas para o enfrentamento da pandemia, que declara, entre outras, o isolamento social como medida de contenção da propagação do vírus (SOUSA, COIMBRA, 2021, p. 54).

Assim, a Pandemia do Coronavírus (Covid-19) acarretou um impacto significativo e ainda não dimensionado sobre os reflexos a sociedade moderna e futura neste contexto atual, pois trata-se de um evento inédito na história da sociedade a nível mundial, sendo que, nos tempos antigos, algumas epidemias vivenciadas pela população, foram efetivadas em contextos diferentes dos tempos modernos, pois se desenvolveram em um cenário de muito menor integração entre países e pessoas e com pouco investimento em áreas de tecnologia (IPEA, 2020).

Agora a conectividade da sociedade através das novas tecnologias desenvolvidas de forma necessária e repentina em que a Pandemia trouxe, de forma que é inevitável não aderir a utilização de tecnologias para a comunicação global, fazendo com que o indivíduo se conecte de forma rápida e se adepte aos usos de

novas metodologias desenvolvidas, seja para trabalho e/ou comunicação, se tornando cada dia mais dependente dessas inovações tecnológicas (IPEA, 2020).

A partir daí e com a escalada de casos e da disseminação do vírus, as medidas de isolamento social são maciçamente adotadas, com o uso dessas medidas é que acarreta ainda mais reflexos do desenvolvimento de novas tecnologias utilizadas em todas as esferas do globo, potencialmente em tecnologias de Integrença Artificial, para a comunicação, a partir de março de 2020.

A medida deste desenvolvimento e aplicação, que apesar de necessário, tendo em vista a inexistência de vacinas e tratamentos com grau elevado de eficácia para a Covid-19, passa a reacer assim, um debate em torno da utilização de tecnologias da informação e comunicação por todo parâmetro do globo, pois se trata de um nível de impacto e conectividade mundial (IPA,2020).

Com relação à pandemia, cabe pontuarmos que a mesma foi responsável por expor, de forma mais explícita, as mazelas do modelo de reprodução social, que se lança mais intensivamente sobre a exploração do trabalho e do meio ambiente, a fim de ampliar taxa de lucro do capital, lançando milhares de pessoas na pobreza e na informalidade e inviabilizando a possibilidade dos estados de protegê-las por meio de políticas sociais, uma vez que grande parte do fundo público é drenado para alimentar o mercado financeiro, sob a forma de juros e serviços da dívida pública. (SOUSA, COIMBRA, 2020).

Assim, a forma como está sendo posto as novas tecnologias na sociedade, que passa ao largo das contradições estruturais do modo de produção capitalista em seu estágio atual, foge das questões fundamentais que deveriam nortear tal discussão, até mesmo por conta da urgência de oportunidades, principalmente para o setor empresarial, trazida pela Pandemia para ampliar seus negócios com a conivência dos governos e apoio da parte adepta da sociedade.

A adoção de sistemas baseados em Inteligência Artificial na indústria e na prestação de serviços, é hoje uma realidade que envolve a todos, essa nova tecnologia, pode trazer grandes ganhos de produtividade, além de melhorias na qualidade de serviços, entretanto, apesar das vantagens que a Inteligência Artificial pode trazer e traz no desempenho social, há também riscos associados à sua adoção.

Isso requer que o debate e regulamentação de novas tecnologias seja feito, utilizando-se do cenário de emergência e excepcionalidade, em que já foi imposto uma transformação radical para a sociedade moderna, em decorrência do rápido desenvolvimento tecnológico dentro da presente revolução. O Ministro da Ciência, Tecnologia e Inovação, Marcos Pontes defende desenvolvimento de empresas e negócios voltado para o setor tecnológico como forma de impulsionar respostas para desafios do pós-pandemia (SOUSA, COIMBRA, 2021).

Por essa razão, não se pode, de modo inconsequente, adotar a Inteligência Artificial assim como todas as novas tecnologias desenvolvidas em consequência da Pandemia do Coronavírus, sem uma regulamentação mínima que traga as garantias necessárias para essa transição social, visto que a IA poderá ser a grande transformadora das nossas vidas, com os carros autônomos, drones, robots inteligentes, fábricas vazias de funcionários, produção de agricultura biológica ou fast food.

É inquestionável que com o avanço tecnológico advindo do período Pandêmico e com a influência de uma Revolução Tecnológica no mesmo período, antecipou os avanços de pesquisas a serem desenvolvidas futuramente, promoveu também uma maior facilidade, rapidez, eficiência e proporções para a realização de determinados trabalhos, oportunidades de desenvolvimento pessoal quando exigido uma adaptação com essas mudanças geradas e deixando claro o poder de capacitação e de adaptação de cada ser humano em relação as novas tecnologias.

Dentro dessa perspectiva, pode acarretar outra desigualdade entres os indivíduos que recebem essas tecnologias, em que a sociedade acaba se dividindo entre aqueles que se adaptam as tecnologias atuais, daqueles que resistem ao seu uso, ou seja, a sociedade tem um dilema social entre aqueles que cresceram e só conhecem o mundo digital, daqueles que não conhecem e precisam se adaptar para pertencer a sociedade na era digital.

Essas inovações tecnológicas e digital, se expandem sem limites geográficos, em que os bens e serviços podem ser produzidos em qualquer parte do mundo globalizado, gerando assim a possibilidade de que a automação possa substituir determinados trabalhos menos qualificados, a rapidez no desenvolvimento torna a competitividade muita mais agressiva, havendo assim a extrema necessidade de estabelecer normas e regulamentação, para evitar que gere discussões e conflitos entre os países.

As mudanças causadas pela revolução industrial digital, terão uma abrangência e um alcance superiores às outras três revoluções existentes, devido a sua velocidade, que mudarão violentamente a natureza do trabalho decorrente, a princípio, pelas rupturas sustentadas pela automação, substituindo o trabalho por capital, entretanto, este efeito lesivo vem acompanhado de um efeito capitalizador, em que surgirão novos bens e serviços, levando à criação de novas profissões, empresas e indústrias (SCHWAB, 2016), ou seja, quem não acompanhar esse ritmo de transformação fica desatualizado e fora do contexto social.

Nesse aspecto, ao analisar a Pandemia, mostra a visível importância que assume no fortalecimento da infraestrutura científica, tecnológica e de inovação em saúde e, a articulação dessa infraestrutura com os diferentes segmentos da base produtiva, como um dos pilares fundamentais na construção de uma efetiva soberania nacional em busca de um melhor desenvolvimento social.

A ciência e a tecnologia sempre foram as armas mais poderosas usadas pela humanidade no combate às pandemias e emergências sanitárias de uma maneira geral, assim como em outras crises sanitárias de proporções globais, a Pandemia do Covid-19 tem imposto desafios gigantescos no tocante aos esforços mundiais em ciência, tecnologia e informação enfrentado pela sociedade.

Em primeiro lugar, uma Pandemia dessas proporções impõe a necessidade de uma elevada articulação e cooperação internacional para que os esforços realizados em atividades de pesquisas e desenvolvimentos, sejam sustentáveis no tempo atual, para que exista uma estrutura produtiva capaz de atender as necessidades de produção e novas tecnologias de usos, para definir regras que permitam gerenciar os direitos de propriedade intelectual de forma compatível com a necessidade de aplicação e de acesso a nível global (VARGAS; ALVES; MREJEN, 2021, p.168).

Denota-se que as transformações tecnológicas originárias da Revolução Tecnológica e com o insentivo da Pandemia do Covid-19, apontam para o protagonismo da Ciência das tecnologias, do desenvolvimento e por consequente atinge o mundo do Direito, no que diz respeito ao enfrentamento da proteção da singularidade da vida humana, das garantias para espaço social seguro para o livre desenvolvimento da personalidade e na regulamentação da amplitude do impacto sistêmico, ao envolver alterações de sistemas inteiros como conhecíamos até então, entre países e dentro deles, atingindo a economia, os negócios, a política e a sociedade em geral (VARGAS; ALVES; MREJEN, 2021).

Em síntese, a utilização dessas tecnologias dentro de um cenário em que a sociedade se encontra a mercê da tecnologia para realizar toda e qualquer atividade, em que a sua velocidade, informações e o uso dessas novas tecnologias, afetam todas as áreas dentro do modelo econômico global, a geopolítica, a globalização, no século XXI representado por uma nova era da modernidade, mesmo que de forma antecipada e prevista pelos pesquisadores do tema.

Contudo, é visível a problemática desencadeada a uma sociedade que recebe essa revolução tecnológica dentro de um rápido período e avanço no tempo, com riscos de adaptação e evolução na qual se encontra, considerando a atuação dos diversos fatores que permeia a temática para entender a amplitude desta revolução tecnológica e seus impactos na sociedade moderna.

De acordo com Gouveia, vivemos numa sociedade que predominantemente utiliza as tecnologias de informação e comunicação para a troca de dados e informação em formato digital e que suporta a interação entre indivíduos e organizações com recurso a práticas e métodos em construção permanente, atual situação em que a sociedade se encontra, visto as necessidades referentes a situação pandêmica vivenciada.

Assim, o autor Gouveia, também, aborda o tema ao que se refere ao uso das novas tecnologias, “o impacto é tão grande nas vidas das pessoas e organizações, que cada um de nós, se vê forçado a alterar comportamentos e a integrar o digital no seu dia a dia, independentemente do nosso estatuto e das competências que possui.” (SANTOS; cit. GOUVEIA, 2020, p.14), sendo que, nesta perspectiva são as pessoas que têm de adotar uma postura proativa e entender que a transformação digital implica conhecer e usar as tecnologias para seu próprio benefício.

Por este fato, considera-se que as “Humanidades digitais” que são as sociedades atuais, que vivenciam a revolução digital, têm de usar os novos meios ao seu dispor para benefício próprio e se desfrutar dos benefícios trazidos em âmbito tecnológico pela revolução digital, ou seja, nunca como agora foi tão importante desenvolver um pensamento crítico, e um conhecimento aprofundado das oportunidades e ameaças, decorrentes do mundo digital, para agir e reagir.

Em suma, a mudança do mundo analógico para o digital implica uma análise muito detalhada sobre as redes globais de informação e comunicação, como a de suas implicações em termos sociais, econômicos, políticos e também culturais, em que os diferentes níveis de evolução tecnológica acaba interferindo

nessas e outras áreas, bem como as estratégias em relação ao desenvolvimento da área da informação nos diversos países, mudou o mapa geopolítico das potências de informação e sua aplicação, compactuando com as características desta nova revolução, dada como revolução digital em consequência das novas tecnologias desenvolvidas e aplicadas perante a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto que, por muito tempo temia-se o avanço tecnológico e não se tinha a noção de onde poderia chegar com seu desenvolvimento, a questão era sempre buscar melhores formas de aperfeiçoamento em determinados setores sociais para garantia de efetividade em trabalhos e desempenho tecnológico mais eficazes.

Com o avanço das novas tecnologias já acontecendo desde o início do século XX com a Revolução Tecnológica, desencadeando cada vez mais tecnologias a serem utilizadas em diversas áreas distintas com o intuito de auxiliar a sociedade e o desempenho humano, como no caso do uso de Máquinas inteligentes.

Considerando o desenvolvimento tecnológico e quão rápido ocorre a modernização e aplicação das novas tecnologias, entende-se que a sociedade se encontra em um dilema, não só de adaptação, mas também são vítimas do impacto causado pela aplicação de determinados mecanismos que acabam substituindo afazeres de seres humanos, fato este que se intensificou com o período da Pandemia.

Falava-se em substituir o homem pela máquina, para que os resultados fossem desempenhados da melhor forma e com mão de obra mais qualificada e barateada, podemos perceber dentro do cenário que a Pandemia do Covid -19 trouxe para a sociedade, que houve uma integração entre máquina e humano, visto que, o ser humano, principalmente dotado de conhecimento, será sempre necessário na concepção de produtos, serviços e na interface com a máquina.

Ainda não se vale de uma regulamentação formal para determinada atuação em relação ao humano, aplicar e usufruir das novas tecnologias desenvolvidas através de uma Inteligência Artificial, em campos que viabilize e aperfeiçoe o alcance de determinados fins em que a estipulando formas legítimas de cooperação entre humano e máquinas, sendo que este fato se desenvolveu ainda mais rapidamente com o cenário da Pandemia.

Por essa razão, adotar a Inteligência Artificial sem uma regulamentação mínima que traga as garantias necessárias para essa transição e adaptação no cenário humano pode gerar impactos, fato este, que cresceu com os reflexos da pandemia no processo de implantação tecnológica, aumentando o uso de tecnologias inteligentes.

Assim, entende-se que através do desenvolvimento tecnológico e de seus precursores, juntamente com a Pandemia, se tornou algo ainda mais impactante perante a sociedade, no que diz respeito a sua forma de aplicação e regulamentação, pois se trata de mecanismos desenvolvidos através de novas tecnologias ainda não reconhecidas, como no uso de Inteligencia Artificial.

Por isso, a importância na atenção aos dados revelados pela Pandemia, vive-se em um contexto de emergência de novo padrão tecnológico dentro de uma disputa global de diversos setores de grande complexidade tecnológica, no qual exigem grandes investimentos e acesso a conhecimento das tecnologias que se concentram por todo país e interferem diretamente no convívio social.

Sendo assim, o presente estudo tem a finalidade de abarcar novas teorias e fundamentar futuros estudos que estão em constante desenvolvimento e modificações, ao analisar a sociedade em que cada nova tecnologia é aplicada de forma a surtir efeitos sem embasamento do Direito, assim sendo, não temos noção de onde chegaremos com o avanço da tecnologia, mas precisamos estar preparados diante de cada fato social vivido, como a Pandemia do Covid- 19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Joseane Alves. A aplicabilidade da tecnologia na pandemia do Novo coronavírus (Covid- 19). Revista da FAESF, vol. 4. Número especial COVID 19. jun. 2020. ISSN 2594 – 7125.

BRASIL, Presidencia Da República. LEI N° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07/02/2020. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=07/02/2020&jornal=515&pagina=1&totalArquivos=77>. Acesso em 22 de jul. de 2021.

BOURCHARDT, Eliezer. Inteligência Artificial: Um pouco da história e avanços atuais. Revista Digital Medium, publicado 30 de ago.2017. Disponível em:

<https://medium.com/@eliezerfb/intelig%C3%A9ncia-artificial-499fc2c4aa79>. Acesso em 20 jul. 2021.

FFHC. Fundação Fernando Henrique Cardoso. Pandemia e transformação digital: as mudanças nas vidas das empresas e das pessoas, 2020. Página inicial. Disponível em: <https://fundacaoofhc.org.br/>. Acesso em: 22 de jul. de 2021.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e Inteligência Artificial: Em Defesa do Humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Pesquisa analisa desafios para o avanço da medicina de precisão no país. Página inicial, 2020 Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/>. Acesso em 10 de nov. 2021.

LAVAL, C. A escola não é uma empresa: o neoliberalismo em ataque ao ensino público. São Paulo: Boitempo, 2019.

LEONARDI, Marcel. Fundamentos de Direito Digital. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, M. B. P. S. M. Gestão da Informação em Sistemas de Informação Complexos. Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação e Biblioteconomia, 2017b, 12(2), 60- 76. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/pbcib/article/view/35505/18544>. Acesso em 18 nov.2021.

PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Romulo Soares; TÁRIK, César Oliveira. Panorama da Regulação da Inteligência Artificial no Brasil: com ênfase no Pls n. 5.051/2019. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43730>. Acesso em 20 jul. 2021.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito, novas tecnologias e controle social. 1ª ed. Curitiba: Editora CRV, 2020.

SANTOS, Miguel Nuno Marques. A Informação Digital: Políticas e Inteligência Artificial no Contexto da Ciência da Informação. Dissertação de Mestrado em Ciência da Informação, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Outubro 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/93734> . Acesso em 20 jul. 2021.

SOUSA, Ana Paula Ribeiro; COIMBRA, Leonardo José Pinho. A Educação e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação no Contexto da Pandemia do Novo Coronavírus: O Professor “R” e o Esvaziamento do Ato de Ensinar. Revista Pedagogia Cotidiana Ressignificado. Volume 1 nº 04, 2020. Disponível em: https://www.rpccr.com.br/index.php/revista_rpccr/article/view/3. Acesso em: 22 de jul. de 2021.

VARGAS, Marcos Antonio; ALVES, Nathalia Guimarães; MREJEN, Matias. Cadernos do Desenvolvimento. Ciência, tecnologia e Inovação em Tempos de

Pandemia: implicações da Covid-19. Ed.Celso Furtado, Rio de Janeiro, vol. 16, nº28 . 2021.

SCHWAB, Klaus. A quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. 1ª Edição; São Paulo. Editora Edipro, 2016.

BLOCKCHAIN E TECNOAUTORITARISMO: NOVAS PERSPECTIVAS À PROTEÇÃO DE DADOS PRIVADOS NO DIREITO INTERNACIONAL

Rafael Mancêbo Araújo

Acadêmico do curso de Direito (UFMA). Bolsista PIBIC/CNPq. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento – NEDID/UFMA. Universidade Federal do Maranhão. São Luís. Brasil.
rafa_ma2010@hotmail.com

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada da UFMA. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Coordenadora do NEDID/UFMA. Universidade Federal do Maranhão. São Luís.
monica.teresa@ufma.br

1 INTRODUÇÃO

A Internet se tornou um novo e importante espaço para diversas práticas econômicas, principalmente para a comercialização de produtos e serviços durante os últimos 20 anos. Sites como Facebook e Google, por exemplo, oferecem serviços utilizados por inúmeras pessoas no mundo e não exigem nenhuma contrapartida de forma pecuniária.

O que elas obtêm nessa relação de serviço são os dados pessoais inseridos em suas páginas, que são tratados e negociados com outras empresas para que estas possam melhorar a efetividade e atingir indivíduos de acordo com seus hábitos e comportamentos virtuais, podendo investir de acordo com o potencial de cada indivíduo vir a se tornar um consumidor de determinado produto.

A relação entre as tecnologias e a privacidade, inclusive, não é recente, havendo histórico que remonta até mesmo às origens da imprensa. Hoje, a mais recente tecnologia que visa garantir a segurança dos dados privados é o *blockchain* que, servindo de base à Bitcoin, ascendeu meteoricamente durante os últimos anos, se dividindo ainda entre várias ferramentas úteis que cumprem papel importante nas relações privadas.

Todavia, analisando o comportamento atual dos Estados, cada vez mais invasivos, urge questionar se, diferentemente de outros períodos, o surgimento do *blockchain* é atrelado ao progresso da sociedade ou se guarda alguma relação com a recrudescência do poder estatal sobre a vida privada ou, no pior cenário,

se graves violações de direitos humanos serviram como impulsionadoras ao seu uso.

Para isso, examina-se a legislação internacional acerca do direito à privacidade, analisando se é eficaz à luz dos vertiginosos avanços tecnológicos e se é dotada de aplicabilidade geral, analisando os riscos das suas fraquezas e relacionando-os ao surgimento, eficácia e intenção que cercam o desenvolvimento do *blockchain*.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Privacidade e Tecnologia: da Revolução Industrial à Informacional

Atualmente, a privacidade revelou ser um aspecto fundamental à sociedade e ao indivíduo, tanto como perturbadora, quanto mantenedora da ordem social. Mesmo na hipótese de que o bem que tutela tenha se mantido e resistido ao tempo, o forte vínculo da privacidade à tecnologia o torna de especial relevância aos tempos atuais. Isso ocorre, pois, as tecnologias, cada vez mais indispensáveis, são catalisadoras da complexidade inerente às relações sociais.

Faz sentido, portanto, considerar à análise que sua origem esteja ligada não apenas ao marco do *Right to be Let Alone* no judiciário americano, mas ao período entre os séculos XVII e XVIII. À época, observa-se o surgimento da Primeira Revolução Industrial na Europa que, marcando um período de inédito desenvolvimento tecnológico, permitiu a construção de sólido mercado à imprensa, correspondência e transporte (Albion, 1932). Com ela, questões quanto à liberdade de expressão, por exemplo, começam a ganhar contornos especiais.

Como exemplo, percebe-se na história inglesa a aplicação dos dois lados da mesma moeda, seja pela implementação da Lei do Libelo de Sedição em 1606 que, criminalizando ofensas ao Estado ou Igreja, vigeu até 2009; ou seja pela não renovação em 1694 da lei que obrigava licenciamento prévio à publicação de praticamente qualquer documento, possibilitando a quebra de monopólios e publicação de opiniões “não ortodoxas” (Lewis, 2009).

Além disso, mais diretamente sobre privacidade, surgem no período as primeiras bases teóricas que fundamentam favoravelmente a existência de um direito deste tipo. Sob o enfoque de conceitos não exclusivos, mas centrais às suas investigações, filósofos modernos descreveram características inerentes à condição de pessoa ou indivíduo que qualificaram a proteção da privacidade,

como a dignidade humana de Immanuel Kant e a liberdade defendida por John Stuart Mill (Richardson, 2015).

Considerando o exposto, não apenas é compreensível, como pouco surpreendente que a inserção do direito à privacidade aos ordenamentos jurídicos tenha se iniciado principalmente pelas mudanças tecnológicas do período. Assim ocorreu nos Estados Unidos que, como um marco à história do direito, tutelou a privacidade sob o chamado direito de ser deixado em paz ou sozinho (*right to be let alone*).

Para entendê-lo, é importante que a análise deste direito seja feita observando o artigo “*The Right to Privacy*” publicado por Warren e Brandeis (1890). Pelo artigo, não há apenas uma melhor descrição de como o direito se aplica à realidade, mas também uma justificação subjacente que teve por base o fenômeno chamado “*newspaperization*”, i.e., a invasão da privacidade como efeito da crescente popularização dos jornais (Glancy, 1979).

É importante levantar esse fator pois o desenvolvimento da comunicação impressa, tal como tecnologia da informação, foi condicionado ao interesse da população à leitura, de modo que dificilmente pudesse surgir um sólido mercado à imprensa em países cuja grande parte da população fosse composta de iletrados — o que não foi um problema para os Estados Unidos porque, já em 1840, detinham altas taxas de alfabetização e de alunos regularmente matriculados à escola, ultrapassando, inclusive, a Alemanha (Goldin, 1999)

Não à toa, o mercado jornalístico, sabendo que encontraria demanda, operou grande investimento em tecnologias que ampliaram o seu alcance. Resta comprovado observando-se a criação da litografia em 1904 que, apenas alguns anos após a publicação do artigo de Warren e Brandeis, rompeu a hegemonia de séculos da Prensa de Gutemberg e se consolidou no mercado até hoje com sua versão “*offset*” (Hargrave, 2013).

Embora o ponto evolutivo tecnológico alcançado de hoje seja naturalmente sem precedentes, há de se notar que a grande diferença histórica ao século anterior, por exemplo, não se encontra apenas numa maior disruptividade das inovações, mas também no impacto causado à sociedade, provocando até mesmo mudanças estruturais em sua organização. Se por um lado a imprensa de outrora proporcionou acessibilidade à informação e comunicação, por outro, é constru-

ido atualmente um novo modo de desenvolvimento econômico pautado principalmente na sociedade informacional e no grande volume de dados que produz (Neves, 2020).

Isso é visto pelo processo de miniaturização de hardware, pelo aumento do poder de computação e pelo surgimento da internet que, primeiramente, foram responsáveis por conectar cada vez mais o usuário comum a tecnologias de comunicação e informação num fenômeno chamado Internet das Coisas; segundo, por facilitar a obtenção dos dados desses usuários que, coletados em enormes quantidades, podem servir a vários usos, principalmente contando com o auxílio de algoritmos (*Big Data*) (Tamò-Larrieux, 2018).

É perceptível, nesse caso, o surgimento de um novo paradigma ambivalente onde, de acordo com Leonardi (2011, p. 42), a privacidade é violada pelos mesmos motivos que tornam a Internet atrativa, o que não apenas redefiniu o seu significado, como estabeleceu um contexto em que “a liberdade corre o risco de se tornar inversamente proporcional à eficiência dos meios disponíveis de vigilância”.

Desse modo, progride a tecnologia ao mesmo passo que cresce a desconfiança ao desenvolvimento digital, vez que o indivíduo percebe que se torna cada vez mais vulnerável, desorientado e sem controle sobre a tecnologia, enquanto governos e negócios ficam receosos com leis protetivas que poderiam impedir o fluxo transfronteiriço de dados e prejudicá-los economicamente (Bygrave, 2014).

2.2 A Proteção de Dados na Atual Perspectiva do Direito Internacional

O pioneirismo americano garantiu à formulação de Warren e Brandeis uma posição de destaque dentro e fora dos Estados Unidos. *The Right to Privacy*, embora tenha sido apenas um trabalho de viés científico, logo acabou tornando lei o direito de se estar só pela jurisprudência americana e por influenciar que outros Estados seguissem no mesmo caminho protetivo — o que não significou uma generalização mundial do conceito (Lukács, 2016).

Nesse sentido, destaca-se Whitman (2004) ao afirmar que ao embasamento da privacidade os Estados Unidos se centraram mais à questão da liberdade, enquanto a Europa guiou-se pelo viés da dignidade em Kant. Essa visão é fortemente discordada por Richardson (2015), afirmando que a dignidade foi

analisada por uma falsa associação às diferenças de classe que em nada conversam com a teoria kantiana.

De todo modo, desta controvérsia percebe-se que há realmente uma diferença conceitual a ser analisada, independentemente da validade das teorias utilizadas para isso. A importância dada por cada ordenamento, observável pela amplitude da proteção no território europeu maior do que nos Estados Unidos (ou na maior parte dos Estados), também evidencia o fato (Jamison, 2019).

Dessa forma, o único modo encontrado para proteção geral da privacidade foi por sua consideração como um direito humano internacional na segunda metade do século XX. Houve então grande progresso à defesa do direito, considerando que mesmo os estados que defendiam a privacidade, por vezes a violavam. Os Estados Unidos, por exemplo, apenas em 1968 reconheceram por sua Corte Suprema que as escutas telefônicas estavam sujeitas às restrições da Quarta Emenda da sua Constituição (Lewis, 2011).

A elevação do direito ao grau humanitário se deu após a Segunda Guerra Mundial pois, com o aparecimento das Nações Unidas, surge uma clara preocupação à manutenção de um relativo estado de paz global, o que acabou por acentuar a importância dos direitos humanos como direitos internacionalmente consagrados e torna-los mais abrangentes, incluindo nisso os direitos de personalidade e a privacidade como seu consectário legal (Davariz & Obregon, 2019).

Desse modo, a primeira normativa internacional aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu art. 12: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”.

A seguinte se deu pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem em seu art. 8º, que, diferentemente, acentua que a ingerência é possível, mas apenas de acordo com a lei ou quando se faz necessário ao bem estar de maneira geral. Quase duas décadas depois, se deu pelo art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) que, utilizando um texto praticamente idêntico ao da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), diferenciou-se apenas por mencionar que as ingerências lesivas seriam não apenas as arbitrárias, como as ilegais e as abusivas também.

Deste histórico percebe-se que, embora tenha representado um marco, a DUDH (1948) apenas apresentou eficácia quando outras normativas tomaram inspiração em seu texto, afinal, trata-se de um documento que não apresenta qualquer eficácia vinculante, principalmente considerando que o seu objetivo ao final seria o da “aplicabilidade” geral, como disposto no preâmbulo do documento: “a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...]”.

Além disso, como já demonstrado, há um vínculo indissociável entre tecnologia e privacidade conforme a primeira progride no tempo e adentra cada vez mais à esfera privada dos indivíduos em sociedade. Mas, diferentemente do esperado, as normas supracitadas, mesmo vinculantes, não apresentam qualquer menção à proteção de dados, não existindo qualquer outro padrão universal de proteção nesse sentido.

Isso não é apenas uma omissão das organizações, mas uma contradição à sua pretensão humanitária: como a privacidade poderia ser um direito humano enquanto a tecnologia que a acompanhou durante quase toda existência não é considerada? O questionamento agrava-se quando é levado em consideração todas as dificuldades ínsitas a qualquer processo legislativo para norma internacional objetivada à aplicação geral e com máxima efetividade.

2.2.1 A Busca por Novos Meios de Proteção

Por isso, inefetiva a tutela internacional pelos meios usuais, é válido ponderar sob quais formas poderiam ser estruturados dispositivos legais focados à regulação justa de dados em meio digital. Nesse sentido, Kuner (2009) propõe, em exercício teórico, que pensar em um instrumento vinculativo só é possível por meio de convenções (gerais, multilaterais e regionais) e tratados, o que mesmo assim não significará maior efetividade.

Sendo o consenso tarefa naturalmente difícil, a vinculação torna o assunto mais delicado aos Estados que, avaliando os benefícios do ônus a ser aceito, assumem posição mais precavida e iniciam um demorado processo de análise que tende a culminar na não aceitação ou numa aceitação parcial, seja pelo alcance de um denominador comum, por fazer reservas ao documento ou por trazer emendas à convenção incorporada em direito interno (Kuner, 2009).

Disso, tem-se que há um grande risco à proteção de dados no próprio intento de uma normativa reguladora, não apenas pela possibilidade de uma ineficácia sobrepujante, mas por acabar se tornando capaz de desfragmentar o direito a partir de um dispositivo legal que, de pouca aceitação, se torna altamente excludente e serve como um fator impeditivo à harmonização.

Por outro lado, as normas atualmente com maior eficácia à proteção de dados são as que não contam com aplicabilidade vinculativa geral. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), pelo pioneirismo ao estabelecer princípios e objetivos à proteção de dados privados correspondentes ao cenário tecnológico atual e por ter um dispositivo restritivo acerca da transferência internacional de dados, foi a pedra angular que impulsionou outros estados a fazerem o mesmo (Neves, 2020).

Exemplos disso se encontram: no Japão, por meio da Comissão de Proteção de Informações Pessoais, atualizou a sua Lei de Proteção a Informações Pessoais; na CCPA (*California Consumer Privacy Act*), em vigor desde 2020, se tornou a primeira lei americana direcionada à proteção de dados; na LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) no Brasil, desde 2020, que utiliza vários dispositivos similares aos da GDPR; dentre outros (NEVES, 2020).

2.3 Riscos Atuais à Privacidade

Como visto, há hoje uma tendência muito maior à proteção de dados por meio da harmonização, suprimindo um certo vácuo legal, entretanto, a falta de um padrão, junto com os casos onde a lei se omite ou não é aceita, gera muitas consequências à defesa da privacidade enquanto direito humano. Nem mesmo o RGPD, de importância já destacada, é perfeito, pois dando margem à autonomia, permite que jornalistas que publicam em várias jurisdições tenham seu trabalho impedido num estado que oferece menor proteção, por exemplo (Reventlow, 2019).

De todo modo, a Europa tem apresentado avanços significativos à defesa dos dados pessoais. Como exemplo, o TEDH já decidiu favoravelmente acerca do acesso dos indivíduos aos próprios dados mantidos sigilosos pelo governo nos casos *Gaskin vs. Reino Unido* e *Roche vs. Reino Unido*, realizando uma ampla proteção por meio de uma visão extensa do direito à privacidade, combinando-o junto ao direito à liberdade de expressão e ao acesso à informações públicas (Bento, 2015).

Já em países conhecidos por maior controle da internet e vigilância, a ingerência estatal na esfera privada do indivíduo já não é mais surpreendente. A China, por exemplo, assumidamente realiza o monitoramento e bloqueio de sites para supervisionar e controlar os seus conteúdos, além de ter previsões legais no sentido de obter acesso aos registros de internet (Jiang, 2010; Pensando o Direito, 2010).

Deve-se destacar que, âmbito regional, esse comportamento chinês pode apresentar um perigo maior do que aparenta ao influenciar outros estados asiáticos a adotarem medidas parecidas. Observando principalmente os países da região Ásia-Pacífico, a preocupação com administração urbana e a expansão de companhias chinesas, percebe-se uma maior intensificação no uso e aquisição de câmeras dotadas de inteligência artificial capaz de realizar reconhecimento facial (Ambay III, *et al*, 2019).

2.3.2 Tensão nos E.U.A.: *NSA* e *Cambridge Analytica*

Quando tal tipo de comportamento invasivo é visto em outros ordenamentos com um nível maior de respeito à vida privada de seus cidadãos, surgem preocupações ainda maiores do que com a tendência asiática, como ocorreu no Brasil com a Lei do Marco Civil da Internet, muita criticada ao tornar obrigatória a guarda de *logs* ou registros de acesso (Christofoletti, 2015). Essas preocupações, de certo modo, também não podem ser consideradas infundadas, uma vez que as informações podem ser utilizadas desde em pesquisas de marketing à atos que comprometem a integridade de todo um sistema legal.

A experiência americana tem muito a fundamentar esse problema com o caso da empresa *Cambridge Analytica*: por meio de um aplicativo que realizava testes de personalidade, Aleksandr Kogan foi capaz de colher uma imensa quantidade de informações de usuários do Facebook que, mesmo o excluindo da plataforma e demandado a exclusão imediata de todos os dados adquiridos, não foi capaz de se certificar de fato da exclusão destes, muito menos de evitar que fossem vendidos, o que resultou no seu uso para fins eleitorais em 2016 (Rehman, 2019).

Embora avanços tenham sido feitos desde então, o governo dos EUA também não pode ser considerado o maior exemplo de respeito à privacidade de dados. Em 2013, Edward Snowden faz uma séria alegação de que a Agência de

Segurança Nacional (NSA) do país desenvolveu um programa secreto denominado PRISM que, tendo como um de seus primeiros alvos o Brasil e a Índia, criaria um sistema de ampla obtenção de dados pois iria permitir, segundo Giles (2015, p. 544, tradução dos autores):

"[...] que a ASN coletasse uma variedade de informação digital da Internet e de companhias e telefone por meio de um programa secreto de mineração de dados para monitorar dados da Internet mundialmente, incluindo informações sobre aliados estrangeiros operando fora dos Estados Unidos"¹.

A gravidade do tema é tal que foi capaz até mesmo de provocar uma inquietação europeia, haja visto que o fluxo regular de dados europeus aos EUA por meio do Acordo Safe Harbor poderia ser colocado em xeque por levantar preocupações tanto acerca do padrão americano de proteção de dados, quanto sobre como os dados europeus são utilizados por firmas americanas ou utilizados pelo governo (Weiss; Archick, 2016).

2.3.3 O Caso Chinês e Árabe: Graves Violações de Direitos Humanos e Privacidade

A proteção de dados como um direito humano é por si um grande fator de relevância do bem jurídico protegido, entretanto, é inegável que se vincula estritamente com outros direitos humanos cada vez mais ameaçados hoje. Isso é visto mais claramente no caso chinês pois, como já descrito, há hoje um mercado chinês voltado às câmeras de vigilância com reconhecimento facial que já se alarga atualmente à Ásia de maneira geral. Embora razões de segurança nacional possam ser alegadas, fato é que a China utiliza destas câmeras principalmente para práticas discriminatórias.

Por inteligência artificial, as câmeras de vigilância utilizadas em território chinês utilizam um sistema de *Crowd Analysis* que, por meio de reconhecimento facial, já foi utilizada para localizar e deter mais de um milhão de muçulmanos da

¹ The PRISM program allowed the NSA to collect a variety of digital information from Internet and phone companies through a secret data-mining program to monitor worldwide Internet data, including information on foreign allies operating outside the United States.

minoria Uigur em centros de “vocação educacional e treinamento” que, na verdade, são campos de trabalho forçado onde são obrigados a renunciar sua crença e se submeter à doutrinação do PCC como forma de prevenir terrorismo e o extremismo islâmico (Long, 2020).

Analisando à luz da DUDH, há violação à inúmeros direitos humanos. As câmeras, além de violar a privacidade (art. 14), acabam ocasionando também a violação ao direito à liberdade de religião (art. 18), de expressão (art. 19) e locomoção (art. 13). Neste último, é importante frisar que a detenção arbitrária não conta também com nenhum pressuposto processual (arts. 7º, 8º, 9º, 10º) e impõe aos indivíduos uma condição de vulnerabilidade pela imposição do trabalho (art. 4º) e doutrinação (art. 18), muitas vezes aproveitada para realizar atos de tortura ou abuso sexual (art. 5º) (Long, 2020).

Embora de maneira menos invasiva, Israel também já utilizou câmeras de vigilância na pandemia de covid-19 para acompanhar a proliferação do vírus a partir dos dados de localização de indivíduos (Zwitter & Gstrein, 2020). Para isso, contou com a empresa NSO Group, reconhecida pela criação de *spywares* amplamente utilizados por grupos e governos (como Índia e México) e sair impune (Heimgartner, 2021).

Por meio da NSO e seu software Pegasus, capaz de infiltrar telefones e roubar informações sobre localização ou conversas, a Arábia Saudita vigiou os passos do jornalista Jamal Khashoggi momentos antes de ter sido assassinado na embaixada do país na Turquia (Heimgartner, 2021). Khashoggi era exilado e crítico do governo saudita e, junto com Omar Abdulaziz, outro dissidente que também teve seu telefone invadido, planejava realizar uma forte campanha de oposição contra o príncipe saudita nas redes sociais (Maschmeyer, *et al*, 2020).

Embora a morte do jornalista possa ser considerada imprevisível de certo modo, não é surpresa a utilização de tecnologias desse tipo pela Arábia Saudita. Na verdade, os estados do Oriente Médio como um todo se engajam ativamente em operações relacionadas à influência digital, mas nesse caso específico deve ser notado que, antes do Pegasus e NSO, a companhia saudita Smaat já era utilizada para assediar Khashoggi por meio de *bots* no Twitter, que também serviam para aumentar tensões, postar mensagens pró-governo e marcar alvos (Kalathil, 2020).

Mesmo que os atos da Arábia Saudita sejam considerados errados, é duvidoso chamá-los de ilegais, principalmente considerando que o Estado aderiu

apenas a poucos tratados de direitos humanos e foi um dos únicos a ter dispensado a DUDH (Cerna, 1994). Quanto à punição da empresa israelense, a opção principal seria pelo julgamento interno sob pena de romper relações comerciais com a União Europeia, vez que o RGDP classificou Israel como um “terceiro seguro”, *i.e.*, como sendo um estado que, tendo um nível adequado de proteção de dados pessoais, é possível estabelecer uma linha segura de fluxo de dados pessoais com a União Europeia (WAGNER, 2018).

2.4 A Solução em *Blockchain*: Criptomoedas e a Ascensão de Novas Tecnologias

Num mundo com governos cada vez mais invasivo e com perigos reais, urge a necessidade de que os indivíduos procurem meios de se proteger que não dependam da ação do estado ou da colaboração da comunidade internacional. Forma-se, portanto, a oportunidade perfeita para que tecnologias protetivas tomem espaço no mercado comum e se façam cada vez mais populares por seus próprios méritos.

Em um espaço dominado por provedores de serviços de VPN, antivírus e até simples aplicativos gerenciadores de senhas, surge pelo *blockchain* a criptografia como um meio não apenas prático, mas de forte proteção à privacidade. Por essa tecnologia, todas as transações de dados são registradas num bloco de informações criptografado que, vinculado a um bloco anterior por meio de um código, é analisado a partir do hardware de outros usuários para verificar se houve qualquer alteração (as alterações no registro geram alterações no código, desvinculando-o do bloco anterior e gerando uma incongruência no sistema), o que gera recompensa em bitcoin (Ammous, 2020).

A bitcoin, inclusive, se tornou crucial à popularização do *blockchain*, pois não se trata de mera recompensa virtual sem valor, mas de uma moeda que é singular que busca evitar certas características muito criticadas das atuais moedas: é descentralizada, não necessitando de bancos ou intermediários pois realiza transações *peer-to-peer* (entre usuários); é fiduciária, tornando-se escassa por possuir um número limitado de 21 milhões de moedas; é anônima, não existindo nada que identifique o usuário real a uma transação ou conta (Ammous, 2020).

Hoje, tem-se a bitcoin apenas como uma das criptomoedas principais, mas não a única. Seu protagonismo serviu para que liderasse uma revolução onde os usuários comuns, utilizando de seu protocolo aberto, seriam capazes de criar outras moedas ou seus próprios softwares com versões modificadas. Nesse

guizo, surgiram muitas novas moedas, mas também novos usos à tecnologia, capaz de proteger objetos antes tutelados apenas por meios jurídicos formais, o que tornou a criptografia parte integrante das relações privadas (Ammous, 2020).

No campo da propriedade intelectual, os NFTs (*Non Fungible Token* ou Token Não Fungível) cumprem um importante papel pois mostra como o protocolo é capaz de singularizar objetos digitais por meio de registro numa *blockchain*, criando valor a artefatos digitais por meio de uma escassez real (Pesserl, 2021). Nos contratos, destaca-se a criação dos *smart-contracts*, atribuindo maior segurança às relações negociais ao automatizar execuções contratuais (Gürkaynak, et al, 2018).

2.4.2 Usando a Criptografia para Proteção de Dados

Para entender melhor como o *blockchain* garante a segurança do fluxo de informações por criptografia, deve ser levado em consideração, primeiramente, que este seria como um “livro-razão” público que registra toda transação de dados ocorrida de um endereço codificado ao outro (Karame & Androulaki, 2016). Os usuários podem ter vários desses endereços não apenas para efetuar várias transações simultaneamente, mas como também para reatribuir seus próprios dados, o que contribui à descentralização do sistema (Karame & Androulaki, 2016).

Esses endereços, assim como o registro das transações, são públicos, entretanto, a segurança que impossibilita que outros usuários possam fazer uso dos dados presentes nestes mesmos endereços se encontra na assinatura criptografada que os acompanham, *i.e.*, cada “chave pública” tem sua respectiva “chave privada” (Karame & Androulaki, 2016). Desse modo, os dados criptografados com uma chave pública só podem ser descriptografados utilizando uma chave privada correspondente, assim como os dados criptografados com uma chave privada só poderão ser descriptografados com a chave pública correspondente.

Destaca-se também que, para criptografia dos dados em registro, é utilizada a função *hash*, que se trata de um algoritmo que transforma uma informação muito grande em uma sequência numérica hexadecimal (Antonopoulos, 2017). Esse fator adiciona maior segurança não apenas pela criptografia em si, mas porque cria ao bloco de informações um código baseado no bloco anterior, sendo impossível modificar o bloco sem passar despercebido pela verificação coletiva,

uma vez que qualquer alteração no bloco mudaria também seu *hash* (Antonopoulos, 2017).

Destarte, o que acontece na prática é que um usuário “A” envia sua chave pública a um usuário “B”, sendo este último responsável por reenviar os dados confidenciais que deseja utilizando esta mesma chave para criptografá-los, tornando-os disponíveis apenas por meio da chave privada correspondente. Isso significa que, mesmo que alguém intercepte o envio, não será capaz de ler a mensagem, nem alterar o seu conteúdo sem mudar o *hash* e ser descoberto.

Além disso, cada protocolo construído tendo por base o *blockchain* pode ter suas próprias particularidades. Com a Bitcoin como exemplo, há a possibilidade de se utilizar carteiras, física ou digitais, para armazenar a moeda. Em outros casos, os protocolos são *Open Source*, o que significa que o seu código é livremente disponibilizado para ser inspecionado acerca da existência de códigos inseguros ou maliciosos incorporados (Antonopoulos, 2017).

De todo modo, há também um número de protocolos sendo desenvolvidos e proposições sugeridas, não voltados necessariamente às criptomoedas, mas também à automatização de serviços, garantido sempre a preservação da privacidade, como, por exemplo, associando o *blockchain* a um sistema para preservação e compartilhamento seguro de dados privados médicos ou o integrando à Internet das Coisas, resolvendo problemas de segurança de uma rede centralizada (Atlam, 2020; Chen, *et al*, 2021).

2.4.3 O Surgimento do *Blockchain* como uma Alternativa Viável de Proteção

Na década de 90, John Gilmore, Eric Hughes, and Timothy C. May tinham em mente que a internet controlaria a sociedade e que a única ferramenta que a poderia proteger seria a criptografia, tornando-os então os primeiros integrantes do movimento *cyberpunk*. Não realizaram grandes avanços, entretanto, foi o pontapé inicial para o desenvolvimento de outros softwares do tipo, como fizeram os *cyberpunks* Julian Assange (criador da WikiLeaks), Bram Cohen (criador do BitTorrent, sistema de compartilhamento de arquivos *peer-to-peer*), Jacob Applebaum (desenvolvedor do Tor, software usado para navegação anônima na internet e, principalmente, na *Deep Web*), dentre outros (Torres, 2021).

Com crise econômica de 2008, onde bancos centrais acabaram por colocar no mercado grandes quantidades do dinheiro, o movimento *cyberpunk* se

viu novamente impulsionado pela crença de que a impressão de dinheiro não passava de um roubo e que a única maneira de adquirir liberdade seria criando uma moeda livre de intervenção governamental e num ambiente sem fronteiras, como a internet — o que resultou, por fim, na criação do Bitcoin por Satoshi Nakamoto em 2009 (Torres, 2021).

Há, portanto, na essência do Bitcoin (consequentemente, *blockchain*) a ideia de que, face ao crescente arbitrarismo e ingerências estatais nas relações privadas, deve haver salvaguardas que garantam o mínimo de liberdade ao indivíduo. Na prática, o exemplo indiano acabou indicando o mesmo analisando o aumento dos preços e volume do Bitcoin durante o período de desmonetização, utilizando como uma estratégia contra a grande quantidade de notas falsas que circulavam à época (Theertaana & Manzoor, 2019).

Contudo, a liberdade oferecida nem sempre rende resultados positivos à sociedade, pois quando o *blockchain* e seus protocolos associados são abusados, é possível realizar ilegalidades como evasão fiscal, lavagem de dinheiro, abuso de crianças, terrorismo, dentre outros (Adewole, *et al*, 2020). Além disso, a própria tecnologia enfrenta certos desafios à privacidade, como o *compliance* com regulamentos de privacidade, gestão de chaves criptográficas, vinculação entre transações, etc. (Bernabe, *et al*, 2019).

Por outro lado, o perigo da não harmonização geral ou vácuo deixado pela falta de um padrão universal de proteção de dados parece não deixar muita alternativa aos usuários que desejem maior liberdade, tanto para estabelecer suas relações privadas, como para se distanciar de governos autoritários que, ao mesmo tempo, por meio de sua participação online, também contribuem ao descrédito da democracia, estabelecendo uma espécie de Tecnoautoritarismo (Kalahil, 2020).

3 CONCLUSÃO

É conclusivo o presente tendo em vista, primeiramente, que há um inegável vínculo entre privacidade e tecnologia. Embora sejam sugeridas formulações iniciais independentes ao progresso tecnológico, os períodos de maior avanço no direito à privacidade ocorreram pelo reconhecimento de mudanças estruturais na sociedade decorrentes de avanços tecnológicos que proporcionaram um salto na capacidade comunicativa da sociedade e, consequentemente, a valorização da informação.

Todavia, notou-se hoje que o fenômeno protetivo dar-se-á contrariamente à tendência histórica. Nem mesmo o reconhecimento do direito na sua qualidade humanitária impediu que a concepção de privacidade se estagnasse no tempo, vez que os principais instrumentos humanitários internacionais não garantem a necessária eficácia, vinculada hoje estritamente ao reconhecimento da relevância do fluxo de dados em meio digital.

Embora tentativas regionais, como o RGPD, tenham positivamente influenciado a comunidade internacional rumo à uma possível harmonização legal do direito, percebeu-se que a criação de um panorama geral ainda está distante do ideal. Desse modo, pouco surpreendente são os comportamentos dos estados em direção à atos cada vez mais invasivos e arbitrários na esfera privada individual de seus cidadãos, vide a crescente adoção de câmeras de vigilância por estados da região Ásia-Pacífico.

O atual contexto foi encontrado agravado por análise da situação de estados reconhecidamente alienados do ímpeto humanista do direito internacional, porquanto não sujeito à normativa desse caráter, oportuniza-se carta branca à sérias violações não apenas à privacidade, como também a seus consectários ou direitos relacionais, nomeadamente liberdades fundamentais, como as de expressão, locomoção, jornalismo e pensamento, que culminaram, por fim, no próprio direito à vida.

Nesse sentido, observou-se que as tecnologias em *blockchain* apareceram como salvaguardas fundamentais à proteção da privacidade. A popularização da Bitcoin e aparecimento de ferramentas substitutivas a institutos antes protegidos apenas juridicamente, como a propriedade intelectual (NFTs) e negócios jurídicos (*smart contracts*), certamente contribuíram ao seu uso na forma abordada acima ao mostrar o *blockchain* como ferramenta útil.

Para tanto, encontrou-se que há maior segurança no uso do *blockchain* por conta do modo como funciona, que contem, resumidamente: chaves privadas e pública de acesso e criptografia; vigilância coletiva recompensada em bitcoin; indissociável ligação entre blocos de informação; versatilidade, cabível a vários usos dependendo do modo como o código livremente disponibilizado é utilizado.

Por fim, é concluído que essa tecnologia enfrenta ainda muitas dificuldades para funcionamento eficaz e até mesmo legal, sendo passível de abusos

capazes de constituir atos imorais ou até mesmo violar direitos humanos. Contudo, a carência legal e perigo de desarmonização servem como escusa muito importante, haja visto que, além de contribuir ao progresso tecnológico histórico, a tecnologia pode servir como proteção contra estados que descreditam por seus respectivos governos a própria ideia de democracia.

REFERÊNCIAS

Adewole, Kayode & Saxena, Neetesh & Bhadauria, Saumya. (2020). Application of Cryptocurrencies Using Blockchain for E-Commerce Online Payment. In: Maleh, Y., Shojafar, M., Alazab, M. & Romdhani, I. *Blockchain for Cybersecurity and Privacy: architectures, challenges and applications*. Boca Raton: CRC Press. doi: <https://doi.org/10.1201/9780429324932>.

Albion, R. G. (1932). The “Communication Revolution”. *The American Historical Review*, 37(4). doi:10.2307/1843336.

Ambay, M. A. V., III, Gauchan, N., Hasanah, M. & Jaiwong, N. K. (2019) *Dystopia is Now: digital authoritarianism and human rights in Asia*. *Global Campus Human Rights Journal*, 3(2), 269-285. doi: <https://doi.org/20.500.11825/1575>.

Ammous, S. (2020). *O Padrão Bitcoin: A alternativa descentralizada para o banco central*. New Jersey: Wiley.

Antonopoulos, A. M. (2017). *Mastering Bitcoin: programming the open Blockchain*. California: O’Reilly.

Atlam, H. E., Azad, M. A. Alzahrani, A. G. & Wills, G. (2020). A Review of Blockchain in Internet of Things and AI. *Big Data and Cognitive Computing*, 4(28), 1-27. doi: 10.3390/bdcc4040028.

Bento, L. V. (2015). *Acesso a Informações Públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro*. Curitiba: Juruá.

Bernabe, J. B., Canovas, J. L., Hernandez-Ramos, J. L., Moreno, R. T. & Skarmeta, A. (2019, october). Privacy-Preserving Solutions for Blockchain: reviews and challenges. *IEEE Access*, 7. doi: 10.1109/ACCESS.2019.2950872.

Bygrave, L. A. (2014). *Data Privacy Law: an international perspective*. Oxford: Oxford University Press.

Cerna, C. M. (1994, november). Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of human rights in different socio-cultural contexts. *Human Rights Quarterly*, 16(4), 740-752. doi:10.2307/762567.

- Chen, Z., XU, W., Wang, B., Yu, H. (2021). A Blockchain-Based Preserving and Sharing System for Medical Data Privacy. *Future Generation Computer Systems*, 124, 338-350. doi: <https://doi.org/10.1016/j.future.2021.05.023>.
- Christofolleti, R. (2015). Privacidade e Regulamentação do Marco Civil da Internet: registros e preocupações. *Revista Eco-Pós*, 8(13), 213-229.
- Davariz, C. A. V & Obregon, M. F. Q. (2019). A Proteção dos Dados Pessoais na Internet enquanto Direito Humano à Privacidade de Tutela Internacional. *Derecho y Cambio Social*, 2019, (58), 104-133.
- Goldin, C. (1999, August). A Brief History of Education in the United States. NBER Historical Working Papers, (119). Recuperado de <https://www.nber.org/papers/h0119>, doi: 10.3386/h0119.
- Giles, C. (2015). Balancing the Breach: data privacy laws in the wake of the NSA revelations. *Houston Journal of International Law*, 37(2), 543-579.
- Griffin, J. (2007). The Human Right to Privacy. *San Diego Law Review*, 44(4), 697-722.
- Gürkaynak, G., Yilmaz, I., Yesilaltay, B., & Bengi, B. (2018). Intellectual property law and practice in the blockchain realm. *Computer Law & Security Review*, 34, 847-862. doi: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.027>.
- Hargrave, J. (2013). Disruptive Technological History: Papermaking to Digital Printing. *Journal of Scholarly Publishing*, 44(3), 221–236. doi:10.3138/jsp.44.3.002.
- Heimgartner, Ian. Corporate Liability in the Production and Sale of Cyber Weapons (Tese de mestrado). School of Business and Governance, Tallinn University of Technology, Tallin, Eesti.
- Jamison, S. G. (2019). Creating a National Data Privacy Law for the United States. *Cybaris Intell. Prop. L. Rev.*, 10, 1.
- Jiang, M. (2010). Authoritarian Informationalism: China's approach to internet sovereignty. *SAIS Review*, 30(2), 71-89.
- Kalathil, S. (2020). The Evolution of Authoritarian Digital Influence. *PRISM*, 9(1), 32-51.
- Karame, G., Androulaki, E. (2016). *Bitcoin and Blockchain Security*. Boston: Artech House.
- Kuner, C. (2009). An International Legal Framework for Data Protection: issues and prospects. *Computer Law & Security Review*, (25), 307–317.
- Leonardi, M. (2011). *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva.

- Lewis, A. (2007). *Freedom for the Thought That We Hate: a biography of the First Amendment*. New York: Basic Books.
- Long, N. (2021). *The Ethical Implications of Artificial Intelligence in Facial Recognition* (Trabalho de conclusão de curso). University of Arizona, Tucson, USA.
- Maschmeyer, L., Deibert, R. J. & Lindsay, J. R. (2020, junho). A Tale of Two Cybers: how threat reporting by cybersecurity firms systematically underrepresents threats to civil society. *Journal of Information Technology & Politics*, 18(1), 1-20. doi: 10.1080/19331681.2020.1776658.
- Ministério da Justiça e Cidadania. (2010, julho 10). Regulamentação da Internet na China: contribuição do Itamaraty. Marco Civil da Internet: seus direitos e deveres em discussão. Recuperado de: <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil2009/2010/07/11/regulamentacao-da-internet-na-china---contribuicao-do-itamaraty/>.
- Neves, J. M. S. das. (2020). *Proteção de Dados na Internet a Partir do Estudo de Caso Cambridge Analytica: parâmetros para um debate internacional* (Trabalho de conclusão de curso). Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, RJ, Brasil.
- Pessler, A. (2021). NFT 2.0: Blockchains, Mercado Fonográfico e Distribuição Direta de Direitos Autorais. *Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade*, 1(1), 255-294.
- Rehman, I., ur. (2019). Facebook-Cambridge Analytica Data Harvesting: what you need to know. *Library Philosophy and Practice*, 2497. Recuperado de https://digitalcommons.unl.edu/libphilprac/2497?utm_source=digitalcommons.unl.edu%2Flibphilprac%2F2497&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Reventlow, N. J. (2020). Can the GDPR and Freedom of Expression Coexist? *AJIL Unbound*, 114, 31-34. doi: <https://doi.org/10.1017/aju.2019.77>.
- Richardson, J. (2016). *Law and the Philosophy of Privacy*. Oxon: Routledge.
- Tamò-Larrieux, A. (2018). *Designing for Privacy and its Legal Framework: data protection by design and default for the Internet of Things*. Cham: Springer Nature Switzerland AG.
- Theerthaana, P. & Manzoor, A. K. S. (2019, january). Is Bitcoin Gaining Cash During Cashless Times in India? An event study approach. *India Journal of Economics and Development*, 7(1).
- Torres, J. A. (2021). *Blockchain Technology and the Cryptocurrency Revolution*. Self-published, [S.l].

Wagner, J. (2018). The Transfer of Personal Data to Third Countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection. *International Data Privacy*, 1-20. doi: 10.1093/idpl/ipy008.

Weiss, M. A. & Archick, K. (2016). U.S.-EU Data Privacy: from safe harbor to privacy shield (R44257). Congressional Research Service Reports. <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc855920/>.

Whitman, J.Q. (2003). The Two Western Cultures of Privacy: dignity versus liberty. *Yale Law Journal*, 113, 1151.

O CONSENTIMENTO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DE DADOS

Vivian Molina Perfeito Caetano

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

vivianperfeitocaetano@gmail.com

A PRIVACIDADE DE DADOS NA VIDA EM SOCIEDADE

O homem é um ser complexo e ambíguo na sua própria existência, pelo que a sua natureza intrínseca traz reflexos no seu comportamento individual, mas também no coletivo (Freud, 2013). Assim, diante desse cenário tão sensível, majorado pelo grande risco de exposição do que lhe é mais íntimo, como é o caso dos seus dados pessoais, fica mais latente a necessidade da existência de mecanismos que protejam a sua dignidade e cuidem da sua vulnerabilidade, garantindo os direitos de existência e participação desse homem na *pólis*. Sem esse ponto de partida, a conjuntura é prejudicial para que o homem consiga seguir em liberdade (Sartori, 2003).

A própria relação física entre o indivíduo e a sua geolocalização sofreu impactos grandiosos com a quebra de barreiras fronteiriças marcada pela Era da globalização. Nesse mesmo cenário, também não existem travancas territoriais no tocante aos dados pessoais que circulam pelo mundo digital, com rapidez e dinamismo incontrolláveis, em protagonismo de desafios transacionais e multi-jurisdicionais (Newman, 2012).

A sociedade reconfigurou a sua organização em novo modelo, tendo os dados pessoais e as informações dele extraídas assumido um papel fulcral para a economia, em substituição dos formatos historicamente vivenciados. Desde a revolução industrial, a tecnologia passou a ter uma dimensão grandiosa no dia a dia das pessoas, abreviando distâncias e trazendo uma nova percepção de tempo e de espaço (Paesani, 2007).

O facto é que, meio a esse novo panorama, a privacidade que em muito era tratada sob o seu aspecto físico, passa também a demandar proteção para formatos mais abrangentes, como a privacidade informacional. Essa nova roupagem da privacidade é objeto de reflexão do direito constitucional, em formulações com direitos humanos e direitos civis (Allen, 2005).

A tarefa de proteger a privacidade informacional é muito complexa, mas deve ter por premissa que, independentemente da evolução tecnológica, é direito das pessoas serem deixadas em paz (Brandeis e Warren, 2007).

De acordo com Raymont (1986, p. 119-120), o marco para a proteção dos dados pessoais surge da apreensão que o Estado pudesse utilizar a tecnologia para organizar informações destinadas à imposição de mecanismos de opressão e controle, bem como o receio de que a utilização de dados enganosos, ou até mesmo, o uso desacertado de dados corretos, pudesse causar danos e obstar o direito de resposta.

Defende Raymont que a preocupação central eram as pessoas, mas também as organizações, tendo o ordenamento jurídico europeu levado esse contexto em consideração para a instituição de princípios e regras. No entanto, pondera o autor que com a constante evolução da tecnologia e, portanto, do aumento da capacidade de coleta, acesso e processamento de dados de forma secreta e obscura, o receio outrora hospedado, não foi embora. E, então, nesse contexto, o direito à informação dos cidadãos face ao poder público e a proteção da intimidade da vida privada ganhou imenso relevo, sendo uma pauta inadiável, quer a nível nacional, quer internacional.

Conforme ensinamentos de Luis Heleno Terrinha (2016), em expressão da percepção da complexidade da sociedade, há de ser considerado, ademais, que uma questão social não é sentida por todos de idêntica forma, podendo ser enfrentada como um risco para uns e, para outros, não significar nada.

O facto é que a proteção da devassa à vida privada é urgente, como um meio de defesa ao livre desenvolvimento da sociedade, fator de grande relevância meio à Era da informação e “sociedade risco” (Beck, 1998) que, inclusive, segundo Manuel da Costa Andrade, traz violações e prenúncios de danos hodiernos que culminam diretamente na tormenta à princípios e valores que podem ser coletivos, mas também pessoais e íntimos (Andrade, 1996).

Ainda em relação a “sociedade de risco”, aponta Ana Raquel Gonçalves Muniz (2016), que é essencial encontrar uma resposta para essa realidade marcada pela imprecisão política, social, cultural e também jurídica que, associada aos matizes da globalização e quebra de barreiras, sofre o risco de vivenciar uma governação mundial que não consiga integrar o coletivo e homogeneizar a diversidade.

Sob essa perspectiva, fica ainda mais latente a necessidade de repensar o protagonismo do direito público para o acolhimento dos desafios enfrentados pela sociedade (Soares, 1969).

No tocante à sociedade da informação, em específico, pondera João Ferreira do Amaral (2009, p. 88), que o momento inaugural não ocorreu com o advento da criação do computador. Apesar de reconhecer que o surgimento dos computadores e da internet tiveram um papel muito importante para o novo cenário de organização social da atualidade, o autor defende que o marco inicial ocorreu anteriormente, na época do telégrafo elétrico.

No início da Era da internet, a sensação estava vinculada à percepção de que no mundo cibernético seria encontrada uma completa e irrestrita liberdade, sem controle ou restrições impostas pelo Estado ou por particulares. No entanto, o resultado foi totalmente o contrário, em uma presença – visível e invisível – do Estado e do comércio na participação e existência digital das pessoas (Lessig, 2006).

No transcorrer dos primeiros anos após a descoberta do computador, juristas europeus dedicaram-se aos estudos das implicações da sua utilização perante a lei, mas em seguida direcionaram as investigações para um cenário maior e mais complexo, qual seja, os impactos da sua utilização na sociedade, sendo verificada a necessidade da existência de um verdadeiro equilíbrio entre os interesses daqueles que coletam e processam os dados perante os que possuem os seus dados recolhidos (Newman, 2012).

De acordo com Lessig (2006), a tecnologia trouxe um cenário de monitoramento perpétuo, mais completo e pouco custoso. O autor exemplifica a sua afirmativa com uma hipótese de busca pela opinião política de uma pessoa, feita através de entrevistas junto dos seus vizinhos, o que considera ser um método muito mais custoso e com grande risco de não ser assertivo, quando comparado ao processamento de dados concedidos por essa mesma pessoa, em âmbito digital.

Richard Spinello (2010) relembra que, anteriormente à existência do computador, a reunião de informações era um processo muito dispendioso e pouco eficiente, tendo a cyber-tecnologia – sistema informático responsável por gerenciar os dados - alterado substancialmente esse cenário. Na atualidade, é possível coletar uma imensidão de dados, armazená-los e tratá-los de forma minuciosa e com baixo investimento financeiro. No entanto, conforme alerta o autor, a

mesma cyber-tecnologia também pode ser utilizada como uma verdadeira inimiga da privacidade, em uma devassa da intimidade pessoal, através da ininterrupta vigilância das interações sociais e comerciais no cyber-espço.

Segundo Abraham Newman (2012), a prática da informação justa (*Fair Information Practice Principles*; FIPPs) está atrelada à observância de sete princípios que foram elaborados na *Freedom of Information Act*, nos Estados Unidos, em 1966 e que posteriormente foram considerados internacionalmente pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organisation for Economic Co-operation and Development*, OECD), em suas orientações para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais (1980) e pela Convenção do Conselho Europeu para proteção de indivíduos quanto ao tratamento automático de dados pessoais (1985).

Para Newman, grande parte das legislações nacionais e internacionais que tratam da privacidade de dados é inspirada nessa fonte principiológica, tanto nos regimes mais abrangentes quanto nos mais limitados, sejam eles mais centralizadores ou descentralizadores. Pode-se, a partir do autor, destacar alguns princípios (2012, p. 4): (1) limitação da recolha quanto ao escopo e legalidade; (2) a observância do conhecimento prévio da finalidade e da proibição da utilização dos dados para outros fins, sem o devido consentimento; (3) livre acesso ao conteúdo das políticas de privacidade; (4) cautela com os dados para que sejam precisos, completos e atuais; (5) oportunidade de participação dos titulares dos dados para que possam, por exemplo, solicitar acesso e retificações; (6) segurança e prevenção contra fuga de dados; e (7) responsabilidade para com o dever da garantir todas as premissas anteriormente mencionadas.

A verdade é que a tecnologia está completamente disseminada na sociedade através do uso contínuo e desenfreado de sistemas de informática, como e-mails, aplicações de mensagens instantâneas, banco digital, reuniões por teleconferência e por videochamada, processamento de dados por voz ou digital, por reconhecimento facial, sistemas de geolocalização, entre tantos outros, utilizados de forma natural no dia a dia, sem que seja refletido, de forma consciente, que os dados estão sendo tratados por terceiros, a todo momento (Raymont, 1986).

E, assim, diante dessa nova conjuntura, é indispensável ter por fundamento princípios que sirvam de base para a estrutura normativa. Em alusão à lei de proteção de dados no Reino Unido (1984), Raymont (1986, p. 120-121) reforça que a coleta e o processamento dos dados precisam ocorrer de forma justa e lícita, não se deixando consternar pela evolução da tecnologia. Aduz o autor

que, mesmo sendo difícil controlar o cumprimento na prática, é necessário assegurar que a manutenção e divulgação (essa última, tida por indesejável) dos dados perdure tão somente para a persecução de propósitos que sejam específicos e legais, mediante informação ao titular quanto a toda e qualquer forma de utilização dos dados.

Para Raymont, ademais, o tratamento de dados precisa atentar a um regime de precisão, evitando que não ocorra quando não seja necessário e, quando assim o for, que seja o mais adequado possível, a fim de evitar qualquer perda ou fuga. O autor também ressalva que o titular deve ter amplo acesso aos seus dados bem como o direito de solicitar a sua retificação ou apagamento, a qualquer tempo.

Da condição social moderna, constantemente em transformação, eclode a necessidade de resposta e respaldo jurídico que estejam ao contento da proteção de direitos e da determinação de deveres. A forma incontrolável com a qual uma informação é circulada, sem qualquer barreira geográfica e temporal, desemboca na materialização de uma relação pluralística. De um lado, estão identificados aqueles que participam concedendo as suas informações (normalmente, os cidadãos ocupam esse lugar), de outro, os que coletam os dados e, ao fim, os responsáveis pelo seu tratamento e análise para que possam posteriormente serem considerados para a tomada de decisões comerciais (geralmente as pessoas colectivas lideram essa posição).

Ensina Bruno Ricardo Bioni (2019) que, em prol de interesses comerciais e económicos, as pessoas colectivas passaram a agir de forma colaborativa, em lugar da antiga estrutura centralizadora e verticalizada. Com essa nova estrutura, passa a existir o chamado “modelo organizacional em rede prima” (p. 37), formado com funções pré-determinadas, em concretização de uma atividade descentralizada e horizontal quanto aos meios de produção e distribuição.

Um exemplo trazido por Bioni (2019, p. 37-40) é a marca de roupas “Benetton” e “Zara” que, segundo o autor, não realizam a produção e comercialização dos seus produtos, vindo a terceirizarem o processo industrial e de distribuição para outras pessoas colectivas, situadas no estrangeiro, muitas vezes com um custo muito mais vantajoso. Esclarece o autor que a “Benetton” e a “Zara” dedicam a sua força comercial no processamento de informações através de investimentos em estudos de mercado e de tendências para, então, posteriormente, transmitirem essas informações ao processo fabril.

Em virtude disso, o processamento de informações para estudo de mercado engloba o mapeamento da aceitabilidade dos produtos por parte do público consumerista. Através da tecnologia, é realizado o levantamento de dados pessoais que serão analisados e utilizados como fundamento para a adoção de estratégias comerciais. Em outros termos, é feita a apuração da informação, a sua conversão em conhecimento e, então, a utilização desse estudo para os planejamentos de negócio.

Desse contexto, denota-se a tamanha importância que os dados pessoais possuem para o mercado, pois assumem o papel precioso e de especialíssima utilidade para o desenhar de táticas publicitárias e mercantis mais assertivas ao lucro e que minimizem os riscos que, até então, eram naturais e inerentes à atividade empresária.

No mundo digital, ademais, a coleta das predileções individuais ocorre, em muito, da análise das interações que as pessoas fornecem ao reagirem a determinado conteúdo. No entanto, já existe pesquisa e investimento para a possibilidade de captação dessa reação através do monitoramento da mera expressão facial a ser apurada por um sensor de movimentos da câmera do telemóvel ou do portátil destinada à verificação do comportamento do seu utilizador nos momentos em que estiver a ler um texto, visualizar uma imagem ou assistir um vídeo, intencionalmente disponibilizado. É como se nada mais pudesse ser desconhecido (Bioni, 2019).

A capacidade de extensão e precisão advinda da estratégia de marketing on-line é muito mais expansiva e assertiva do que a realizada fora das redes. O marketing realizado off-line possui riscos maiores e, portanto, não mais interessam ao mundo de negócios. Assim, nessa circunstância, os dados extraídos do mundo digital passam a ter um valor de mercado altamente significativo dada a sua concreta capacidade de indução do consumo de forma de mais acertada e persuasiva.

No cenário online, a moeda deixa de ser necessariamente o dinheiro, pois os dados pessoais também assumem o papel monetário. A coleta dos dados ocorre das mais variadas formas como, por exemplo, através da disponibilização de produtos e serviços intitulados “sem custo” quando, na verdade, a contraprestação é a autorização para a coleta e tratamento de dados pessoais.

A problemática reside no facto de que, em grande parte das vezes, essa contraprestação não é racionalmente compreendida pelos titulares dos dados,

que passam a serem agentes comerciais, sem remuneração. Em outras palavras, o titular acaba por contribuir voluntariamente para uma enorme engenharia comercial, não dispondo da noção do custo – especialmente para si próprio – advindo da sua participação e do conhecimento a respeito da lucratividade gerada para a pessoa colectiva que se beneficiará dos dados recebidos.

O fácil e barato mapeamento de perfis, através de análise da forma com que interagem e se comportam nas redes, permite a retroalimentação em massa de informações – verídicas ou não – especialmente destinadas a um determinado público. A finalidade pode ser mercantil, em busca de maior assertividade na busca pelo lucro, mas também pode ser maléfica para a disseminação de ideias pré-determinadas.

Neste último caso, esse conjunto de práticas tem por objetivo limitar o desenvolvimento da personalidade, em manipulação do outro e da sua liberdade, materializado com a criação de muros para tudo que é externo e divergente, causando o empobrecimento do raciocínio e do olhar crítico, motivando radicalismos.

Desse modo, a defesa legal dos dados pessoais faz-se extremamente relevante para que a fluência da informação seja verdadeiramente compatível com o direito do livre desenvolvimento da personalidade. Caso contrário, a relação entre as pessoas e em sociedade torna-se uma mera simulação, pré-definida por interesses de terceiros, sem qualquer travão.

É muito importante também mencionar que, para além da utilização dos dados para fins de divulgação comercial direccionada, há o uso para práticas discriminatórias e vexatórias, o que vem a intensificar a necessidade de uma tutela jurídica muito detalhista e cautelosa.

Os ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa (2017) reforçam que é necessário repensar as balizas da liberdade e da privacidade em virtude dos perigos vinculados ao terrorismo, tendo em vista que as novas tecnologias permitem um acesso muito mais amplo aos dados e o seu imediato processamento para as mais diversos propósitos.

Acentua Barbosa que, no modelo atual, a capacidade de reunião informacional de alguém já não está mais limitada aos poderes públicos, sendo uma possibilidade para qualquer cidadão que utilize de ferramentas tecnológicas destinadas a esse mapeamento, o que é muito perigoso.

No tocante à natureza jurídica da privacidade de dados, defende Stefano Rodotà (2008) que se trata de uma evolução do direito da personalidade. Para Carlos Alberto Bittar (2014), que partilha da mesma compreensão, a premissa desse entendimento é que a personalidade é a reunião de fatores intrínsecos e extrínsecos que formam a pessoa humana, devendo os dados serem tidos como a projeção da intimidade e da individualidade. Desse modo, sendo a privacidade o direito de exercer o domínio das informações de si mesmo e de protagonizar a própria história, há que categorizá-la como imersa no conceito de personalidade.

Conforme ensina Rodotà (Rodotà, 2020), o homem é livre para construir a própria identidade podendo, para tanto, utilizar todos os meios disponíveis, nos quais se inclui o mundo digital, que assume uma nova dimensão na qual emana a necessidade de proteção jurídica a ser tratada no âmbito do direito da personalidade. Com a mesma compreensão, defende José Eduardo Figueiredo Dias (2001) que a tutela da privacidade visa proteger a personalidade e a dignidade das pessoas.

Sob outra perspectiva, Bruno Ricardo Bioni (2019) destaca que a privacidade é também compreendida como matéria de normatização autónoma. Segundo o autor, essa compreensão parte da ideia de que a temática contempla em sua composição fragmentos de outros direitos, não limitados à liberdade de expressão, tais como o acesso à informação, a não discriminação e a autodeterminação, com o pano de fundo de que a necessidade de tutela não está presente somente quanto aos dados íntimos e privados, mas também quando sejam de domínio da esfera pública.

Essa leitura da privacidade de dados enquanto direito autónomo surge no âmbito do marco deixado pela Lei do Recenseamento Alemão de 1983 (*Volkszählungsgesetz*), que previa que os dados obtidos no âmbito do recenseamento – inicialmente coletados com finalidade meramente estatística - fossem confrontados com outros bancos de registo público e, em seguida, transmitidos a outras entidades públicas para fins de execuções de natureza administrativa, sem prévia especificação.

De acordo com Jürgen Schwabe, traduzido por Leonardo Martins (2005), o Tribunal Constitucional Alemão recebeu reclamações por parte da população, indignada com a redação do referido texto legal. E, assim, após minucioso julgamento, foi declarada a inconstitucionalidade do fragmento da lei que permitia a realização de comparação e transmissão de dados para fins de execução administrativa.

Destaca Martins que o acórdão foi um marco por ter definido a proteção de dados pessoais como um direito de personalidade independente, bem como por ter elevado o direito de autodeterminação informacional para além do consentimento, vindo a definir, inclusive, a sua função e limite.

Segundo o autor, a decisão buscou o empoderamento do cidadão perante as suas próprias informações, bem como que qualquer exceção à autodeterminação informativa estaria vinculada ao notório interesse da coletividade, respeitada a proporcionalidade, a legalidade e os nortes do Estado de Direito.

Nesse julgado, transcrito na obra de Martins, o Tribunal Constitucional Alemão enfatizou a lesividade que um processamento automático e eletrônico de dados informacionais pode ter para os direitos da personalidade, pelo que defendeu a necessidade de uma proteção jurídica que fosse eficaz e que compreendesse o direito à autodeterminação informacional enquanto seu cariz fundamental.

No entendimento firmado pela decisão em comento, ainda que o cidadão tivesse consentido fornecer uma informação pessoal para o âmbito da legislação de recenseamento, essa permissão ocorreu no âmbito dessa específica finalidade, cujo objetivo é a apuração estatística e não qualquer outra.

Nessa ótica, os julgadores destacaram que uma mesma informação pode ter impactos completamente diferentes a depender do destino da sua utilização, não existindo nenhum dado que possa ser considerado insignificante e, nesse sentido, não haveria como afastar a necessária observância dos critérios de adequação, finalidade e proporcionalidade do seu tratamento.

A afronta aos direitos vinculados a proteção de dados é capaz de ensejar danos indenizáveis, sejam físicos ou de natureza material e imaterial, ocorrendo esse último especialmente quando está envolvido um dado sensível como os relacionados à origem racial, étnica, predileção política, filosófica, religiosa, filiação sindical, os relacionados à saúde, à vida sexual, e até mesmo dados genéticos e biométricos capazes de identificar uma determinada pessoa.

O tratamento não seguro de um dado pode ensejar consequências irreparáveis, desde aquelas cunho comercial, já comentadas nesta seção, até a morte em casos de acesso por um terceiro vinculado, por exemplo, à prática de crimes como a xenofobia ou racismo. É por essa extensão incalculável de consequências que o tratamento dos dados precisa ser enfrentado como uma necessidade latente da sociedade, de expressão horizontal, vindo o titular dos dados en-

tender a relevância de compreender todo o processo de tratamento dos seus dados e da confiança que é assegurada pelo responsável bem como, da parte desse último, entender a incumbência de dedicar inafastável seriedade e zelo ao compromisso assumido.

Com alusão a todo o exposto, fica a reflexão sobre a urgente e muito preocupante proteção constante dos dados pessoais, baseada nos autores apresentados nesta seção e consubstanciada na afirmação de Zygmunt Bauman (2008), sociólogo e filósofo polonês, de que na sociedade contemporânea é muito real o perigo da transformação das pessoas em mera mercadoria.

A LEGITIMAÇÃO PARA O TRATAMENTO DE DADOS A PARTIR DO CONSENTIMENTO: ASPETOS LEGAIS E PREMISSAS INAFASTÁVEIS

De acordo com o Euro barômetro realizado em 2015 (Commission, 2015), anteriormente ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, sessenta e nove por cento dos entrevistados manifestou que gostaria que o consentimento explícito fosse um requisito na recolha e tratamento dos seus dados pessoais. Oitenta e um por cento, ademais, declarou ter preocupação por sentir que não possui um controle integral sobre a utilização dos dados pessoais por terceiros.

Em 2019, momentos após a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados, referente ao mundo digital, o Euro barômetro (Commission, 2019) apurou que somente vinte e dois por cento entendem serem informados de modo totalmente satisfatório a respeito do tratamento dos seus dados e que apenas treze por cento realiza a leitura completa das declarações de privacidade, em uma redução percentual de sete pontos referente ao Euro barômetro realizado em 2015².

O motivo apontado pelos entrevistados para o Euro Barômetro de 2019 engloba a extensão dos termos e a dificuldade de compreensão do seu conteúdo,

² Não está a ser mencionado os Eurobarômetros de 2020 e de 2021 por não tratarem da abordagem do tema de forma específica quanto aos de 2015 e de 2019, bem como por envolverem uma conjuntura social diversa (COVID-19) que poderia implicar em outros desdobramentos para fins de comparação estatística. Apenas a título de consulta, os Euro barômetros de 2020 e de 2021 estão disponíveis em:

WWW:<URL: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/pt/heard/eurobarometer> >.

pelo que uma parcela dessas pessoas acaba por decidir presumir que pode confiar os seus dados pessoais em virtude da demonstração de que há uma política de privacidade, independente de conhecerem o seu conteúdo.

Esse enquadramento exemplificativo foi apresentado para que seja possível realizar uma análise das premissas teóricas do ato de consentir o tratamento de dados pessoais e, em paralelo, ter um olhar para a situação fática atual.

A decisão quanto a permissão para a coleta, uso e tratamento de dados pessoais cabe ao cidadão, em total gerência a respeito de como deseja proceder com o que lhe é de direito (Mayer-Schoneberger, 1997), tendo a privacidade o papel de limitar o momento, o modo e a extensão em que esses dados serão tratados (Westin, 1970), em relevo da liberdade de cada pessoa em reger os seus próprios dados, em expressão da sua auto determinação informacional (Rodotà, 2020).

O facto é que mesmo vindo a ser manifestada a concordância para o tratamento de dados pessoais, conforme ensinamentos de Viktor Mayer-Schoneberger, por vezes, na realidade, não há alternativa ao titular dos dados face ao cenário social, em que a tecnologia é um fator quase tão presente como o oxigênio (Mayer-Schoneberger, 1997) e o homem, envolto por toda a sua heterogeneidade, na verdade, possui também a necessidade emocional do reconhecimento de que é parte integrante de um todo, sob pena do enfrentamento dos males da frustração e da perda do seu eu (Rousseau, 2008).

Nesse contexto, surge um novo olhar, mais cauteloso, para dados que tenham uma natureza muito peculiar e sensível, atrelando-os à necessidade de um consentimento que seja legítimo e cristalino, com premissas previamente determinadas e de observância obrigatória. Esse fortalecimento da proteção visa garantir que cada pessoa possa decidir sobre as suas próprias informações, direito esse que tem sido enfrentado pelo processo de "digitalização dos direitos fundamentais"(Canotilho, 1999, p. 480), fruto do lugar assumido pela tecnologia na sociedade.

É importante observar, por outro lado, que o consentimento não deve ser encarado como um escudo para todo e qualquer tratamento de dados pessoais, especialmente em situações de desequilíbrio informacional das partes e até mesmo em uma relação de dependência e subordinação jurídica. Assim sendo, é necessário dispor de uma compreensão profunda quanto as premissas e os critérios do reconhecimento da sua legitimidade, sob pena do seu uso arbitrário.

O ponto de partida deve ser que o consentimento pode ser retirado, parcial ou integralmente, a qualquer tempo, com a mesma acessibilidade e facilidade presente no ato da sua concessão, em expressão da liberdade devida ao titular para escolher o destino dos seus dados, sem prejuízos ou penalidades (Parlamento Europeu, 2016, artigo 7º, n.º 3).

De acordo com Christophe Lazaro e Daniel le Metayer (2014), há entendimento contrário quanto à retirada do consentimento com a garantia de não implicação em prejuízo, pois há plataformas presentes no mercado digital que oferecem um serviço tido por gratuito, mas que recebem, em troca, o acesso aos dados pessoais, além dos próprios desafios postos no âmbito da tecnologia da informação para garantir a sua operacionalidade de forma eficaz. Assim, na prática, não basta deixar de realizar o tratamento dos dados, mas se deve assegurar a concretização do direito ao esquecimento, com o respectivo apagamento completo dos dados, além dos direitos do titular em requerer a portabilidade dos dados e a prestação de contas quanto a todo histórico de percurso dos dados.

A respeito dessa temática, David Lyon relata um caso concreto ocorrido em território americano que envolveu uma sociedade empresária que comercializava gelados que, em sequência a uma campanha de oferta de gelados grátis no aniversário dos clientes, vendeu os dados pessoais dos mesmos a uma empresa de marketing para fins publicitários e, por conseguinte, a mesma vendeu os dados a um terceiro que, ao fim, realizou a mesma prática para o Departamento de Defesa, em um ciclo sem qualquer ciência ou consentimento do titular dos dados (Lyon, 1994, p. 84).

Neste estudo sobre o consentimento, há de se considerar, ademais, os dados sensíveis. Sobre o tema, o Regulamento Geral de Proteção de Dados caracterizou como sensíveis determinados dados, tendo em vista serem altamente íntimos e com uma capacidade de lesão muito expressiva aos seus titulares em caso de violação no tratamento. Essa compreensão também foi acolhida pela legislação nacional portuguesa.

A singular preocupação com os dados sensíveis nasce em razão da alta capacidade de exposição dos seus titulares a uma situação de vulnerabilidade e discriminação em caso de falha na sua proteção. E, nessa conjuntura, tem-se a necessidade de instituir uma condução diferenciada, mais pormenorizada e protetiva, em relação a essa categoria de dados, como um meio de conter condutas discriminatórias e vexatórias.

Assim sendo, conforme artigo 9º, n.º 1, do Regulamento Geral de Proteção de Dados, são tidos por sensíveis os dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, os referentes à saúde, à vida sexual ou à orientação sexual de uma pessoa.

Segundo a imperiosa norma, o ato de consentir deve ser a materialização de uma expressão da vontade livre, direcionada ao caso concreto, com o cariz de obviedade e irrefutabilidade, mediante o qual o titular concorda que o responsável realize o tratamento dos seus dados. É importante mencionar que o consentimento é materializado por um ato praticado por escrito, em papel, eletronicamente ou excepcionalmente por uma exposição oral, não servindo o silêncio, a omissão ou a existência de definições pré-validadas sem a participação do titular, como anuência.

O consentimento, ademais, possui uma maior relação com o seu substrato que com a sua forma. Assim, deve dispor, de forma translúcida, de todas as garantias que fundamentam a sua licitude. Da própria leitura do Regulamento Geral de Proteção de Dados extrai-se a grande preocupação com as nuances práticas do consentimento, de modo que seja transparente e indiscutível que o titular dos dados realmente tenha concordado com o seu tratamento, bem como tenha conhecimento a respeito do que está a consentir e dos reflexos desse ato.

No cenário do consentimento, é indispensável que os termos sejam claros, com uma linguagem acessível e objetiva, sem a existência de acordos que possam ser consideradas abusivas. É importante lembrar que há – em regra – uma assimetria informacional entre as partes, que precisa ser mitigada pela transparência e compreensibilidade na comunicação, sob pena do consentimento carecer de legalidade e integridade.

Deve-se salientar que, em não sendo possível pré-estimar todas as finalidades como, por exemplo, pode ocorrer no âmbito de uma investigação científica, o titular dos dados deve ter a possibilidade de, caso queira, conceder o seu consentimento de forma restrita a determinadas áreas e fases, em proteção do substrato legalmente imposto ao consentimento para que seja genuíno, indiscutível e lícito.

É igualmente direito do titular dos dados querer ser esquecido, cabendo ao responsável atender, sem demora justificada, as solicitações nesse sentido. Inclusive, caso esteja em questão dados que se tornaram públicos, o responsável pelo tratamento deverá comprovar que adotou todas as medidas razoáveis, técnicas ou não, para divulgar que o titular dos dados solicitou a exclusão de todas as conexões para com os seus dados, até mesmo a reprodução em cópias ou por qualquer outro meio. Igualmente, é também direito do titular dos dados que eles traduzam a realidade e, portanto, que em sendo necessário proceder com alguma retificação, que assim seja feito.

Vale suscitar os casos em que, de um lado, está uma autoridade pública e, de outro, está uma pessoa singular, pode vir a existir um cenário um pouco complexo quando à livre manifestação da vontade do ato de consentir. Em resposta a situações dessa natureza, o Regulamento Europeu determina, em seus artigos 7º e 9º, nº 2, que haja a presunção de que não foi consentido em expressão autónoma caso não tenha sido possível fazê-lo de forma separada e totalmente específica e direcionada à cada etapa do tratamento, ainda que haja seja adequado ao caso concreto. Isso porque, frise-se, não há mais lugar ao consentimento tácito ou passivo.

A imposição de limites quanto aos dados sensíveis não tem por objetivo inviabilizar todo e qualquer tratamento, sendo inclusive considerado como lícito o tratamento, quando necessário e realizado no âmbito da execução de um contrato ou da intenção de contratar. O que se visa alcançar é uma harmonia entre a adequação e a necessidade, com um olhar pautado sempre na finalidade e na menor exposição dos dados das pessoas. Diante do exposto, não pode existir discrepância entre o intento do consentimento e o propósito real do responsável pelo seu tratamento.

Finalmente, a temática do consentimento tem sido um fundamento para sanções em virtude da não observância das suas premissas de legitimação. Um exemplo recente é a condenação das empresas Google e Amazon pela autoridade de proteção de dados francesa (Commission Nationale de l' Informatique et des Libertés; CNIL) em 100 milhões de euros e em 35 milhões de euros, respectivamente, por violarem a transparência e informação quanto à prática de consentimento, antes de procederem com a instalação de cookies (uma espécie de coletor digital de preferências do usuário, instalado no navegador) nos computadores dos utilizadores, para fins publicitários. Segundo a autoridade, as práticas da Go-

ogle, por exemplo, atingiram aproximadamente 50 milhões de pessoas em território francês (Paris aplica multas de 100 milhões à Google e 35 milhões à Amazon por política de «cookies», 2020), (Rosemain, 2020).

Pelo exposto, é preciso ter por proposição que, independente do consentimento do titular dos dados, não fica dispensada a necessidade de ser cumprida a transparência, adequação, finalidade e necessidade do tratamento. O consentimento genérico não possui valor jurídico, sendo eivado de nulidade, além de gerar responsabilidade àquele que protagonizou a sua coleta e tratamento.

O ponto chave da privacidade de dados é a verdadeira existência de um motivo para que o tratamento ocorra, bem como a sua realização de acordo com os ditames legalmente determinados e em atenção ao reconhecimento jurídico diferenciado entre dados sensíveis e não sensíveis (Peter Blume, 1994).

Conforme os ensinamentos de Christophe Lazaro & Daniel le Metayer (2014), o facto de a lei impor características inafastáveis ao consentimento não significa uma sobreposição do paternalismo à autonomia individual, tendo em vista estar em causa a garantia pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Em relação a ponderação dessas duas extremidades, Cass Sunstein e Richard H. Thaler (2009, p. 17) apontam a existência de um paternalismo libertário, ao qual, nesta nuance, paira a crença de que as pessoas devem ser livres para tomarem suas próprias decisões, sejam elas quais forem e, de outro lado, deve haver uma proteção para que as pessoas tenham acesso a toda a informação necessária para fins da tomada de qualquer veredicto. Segundo os autores, o paternalismo libertário é brando e não corrosivo à liberdade de escolha das pessoas, sendo a informação a sua única finalidade para melhor concretização do decidir.

Nesse diapasão, destaca Juanita Goicovici (2019) que o consentimento somente pode ser considerado como livre, válido e verdadeiro quando for fruto de uma escolha real e consciente, com o afastamento de qualquer possibilidade de conduta obscura no tratamento dos dados coletados, bem como a coação mediante a iminência de restrições ou prejuízos aos titulares ou, ainda, deturpação da sua finalidade. Alerta a autora, ainda, que o cumprimento dessas premissas deve perdurar por todo o processamento dos dados, não vindo a ocorrer modificação no transcorrer do seu curso, pelo que os fundamentos legais para a coleta dos dados devem obedecer ao momento da sua realização, não podendo existir confusão entre propósitos, especialmente quanto ao consentimento, tão sensível e peculiar para a defesa da privacidade, da intimidade e da dignidade das pessoas.

CONCLUSÃO

O consentimento no âmbito da proteção dos dados é tema atual e necessário. Em virtude disso, o presente estudo buscou demonstrar os aspectos sociais, jurídicos e fáticos das relações que envolvem a liberdade, a privacidade e a intimidade na era digital, corolários de um Estado Democrático de Direito.

A primeira seção foi dedicada à reflexão sobre o quanto a tecnologia está pulverizada na vida das pessoas - em uma presença quase que imperceptível - o que suscita um olhar muito cauteloso na defesa de direitos e garantias, devendo-se partir da premissa da proteção máxima atrelada à personalidade e a dignidade da pessoa humana. E, em outra análise, restou abordada a temática do consentimento para o tratamento de dados sob a ótica da legitimidade e da licitude, dado que a sua natureza peculiar e sensível demanda o cumprimento de requisitos objetivamente definidos, mas que na prática estão sendo subjetivamente cumpridos, o que demanda atenção constante.

Por todo o exposto, alude-se uma proposta para uma nova direção no sentido da proteção da privacidade e do desenvolvimento da personalidade humana. O avanço da tecnologia, aliado aos fenômenos marcados pela globalização, trouxe uma realidade que não deixa margem para uma volta ao passado. A capacidade de exposição da intimidade não é mais limitada, sob qualquer natureza, tendo a habilidade de escoar como água, vindo a atingir rumos infinitos. Nesse novo contexto, o consentimento surge como um travão aos prejuízos presumidamente mais lesivos, sendo impostos limites e balizas à sua concretização.

A previsão da necessidade do consentimento é positiva e assertiva, mas não soluciona – por si só – a distribuição assimétrica de controle sobre o rumo que será conferido aos dados, bem como sobre as próprias implicações, nuances e riscos, a curto, médio e longo prazo.

O caminho para a justiça, desse modo, está no tripé da proteção legal, atuação fiscalizatória e educação digital. Esse último elemento é fundamental para que os titulares dos dados possam dispor de uma visão concreta da importância das informações sobre si mesmos e da dimensão atrelada ao tratamento desses dados por terceiros. É com essa compreensão, verdadeiramente interiorizada, que será alcançado o consentimento genuinamente seguro conforme escudado pelo legislador e preservado pelas autoridades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adequacy decisions - [Em linha], 2020. [Consult. 12 dez. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_pt>.
- ALLEN, Anita L. - Privacy. The Oxford Handbook of Practical Ethics. (2005), p. 1–34. doi: 10.1093/oxfordhb/9780199284238.003.0020.
- AMARAL, João Ferreira Do - Economia da informação e do conhecimento. Coimbra : Almedina, 2009.
- ANDRADE, Manuel Da Costa - Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma perspectiva jurídico - criminal. Coimbra : Coimbra Editora, 1996. ISBN 9789723207507.
- ANDREEA LISIEVICI - Personal Data Protection Gazette. Revista Romana de Drept al Afacerilor. (2015), p. 119–142.
- BARBOSA, Mafalda Miranda - Estudos de Direito do Consumidor. Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civi. [Em linha]. N.º 12. Coimbra : Coimbra Editora, 2017. p. 75–131. Disponível em WWW:<URL:https://blook.pt/publications/publication/123fe76c2072/%0A PROTEÇÃO>.
- BAUMAN, Zygmunt - Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. 1ª edição. Rio de Janeiro : Zahar, 2008. ISBN 9788537800669.
- BECK, Ulrich (Trad. Bernardo Moreno E Rosa Borràs) - Risikogesellschaft. Aus dem Weg in eine andere Moderne (trad. Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización). Barcelona : Paidós, 1998.
- BIONI, Bruno Ricardo - Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8328-4.
- BITTAR, Calos Alberto - Os direitos da personalidade. 8ª edição São José dos Campos, SP : Editora Saraiva, 2014. ISBN 978-8502208278.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. - The Right to Privacy [Em linha]. Vol. 4, [S.l.] : Harvard Law Review, 2007. Disponível em WWW:<URL:https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3º ed. Coimbra : Almedina, 1999.

- Comissão Europeia. O que são dados pessoais?. [Em linha]. 2020. [Consult. 3 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt>.
- Comissão Nacional de Proteção de Dados - [Em linha] [Consult. 12 dez. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.cnpd.pt/index.asp>>.
- COMMISSION, European - Special Eurobarometer 431 - Data Protection [Em linha], 2015. [Consult. 1 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_431_sum_en.pdf>.
- COMMISSION, European - Special Eurobarometer 487a - The General Data Protection Regulation [Em linha], 2019. [Consult. 3 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:<https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/86881>>.
- COMMISSION, European - Eurobarometer [Em linha], [Consult. 21 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/pt/be-heard/eurobarometer>>
- Deliberação interpretativa nº 2019/495 - [Em linha]. Lisboa : [s.n.], 2019. [Consult. 31 dez. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.cnpd.pt/>>.
- Deliberação nº 2020/251 (03 de jun de 2020) - . Lisboa : [s.n.] 2020. [Consult. 31 dez. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.cnpd.pt/>>.
- Deliberação nº 2020/277 (29 de jun de 2020) - [Em linha], 2020. [Consult. 31 dez. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.cnpd.pt/>>.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo - Direito à Informação , Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. [Em linha]. Coimbra : Coimbra Editora, 2001. Disponível em WWW:<URL:<http://hdl.handle.net/10316/3497>>.
- GOICOVICI, Juanita - Consumer's consent to the processing of personal data in business to consumer contracts - the requirement of granular consent. Law Series of the Annals of the West University of Timisoara. V. 2, (2019), p. 7–24.
- GOMES, Orlando - A crise do direito. São Paulo : Max Limonad, 1955.
- HELENO TERRINHA, Luis - Direito e Contingência: com e para além de Ulrich Beck. Em In memoriam Ulrich Beck. Lisboa : Universidade de Lisboa, 2016, p. 17–53. ISBN 9789898722140.

LAZARO, CHRISTOPHE; METAYER, Daniel Le - Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l'autonomie du sujet. *Revue Juridique Themis*. N.º 48, (2014), p. 765–816.

LESSIG, Lawrence - *Code: And Other Laws of Cyberspace*. 2ª ed. New York : Basic Books, 2006. ISBN 9780465039142.

LYON, David - *The Electronic Eye: The Rise of the Surveillance Society*. Minneapolis : University of Minnesota Press, 1994. ISBN 9780816686131.

MARTINS, Leonardo - *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai : Mastergraf, 2005. ISBN 9974794218.

MAYER-SCHONEBERGER, Viktor - *Generational development of data protection in Europ*. Em *Technology and Privacy: The New Landscap*. Cambridge : The MIT Press, 1997.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - *Incerteza e Globalização, Direito e Constituição*. Em *In memoriam Ulrich Beck*. Lisboa : Universidade de Lisboa, 2016. ISBN 9789898722140.

MOTA, Joana; SAMPAIO, Alexandre Pedral - *Regulamento Geral de Proteção de dados em Portugal – alguns apontamentos à sua lei de execução*. [Em linha]. [Consult. 23 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6855/documento/port01.pdf?pid=9341>>.

NEWMAN, Abraham L. - *The Governance Of Privacy*. Em *The Oxford Handbook of Governance*. November, (2012), p. 1–13. doi: 10.1093/oxfordhb/9780199560530.013.0042.

Origin of SARS-CoV-2 - [Em linha], 2020. [Consult. 3 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332197/WHO-2019-nCoV-FAQ-Virus_origin-2020.1-eng.pdf>.

PAESANI, Liliana Minardi (Coord.) - *O direito na sociedade da informação*. São Paulo : Atlas, 2007.

Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização. [Em Linha]. 2014. [Consult. 21 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_pt.pdf>.

Paris aplica multas de 100 milhões à Google e 35 milhões à Amazon por política de «cookies» - [Em linha], 2020. [Consult. 15 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.jn.pt/inovacao/paris-aplica-multas-de-100-milhoes-a-google-e-35-milhoes-a-amazon-por-politica-de-cookies-13124165.html>>.

PARLAMENTO EUROPEU - Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 [Em linha], 2016. [Consult. 27 nov. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>.

PETER BLUME - Practical Data Protection. Em *International Journal of Law and Information Technology*. [Em linha], (1994), p. 194–209. Disponível em WWW:<URL:http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111218115541/4.conf3.pdf>.

RAYMONT, Patrick - New technology and data protection. Em *International Review of Law, Computers & Technology*. (1986), p. 119–121. ISSN 13646885. doi: 10.1080/13600869.1986.9966236.

RODOTÀ, Stefano - *A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje*. 1º ed. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2008. ISBN 978-8571476882.

RODOTÀ, Stefano - *Il diritto di avere diritti*. [S.l.] : Economica Laterza, 2020. ISBN 9788858119303.

ROSEMAIN, Mathieu - French watchdog fines Google, Amazon for breaching cookies rules [Em linha], 2020. [Consult. 9 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:https://www.reuters.com/article/us-google-privacy-france-idUSKBN28K0NA>.

SHIRA KADARI-OVADIA - Israeli Colleges Looking Into Using AI to Monitor Students During Online Tests [Em linha], 2020. [Consult. 9 jan. 2021]. Disponível em WWW:<URL:https://www.haaretz.com/israel-news/.premium.HIGHLIGHT-israeli-colleges-set-to-use-software-to-monitor-students-in-online-tests-1.9361318>.

SOARES, Rogério Ehrhardt - *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra : Edições Tenacitas, 1969. ISBN 9789728758189.

SPINELLO, Richard A. - Informational Privacy. *The Oxford Handbook of Business Ethics*. November (2010), p. 1–24. doi: 10.1093/oxfordhb/9780195307955.003.0013.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. - *Nudge - Estímulo, empurrãozinho, toque. Como melhorar as decisões, dinheiro e felicidade*. 1º edição ed. [S.l.] : Academia do Livro, 2009. ISBN 978-989-8194-19-0.

WALDEN, Ian - Anonymising Personal Data. *International Journal of Law and Information Technology*. N.º 224 (2002), p. 224–237.

WESTIN, Alan F. - *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

WORLD HEALTH ORGANIZATION - What is a pandemic? [Em linha]. 2020. [Consult. 3 set. 2020]. Disponível em

WWW:<URL:[https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_QUESTIONS/pandemic/en/](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/)>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION - Covid-19 Weekly Epidemiological Update (13.dez.2020)

CRISES SANITÁRIAS E CONFIANÇA PÚBLICA: OS IMPACTOS DA CONFIANÇA GOVERNAMENTAL NA ADERÊNCIA SOCIAL DOS PROGRAMAS SANITÁRIOS

Asaph Resina Gil

Bacharelado, Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO), São Gonçalo, Brasil
asaphresina1215@gmail.com

Gabriela Calixto Machado da Silva

Bacharelada, Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), Rio de Janeiro, Brasil
gabrielacalixtoms@gmail.com

Marcella da Costa Moreira de Paiva

Doutoranda, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, Brasil
marcellacmpaiva@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como intuito analisar a dimensão das manifestações públicas de Chefes de Estado sobre a opinião pública e qual seu impacto na saúde pública durante crises sanitárias. Para tanto, foi realizado o resgate bibliográfico da epidemia de HIV no Brasil e na África do Sul e da COVID-19 no Brasil e na Nova Zelândia e os impactos prováveis das ações tomadas em cada momento quais as suas consequências.

Com isto, parte-se da análise do Poder Executivo nestas epidemias, considerando que representa papel central na representação do povo e na organização interna dos países. Dentre os países acima mencionados, o Brasil e a África do Sul adotam o presidencialismo e, desta forma, possuem a figura de Chefe de Estado e de Chefe de Governo na mesma figura política, o Presidente da República. A Nova Zelândia, por sua vez, tem como Chefe de Estado a Rainha do Reino Unido e como Chefe de Estado a Primeira-Ministra. Independentemente da acumulação ou não das funções, possuem a centralidade na atuação governamental e influenciam diretamente na realização de políticas de saúde pública e na adoção da população a medidas preventivas.

1. CRISE SANITÁRIA DO HIV

O HIV é o vírus da imunodeficiência humana, causador da AIDS, representa um risco pessoal, já que traz uma série de problemas relacionados a imunodeficiência, como também um problema social. Uma campanha fraca sobre o problema pode levar a uma resposta ineficiente que cria mais tabus e acaba dificultando o combate ao vírus.

Quando se fala que existe um problema social atrelado à epidemia de HIV isso significa que com o avanço da doença o que se observou foi que houve um aprofundamento dos preconceitos relacionados a pessoas vulneráveis tornando-as ainda mais vulneráveis, a exemplo de usuários de drogas e profissionais do sexo.

Os heroínômanos – usuários de heroína, droga injetável – sofreram com o estigma social, bem como as profissionais do sexo, que, em razão da propaganda hostil que circulou no Brasil pelos meios de comunicação. Eram vistos como um entrave à segurança pública e também identificados como uma espécie de vetor de uma doença potencialmente mortal, conforme a propaganda da época veiculava (Montenegro, 2011).

Na epidemia de HIV, o Brasil foi considerado um caso de “sucesso” no enfrentamento ao HIV e a África do Sul um grande “fracasso”. Esses adjetivos foram dados devido aos números de infectados em ambos os países, onde o Brasil, com sua imensa população, teve números absolutos significativamente menores do que a África do Sul.

Para efeitos de comparação a África do Sul conta, hoje, com cerca de 57 milhões de habitantes, enquanto o Brasil conta com 213 milhões de habitantes. O número de infectados na África é de 6,68 milhões de pessoas e no Brasil de 929.165 (Roser & Ritchie, 2014).

Esses números representam que apenas 0,04% da população brasileira encontra-se infectada hoje com um vírus que foi uma epidemia na África do Sul e é, ainda, um grande problema social, tendo infectado 11,7% da população Sul-Africana (ROSER, RITCHIE, 2014). Tais números representam uma média de que a cada dez pessoas, uma está infectada com HIV.

2. ENFRENTAMENTO DO HIV NO BRASIL

O primeiro registro de HIV no Brasil foi em 1982, na cidade de São Paulo. O contexto brasileiro nesse momento era de grande conservadorismo moral. A ditadura estava terminando, mas “deixou marcas profundas na sociedade civil brasileira” (SILVA, 1990^a, 1990b).

Este fato somado ao sentimento de liberdade que circulava pela população fez com que surgissem novas demandas políticas, como o direito da população LGBT, em consonância com o movimento global de reconhecimento dos direitos desta parcela populacional.

É neste cenário que surge na mídia o chamado “câncer gay” (CARRARA, MORAES, 1985; GALVÃO, 1992 e 1985; PARKER, 1994) contribuindo para uma visão extremamente homofóbica ao tratar o HIV como uma “questão dos gays”. Tal preconceito infelizmente ainda permanece até os dias atuais, apesar das políticas de conscientização e de educação promovidos por entidades públicas e privadas.

Ainda no ano de 1982 denominavam o HIV, temporariamente, de “doença dos 5H” fazendo referência aos homossexuais, hemofílicos, haitianos, heroinômanos e *hookers* (como eram denominados os profissionais do sexo à época) (Ministério da Saúde, s.d.), resultando em uma compreensão discriminatória sobre a doença e sobre os portadores do vírus. Desta feita, neste período, não era direcionada a devida importância à forma de contágio e a sua prevenção, sendo o HIV era tratado como uma questão de segurança pública e moral, e não de saúde pública.

Com isso, houve uma resposta da sociedade civil, fundamental para o enfrentamento da desinformação, em razão do HIV ter sido vinculado à homossexualidade, “diversos artistas homossexuais tiveram papel importante nas primeiras iniciativas de combate à doença” (Santos, 2009) que pressionou o governo brasileiro a tomar posturas.

Com isso, houve uma resposta da sociedade civil, fundamental para o enfrentamento da desinformação. Em razão do HIV ter sido vinculado à homossexualidade, “diversos artistas homossexuais tiveram papel importante nas primeiras iniciativas de combate à doença” (Santos, 2009) que pressionou o governo brasileiro a tomar posturas

No ano de 1985 foi instituído o Grupo de Apoio a Prevenção à Aids (GAPA), primeira ONG do Brasil e da América Latina na luta contra a aids

(Ministério da Saúde, s.d.). Em 1996, já existiam 18 ONGs com a mesma finalidade (Santos, 2009).

Diante deste cenário, as campanhas sanitárias no Brasil começaram em 1988, com a criação do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis. No mesmo ano, foi definido o dia 1º de dezembro como dia mundial de luta contra a AIDS na Assembleia Mundial da Saúde (Tavares, 2018).

Com a promulgação da Constituição de 1988, se ampliou o acesso ao direito à saúde, o que teve repercussões positivas para a prevenção e combate ao HIV. Conforme o art. 196 da Constituição Federal de 1988 “A saúde é um direito de todos e dever do Estado”. Anteriormente à Constituição Cidadã, o sistema de saúde pública prestava assistência apenas aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, sem alcançar o restante da população (Ministério da Saúde, s.d.).

Com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Lei nº 8.080 de 1990, o tratamento contra o HIV se tornou possível para toda a população e as campanhas de prevenção se intensificaram e se tornaram mais eficazes.

“Temos um dos melhores programas de HIV/aids do mundo – um programa que revolucionou o tratamento e reduziu a velocidade de disseminação da epidemia mundial ao adotar, em 1996, uma política de distribuição gratuita de medicamentos”, disse na última quinta-feira (12) o médico e escritor Drauzio Varella, durante o 2º Seminário de Promoção Social Saúde Preventiva do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), em Brasília. Segundo Varella, “se não tivesse adotado essa política, hoje, ao invés de 860 mil, o Brasil teria 18 milhões de brasileiros com HIV – mais ou menos a mesma prevalência da África do Sul”. Segundo ele, no país africano, que não adotou a mesma política de tratamento gratuito para pessoas vivendo com HIV, cerca de 10% da população adulta vive com o vírus (Ministério da Saúde, 2018).

O Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis (DCCI) consiste em um órgão do Ministério da Saúde, vinculado ao Governo federal, que edita as Diretrizes para Organização e Funcionamento dos Centros de Testagem e Atendimento no âmbito da Prevenção Combinada em nível multifederativo. Deste modo, a política de combate e prevenção é estruturada a partir da Administração Pública Federal e é implementada de forma conjunta e integrada pelos entes federados.

O Política Nacional das DST e da AIDS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1999) envolve educação e programas de conscientização sobre o uso de preser-

vativos e não compartilhamento de materiais que entram em contato com sangue, bem como há o enfoque na desconstrução de mitos a respeito destas doenças. Ademais, promove a distribuição gratuita de medicamentos, de preservativos e a realização de testes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1999). As pessoas que vivem com a AIDS são acompanhadas pelo programa de forma integral, englobando o campo físico, psicológico e social.

O reconhecimento governamental e os movimentos sociais permitiram que a sociedade civil logo participasse das implementações de políticas públicas e recebessem antirretrovirais, em 1991 (Tavares, 2018). O lapso entre o primeiro registro da doença e a participação civil no combate ao HIV foi de 9 anos, mas, apesar disso, pode-se considerar que foi eficiente.

As campanhas de prevenção e combate foram extensas e contínuas, sendo renovadas anualmente, com dotação orçamentária para tanto. Embora o número de portadores de HIV aumentasse gradativamente, a explosão de contaminações foi contida, como pode ser visto em comparação com a África do Sul, no próximo subtópico. As campanhas realizadas pelo país com embasamento científico e sem tabus foi eficaz, de forma que, em 2021, o Brasil possui 5,3 milhões de infectados a menos do que o seu paradigma.

3. CASO DA ÁFRICA DO SUL

O primeiro caso de AIDS na África do Sul foi registrado em 1985, em um contexto muito desfavorável à utilização da máquina pública para a construção de políticas públicas eficientes, o que resultou na catastrófica gestão da epidemia que fez com que quase um terço da população fosse contaminada (Santos, 2009).

A epidemia de HIV se deu em contexto de Apartheid, que regulava a separação dos lugares em “apenas para brancos” e “para não-brancos”. Essa segregação era característica do governo, que fazia uma clara distinção entre brancos e negros, herança da colonização inglesa na região, e foi aprofundada no registro da primeira contaminação de um homem negro por um gay negro (Santos, 2009).

Esta segregação fez com que os grupos civis não acreditassem na postura do governo e ativamente fossem contra as posturas governamentais, criando narrativas de que o governo queria apenas prejudicá-los ainda mais do que já fazia

(Santos, 2009). O primeiro governo a tomar posturas contra o HIV estigmatizou os negros e os homossexuais, associando o problema a esses grupos sociais, justificando as políticas separatistas em cima disso.

Quando Nelson Mandela assumiu a presidência em 1994, o carro-chefe do governo era o combate ao HIV, onde houve tentativas de construção de uma frente ampla para a prevenção e o combate do vírus. Contudo, sofreu com entraves por conta de uma fração política divergente, que era apoiadora do governo anterior e impedia o avanço de políticas progressistas e, neste caso, afirmativas.

Em 2000, o então presidente, Thabo Mbeki (1999 – 2008), cumpria com um papel desinformativo ativo ao fazer propaganda de um tratamento revolucionário contra a AIDS, apoiar trabalhos de cientistas “dissidentes” e que a pressão pelo uso e distribuição de medicamentos do coquetel anti-AIDS era uma conspiração internacional para a compra de medicamentos das grandes indústrias farmacêuticas (Santos, 2009).

O tratamento em questão era para ser feito com Virodene, no entanto, os estudos feitos com esse medicamento careciam de testes em humanos, sendo impróprios para uso em pessoas, e o princípio ativo desse medicamento, a dime-tilformamida, é extremamente tóxica para o ser humano (Sidley, 1997). No entanto, muito além deste problema técnico, posteriormente se descobriu que o presidente estava envolvido em esquemas de corrupção relacionados à venda desse composto (Myburgh, 2007).

Os estudos dos “cientistas dissidentes” apontavam que a transmissão se dava em razão da pobreza e da desnutrição e não do ato sexual (Santos, 2009). Esse tipo de declaração pública confunde a população e atrapalha na contenção do vírus pela população, já que a forma de transmissão fica anuviada por informações dissonantes.

Por fim, a construção narrativa de que haveria uma conspiração para a venda de medicamento pelas farmacêuticas, cria um inimigo público contra o qual se pode combater. A afirmação em questão é contestada por pesquisas científicas e pelo aumento na qualidade de vida de pessoas que vivem com o HIV que fazem o tratamento, uma vez que os medicamentos em questão são realmente os necessários para prolongar a vida do paciente que convive com a AIDS.

O governo Sul-Africano, de forma geral, não possuía interesse político em construir campanhas eficientes de combate à epidemia de HIV, já que se contrava dedicado a uma agenda política muito própria. O resultado disso foi

uma campanha sanitária atrasada e ineficaz, com suspeitas de desvio de verbas em algumas situações.

Além disso, a verba era captada por um ente superior e redistribuída para as províncias, assim como ocorre no Brasil. Entretanto, no caso brasileiro, há definições orçamentárias e tributárias de repartição de receitas e receitas públicas vinculadas para a saúde. Adicionalmente, todos os entes federados apresentam competências comuns para a promoção da saúde pública. No caso sul-africano, a redistribuição de verbas dificultava o investimento para a causa específica do HIV, em que as províncias eram responsáveis pelo planejamento e implementação das políticas públicas de combate ao HIV (Santos, 2009).

À semelhança do Brasil houve ampla difusão de boatos de que seria uma praga gay assolando a sociedade. Contudo, naquele país, o movimento LGBTQIA+ se organizou para manifestar-se contra essa postura. O movimento Sul-Africano, a *Gay Association of South Africa* manifestou-se dizendo que a preocupação com o HIV era exagerada e isolou a sucursal que estava trabalhando assistindo pessoas soropositivas (Santos, 2009).

Na comunidade negra, havia uma grande suspeita quanto à AIDS, acreditava-se que o governo havia liberado o vírus para impedir os avanços dos movimentos de liberação negra (Santos, 2009). Esta preocupação era compreensível, pois a África do Sul passava pelo Apartheid, mas também era uma preocupação absolutamente absurda, como se pôde conferir com o passar do tempo.

A desconfiança dificultava muito a inserção da população nas políticas de combate à epidemia, mas em 1992 foi criado o NACOSA (*The National AIDS Comitee of South Africa*), que começou a implementar a participação civil nas políticas de saúde públicas. Esse momento foi decisivo para o desenvolvimento da consciência social sobre o problema, mas o movimento ainda era muito incipiente, precisando de muitos anos para desenvolver-se em sua plenitude.

Em 2000, a *Treatment Action Campaign*, ao ouvir a fala do presidente Mbeki, moveu a Corte Constitucional contra o governo e, em decisão histórica, conseguiu fazer com que o Estado financiasse o tratamento de mulheres grávidas infectadas com o vírus (Santos, 2009). Esta ação revela uma maturidade cidadã crescente, embora pontual e carente de ampliação.

4. RESPOSTA GOVERNAMENTAL À PANDEMIA DE COVID-19

Em 2019, o coronavírus, causador da síndrome respiratória aguda – SARS – e da síndrome respiratória do Oriente Médio - MERS, sofreu mutações genéticas, capaz de infectar seres humanos e com alta disseminação. O primeiro caso no mundo foi na China, em Wuhan, em novembro/dezembro de 2019 (Gazeta do Povo, 2020). Em janeiro de 2020 foi confirmado o primeiro caso na Itália, em Roma (UOL, 2020). Em 26 de fevereiro foi confirmado o primeiro caso de COVID-19 no Brasil (Governo do Brasil, 2020). Em março as quarentenas começaram no Brasil graças à portaria 356 do Ministério da Saúde.

As medidas de contenção do vírus foram regionalizadas, principalmente por municípios, mas alguns estados decretaram a implementação destas políticas para evitar colapsos no sistema de saúde. Apesar disto, houve colapsos dos sistemas de saúde pública e privada e chegamos à marca de 600 mil mortos no Brasil até novembro de 2021.

Contudo, é muito difícil fazer um diagnóstico desse número por ele mesmo, por isso, neste artigo, foram comparados com os números da Nova Zelândia, que teve seu primeiro caso comunitário confirmado no dia 26 de março de 2020, regulando com o primeiro caso brasileiro de contágio.

5. COVID-19 NO BRASIL

A primeira ação feita para contenção do vírus foi a portaria 188 do Ministério da Saúde de 03 de fevereiro de 2020, que declara a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional. Ela estabelece o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV).

Esta portaria marca o início de uma infinidade de medidas legislativas para contenção do vírus, medidas essas que são longamente abordadas pelos boletins da pandemia da USP. A pesquisa será aproveitada aqui para falar pontualmente sobre ações legislativas adotadas em nível federal exclusivamente sobre medidas sanitárias, apesar de a produção legislativa ir muito além delas.

O principal ato federal após a declaração da ESPIN foi a lei 13.979 em 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as diretrizes para combate à pandemia de COVID-19. Esta lei cria instrumentos para a tomada de medidas sanitárias e define níveis de alerta, lockdown, serviços essenciais entre outras medidas.

Apesar de as diretrizes de enfrentamento à COVID-19 estarem prontas houve muita produção legislativa. Entre portarias, resoluções, leis, instruções e decretos são 578 atos ligados à COVID-19 e restringindo-se a leis e decretos, foram publicados 147 atos no mesmo período. Em ambos os casos em nível federal apenas (PLANALTO, 2021).

Os atos tratam dos mais diversos assuntos; criam instrumentos para regime de trabalho remoto em geral; abrem crédito para instituições públicas em razão da pandemia, dispõe sobre bens e serviços essenciais, entre outras coisas. Esta quantidade imensa de atos se deve à estrutura administrativa adotada pela estrutura política brasileira, que não é um problema em si mesma, mas pode dificultar o acesso do grande público aos atos tomados pelo governo.

A última portaria de extrema relevância para a análise do presente é a portaria 356 do Ministério da Saúde de 11 de março de 2020. Esta portaria define quem é competente para tomar decisões e ações sobre a gestão da ESPIN, ficando decidido que a competência para declarar quarentena seria concorrente entre união, estados e municípios, coerente com a determinação constitucional que diz que a saúde será competência concorrente (Art. 23, II, CRFB).

Esses três atos foram amplamente utilizados para a criação e instrumentalização de todas as decisões que foram tomadas a partir da portaria 356. Alguns estados fizeram decretos para regular quarentenas, dentre eles, São Paulo (Decreto 64.881, de 22 de março de 2020) e Rio de Janeiro (Decreto 47.006, de 27 de março de 2020). Os municípios, em determinado ponto da pandemia, também viram a necessidade de regular suas próprias quarentenas, diante das especificidades locais e da inércia da União.

No tocante à postura governamental, é importante destacar a constante confusão entre as informações oficiais e as opiniões de pessoas que ocupam cargos públicos, seja pela população ou pelos próprios ocupantes dos cargos políticos.

Contudo, a atuação das figuras públicas é essencial para a mobilização e organização social porque elas têm o potencial de formar opinião, criar movimentos e manipular a imagem pública de alguém. Dentro da organização social temos várias dessas figuras e elas se expandiram com a internet, criando figuras públicas e expandindo o alcance das já existentes.

Durante este biênio pandêmico houve diversas figuras públicas se posicionando de diversas formas, mas a preocupação deste trabalho gira em torno do

posicionamento da figura máxima do Executivo, o Presidente da República, que ocupa um papel duplice na organização social, ao mesmo tempo tendo um papel de autoridade e sendo um influenciador digital. A dimensão do alcance do Presidente também é uma preocupação, haja vista que suas falas são de interesse nacional, sendo o ponto de acesso da população ao sistema administrativo federal (GIDDENS, 1991). Tal figura permite a personalização e a criação de relações de confiança com a população por meio de compromissos com rosto, tendo confiabilidade nas ações e nas palavras como meio de acesso ao sistema perito estatal (GIDDENS, 1991).

Desta feita, o posicionamento do Presidente da República apresenta um revestimento de confiança pelo cargo em que ocupa e representa o Estado brasileiro nas suas relações exteriores e nas suas relações internas. Possui, portanto, potencial de ser uma referência para a população.

Todavia, o então Presidente da República teve declarações de negação à pandemia e de diminuição da sua dimensão. Tais falas são realmente preocupantes, já que influenciavam as pessoas a negligenciar os problemas causados pela pandemia e incitava o povo contra os governantes regionais e contra as autoridades científicas.

A sua principal fala contra as medidas de contenção ao vírus foi no sentido de diminuir a gravidade do vírus, emitindo várias declarações neste sentido a partir de 11 de março de 2020, momento que já era notória a gravidade do vírus no mundo inteiro (ONU News, 2020). Diminuir a gravidade do vírus que então se espalhava significa uma menor adesão às ações de prevenção ao coronavírus (Terra, 2020). O Presidente insistiu em ratificar os casos de recuperados do Coronavírus, chegando a ocultar o número de mortos pela doença no portal de informações do Ministério da Saúde (BBC News Brasil, 2020). Tal medida resultou em uma situação histórica, a formação do Consórcio de Veículos de Imprensa (CVI) para a divulgação de informações sobre o COVID-19 e a verificação de informações falsas (G1, 2020).

Adicionalmente, o Presidente direcionou seus discursos à defesa insistente à cloroquina, hidroxicloroquina e ivermectina (Abech, 2021), tendo também papel fundamental na problemática campanha de desinformação acerca do novo coronavírus. O uso destes medicamentos não produziu bons resultados, tendo em vista que a hidroxicloroquina, versão mais segura da cloroquina, aumentava em 27% as chances de vir a óbito (Revista Galileu, 2020) e a ivermectina criava sérios riscos de falência hepática (Avilez, 2020). Ainda havia a propagação

de informações sobre o uso de tais substâncias de forma profilática, o que agravou ainda mais o cenário.

Em adição, contrariando as pesquisas científicas e as diretrizes de organismos internacionais, discursou contra a vacina, em especial contra a Coronovac, dizendo que ela é chinesa, inferindo que, por isso, seria ruim, que viraria crocodilo por tomá-la, imputando-lhe problemas de responsabilização comuns ao uso de outros tipos de medicamentos, e relacionou ela com morte, invalidez e anomalias (Mendonça, 2021).

Os discursos do Chefe do Poder Executivo, embora contrários às políticas de prevenção e combate ao Coronavírus, dispõem de revestimento institucional e de aparente credibilidade. Ademais, o Presidente figura como líder de opinião³ pelo cargo ocupado (RECUERO, SOARES, 2020, p. 8).

Nota-se, portanto, que a atuação do Poder Executivo federal brasileiro foi distinta da analisada no tópico anterior. No combate e na prevenção ao HIV, o governo, por meio da informação e da conscientização. Isto é, teve a centralidade na desconstrução de notícias falsas, boatos e mitos sobre a doença e as pessoas vivendo com AIDS. De forma distinta, no caso da COVID-19, a atuação do governo brasileiro foi bastante similar ao caso analisado da África do Sul. Ou seja, não houve a efetiva contribuição do governo central, em declarações, em prol da adoção de medidas de redução de contágio ou de efetiva proteção contra a doença.

6. COVID-19 NA NOVA ZELÂNDIA

A Administração Pública Neozelandesa possui uma lógica um pouco diferente, mas com toda certeza o menor número de Unidades Federativas e menor população facilitam a organização administrativa. Isto resulta em produção legislativa sobre o tema inferior, se comparado ao Brasil. Ademais, é um país de *Common Law*, integrante do *Commonwealth*, de forma que a principal fonte do Direito está presente nos precedentes e são aplicadas as decisões judiciais do Reino Unido.

³ “Líderes de opinião: São usuários que influenciam devido a sua reputação social baseada nas suas opiniões ou práticas sociais. Na maioria, estes usuários são “pessoas públicas”, como políticos, jornalistas, celebridades, blogueiros e etc”. (RECUERO, SOARES, 2020, p. 8).

Na Nova Zelândia, a lei responsável pela normatização dos atos de contenção à propagação do coronavírus foi a lei, ou ato, nº 12 de 2020 chamado de Reação da Saúde Pública à COVID-19, ato 2020 (*COVID-19 Public Health Response*), mas eles já possuíam a Lei nº 85 de 2006, intitulado Preparação para Epidemias (*Epidemic Preparedness*). Principalmente com base nesses dois atos foram tomadas muitas das decisões relativas à contenção da proliferação do vírus.

No total foram 28 leis aprovadas que estão estritamente ligadas à COVID-19, entre essas leis foram regulados o fechamento das fronteiras, a distribuição de renda para a população, subsídios para empresas, quarentena, funcionamento de estabelecimentos alimentícios, todos problemas relacionados à gestão da pandemia.

Como dito anteriormente a forma como um governo legisla é muito característico de como o sistema político se formou e não necessariamente está diretamente ligado a sua eficiência. Não obstante, a centralidade legislativa auxiliou a Nova Zelândia a iniciar o combate e a prevenção contra o vírus. Deste modo, teve tempo para elaborar, até a metade do mês de maio de 2020, a principal lei para tomada de ações contra COVID-19.

Este fato permitiu que a lei possuísse minimamente mais coesão a longo prazo do que a legislação brasileira e permitiu que ela fosse mais acessível ao público. Além disso, o estabelecimento prévio e legal de quais são as diretrizes estatais pra lidar com uma epidemia ajuda a pular discussões que acabam atrasando o processo legislativo, como o que é serviço essencial.

Diferente das leis contra COVID, as ações contra a pandemia iniciaram cedo, antes mesmo de ser registrado o primeiro caso na Nova Zelândia. Desde o início a postura governamental foi de cautela.

Após a morte da primeira pessoa fora da China por COVID-19 (Jones, 2020), o governo resolveu que deveria fechar as portas para qualquer estrangeiro chinês e restringir a entrada de nacionais, estando condicionada a uma rígida quarentena. Posteriormente, estas restrições foram expandidas a outros países conforme a pandemia se espalhava pelo mundo.

A postura adotada foi, nas palavras da Primeira-Ministra Jacinda Ardern, a maior restrição de liberdade dos nacionais na história moderna (Newsroom Staff, 2020), mas, apesar do sacrifício, elas foram muito efetivas a curto e médio prazo, já que enquanto se espalhava descontroladamente pelo mundo a Nova Zelândia teve um surto tardio e pequeno.

A Primeira-Ministra neozelandesa assumiu papel central na divulgação sobre a pandemia e consequente aderência do público às medidas de contenção do Coronavírus. Como parte da campanha de informação, foi criado um portal de notícias governamental apenas sobre o Coronavírus, no qual se divulgava a situação dos distritos, as descobertas sobre o vírus de forma simplificada e desmentia as desinformações veiculadas pela internet. Ou seja, houve a centralidade de informações sobre o vírus no portal governamental, dotado de confiabilidade e representatividade, a partir das diretrizes da OMS, do Ministério da Saúde e das orientações científicas.

O governo neozelandês possuía uma postura evidente, durante a pandemia, de informar a população com dados, diretrizes e informações, se preocupando um pouco menos com aprovação e um pouco mais com formas práticas de lidar com o problema. A posição tomada foi de não distorcer os fatos e jogar com o que possuía de real naquele momento, o que reforça confiabilidade do governo para os habitantes e torna o Estado mais crível.

7. DIREITO DIFUSO À SAÚDE E POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E COMBATE A DOENÇAS INFECTOCONTAGIOSAS

O direito à saúde é um direito social, direito de segunda geração, que demanda atuação positiva do Estado, ou seja, elaboração e implementação de políticas públicas e de ações afirmativas para sua realização. Está previsto no direito internacional humanitário (DIH), no direito internacional dos refugiados (DIR) e no direito internacional dos direitos humanos (DIDH). Há a sua proteção nos conflitos armados, para as pessoas que por algum motivo tiveram que abandonar seus países natais e para a população mundial como um todo.

A Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948 consiste no documento internacional central sobre o tema, entendendo a saúde, junto com outros direitos sociais, como direito humano.

“Artigo 25º. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes

da sua vontade. 2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social” (ONU, 1948).

O direito à saúde é um direito difuso. Tem como titular sujeito indeterminado, porque o interesse associado àquele direito transcende o interesse individual, como o direito ao meio ambiente saudável, por exemplo uma fábrica que polui o ar de toda a coletividade (Pinho & Porto, 2020).

A saúde pública também possui esse interesse subjetivo relacionado a si, já que é do interesse geral que o vírus tenha uma circulação baixa para evitar um grande número de mutações, que podem ser extremamente nocivas para o ser humano e que podem aumentar significativamente o contágio, como foi a variante Delta, importada da Índia (Kottasová & McKenzie, 2021). Certo é que expor organismos a fármacos sem acompanhamento médico representa o risco de levar a evoluções onde os vírus tornam-se mais resistentes aos remédios (MADEIRO, 2021; AGÊNCIA BRASIL, 2020), então a postura de indicar o uso de substâncias sem comprovação e sem indicação da fabricante para o uso dessas substâncias pode criar problemas desnecessários para o tratamento presente e futuro da doença.

A indivisibilidade do interesse coletivo é critério necessário para a caracterização do direito difuso. É necessário que seja muito difícil ou impossível discernir quem é ou foi afetado pelos problemas causados à coletividade.

Neste caso, o problema é uma pandemia e se pode discernir quem sofreu com essa pandemia, já que os danos provenientes dela são diversos. É imensurável a quantidade de pessoas que sofreram direta e indiretamente com essas mortes, famílias que perderam seus entes queridos e suas rendas por negligência no tratamento de um problema global, em que podemos ver quais ações foram tomadas e sua efetividade em outros países.

Conforme mencionado no primeiro tópico, o direito à saúde no Brasil é previsto constitucionalmente, pensado para a prevenção e combate de doenças. Nestes termos, o art. 196 disciplina

“Art. 196. A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

É evidente o compromisso constitucional com a saúde pública, que figura como um direito difuso, um direito genérico que garante até mesmo o tratamento de pessoas não nacionais em razão da universalidade do sistema de saúde público defeso pelo corpo constitucional brasileiro.

Diante do abordado no tópico anterior, fica clara a posição estanque do Presidente para com a Constituição, já que é explícito que as políticas públicas deverão ser no sentido de reduzir o risco de doença, o que, pela ausência do artigo definido, permite a interpretação de que é sobre o risco de contrair a doença, e de ter sua situação como enfermo agravada, seja por má orientação, seja por ausência de políticas públicas que garantam a possibilidade de tratamento, como auxílio-doença. Portanto, a defesa da saúde pública na Carta Magna segue esses dois métodos de enfrentamento, a utilização de políticas públicas para conscientização e efetivação dos cuidados médicos adequados e a disponibilização do Sistema Único de Saúde para tratamento de doenças.

Conforme mencionado anteriormente, não se consegue extrair das falas presidenciais qualquer viés de proteção à saúde pública, já que elas tendem a agravar os problemas já existentes, principalmente quando há manifestações opostas nos meios oficiais e nos meios extraoficiais. A confiança no governo é paulatinamente minada pela contradição performativa entre o que é escrito por sua assessoria de imprensa nos meios oficiais da Presidência da República e entre as declarações na imprensa e em redes sociais.

Como ocorreu nos EUA quando o presidente Trump sugeriu a ingestão de produtos de limpeza, as declarações dos Chefes do Poder Executivo, como líderes de opinião e representantes do povo, possuem efeitos práticos (Metrópolis, 2020). Os danos produzidos por tais falas são imensuráveis e, como visto no tópico anterior, influenciam nos resultados da prevenção e combate de doença infectocontagiosas.

O Brasil possui 22.012.150 casos confirmados de Coronavírus e 612.587 mortos (Ministério da Saúde, 2020). Isso representa 10,2% da população infectada pelo vírus onde 2,8% dos infectados morreram. Seguindo essa constância até que o Brasil alcançasse a citada “imunidade de rebanho”, que seria 70% da população infectada (PT, 2021), teríamos um número de 4.191.974 brasileiros mortos por COVID-19 de acordo com a letalidade atual. Em contrapartida, a Nova Zelândia teve 9.824 casos da doença, o que representa 0,02% da população, e 39 mortos, o que representa 0,03% dos infectados mortos.

Comparar os números desses dois países e suas campanhas governamentais, principalmente com relação à manifestação pública do governo central, é sintomático do quanto a saúde pública foi negligenciada e atacada por declarações equivocadas e mentirosas.

Apesar da situação geográfica ser em alguma medida favorável às medidas tomadas na Nova Zelândia é muito difícil de acreditar que os resultados não poderiam ser melhores do que foram com a figura máxima do executivo pregando contra as campanhas de isolamento voluntário para diminuição da circulação do vírus e a clara priorização da produção de capital à saúde da população (UOL, 2021).

Não é possível de ser estabelecer com certeza como seriam as coisas se outras decisões tivessem sido tomadas, mas, mesmo que caísse apenas pela metade, já seria um valor significativo o suficiente para evitar trezentos mil mortos. Além disso, o alcance das declarações do Presidente através de seus atos oficiais, declarações para a imprensa escrita, falada e televisionada e suas manifestações na internet, por canais pessoais e oficiais, apresenta altíssima difusão, que é revestida de caráter oficial e confiável, não sendo possível individualizar quem sofreu o dano relativo às declarações feitas.

E é este povo, vítima da pandemia biológica e desinformacional que aflige o Brasil, que responde ao último critério da definição do que é interesse difuso. É necessário um vínculo ou uma situação de fato que torne a vítima homogênea perante o juízo, neste caso, a situação de todos serem cidadãos brasileiros.

CONCLUSÃO

Falar sobre informação na era do digital é falar sobre democracia, cidadania e confiança. É essencial para um governo que ele consiga se comunicar com seu povo para manter a ordem e o bom funcionamento da sociedade. Um governo transparente, que informa seu povo sobre o que acontece, consegue melhores resultados por fazer com que o indivíduo se sinta inserido na política pública e ele se interesse mais em participar ativamente da política. tal participação é essencial para que as pessoas saibam de suas responsabilidades dentro da organização social e adiram às decisões governamentais com maior afinco e senso crítico, vez que essa participação e essa proximidade das instituições públicas criam uma base sólida de confiança e consciência política.

A insistência na construção de narrativas frágeis, que conflitam com a realidade social, tem um custo muito alto para as instituições como um todo, que tem seu núcleo de confiança abalado, tornando possível que o governo seja visto como inimigo da maioria da população, como foi na África do Sul, tanto no governo da minoria branca, quanto no governo de Mbeki, que fez com que a sociedade civil movesse uma ação contra o governo por suas declarações que feriam de maneira pungente os direitos das pessoas soropositivas.

Essas declarações públicas de figuras de autoridade governamentais têm papel essencial na implementação das políticas públicas, criar um movimento uniforme dentro do governo desestimula a dissensão e passa segurança ao povo em momentos de crise. Pelo alcance midiático dos chefes do executivo, seu posicionamento passa uma mensagem para os cidadãos e para os seus pares, assim a participação de chefes de estado é essencial na gestão da saúde pública e seu comportamento pode ser um risco para a solução do problema, podendo agravar a situação e torná-la incontornável.

Quando as ações governamentais geram um risco à saúde pública da forma como foi exposta nesse artigo, parece claro que existe um dano difuso, já que há uma série de problemas relacionados à disseminação de um vírus. Não apenas a disseminação de um vírus, mas a disseminação de um vírus que poderia ter feito muito menos vítimas, já que o Brasil possuía estrutura institucional para criar programas eficientes, como foi o da AIDS na década de 80/90 e poderíamos ter números mais brandos de infectados e uma variante significativa a menos no grupo de variantes da COVID-19.

REFERÊNCIAS

ABECH, T. (7 de Maio de 2021). Bolsonaro defende hidroxiquina e ivermectina após críticas na CPI. Disponível em CNN Brasil: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-defende-hidroxiquina-e-ivermectina-apos-criticas-na-cpi/> Acesso em 15 de Novembro de 2021.

Agência Brasil. (31 de Dezembro de 2020). Estudo da UFMG que descobriu supervírus é destaque do ano, diz revista. Acesso em 21 de Novembro de 2021, disponível em O Tempo: <https://www.otempo.com.br/cidades/estudo-da-ufmg-que-descobriu-supervirus-e-destaque-do-ano-diz-revista-1.2430450>

Avilez, L. (24 de Junho de 2020). Médicos alertam para riscos da ivermectina no combate ao coronavírus. Acesso em 15 de Novembro de 2021, disponível em

A Gazeta: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/medicos-alertam-para-riscos-da-ivermectina-no-combate-ao-coronavirus-0620>

BBC News Brasil. (08 de Junho de 2020). Brasil é destaque no mundo por esconder dados de mortes por covid-19. OMS cobra transparência. Acesso em 19 de Novembro de 2021, disponível em O Globo:

<https://oglobo.globo.com/epoca/brasil/brasil-destaque-no-mundo-por-esconder-dados-de-mortes-por-covid-19-oms-cobra-transparencia-24468531>

Gazeta do Povo. (13 de Março de 2020). Primeiro caso do novo coronavírus no mundo teria ocorrido em novembro. Acesso em 13 de Outubro de 2021, disponível em Mundo: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/primeiro-caso-novo-coronavirus/>

Governo do Brasil. (26 de Fevereiro de 2020). Brasil confirma primeiro caso do novo coronavírus. Acesso em 13 de Novembro de 2021, disponível em Saúde: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>

Jones, A. (10 de Julho de 2020). How did New Zealand become Covid-19 free? Acesso em 18 de Novembro de 2021, disponível em BBC News: <https://www.bbc.com/news/world-asia-53274085>

Kottasová, I., & McKenzie, S. (11 de Junho de 2021). Covid-19: o que sabemos sobre a variante Delta encontrada na Índia. Acesso em 21 de Novembro de 2021, disponível em CNN Brasil: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/covid-19-o-que-sabemos-sobre-a-variante-delta-encontrada-na-india/>

Madeiro, C. (29 de Setembro de 2021). Avanço de remédios contra o HIV destrói resistência do vírus ao tratamento ... - Veja mais em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/09/29/avanco-dos-remedios-contr-hiv-destroi-resistencia-do-virus-ao-tratamento.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 21 de Novembro de 2021, disponível em Viva Bem UOL: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/09/29/avanco-dos-remedios-contr-hiv-destroi-resistencia-do-virus-ao-tratamento.htm>

Mendonça, A. (11 de Março de 2021). Mudou o discurso? Confira 10 momentos em que Bolsonaro foi contra a vacina. Acesso em 15 de Novembro de 2021, disponível em Estado de Minas: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/03/11/interna_politica,1245676/mudou-o-discurso-confira-10-momentos-em-que-bolsonaro-foi-contr-a-vacina.shtml

Metrópolis. (26 de Abril de 2020). Trump sugeriu: NY tem 30 chamados por ingestão de desinfetante. Acesso em 20 de Novembro de 2021, disponível em Metrópolis: <https://www.metropoles.com/mundo/saude-int/trump-sugeriu-ny-tem-30-chamados-por-ingestao-de-desinfetante>

Ministério da Saúde. (18 de Abril de 2018). “O Brasil tem um dos melhores programas de HIV/aids do mundo”, diz Drauzio Varella. Acesso em 3 de Dezembro de 2021, disponível em Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/o-brasil-tem-um-dos-melhores-programas-de-hiv-aids-do-mundo-diz-drauzio-varella>

Ministério da Saúde. (2020). Painel Coronavírus. Acesso em 20 de Novembro de 2021, disponível em Coronavírus Brasil: <https://covid.saude.gov.br/>

Ministério da Saúde. (s.d.). História da AIDS. Acesso em 19 de Novembro de 2021, disponível em Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis: <http://www.aids.gov.br/pt-br/centrais-de-conteudos/historia-aids-linha-do-tempo>

Ministério da Saúde. (s.d.). O que é HIV. Acesso em 18 de Novembro de 2021, disponível em Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>

Ministério da Saúde. (s.d.). Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Acesso em 29 de Novembro de 2021, disponível em SUS: <https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>

Montenegro, M. (21 de Fevereiro de 2011). O vírus da AIDS assombrou a década de 80 (07'34"). Acesso em 2 de Dezembro de 2021, disponível em Rádio Câmara: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/348227-o-virus-da-aids-assombrou-a-decada-de-80-0734/>

Myburgh, J. (18 de Setembro de 2007). 4.How the MCC was taken out; why Virodene was still banned in SA. Acesso em 4 de Dezembro de 2021, disponível em Genocide South Africa Blog: <https://genocidesouthafrica.wordpress.com/2010/04/11/how-the-mcc-was-taken-out-why-virodene-was-still-banned-in-sa/>

Newsroom Staff. (23 de Março de 2020). PM Jacinda Ardern's full lockdown speech. Acesso em 18 de Novembro de 2021, disponível em Newsroom: <https://www.newsroom.co.nz/pm-jacinda-arderns-full-lockdown-speech>

ONU News. (30 de Janeiro de 2020). OMS declara coronavírus emergência de saúde pública internacionalBR. Acesso em 15 de Novembro de 2021, disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/01/1702492>

Pinho, H. D., & Porto, J. R. (2020). Manual de Tutela Coletiva (1ª ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Saraiva.

PT. (7 de Maio de 2021). Imunidade de rebanho: o que é e como Bolsonaro a usou. Acesso em 20 de Novembro de 2021, disponível em

<https://pt.org.br/imunidade-de-rebanho-o-que-e-e-como-bolsonaro-a-usou-video/>

Revista Galileu. (22 de Abril de 2020). Estudo associa hidroxicloroquina a maior risco de morte por Covid-19. Acesso em 15 de Novembro de 2021, disponível em Saúde: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/04/estudo-associa-hidroxicloroquina-maior-risco-de-morte-por-covid-19.html>

Roser, M., & Ritchie, H. (Novembro de 2014). Our World In Data. Acesso em 2 de Dezembro de 2021, disponível em HIV / AIDS: <https://ourworldindata.org/hiv-aids>

Santos, G. G. (Novembro de 2009). Aids, Política e Sexualidade: refletindo sobre as respostas governamentais à Aids na África do Sul e no Brasil. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. doi:<https://doi.org/10.1590/S0103-73312009000200003>

Sidley, P. (15 de Março de 1997). South African research into AIDS "cure" severely criticised. *BMJ*, pp. 314-769. doi:<https://doi.org/10.1136/bmj.314.7083.769f>

Tavares, R. (1 de Dezembro de 2018). A epidemia do preconceito. Acesso em 2 de Dezembro de 2021, disponível em Empoderadxs: <https://empoderadxs.com.br/2018/12/01/a-epidemia-do-preconceito-a-trajetoria-do-hiv-aids-no-brasil/>

Terra. (28 de Dezembro de 2020). Relembre as frases polêmicas de Bolsonaro sobre a pandemia. Acesso em 15 de Novembro de 2021, disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/relembre-as-frases-polemicas-de-bolsonaro-sobre-a-pandemia,61d222c42a1a30f2cde281a03976f712il3firg8.html>

UOL. (6 de Fevereiro de 2020). Itália tem primeiro caso confirmado de coronavírus. Acesso em 13 de Novembro de 2021, disponível em Saúde: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2020/02/06/primeiro-italiano-e-diagnosticado-com-coronavirus.htm>

UOL. (13 de Outubro de 2021). Bolsonaro: "Talvez eu tenha sido o único chefe de Estado contra a política do fica em casa". Acesso em 21 de Novembro de 2021, disponível em <https://noticias.uol.com.br/videos/2021/10/13/bolsonaro-talvez-eu-tenha-sido-unico-chefe-de-estado-contra-a-politica-do-fica-em-casa.htm>

Veja. (22 de Março de 2020). Bolsonaristas usam vídeo antigo de Drauzio para minimizar coronavírus. Acesso em 11 de Novembro de 2021, disponível em Veja Maquiavel: <https://veja.abril.com.br/blog/maquiavel/bolsonaristas-usam-video-de-drauzio-para-defender-frase-sobre-gripizinha/>

O COOPERATIVISMO DE DADOS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

Daniela Juliano Silva

Professora Adjunta na Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, Brasil
danielajulianosilva@id.uff.br

INTRODUÇÃO

Tendo a tecnologia como principal fator de produção e os dados como principal ativo é preciso refletir que ante o monopólio global das empresas de tecnologia, somos o elo mais frágil na sociedade informacional. A tão celebrada aldeia global (sociedade civil, empresas, universidades e governos), que se formaria graças à inovação tecnológica, não passa de utopia. A fragilidade dos cidadãos e consumidores tem no princípio da autodeterminação informacional, ao menos o reconhecimento de sobre quem deve ser dada a devida centralidade na discussão sobre a proteção dos dados pessoais.

O cenário é por demais conhecido: “capitalismo de vigilância” (ZUBOFF, 2020), “cultura de vigilância” (LYON, 2018), a existência de um verdadeiro domínio feudal dos denominados “barões dos dados” (*Amazon, Google, Microsoft, Facebook, Apple*)⁴, a opacidade e, portanto, falta de transparência dos sistemas e a impotência do cidadão-consumidor na sociedade da informação. Também já estamos por demais familiarizados com os encantos da economia do compartilhamento e sua “inovação disruptiva” (CHRISTENSEN, 2015) e, maduros o suficiente, para entendermos que os verdadeiros “santuários de vigilância” (MOROZOV, 2018) formados às custas de nossas escolhas, cliques e *likes*, precisam encontrar limite para além das normas de proteção aos dados, construídas de forma tão dependente da estrutura estatal.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei n.13.709, já é realidade entre nós há quase três anos (14 de Agosto de 2018), mas ainda resta claro o apego à vigência da norma-sanção (em vigor em 01/08/2021) que promete punição a seus ofensores. Sob este viés, a governança de dados parece se focar na

⁴ Termo cunhado por Martin Giles quando da construção do artigo “It’s time to rein in the data barons”, disponível em: <https://www.technologyreview.com/2018/06/19/240453/its-time-to-rein-in-the-data-barons/>. Acesso em: 06 Outubro 2021.

preocupação com aspectos punitivos e não preventivos. A construção de uma cultura de dados parece secundária ante o estardalhaço causado pela possibilidade das sanções administrativas alcançarem até cinquenta milhões de reais. A auto-determinação informacional, principal fundamento da proteção de dados, não pode ser reduzida a seu apelo sancionador e deve representar o princípio-referência na discussão sobre a proteção de dados pessoais.

Com a pandemia de Covid-19 e a imposição de constante monitoramento em nome da saúde coletiva, as fragilidades dos dados e o aumento das desigualdades sociais acenderam o sinal de alerta para a segurança da informação e as possíveis ofensas à liberdade e à privacidade. A busca por alternativas para a crise econômica e social ainda mais aprofundada pela pandemia, coloca mais uma vez em foco o cooperativismo. Para além do cooperativismo de plataforma (SCHOLZ, 2017) que se apresenta como alternativa às novas formas de produção e nas relações de trabalho, a proposta por detrás do cooperativismo de dados pressupõe um design protetivo e preventivo, sob a responsabilidade dos próprios titulares de dados, a contribuir, verdadeiramente, para a edificação de uma cultura de proteção de dados.

O cooperativismo de dados pressupõe a construção de uma governança, cujo gerenciamento de dados pertence aos seus membros. Essa proposta pressupõe escolhas dos atores envolvidos em regras por eles desenvolvidas, definindo-se o que é capaz de gerar valor e quais as áreas de aplicação das informações coletadas. Nessa medida, a coleta, uso, armazenamento e tratamento dos dados é feito no seio das comunidades, direcionando a tomada de decisões para mudanças sociais positivas. As cooperativas de dados se apresentam, portanto, como um dos eixos da economia digital cooperativa, ficando com parte das negociações de dados (aluguel, por exemplo) de seus membros.

Não faltam iniciativas pioneiras no cooperativismo de dados, tais como a *Salus Coop*, a *MIDATA* e a *PolyPoly Data*. O presente estudo se debruça especialmente na experiência construída pela *PolyPoly.Coop*, cuja missão principal é a de buscar igualdade nas plataformas de modo que qualquer pessoa seja soberana

sobre seus dados⁵. O Brasil não fica para trás e tem no *Observatório do Cooperativismo de Plataforma*⁶, o compromisso de construção dessa experiência do cooperativismo de plataforma no Brasil.

Nessa medida, o presente estudo desenvolve-se em três frentes: i) o cenário da Economia digital e o monopólio global da indústria dos dados; ii) o princípio da autodeterminação informacional como fruto da evolução e desdobramentos do direito à privacidade na era digital e, iii) o cooperativismo de dados como resposta dos titulares de dados ao mito da privacidade, ao monopólio privado dos dados e como instrumento de construção de uma soberania na era digital.

Com base em uma metodologia dedutiva, auxiliada pela técnica de pesquisa de revisão de literatura, especialmente dos marcos teóricos que construíram a análise crítica sobre a sociedade da informação e seus impactos na privacidade, bem como pesquisa exploratória sobre a experiência de cooperativismo de dados proposta pela *PolyPoly.Coop*, busca-se refletir acerca dos caminhos para se construir espaços para a discussão de alternativas e soluções que deem centralidade aos atores mais impactados pela sociedade dadocêntrica.

1. O CENÁRIO: ECONOMIA DE DADOS E MONOPÓLIO GLOBAL

Nada nem ninguém passa indiferente pela denominada “Quarta revolução industrial” (SCHWAB, 2016). Como não poderia deixar de ser, os negócios jurídicos celebrados na sociedade da informação sofrem, constantemente, os impactos da inovação, provocados por uma rápida revolução tecnológica. O cenário sob o qual o presente artigo se debruça é por todos nós demasiadamente conhecido:

Somos testemunhas de mudanças profundas em todos os setores, marcadas pelo surgimento de novos modelos de negócios, pela descontinuidade dos operadores e pela reformulação da produção, do consumo, dos transportes e dos sistemas logísticos. Na sociedade, há uma mudança de paradigma em curso no modo como trabalhamos e nos comunicamos, bem como nas maneiras de nos expressarmos, nos informamos e nos divertirmos. Igualmente, está em andamento a reformulação de governos e de

⁵ Disponível em: <https://polypoly.org/en-gb/>. Acesso em: 07 Outubro 2021.

⁶ Mais detalhes em: <https://digilabour.com.br/2021/06/17/lancamento-do-observatorio-do-cooperativismo-de-plataforma/>.

nossas instituições. (...) As alterações, em termos de tamanho, velocidade e escopo, são históricas (SCHWAB, 2016, p. 12).

Muito dessa mudança se deve à inovação provocada pela internet. Segundo interessante “Relatório sobre análise em provedores de banda larga” do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO, 2011), “A Internet é um privilégio da contemporaneidade, representando hoje o maior repositório de informações acessíveis a qualquer pessoa que a acesse de qualquer parte do mundo. (...) O que a tornou tão diferente das outras invenções humanas foi o insignificante período de tempo em que ela precisou para ser usada por milhões de pessoas. A eletricidade (1873), por exemplo, atingiu 50 milhões de usuários depois de 46 anos de existência. O telefone (1876) levou 35 anos para atingir esta mesma marca. O automóvel (1886), 55 anos. O rádio (1906), 22 anos. A televisão (1926), 26 anos. O microcomputador (1975), 16 anos. O celular (1983), 13 anos. A Internet (1995), por sua vez, levou apenas 4 anos para atingir 50 milhões de usuários no mundo”.

Nessa era da hiperconectividade, uma nova perspectiva, imaterial, se impõe, alterando a noção de espaço, territorialidade, propriedade e tornando a informação/dados, o ativo mais importante. Com extrema rapidez, graças às TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação, a era da informação alterou os meios de produção, impacto não só as esferas econômicas, políticas e sociais, como também a esfera jurídica.

Como muito bem construído por Ladislau Dowbor (2020), traçando um panorama a respeito da civilização da informação, “Temos um fator de produção dominante imaterial, o conhecimento; e também a conectividade planetária para tornar esse fator de produção disponível instantaneamente em qualquer ponto do planeta e para qualquer pessoa”. Nesse cenário, como principal consequência, aponta:

(...) à medida que penetramos na sociedade do conhecimento e na economia criativa, o eixo de análise econômica se desloca. Nesse ponto estamos na economia imaterial, como a chama André Gorz, em que o principal fator de produção, o conhecimento, uma vez produzido, pode ser difundido de forma ilimitada e gratuita, por todo o planeta com custo adicional zero. Ou seja, todo o arcabouço de análise econômica baseada na escassez – a alocação racional de recursos escassos é o objeto tradicional da economia – desloca-se. Em vez de produzir mais para ganhar mais, o capitalismo passa a buscar formas artificiais de gerar escassez para ganhar dinheiro e combater os processos descentralizados e colaborativos de multiplicação de riqueza (DOWBOR, 2020, p. 39).

Nesse cenário e refletindo-se acerca da economia voltada aos dados, absorva-se:

A revolução digital está virando essas definições clássicas do mercado de cabeça para baixo. A conectividade generalizada, a Internet das Coisas, a aprendizagem de máquinas e os algoritmos a que ela dá origem fazem com que os preços sejam substituídos pelos dados como principais vetores de funcionamento dos mercados. Aquilo que era sintetizado de maneira necessariamente imperfeita na métrica dos preços, na capacidade de esse mecanismo descentralizado exprimir os desejos, as necessidades e as capacidades produtivas da sociedade vai-se convertendo em um conjunto coerente de informações substantivas, diretas e cada vez mais densas e precisas. Essa é a característica mais importante da economia de dados (Mayer-Schönberger e Ramge, 2018). Os dados não são apenas complementos que enriquecem aquilo que dizem os preços. Eles dão origem, na verdade, a outro sistema informativo que funciona não pela sinalização indireta que os preços expressam sobre a vida social, e sim pela possibilidade de saber diretamente (e, muitas vezes, de antecipar) o que fazem e farão os protagonistas da vida econômica (ABRAMOVAY, ZANNATA, 2019, p. 161).

Perceba-se que se descortina no cenário em estudo, conforme lição acima trasladada, que a economia digital se baseia na economia de dados e que sua principal característica é ser comportamental, capaz de antecipar atos, preferências e vontades⁷. Essa contextualização se faz necessária, na medida em que muito do que se experimenta hoje na economia digital e em como a questão econômica experimenta evolução da noção de preço para a noção de dado/informação, tem na psicologia e no estudo do comportamento humano importância ímpar. A verdadeira missão, no fim das contas, é transformar experiências em dados. Disso nasce as chamadas “operações de renderização”, o pecado original do denominado “capitalismo de vigilância”, que descreve, “as práticas operacionais concretas por meio das quais a desposseção é realizada, com a experiência humana sendo reivindicada como matéria-prima para a dataficação e tudo que se segue, de fabricação a vendas” (ZUBOFF, 2020, p. 260).

Essa busca pela extração de valor dos dados torna o exercício preditivo indispensável. Assim que ser capaz de antecipar os padrões de comportamento e, portanto, ser capaz de prever como consumidores e cidadãos agirão no futuro, leva a comportamentos invasivos, legitimados por rasas promessas de transparência e pautados em termos de consentimento e políticas de privacidade vazias.

⁷ Abramovay e Zannata (2019, p. 161) atentam para o nome dado ao desenvolvimento desse modelo econômico: “neurocapitalismo”.

Sob esse viés, a reflexão sobre a titularidade desses dados não pode ignorar o cenário em que somos atraídos a viver essa experiência de compartilhamento dos nossos dados⁸, como também somos todos parceiros dessa cultura dadocêntrica, na medida que “somos cúmplices, como jamais antes, em nossa própria vigilância ao compartilhar – por vontade própria e conscientemente ou não – nossas informações pessoais no domínio público online” (LYON, 2018, p. 154).

Essa transformação da realidade que repercute na noção de intimidade e daquilo que é público ou privado é muito bem descrita por Paula Sibilia (2018), ao assinalar que, “em lugar de encarnar naqueles tesouros que deviam ser protegidos na intimidade do espaço privado – e/ou na própria interioridade – para dar consistência ao *eu*, agora a trajetória vital de cada sujeito se tornou um relato editado com muito cuidado porque a sua função primordial consiste em ser exibido. Isto é, procura-se que os outros assistam a ele como se fosse um espetáculo e que o testemunhem com seus próprios olhos; e, na medida do possível, que também o ‘curtam’ clicando nos botões adequados ou fazendo comentários afirmativos, inclusive compartilhando-o com outros contatos para obter repercussão mais ampla”.

Todas essas complexidades externadas no cenário acima descrito se agravam pela perspectiva de que existe um verdadeiro monopólio sobre essa enorme circulação de dados, coletados especialmente por meio da internet. Praticamente todo o fluxo de dados que circulam no mundo hoje, está nas mãos de 5 empresas (apelidadas de *Big Techs*): *Google*, *Facebook* (Meta), *Microsoft*, *Apple* e *Amazon*. Esse verdadeiro “domínio feudal”, leva à conclusão de que o sonho inicial de que a internet se apresentaria como uma rede democratizante, cosmopolita e solapadora do poder, instrumento capaz de construir a tão festejada aldeia global, não se concretizou (MOROZOV, 2018, p. 15). Ocorreu, nessa medida, uma conformação com o predomínio do Vale do Silício e um verdadeiro culto da cultura

⁸ Paula Sibilia (2018), chama atenção para uma sociedade que incita “ao espetáculo de si mesmo” e alerta: “É preciso exibir tudo o que se é; ou, mais exatamente, fazer uma sorte de curadoria permanente daquilo que se está ou se deseja parecer, clamando sempre pela imprescindível aprovação alheia, pois essa será a instância capaz de conceder estatuto de verdade ao exposto. Refinando mais um pouco essa intuição, dir-se-ia que é necessário mostrar tudo o que cada um gostaria que os outros considerassem que se é, para assim receber o seu almejado apoio com o polegar para cima e outras forma do aplauso contemporâneo, pois somente esse gesto alheio será capaz de confirmar a própria existência ao lhe dar valor” (SIBILIA, 2018, p. 207).

tecnológica ali propagada. Teríamos, conforme as palavras de Roberto Mangabeira Unger, sucumbido à “ditadura da falta de opção” (UNGER *apud* MOROZOV, 2018, p. 35), na medida que fica à sensação de exclusão caso não questione ou não se use determinada tecnologia colocada à disposição pelas *Big Techs*.

As práticas desses conglomerados monopolistas de tecnologia comprometem não só a livre iniciativa, mas também colocam em xeque processos decisórios dos sistemas democráticos. A regulação e controle dessas empresas é complexo na medida em que as legislações nacionais não as alcançariam. Eugênio Bucci (2020) reflete:

Quando o vício do monopólio toma corpo num só país, e se é um país livre e democrático, a legislação nacional tem meios de contê-lo e de proteger a livre concorrência. No entanto, quando o monopólio é uma deformação global, as legislações nacionais não o alcançam. É esse o nosso problema agora. Como combater, com legislações nacionais, um monopólio global? Como deter esses dois supermonopólios globais? Por onde agir? Pela União Europeia? Pelo Congresso dos Estados Unidos? Por acordos multilaterais? Como fazer? Difícil responder. Difícil saber como agir.

As respostas a essas perguntas estão hoje no centro das preocupações mundiais, a ponto de se aventar que 2022 será o ano das normas de regulação das *Big Techs* pelo mundo, havendo verdadeira disputa entre países e regiões pelo melhor quadro regulatório¹⁰.

Conhecer o panorama em que se descortina o desenvolvimento da economia digital e o peso disso para cidadãos e consumidores em termos de proteção da privacidade, impõem a busca por soluções e, minimamente, a construção de

⁹ Shoshana Zuboff (2020, p. 291-292), por sua vez, alerta que: “sob o regime do capitalismo de vigilância, os indivíduos não renderizam sua experiência por escolha ou obrigação, e sim por ignorância e pela ditadura da falta de alternativas” (...) Capitalistas de vigilância impõem sua vontade dos bastidores, enquanto os atores encenam suas cantigas de transparência e concordância para o público”. A autora chama atenção para a “descoberta do superávit comportamental”, onde, “mais dados comportamentais são transmitidos do que o necessário para melhorias nos serviços. Esse superávit alimenta a inteligência de máquina – o novo meio de produção – que gera previsões do comportamento do usuário. Esses produtos são vendidos para empresas clientes em novos mercados futuros comportamentais. O ciclo de reinvestimento de valor comportamental é subordinado a esta nova lógica” (ZUBOFF, 2020, p. 118).

¹⁰ Conforme notícia compartilhada pelo Jornal *The Economist*, em 08 de Novembro de 2021: <https://www.economist.com/the-world-ahead/2021/11/08/antitrust-regulators-face-vibrant-competition-with-each-other>

uma base principiológica em que verdadeiramente se construa um ambiente de proteção dos titulares de dados. O princípio da autodeterminação informacional, sob o qual se ocupa na sequência, é o principal pilar desse sistema.

2. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL: HISTÓRICO, CAMINHOS E PROMESSAS DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

É de Dezembro de 1983, a paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que reconheceu o denominado “direito à autodeterminação informacional”. O precedente surge em razão da lei do Censo alemã, também de 1983, que determinava que os cidadãos fornecessem seus dados pessoais para fins de levantamento estatístico de distribuição geográfica e espacial da população. A estranheza por parte da população, que levou a uma série de ações junto a Corte Alemã, foi a falta de clareza e a opacidade de citada lei quanto a possibilidade de uso dos dados coletados para outros fins de natureza administrativa, que não o recenseamento (BIONI, 2019, p. 101).

O julgado fruto desses acontecimentos pautou-se, primordialmente, no reconhecimento da capacidade do indivíduo de ter a pronta disponibilidade de seus dados pessoais, firmando a Corte, na oportunidade, o entendimento de que, “cabe ao indivíduo decidir, com base em sua autodeterminação, quando e quais os limites das informações sobre sua vida privada poderão ser compartilhadas com outros”¹¹.

Segundo Bruno Ricardo Bioni (2019), “a relevância do julgado destaca-se por sua *ratio decidendi* sob dois aspectos: a) a proteção dos dados pessoais como um direito de personalidade autônomo e a compreensão do termo autodeterminação informacional para além do consentimento; b) a função e os limites do consentimento do titular dos dados”.

¹¹ Em tradução livre, do trecho em inglês: “the authority of the individual to decide himself, on the basis of the idea of self-determination, when and within what limits information about his private life should be communicated to others” (ROUVROY, POLLET, 2009, p. 45).

A decisão que historicamente serve de marco para as reflexões sobre a construção de um direito à proteção de dados, acaba por aprofundar os contornos da noção de privacidade, que ganha um *plus*, com o reconhecimento de um “novo direito da personalidade”.

Nessa medida, derivada, para alguns¹², da evolução dos direitos de personalidade, em especial, do direito à privacidade, a autodeterminação informacional brota da necessidade de se discutir a proteção dos dados pessoais. Rompe-se definitivamente, na sociedade informacional (e do “espetáculo do eu”), com as barreiras dicotômicas do público-privado¹³. O impacto da sociedade da informação na vida privada provoca um verdadeiro aprofundamento da noção de privacidade, que ganha outras camadas, como se denota pela construção da teoria dos círculos concêntricos (privacidade x intimidade x sigilo)¹⁴.

O “direito a ser deixado só” (COOLEY, 1888), na era da economia dos dados tem significado mais profundo e encontra no princípio da autodeterminação informacional, seu principal apelo. Não temos mais o mesmo controle sobre nossa privacidade. A comunicação e interação feitas por meio de tecnologias digitais que, no fundo, conhecemos pouco e “ignoramos as profundas transformações em jogo e suas consequências” (PARRA, 2018), reforçam a importância de se reconhecer a evolução e desdobramentos da privacidade na atualidade. Nas redes cibernéticas, muitas vezes construídas por decisões automatizadas de fundo preditivo, o fluxo informacional leva à discriminação e a ofensa aos denominados

¹² Bruno Ricardo Bioni (2019, pp. 92-93) atenta para o fato de que a proteção de dados pessoas se afigura como um novo direito de personalidade, indo além dos posicionamentos que a reconhecem como uma evolução do direito à privacidade.

¹³ Vale pontuar a perspectiva de Henrique Parra (2018, p. 345): “Nesse caso, partimos de uma noção ‘relacional’ ou ‘contextual’ de privacidade. Em termos práticos, a privacidade realiza-se como a capacidade de delimitar a fronteira entre aspectos privados e públicos de nossa existência. Acontece que, num contexto de crescente mediação das tecnologias digitais, essa capacidade é sempre ‘negociada’, mediada, com os artefatos por meio dos quais interagimos”.

¹⁴ A denominada “teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada”, ganhou especial relevo a partir da década de 1950, com o trabalho dos juristas alemães Heinrich Hubmann e Heinrich Henkel. Os autores construíram um arquétipo epistemológico que diferencia as esferas (em círculos concêntricos) do privado, do íntimo, do secreto e do público. Nessa representação, coloca-se na circunferência externa a privacidade, na intermediária aloca-se o plano da intimidade e, por fim, na esfera mais interna e o menor dos círculos estaria o segredo (BELTRÃO, 2005).

“dados sensíveis”, que se encontram na esfera mais profunda da intimidade (sigilo).

Assim sendo, passa-se de uma perspectiva individualista de privacidade para a construção de uma dimensão coletiva, pautada na solidariedade e que tem nas palavras de Stefano Rodotà (1995), seu principal eco:

(...) a evocação da privacidade supera o individualismo tradicional e se dilata em uma dimensão coletiva, a partir do momento que não se considera mais o interesse do indivíduo enquanto tal, porém como membro de um determinado grupo social.

É exatamente essa dimensão coletiva que reconfigura a conotação contemporânea da proteção da privacidade, “que manifesta-se sobretudo (porém não somente) através da proteção de dados pessoais; e que deixa de dar vazão somente a um imperativo de ordem individualista, mas passa a ser a frente onde irão confluir vários interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana, fazendo com que na disciplina da privacidade passe a se definir todo um estatuto que englobe as relações da própria personalidade com o mundo exterior” (DONEDA, 2019, p. 47).

Por conta de todo esse desenvolvimento, o princípio da autodeterminação informacional segue sendo um dos pilares das normas sobre proteção de dados ao redor do mundo. Foi realidade na Diretiva 95/46/CE da União Europeia, que por sua vez se transpôs no Regulamento Geral de Proteção de Dados, a *GDPR* (2015) e inspirou a normativa brasileira - a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, de 2018 (art. 2º, inciso II).

O Brasil avança de forma tardia na proteção de dados, restando historicamente essa proteção salvaguardada pelos direitos do consumidor (art. 43 do CDC) e da amplitude presente na cláusula geral da personalidade (art. 5º, X, XI e XII da CF/88 e art. 11 do Código Civil).

Atualmente ganha força e importância no ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade de se reconhecer a proteção de dados pessoais como direito autônomo, o que se faz com o avançado trâmite do Projeto de Emenda Constitucional n. 17 (PEC 17), que a incluirá ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º.

De forma pontual, o artigo 2º da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), tem, em seu inciso II, como fundamento da proteção de dados, a autodeterminação informativa. Mas isso definitivamente não é o bastante. Existe um abismo entre o

histórico e os caminhos dessa construção terminológica e os titulares de dados. Promessas vazias não garantem a efetividade de direitos. A estrutura protetiva e garantidora da concretização desses direitos deve ter a exata noção das desigualdades sistêmicas que fazem parte de nossa realidade.

É também necessário não fazer vista grossa ao contexto em que esse princípio se desenrola. É, no mínimo, inocente, apostar todas as fichas no consentimento como instrumento concretizador da autodeterminação informacional. Não bastará também repousar no texto da LGPD, os denominados “Direito Arco” (art. 18), que oferecem aos titulares de dados o direito de acessar, retificar, cancelar ou se oporem aos dados, se não existem meios e facilitadores para a efetivação dessas medidas.

Como lucidamente aponta Schwab (2016, p. 77), “na sociedade da informação atual, as assimetrias de informações podem levar a grandes assimetrias de poder, pois aquele que detém o conhecimento necessário para operar a tecnologia também detém o poder para operá-la. Uma entidade com acesso *root* (acesso total) é quase onipresente. No entanto, dada a complexidade para a plena compreensão dos aspectos técnicos subjacentes e potenciais das tecnologias modernas, é possível que surjam desigualdades crescentes entre indivíduos conhecedores da tecnologia – que compreendem e controlam essas tecnologias – e aqueles que a conhecem menos – os usuários passivos de uma tecnologia que não entendem”.

Dessa feita, percebida a dimensão coletiva de privacidade é preciso contrapô-la ao fato de que nossas redes de comunicação, como visto no tópico anterior, estão nas mãos de um conglomerado monopolista de empresas privadas e, por certo, que a privacidade nos deve ser um bem ainda mais caro. Decerto que a percepção acerca da noção coletiva de privacidade não é nova, na medida que evolutivamente todos os direitos de personalidade experimentam esse viés solidarista. O que torna tudo particularmente diferente na economia dos dados é que a nossa privacidade estaria se tornando uma mercadoria (MOROZOV, 2018, p. 36)

Nessa medida, não bastaria a proteção legislativa da privacidade assentada no princípio em foco neste capítulo. Segundo reflete Evgeny Morozov

(2018, p. 34) existe um custo crescente na privacidade, dependente do uso adequado das ferramentas e, portanto, algo caro e que não é acessível a todos¹⁵.

A desigualdade é um referencial basilar quando se pensa a dita “revolução 4.0”. A ruptura, o monopólio global muitas vezes paralisante não pode representar nossa impotência como titulares de dados. Schwab (2016) reitera que, “faz parte de nossa responsabilidade garantir que estabeleçamos um conjunto de valores comuns que norteiem escolhas políticas, bem como realizar as alterações comuns que norteiam escolhas políticas, bem como realizar as alterações que vão fazer que a quarta revolução industrial seja uma oportunidade para todos”.

Com os pés no chão, reflete-se, no fim deste capítulo, tal e qual proposto por Morozov (2018, p. 15), ao questionar: “Quão genuína era a promessa de emancipação implícita nos primórdios da cibercultura? Teria sido possível outro rumo, se os cidadãos assumissem o controle? Ainda nos resta a esperança de retomar a soberania popular na tecnologia?”.

É o que se pretende refletir no tópico seguinte.

3. O BOM E VELHO COOPERATIVISMO COMO RESPOSTA ÀS INEFICIÊNCIAS DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL E AOS PERIGOS DA ECONOMIA DIGITAL

Diante do cenário até aqui descrito, reconhecendo-se as dificuldades (e o atrativo apelo) do tema, as fragilidades de consumidores e cidadãos, a opacidade da economia de dados, bem como o “mito do consentimento” (RODOTÁ, 1973), como elemento prático da autodeterminação informacional, o caminho mais óbvio é o da busca por alternativas. O cooperativismo nasce, historicamente, dessa busca por alternativas. E não é só. Em um panorama de “tecnorre-sistências” (BRUNO *et al*, 2018), surgem “comunidades de afetados”, como (...) “portadoras de práticas, conhecimentos e modos de organização que contribuem

¹⁵ Morozov (2018, p. 36), pontifica: “A privacidade está se tornando uma mercadoria. Como se consegue privacidade hoje em dia? Basta perguntar a qualquer hacker: somente aprendendo a usar as ferramentas adequadas. A privacidade deixou de ser uma garantia ou uma coisa de que desfrutamos gratuitamente: agora temos de gastar recursos para dominar as ferramentas. Esses recursos podem ser dinheiro, paciência, atenção – dá até para contratar um consultor que se encarregue de fazer tudo isso -, mas a questão é que a privacidade hoje é algo caro”. O autor alerta para as desigualdades que nascem desse cenário, ficando os mais pobres à margem de proteção e entendimento desse cenário.

para tornar visíveis alguns problemas ainda imperceptíveis para outras populações” (PARRA, 2018, p. 342).

Com a pandemia de Covid-19 e a imposição de monitoramentos em nome da saúde coletiva, as fragilidades dos dados e o aumento das desigualdades sociais demandam a construção urgente de uma economia e uma *internet* que funcione para todos. Mais do que nunca é chegada a hora de se buscar alternativas e dar um passo além, colocando no centro de todas as reflexões o titular desses dados. Nesse desenho atual, Henrique Zoqui Martins Parra, traz relevantes questões que inspiraram o desenvolvimento do presente estudo, em sendo:

Que formas a resistência e a ação criativa podem assumir diante da sociedade de controle? É possível resistir através das mesmas tecnologias que a constituem? Como construir uma fora? Quais são os efeitos de poder e as formas de produção de valor, os regimes de dominação e hegemonia que emergem quando boa parte de nossa interação e comunicação digital acontece mediada por tecnologias corporativas (do *hardware* ao *software*, dos *smartphones* às plataformas como Google e Facebook)? Que relações de autonomia podemos estabelecer quando desejamos e produzimos os próprios ambientes que informam e controlam nossa vida tecnicamente mediada? (PARRA, 2018, p. 341).

O autor, como proposta para esses questionamentos, acaba por reconhecer a evolução da noção de privacidade, uma vez que propõe a regulação da privacidade em meios digitais enquanto um *commons*, “algo cuja existência depende de uma comunidade que a sustenta e cujo usufruto depende de direitos coletivos e de uma gestão compartilhada”. O autor propõe que o tema seja tratado da mesma forma com que pensamos a saúde coletiva ou questões ambientais, construindo-se um universo de direitos de titularidade difusa, inspirados na legislação socioambiental (PARRA, 2018, p. 345).

Trebor Scholz (2017), por sua vez, em sua obra “cooperativismo de plataforma”, que também serve como referencial teórico para este artigo, faz seu diagnóstico do momento em que vivemos afirmando que “o capitalismo de plataforma, até agora, não tem sido efetivo em atender às necessidades do bem comum. O que inicialmente parecia inovação rapidamente aumentou o volume da desigualdade de renda” (SCHOLZ, 2017). Nessas bases, o autor propõe plataformas de propriedade coletiva, geridas pelas pessoas que efetivamente geram valor nessas plataformas, sendo capaz de alterar “o modo como pessoas comuns pensam sobre suas relações na Internet”. Nessa premissa, questiona-se, permanentemente, se a inovação surge para extrair valor ou para circular esse valor entre as

pessoas. É a provocação proposta por John Duda ao questionar: “Como podemos aprender lições da longa e emocionante história das cooperativas e trazê-las para a era digital?” (DUDA, 2015).

Para além do cooperativismo de plataforma que se apresenta como alternativa às novas formas de produção e nas relações de trabalho, a proposta por detrás do cooperativismo de dados pressupõe um design protetivo e preventivo, sob a responsabilidade dos próprios titulares de dados, a contribuir, verdadeiramente, para a edificação de uma cultura de proteção de dados. Pressupõem a construção de uma governança, cujo gerenciamento de dados pertence aos seus membros. O *design* desse modo de articulação pressupõe escolhas dos atores envolvidos em regras por eles desenvolvidas, definindo-se o que é capaz de gerar valor e quais as áreas de aplicação das informações coletadas. Nessa medida, a coleta, uso, armazenamento e tratamento dos dados é feito no seio das comunidades, direcionando a tomada de decisões para mudanças sociais positivas.

Na construção desta perspectiva, cite-se a relevante contribuição de Mayo Fuster e Ricard Espelt (2019), na missão de definir os principais pilares para a democratização da economia de plataforma, representados por uma estrela de seis pontas, em sendo: i) um modelo econômico pautado na noção de economia justa; ii) a constituição de uma governança democrática; iii) a noção de responsabilidade social, firmada na inclusão e equidade; iv) o impacto social positivo; v) a concepção de “dados comuns” (partindo-se da arquitetura de infraestrutura e do licenciamento de conteúdo) e; vi) uma tecnologia baseada em um modelo sustentável, com o uso de tecnologia livre e aberta. O potencial da aplicação desses pilares para o cooperativismo de dados personificam premissas importantes, que reiteram que o propósito dos dados deve ser positivo para a coletividade.

Não faltam iniciativas pioneiras no cooperativismo de dados, tais como a *Salus Coop*, a *MIDATA* e a *Polypoly Data*. Essa última, a *Polypoly Data*, deixa claro em sua página inicial na *internet*, o panorama focal das reflexões deste texto: “*If you are not paying for it, you’re not the customer; you’re the product being sold*” (em tradução livre: “se você não está pagando por isso, você não é o cliente; você é o produto que está sendo vendido”). A plataforma deixa claro, desde o princípio, sua real

missão, que é a de buscar igualdade nas plataformas de modo que qualquer pessoa seja soberana sobre seus dados e possa agir de igual para igual, uns com os outros¹⁶.

A *PolyPoly Data* serve de referencial a esse estudo, na medida que se apresenta como uma iniciativa formada por acadêmicos, advogados, ativistas e gestores de políticas públicas que se reuniram pelo ideal comum de que, “*Data can be done better through cooperatives*”¹⁷. Juridicamente estruturada como uma Fundação, a *PolyPoly* se apresenta como uma organização não governamental que tem como missão servir ao interesse público e tem como objetivo central remover os obstáculos legais, políticos e tecnológicos que impedem o crescimento de uma economia de dados sustentável que beneficie todos os envolvidos. Como fundação se dedicam a uma atuação baseada na equidade e transparência¹⁸.

O cooperativismo de dados nos termos construídos pela *PolyPoly Data*, encontra-se fundamentado nas diretivas da União Europeia para a proteção da dados, mas se coloca à disposição para orientações sobre a construção desse cooperativismo como missão a ser alcançada em todo o mundo, sob a ideia de que juntos podemos fazer mais e, em especial, “juntos podemos recuperar a soberania sobre nossos dados”¹⁹. O principal instrumento colocado à disposição dos cooperados é a ferramenta denominada de “*PolyPod*” que pode ser baixada da página da cooperativa²⁰. O aplicativo armazena os dados pessoais do usuário que tem a liberdade para escolher como seus dados serão disponibilizados, seja em forma de doação ou seja por aluguel. Se houver troca de dinheiro, a cooperativa recebe uma pequena porcentagem que é distribuída a todos os cooperados.

¹⁶ Conforme descrição no sítio público da *PolyPoly* na internet: “*We intend to level the playing field so everyone has complete sovereignty over their data and can act on equal terms with one another*”. Disponível em: <https://polypoly.org/en-gb/>. Consulta em: 07 Outubro 2021.

¹⁷ Em tradução livre: “Dados podem fazer mais por meio de cooperativas”.

¹⁸ “Polypoly Foundation is a non-profit organisation that aims to serve the public interest. Its core objectives are removing the legal, political, and technological obstacles impeding the growth of a sustainable data economy that benefits all stakeholders. The foundation is dedicated to fairness and transparency in all its actions”. Missão disponível em: <https://polypoly.org/en-gb/foundation>. Consulta em: 22 de Novembro de 2021.

¹⁹ “The core idea of every cooperative is to achieve more together. Together we can reclaim sovereignty over our data!”.

²⁰ Disponível em: <https://polypoly.coop/en-de/polypod>. Consulta em: 22 de Novembro de 2021.

O cenário é promissor, tendo a *DigiLabour* lançado em 29 de junho, o *Observatório do Cooperativismo de Plataforma*²¹, se debruçando sobre o compromisso de construir um *hub*²² para o cooperativismo de plataforma no Brasil, para a produção e circulação de conteúdos sobre o tema. Em sua página principal na internet, o Observatório chama o público a construir e conhecer alternativas às grandes plataformas digitais e coloca como os princípios do cooperativismo de plataforma, a governança democrática, o trabalho decente, dados para o bem comum e o incentivo à economia local. A respeito do eixo que nos interessa, “dados para o bem comum”, o Observatório reitera: “Dados de posse da comunidade, não extraídas pelas grandes plataformas”²³.

Muito ainda precisa ser refletido. Em muito se faz necessário avançar. Fica, por fim, o alerta de Nathan Schneider, em entrevista à *DigiLabour*, em 2019, ao pontuar: “Eu me convenci de que não chegaremos a lugar algum simplesmente copiando os modelos corporativos, colocando uma estrutura cooperativa neles e assumindo que as massas virão até nós. Isso não vai acontecer. As cooperativas mais poderosas em todo o mundo são aquelas que tiveram sucesso porque funcionam de uma forma que o modelo de propriedade dos investidores simplesmente não pode ou não vai funcionar. Esta é uma lição da História”²⁴. Fica a lição. Que seja permanente o entendimento de que diferentes escolhas e possibilidades se fazem necessárias. As regras do jogo precisam ser claras e, nesse ponto, o cooperativismo de dados já tem muito com o que contribuir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se comprometeu a revisitar as principais características da economia digital e seu impacto sobre os dados pessoais. Em uma realidade hiperconectada, cujos maiores trunfos são a celeridade e a descentralização, os

²¹ Mais detalhes em: <https://digilabour.com.br/2021/06/17/lancamento-do-observatorio-do-cooperativismo-de-plataforma/>.

²² Conforme missão do Observatório em sua página na internet: “O Observatório do Cooperativismo de Plataforma tem a missão de ser um hub para a discussão e a construção dessas iniciativas no Brasil”.

²³ Como se vê em: <https://cooperativismodeplataforma.com.br/>. Consulta em 22 Novembro 2021.

²⁴ Entrevista disponível em: <https://digilabour.com.br/2019/04/25/nao-basta-copiar-os-modelos-corporativos-e-colocar-uma-estrutura-cooperativa-entrevista-com-nathan-schneider/>. Consulta em: 22 Novembro 2021.

negócios fluem em ambientes e fazem uso de tecnologias sobre as quais entendemos muito pouco. Coletam-se cada vez mais informações sobre o indivíduo em uma perfilização que acaba por reduzi-lo a uma classificação qualquer. Tal processo, construído muitas vezes sob a dependência de tecnologias de Inteligência Artificial podem promover condutas discriminatórias e até atos de segregação. Agravam esse cenário o fato de que o manuseio do enorme volume das informações que hoje circulam pelos meios digitais, encontram-se na mão de um monopólio global de empresas. Instaura-se um verdadeiro domínio feudal na sociedade dadocêntrica.

Nessa medida, diante do cenário descrito ao longo deste texto, reconhecendo-se as dificuldades, o atrativo apelo comportamental que prima pelo aspecto preditivo contido em nossos cliques e *likes*, as fragilidades de consumidores e cidadãos diante da opacidade da economia de dados, ganha destaque no presente trabalho o princípio da autodeterminação informacional e a permanente busca por alternativas de controle dos dados por seus titulares (no que, historicamente, o cooperativismo tem seu valor).

Para além do aspecto histórico e axiológico contido na construção do princípio da autodeterminação informacional, é preciso que efetivamente se sinta o peso prático do mesmo na vida dos titulares de dados. Não basta uma estrutura governamental ou as supostas boas intenções dos agentes de tratamento dos dados em criar um ambiente regulatório atraente e condizente com o cumprimento da legislação sobre dados. É preciso a construção de uma consciência a respeito da centralidade desses dados pessoais por parte de seus titulares. É nesse viés que o cooperativismo de dados entra em cena.

O movimento em direção ao cooperativismo de dados na Europa se encontra bastante avançado e, portanto, a opção de se traçar algumas considerações a respeito da iniciativa da *PolyPoly Data* (PolyPoly.coop), no sentido de se construir uma economia de dados que seja mais justa, transparente e sustentável. O caminho é longo e os modelos a serem construídos passarão por muitos ajustes e questionamentos. A nosso ver, o principal papel do movimento em direção ao cooperativismo de dados está na educação e esclarecimento dos mais vulneráveis, servindo à democratização das plataformas e voltado à concretização de uma soberania popular na era digital.

Certamente que a tecnologia é capaz de criar um ambiente de negócios e serviços de impacto, resta saber, permanentemente, se esses negócios e serviços

não representam ofensas a direitos, fragilizando seus principais atores/cidadãos/consumidores. Aqui se assenta o papel do Direito e o que impulsionam as constantes reflexões a respeito de mudanças dogmáticas substanciais e reestruturação de iniciativas historicamente conhecidas, como é o caso do cooperativismo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo; ZANNATA, Rafael Augusto Ferreira. Dados pessoais abertos: pilares dos novos mercados digitais? RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 155-178, nov-dez 2019.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo como o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; GUILHON, Luciana; KANASHIRO, Marta (Orgs.). Tecnopolíticas da vigilância. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BUCCI, Eugênio. As big techs conseguiram um feito inacreditável: são empresas monopolistas em escala global. Instituto Humanas Unisinos, disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/602118-as-big-techs-conseguiram-um-feito-inacreditavel-sao-empresas-monopolistas-em-escala-global-entrevista-especial-com-eugenio-bucci>.

CHRISTENSEN, Clayton M. What is Disruptive Innovation? Harvard Business Review, 2015, disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 05 Julho 2021.

COOLEY, Thomas McIntyre. Treatise of the law of torts. Callaghan, 1888.

DOWBOR, Ladislau. O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais. São Paulo: Edições Sesc, 2020.

DUDA, John. Platform Cooperativism: The Internet, Ownership, Democracy, 2015, disponível em: <https://vimeo.com/149401422>.

GILES, Martin. It's time to rein in the data barons. MIT Technology Review, 2018, disponível em: <https://www.technologyreview.com/2018/06/19/240453/its-time-to-rein-in-the-data-barons/>. Acesso em: 06 Junho 2021.

LYON, David. Cultura de vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; GUILHON, Luciana; KANASHIRO, Marta (Orgs.). Tecnopolíticas da vigilância. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

MORELLI, Mayo Fuster; ESPELT, Ricard. A Framework to Assess the Sustainability and the Pro-Democratization of Platform Economy - The Case of Barcelona. UN Social and solidarity Economy, 2019, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/334390576>, acesso em: 06 Julho 2021.

MOROZOV, Evgeny. Por que estamos autorizados a odiar o Vale do Silício. In: MOROZOV, Evgeny. Big Tech. São Paulo: Ubu, 2018.

PARRA, Henrique Zoqui Martins. Experiências com tecnocratas: resistências na política do digital. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; GUILHON, Luciana; KANASHIRO, Marta (Orgs.). Tecnopóliticas da vigilância. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

PERELMUTER, Guy. Futuro Presente: o mundo movido à tecnologia. Jaguaré/SP: Companhia Editora Nacional, 2019.

RODOTÁ, Stefano. Tecnologie e diritti. Bologna: Il Mulino, 1995.

RODOTÁ, Stefano. Elaboratori elettronici e controllo social. Bologna: Il Mulino, 1973.

ROUVROY, Antoinette; POULLET, Yves. The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy. In: GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; DE HERT, P.; DE TERWANGNE, C. (Org.). Reinventing Data Protection? Springer: Dordrecht, 2009, pp. 45-76.

SCHOLZ, Trebor. Cooperativismo de Plataforma. Tradução Rafael Zanatta. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

SIBILIA, Paula. Você é o que o Google diz que você é. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; GUILHON, Luciana; KANASHIRO, Marta (Orgs.). Tecnopóliticas da vigilância. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniela Moreira. São Paulo: Edipro, 2016.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

A VifacialGILÂNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NA SOCIEDADE DE CONTROLE - USOS E CONTROVÉRSIAS DE TECNOLOGIAS DIGITAIS.

Clóvis Ricardo Montenegro de Lima

Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, Rio de Janeiro, Brasil.
clovismlima@gmail.com

Valéria Cristina Lopes Wilke

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
valeria.wilke@unirio.br

Elisângela Faustino

Universidade Federal de Santa Catarina, Spremberg, Alemanha
lisafaustino@gmail.com

Flávia da Silva Carvalho

Universidade Federal Fluminense, Petrópolis, Brasil
flaviaslvcarvalho@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A pandemia global da Covid-19 que emerge na China no início de 2020 traz consigo uma confluência de infecções virais com letalidade elevada com doenças respiratórias e coagulopatias difusas mortais, ao lado de tentativas, erros e controvérsias em torno das medidas de prevenção e controle e dos procedimentos terapêuticos adequados.

A ameaça e o medo tem o poder de fazer os seres humanos encontrarem e enfrentarem a sua finitude, buscando ir além dos seus limites. A pandemia da Covid-19 causa profundas mudanças globais porque, sendo uma doença infecciosa viral nova, avança dentro da sociedade sem que esta possa interpor medidas de prevenção eficazes ou realizar cuidados terapêuticos específicos.

Quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) declara alerta sanitário global em fevereiro de 2020, as autoridades médico-sanitárias sabem pouco ou quase nada para resistir à disseminação do vírus. Cabe antecipar duas questões pertinentes: a proteção específica contra infecções são as vacinas, e os vírus respiratórios sofrem mutações que dificultam o desenvolvimento de vacinas.

Assim, sem ter instrumentos específicos para a prevenção da Covid-19 os governos nacionais usam das ferramentas tradicionais das sociedades disciplinares: das medidas extremas de confinamento domiciliar geral às medidas parciais de vigilância epidemiológica com a testagem sorológica em massa para detecção do vírus, o isolamento social dos casos detectados e procedimentos como uso de máscaras e higiene.

Os procedimentos de vigilância epidemiológica incluem a identificação e o controle dos infectados e dos seus comunicantes nas comunidades, bairros e cidades. Este procedimento de vigilância e controle faz uso de uma tecnologia digital disponível: a geolocalização de infectados e de todos os que entraram em contato com eles. Em termos claros: faz-se a localização com uso dos celulares.

Apesar de ser largamente usada por aplicativos desenvolvidos por empresas privadas e redes sociais, a geolocalização, quando empregada por governos e autoridades sanitárias, desencadeia reações e discussões sobre a privacidade dos cidadãos. Há um conflito e debate de argumentos entre interesses comunitários e liberdade individual.

Neste artigo apresenta-se a democracia deliberativa proposta pelo filósofo e sociólogo alemão Jurgen Habermas como modo de equacionar interesses comunitários republicanos e as liberdades individuais. Busca-se responder se o controle da pandemia da Covid-19 pode usar meios de rastreamento e controle dos indivíduos.

O interesse por esta discussão extrapola o caso específico, pois o Estado pode usar este potencial das redes de celulares para localizar e controlar pessoas em outras situações. Por outro lado, os cidadãos podem não querer ser localizados em nome da sua liberdade de ir e vir.

2 VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA DA COVID-19: RASTREAMENTO DIGITAL E CONTROLE DE DOENÇAS

A partir da pandemia da nova doença infecciosa que emergiu na cidade chinesa de Wuhan, a OMS declara o alerta sanitário global e os sistemas nacionais de vigilância epidemiológica nacionais são acionados para responder ao chamado de formas distintas, conforme o país.

Observa-se uma sequência de posicionamentos para o enfrentamento do novo vírus Sars-Cov-2: primeiramente repressão de divulgação na China, com

resposta imediata de países vizinhos como Taiwan, depois a minimização da doença por parte de alguns países como a Inglaterra e os Estados Unidos, passando por análise cuidadosa chefiada por líderes da União Europeia e Oceania rodeados de cientistas evidenciados.

Nestas circunstâncias abre-se espaço para as investidas contínuas de corporações sedentas de novas oportunidades comerciais, assim como reativação e atualização de instrumentos de vigilância com o intuito de controle da doença, como ocorreu, principalmente, nos países asiáticos.

A vigilância sanitária e epidemiológica para a pandemia da Covid-19 conta com o uso massivo de tecnologia, além de orientações como o isolamento social e medidas de higiene de lavagem das mãos e uso de máscaras.

As estratégias com uso da tecnologia parecem ser eficazes e abrangentes, principalmente, pelo fato de fornecerem dados quantitativos e concretos quanto à evolução da doença e/ou o sucesso das medidas de controle. Em diferentes frentes a tecnologia se mostra um instrumento flexível, adaptando-se aos objetivos de combate ao Covid-19 proferidos pelos cientistas, assim como para os governos. Todos os mecanismos tecnológicos encontram facilidades de uso em uma sociedade contemporânea caracterizada pela conectividade, transparência, instantaneidade e eficiência.

Os países europeus disponibilizaram para seus cidadãos aplicativos para serem usados em smartphones, a partir de parcerias com empresas de tecnologias e de telefonia móvel, destinados para que o rastreamento de contatos fosse possível. O uso de drones em Madrid auxiliou a polícia a monitorar as aglomerações (DOFFMAN, 2020).

Viana (2020) menciona que na Alemanha foram usadas selfies e pulseiras eletrônicas para monitorar os sinais vitais das pessoas. Nos Estados Unidos, os rastreamentos de casos são auxiliados por corporações como Google e Apple, que, além de disponibilizarem interfaces para o desenvolvimento de aplicativos, também contribuem construindo a possibilidade de reconhecimento de aparelhos por bluetooth, posteriormente usados por outros países (OLHAR DIGITAL, 2020).

No Brasil, devido à negligência do governo federal na coordenação ações do SUS para controle e prevenção do novo coronavírus, cada estado executa distintas estratégias, incluindo o uso de aplicativos. Estados como São Paulo e Rio de Janeiro trabalharam com geolocalização dos seus cidadãos em parceria

com empresas de telefonia, que aglomeram e tornam os dados anônimos disponíveis em nuvens. Outros estados aderem à tecnologia que se baseia nas informações dadas por uma companhia de segurança digital, que proporciona aos governos o índice de isolamento social por regiões (SCHREIBER, 2020).

Na cidade de Florianópolis utilizou-se a tecnologia batizada de Smart Tracking, que funciona a partir do cadastro voluntário que gera o QR Code, que é apresentado nos ambientes por onde seus portadores passam. Esse processo gera um banco de dados que é acessado pelas autoridades médicas, que informam ao sistema que o proprietário de determinado código está contaminado e assim os outros usuários ficam sabendo se tiveram no mesmo ambiente que este cidadão, tudo sem identificação pessoal.

O sistema é apresentado como seguro e desprovido de ameaça quanto a invasão de privacidade, por se considerar não rastreador. No Brasil houve também uso de câmeras de segurança que comprovam que pessoas com Covid-19 estavam circulando nos espaços públicos ao invés de estarem isolados.

Estas informações sobre vigilância digital no controle da pandemia demonstram o encontro entre a situação emergencial com demandas que se convergem para o um uso potencial e exploratório deste cenário. Por um lado, há empresas ligadas à tecnologia que podem desenvolver instrumentos direcionados para a função de controle e prevenção da doença, mas que também criam um ambiente propício à apresentação de outros elementos que se farão necessários pós-pandemia em diferentes aspectos.

O Estado pode dispor de informações para orientação das políticas públicas no estado de emergência sanitária, ao mesmo tempo que as condições se mostram favoráveis ao flerte com o desenvolvimento de mecanismos que cerceiam a privacidade e a liberdade de seus cidadãos.

O que se tem observado é que o grau de experiências do Estado, por meio de suas estruturas de poder, com o avanço tecnológico, refere-se à clareza do tratamento dos dados, que interfere diretamente no nível de conflitos gerados por estes avanços e possibilidades de uso dos mesmos, assim como as propriedades intrínsecas do tecido social formador do lugar que se analisa.

Alguns países orientais dispunham de estrutura legal e prática para a aplicação da vigilância e controle em decorrência de outras epidemias, como a de 2003, provocada por vírus da mesma família do coronavírus. Essa experiência

anterior causou a situação descrita por Max Kim (2020), que observa que governantes da Coreia do Sul, impressionados com a propagação do vírus pelo país, além de estabelecer quarentena doméstica obrigatória, recorreram ao uso de aplicativo de smartphone para o monitorar cidadãos e para rastrear, via sistema de geolocalização, as pessoas que interrompiam por conta própria o lockdown. O aplicativo (chamado de *Self-quarantine safety protection*) foi desenvolvido pelo Ministério do Interior e da Segurança, sob a alegação de contribuir para gerenciamento dos casos e para evitar a situação de pessoas “super spreaders”, e lançado nas versões Android e IOS.

Esse aplicativo se enquadra dentro de medidas médico-sanitárias tomadas para a controle e prevenção da Covid-19, que incluía também a ordem médica que proibia portadores do vírus de deixar o local de cumprimento da quarentena e de manter contato com não infectados mesmo dentro de casa. As autoridades sanitárias reconhecem que o aplicativo funciona como serviço de suporte, uma vez que faz parte das medidas voltadas para acompanhamento e monitoramento dos infectados, e para a contenção da sua circulação e do aumento de casos.

No início do enfrentamento da pandemia em Israel, uma crise política se abriu porque o governo Netanyahu tratou de monitorar emergencialmente celulares de prováveis infectados. A tarefa esteve a cargo da agência Shin Bet de combate ao terrorismo. Mesmo invocando a urgência para não buscar a aprovação prévia dessa medida no parlamento, a determinação foi levada à Suprema Corte de Israel (Reuters, 19 março 2020).

A agência também comunica que, no começo da pandemia, entre as medidas iniciais implementadas pelo governo russo, a polícia de Moscou recorreu à tecnologia de reconhecimento facial para identificar pessoas que teriam violado a determinação de quarentena.

Outro fato que ganhou notoriedade no início da quarentena foi um acontecimento na cidade do México: a Uber suspendeu dois motoristas e contas de 240 usuários do aplicativo que teriam transitado nos carros desses condutores. Eles, por sua vez, teriam tido contato com um turista infectado pelo Covid-19, que passou dois dias na cidade em janeiro de 2020, antes de seguir viagem para os EUA, onde testou positivo. As suspensões decorreram da precaução por receio de ampliar a disseminação do vírus.

A União Europeia já dispunha de legislação para fins de proteção de dados desde 2015, enquanto o Brasil foi surpreendido pela necessidade do uso

dos meios e dados digitais na pandemia em 2020 enquanto sua Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD ainda estava em trâmite pelo Congresso Nacional.

Os instrumentos de vigilância epidemiológica, por si só, provocam tensão nas estruturas e seu nível de abalo está ligado à gravidade da doença a ser controlada e à estrutura política, econômica e cultural da sociedade e os dispositivos usados para sua efetivação. As reações provocadas pelo encontro destas variáveis podem ser utilizadas para avaliar tanto a efetividade das estratégias para controle da pandemia, e também para refletir sobre os elementos que são convocados a participar deste processo.

3. CONTROVÉRSIAS E CONFLITOS DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E DA SOCIEDADE DO CONTROLE

Essas controvérsias e conflitos em torno da vigilância digital serão avaliadas partindo-se do que, na esteira da análise de Giles Deleuze, tornou-se conhecido como sociedade de controle, uma vez que é relevante o uso intenso das tecnologias de vigilância durante a pandemia de Covid-19, a partir do seu início em 2020.

Todas as sociedades, modernas ou anteriores à modernidade, ocidentais ou orientais, do norte ou do sul global, pressupõem dispositivos e instrumentos de controle social, sendo que mesmo as sociedades sem Estado contaram com mecanismos para a regulação das relações sociais. Os seres humanos, marcados pela temporalidade e historicidade, tornam-se humanos mediante o processo de assujeitamento, que guarda os sentidos de tornar-se sujeito e de ser submetido a algo. Essa regulação social age também sobre as formas de tornar-se sujeito.

Na contemporaneidade, tal processo transcorre em meio às grandes transformações e para elas também concorrem a revolução nas tecnologias de informação e mais recentemente o advento da internet. A análise de Deleuze (2008) sobre a sociedade do controle é uma das primeiras abordagens que considerou esses dois aspectos na reflexão da organização social.

No conhecido *Post-scriptum sobre a sociedade do controle* (2009), Deleuze chama atenção para o que Foucault detectou como um outro formato social, que estaria emergindo no cenário marcado pelo declínio da hegemonia da sociedade disciplinar, na qual, por sua vez, o confinamento e a vigilância assinalaram a modalidade social centrada em diferentes formas de enclausuramento dos indivíduos

em espaços fechados, cuja imagem e estrutura emblemáticas é o panóptico. Entretanto, segundo Deleuze (2008), na contemporaneidade era possível detectar que o confinamento não funcionaria tão a contento como antes, à proporção em que se percebia a crise dos espaços tradicionais de confinamento e também o aparecimento de novas formas de controle estabelecidas pelas transformações tecnológicas em curso. No diagnóstico deleuziano, os espaços estavam perdendo as fronteiras rígidas e se interpenetravam.

Manuel Castells (2005) indicou o aparecimento de novas formas espaciais que se conformam em termos de fluxos. Viver sem limites territoriais definidos, como na sociedade em rede, conduziria a experimentação de uma nova forma espacial, o espaço de fluxos.

Se o confinamento disciplinar moldou e adestrou os sujeitos na escola ou na fábrica ou qualquer outra instituição, na nova organização social Deleuze (2008) percebeu que o controle seria contínuo justamente pelo crescimento exponencial das trocas info-comunicacionais mediante a comunicação instantânea, facultada pelas tecnologias de informação digital; ele produziria, ademais, efeitos mais rapidamente ao não depender das instituições por excelência disciplinares, mas do próprio indivíduo que teria interiorizado a lógica empresarial, modelo da nova fase do capitalismo. Para o filósofo, a empresa seria como “uma alma” desses novos tempos.

Deleuze (2009) observou que a sociedade disciplinar se caracteriza pela assinatura que individualiza a pessoa e por algum número como, por exemplo, o de matrícula que o posiciona na massa. Contudo, na linguagem digital o controle é realizado pelas cifras que marcam o acesso às infovias e à informação ou a rejeição. Na sociedade que o filósofo viu emergir, a senha passou a ser o que singulariza o indivíduo e que ao ser aceita facultava-lhe o trânsito pelo espaço digital, tornando-se o instrumento que permite localizar e identificar as pessoas onde quer que estejam e naquilo que estiverem fazendo. Nesse contexto, as massas tornam-se amostras, informações de bases de dados, segmentos que podem ser rastreados, e analisados tendo em vista a percepção de padrões de comportamentos a serem capturados pelo mercado. No lugar do indivíduo e de massa – pares conceituais do Estado-nação da era industrial – apareceram outras figuras indicadas por Deleuze (2008), consumidor, *divíduo*, perfis, amostras, nichos de mercado, *targets*, bases de dados e para lidar com esses elementos têm sido criados permanentemente programas que capturam os dados essenciais para a economia de mercado.

Pode-se afirmar que as tecnologias de controle surgem da relação indissociável entre governos e empresas. As tecnologias de identificação, vigilância e de investigação estão baseadas em dois pressupostos essenciais: a assimetria no conhecimento dos códigos da rede e a capacidade de estabelecer um espaço determinado de comunicação suscetível de controle. As tecnologias de controle podem ser de identificação (senhas, procedimentos de identificação, cookies); de vigilância que permitem determinado usuário ser identificado por marcadores colocados para o rastreamento dos fluxos comunicacionais, a partir da localização e monitoramento das máquinas; de investigação que estão relacionadas à construção de bases de dados por meio de vigilância e armazenamento de informações, que podem ser recombinadas para se gerar os perfis informacionais agregados desejados.

No que concerne a essas tecnologias, em primeiro lugar, os controlados em geral desconhecem os códigos utilizados pelos controladores; em segundo, os modos de controles são exercidos em espaços definidos na rede, por exemplo, num provedor, numa empresa, numa universidade. Um elemento fundamental para o quadro da ampliação do controle é o desenvolvimento das tecnologias de coletas de dados, como as usadas no comércio eletrônico, que permitiram o recolhimento de cada informação a cada clique em algum ambiente da internet.

No quadro desta revolução informacional, as redes de comunicação digital passaram a ser o eixo central da sociedade interconectada, estruturada a partir das tecnologias de organização, processamento e fluxo e fluxo de informações. Não obstante toda a retórica e sensação de liberdade e de liberalidade presentes nas redes digitais, nelas subsiste forte teor de controle precisamente por meio do sistema info-comunicacional digital, que fornece a espacialidade para as trocas interativas daqueles que estão conectados, para os comportamentos interativos, para os diferentes tipos de trocas que ali se realizam mediante os fluxos informacionais circulantes pelas infovias e, por conseguinte, para os rastros deixados pelos transeuntes, que são armazenados, devidamente minerados e tratados, e, em última instância, concebidos como mercadoria.

A chamada “sociedade do controle” deleuziana opera, pois, pelos interesses da empresa, pela cifra e pela linguagem digital. Essa forma de organização social é realizada dentro do que a filósofa Shoshana Zuboff (2018, 2020) nomeia de *Capitalismo de Vigilância*. Ela afirma que o Big Data não consiste num efeito inevitável das tecnologias de informação mas, como elemento fundamental da

lógica do Capitalismo de Vigilância, e é usado na extração de dados dos que circulam pelas infovias para fins de previsão e modificação do comportamento humano, tendo em vista gerar receitas e controlar o mercado.

A origem do Big Data²⁵ é recente e as populações se tornaram as fontes de renda das corporações capitalistas de vigilância, pois elas são as fontes dos dados extraídos e comercializados e os indivíduos, dentro delas, os alvos finais da nova lógica de acumulação de informações e de capital. Em diálogo com Constantiou e Kallinikos, a filósofa Zuboff sustentou que os dados produzidos pelos interconectados transformaram-se em elementos intrínsecos à vida social e institucional, e à economia mundial. O *Big Data* reúne dados provenientes de transações financeiras, de bancos de dados governamentais e corporativos, de compras realizadas por qualquer cartão (mesmo as efetuadas nas lojas físicas), de registros médicos, de câmaras de segurança privadas e pública e dos smartphones e satélites, dos fluxos mediados por computador, dentre outros, e também os resultantes do trânsito frenético dos conectados usuários das multiplataformas digitais, nos seus momentos de consumo, entretenimento e de lazer.

Cada indivíduo conectado e que transita pelas infovias fornece as informações capturadas e segmentadas no *Small Data*, cujos fluxos de dados são os resíduos ou os rastros²⁶ dos indivíduos (*Data Exhauits*). Esse processo é conhecido como *Datification* e significa a transformação em dados de qualquer interação, mediada por máquina, de um indivíduo conectado no ambiente digital. Esse movimento faz com que pessoas, eventos, processos, objetos se tornem visíveis,

²⁵ Big Data é o termo que nomeia gigantescos volumes de dados produzidos e disponibilizados na internet; sua grande dimensão é quantitativa e qualitativa, pois implica o imenso tamanho e a diversidade, e a elas se soma a velocidade com que crescem, pois a utilidade dos dados depende da atualização constante.

²⁶ Como afirma Wilke: “Todo e qualquer trânsito pelo ambiente digital gera rastros a partir das informações fornecidas pelo próprio usuário por meio de seus acessos mediados pela internet. Esses rastros constituem os dados que são coletados, armazenados, tratados e vendidos por diferentes tipos de empresas que realizam essas ações, ou seja, eles passam pelo processo de *Mineração de Dados* que permite identificar dentre os usuários, os indivíduos suscetíveis a determinadas informações, inclusive as Fake News (mas não somente elas).” (WILKE, 2020, p. 19)

cognoscíveis, compartilháveis e, sobretudo, informações que podem ser comercializadas, num contexto em que o mundo renasce permanentemente como dados²⁷.

O diagnóstico de Zuboff é que nessa fase atual do capitalismo, o capitalismo de vigilância manifesta-se, por um lado, como nova forma de acumulação. Por outro, ele implica em nova forma de fazer política, a partir do contexto que ela nomeia de “des-contrato”, uma vez que na realidade do mundo mediado por computador, de fato, não aparecem novas formas de contrato, mas uma arquitetura universal de poder que a filósofa chamou de BIG OTHER: um novo regime institucional ubíquo, em rede que “registra, modifica, mercantiliza a experiência cotidiana [...]” (2018, p. 43), marcado por novo regime de conformidade administrado de modo privado e sustentado pela redistribuição unilateral de direitos.

Galloway (2004), por sua vez, ponderou que as redes da era da internet conformam o diagrama de poder dos protocolos de comunicação como formas de monitorar os rastros digitais na sociedade de controle.

A pandemia escancarou a sensação de medo estabelecida nas sociedades e nesse cenário, Estados e corporações têm utilizado o medo como ferramenta para vender segurança e proteção da vida, numa repaginação, em termos da estrutura info-comunicacional da época dos algoritmos e Big Data, de uma velha fórmula tantas vezes usada anteriormente. Essas ocasiões mostram que não é difícil instrumentalizar o medo para justificar e legitimar mais controle e mais vigilância.

No horizonte da sociedade em rede, a crescente necessidade de segurança evidencia que os dispositivos tecnológicos estão cada vez mais eficientes e que a integração entre mercado e governos vende a ideia da necessidade vigilância e controle como modo de apaziguarem a cultura do medo.

No contexto atual, pela própria lógica do modelo de negócios vigente na estrutura do capitalismo de vigilância, o rastreamento e monitoramento dos sujeitos individuais e coletivos que transitam pelas infovias é realizado no âmbito

²⁷ Todos esses dados são capturados online e processados continuamente pelas empresas voltadas para o Capitalismo de Vigilância, que operam para alcançar hiperescala de dados a custos quase nulos e baixas capacidades materiais. As receitas delas são de um novo tipo, os *ativos de vigilância*, e que são obtidos pela extração dos dados sem as devidas reciprocidades empresa-usuário.

comercial, ou seja, a própria estrutura que põe em funcionamento o sistema informacional contém dispositivos que permitem rastrear, monitorar, controlar e modular comportamentos.

Igualmente, eventos recentes da história política global revelam que essa forma empresarial de lidar com os dados dos usuários que transitam pela internet também é aplicada à ordem política e os casos mais emblemáticos estão associados à volta da extrema-direita à esfera pública, tais como as eleições de Modi, Trump e Bolsonaro e também à decisões como no plebiscito "Brexit".

A pandemia da Covid-19 aumentou a visibilidade dos usos de recursos da vigilância digital, empregados em determinadas situações ligadas à saúde pública, a fim de conter a circulação das pessoas ou de propiciar maior segurança frente à doença, ou que poderão ser ainda usados especialmente quando relacionados ao controle social das populações. Esse fato indica que, em meio à crise sanitária mundial, é necessário refletir sobre as possibilidades de uso dos dados garimpados e de informações tratadas e armazenadas, segundo a lógica e a estrutura do capitalismo de vigilância, para controle social sobre o indivíduo e as populações.

As épocas marcadas por grandes epidemias têm proporcionado diferentes tipos de iniciativas de controle e vigilância sobre as populações locais, em nome da sobrevivência e da saúde, e que variam conforme o escopo do conhecimento dos vetores causadores, da própria doença e das possibilidades de ação conforme o nível de desenvolvimento das forças produtivas.

A medicina moderna estabeleceu ao longo dos últimos séculos protocolos e procedimentos que os Estados incorporam como medidas médico-sanitárias para a saúde pública e como aparato jurídico-político. Em paralelo, o Estado-nação estabeleceu-se sobre a ideia das liberdades individuais e sobre os direitos e deveres da cidadania.

Na sociedade contemporânea, os Estados são atores importantes no jogo do capitalismo de vigilância, habilitados a desfrutarem do que a estrutura da sociedade em rede disponibiliza em termos de possibilidades de controlar o avanço da Covid-19 nas populações. Nesse sentido, afirmou o filósofo sul coreano Byung Chul Han (março 2020, s/p): “Pode-se dizer que as epidemias na Ásia não são combatidas apenas por virologistas e epidemiologistas, mas sobretudo por cientistas da computação e especialistas em big data. Uma mudança de paradigma sobre a qual a Europa ainda não aprendeu”.

4 INTERESSES COLETIVO, LIBERDADE INDIVIDUAL E POLÍTICA DELIBERATIVA

A pandemia de Covid-19 atualiza a discussão entre comunitarismo e liberalismo político. Indaga-se se o interesse coletivo autoriza o Estado a invadir a privacidade dos indivíduos. Propõe-se usar a ideia de uma democracia deliberativa de Jürgen Habermas, que busca conciliar o republicanismo com a liberdade política individual.

Pode-se observar que na sociedade de controle há uma simbiose entre individual e coletivo, quer dizer, a tecnologia de controle coleta dados pessoais e quase instantaneamente o individual desaparece para se tornar parte integrante de um coletivo e nesse contexto, a relação entre público e privado, empresas e governo determina ou se torna parte determinante no modo de se fazer política, influenciando diretamente no modo de governar.

A internet confirmou, através das redes sociais, a idealização quase irretida da liberdade individual e, mesmo que haja ciência de que essa liberdade tem como preço a coleta de todos os dados pessoais possíveis, se estabelece como válida a relação: de um lado, a sensação de “liberdade” e, do outro, o capitalismo de vigilância se nutre o Estado em volume de informações inédito.

Contudo, a internet, via redes sociais, não só atende aos anseios do pensamento liberal como dá espaço para o pensamento comunitarista, evidenciando as comunidades que se formaram e fortaleceram a partir dessas redes. A pandemia mundial de Covid-19 promoveu o retorno às discussões entre liberais e comunitaristas sobre as medidas para contenção e de controle.

A controvérsia entre liberais e comunitaristas está na pergunta: uma concepção do bom ou do bem comum pode conduzir a uma restrição de direitos fundamentais? Os comunitaristas acreditam que a resposta é clara: sim, o bem comum sempre prevalecerá; os liberais vão dizer não, direitos e liberdades fundamentais não podem ser sacrificadas em nome de uma concepção do bom ou do bem. Assim, há primazia dos direitos fundamentais sobre uma concepção comunitária do bem (WEBER:2013).

Neste tempo da pandemia de Covid-19, em que nível interesses individuais precisam ser suprimidos, qual é o limite dessas restrições? Bruno Latour destaca que a pandemia de coronavírus trouxe a importante e espantosa lição de

que se pode e deve repensar o estado das coisas e que é possível sim, mudar quando os argumentos e estudos científicos nos apontam outros caminhos. *“De fato, ficou provado que é possível, em questão de semanas, suspender, em todo o mundo e ao mesmo tempo, um sistema econômico que até agora nos diziam ser impossível desacelerar ou redirecionar.”* (LATOUR.2020)

A pandemia constrange a sociedade a repensar suas posições quanto às políticas públicas, o Estado, a sociedade e suas formas de ação no mundo. Na sociedade contemporânea a tecnologia está nas mãos de grandes corporações multinacionais. Todos tem um aparelho de celular, por exemplo, e com isso, elas detém o domínio silencioso da população mundial global.

Latour aponta para a situação atual de suspensão do sistema econômico que não está mais funcionando a contento. Por outro lado, tão invisível quanto o vírus, está a possibilidade real de vigilância e controle dos indivíduos na sociedade, através da tecnologia, sob o abrigo do interesse coletivo e do bem-estar social.

A discussão crítica sobre o uso amplo e irrestrito da tecnologia, como forma de vigilância epidemiológica, sob o argumento de oferecer segurança e bem-estar social pode parecer um tanto óbvia e frívola mas não se encerra, no pensamento liberal e tão pouco no ideal comunitaristas. Assim, busca-se argumentação na proposta da democracia deliberativa de Jürgen Habermas (1997).

As democracias liberais ocidentais têm encontrado dificuldades em relação à execução das medidas eficazes de controle da pandemia. Rawls (2000) acredita que a sociedade bem ordenada é mais do que estar organizada para oferecer o bem-estar aos indivíduos, ou regulada por uma concepção de justiça. A sociedade ordenada é aquela em que todos têm a consciência de que há interesses próprios, pessoais, com a vigilância de uns sobre os outros. Surge a partir daí uma concepção pública de justiça, tornando assim a associação segura.

Ora, se tal prática se realizasse as sociedades liberais estariam mais próximas do controle do vírus, uma vez que cada um protegendo seus próprios interesses manteria o todo sob a vigilância. Contudo, Rawls reconhece que “uma sociedade é um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito de interesse.” (RAWLS.2000, p.4).

O modelo liberal de Estado mínimo não se mostrou adequado nesta pandemia. Frente a novas crises sanitárias, a intervenção estatal será insuficiente e a população seguirá sofrendo o seu impacto. Assim, sociedades cada vez mais

indefesas frente a crises terão maior vontade de proteger os seus direitos individuais.

Por outro lado, Walzer (2003) considera que deve se priorizar a comunidade, visto que “os indivíduos estão divididos tanto no âmbito do privado – ou do interno – quanto do público” (CITTADINO. 2000, p. 88). Nesta visão o indivíduo é uma construção cultural, parte divisível de outras partes e essa multiplicidade fortalece a sociedade como um todo. Sob este ponto de vista o ideal comunitarista leva vantagem frente ao liberalismo. Entre outras questões é a organização da sociedade “onde o conjunto de bens predomina e determina o valor em todas as esferas da distribuição” (WALZER.2003. p.11).

A agregação se torna mais forte em momentos de exceção, como é na pandemia de COVID-19. Na ótica comunitarista a vigilância por meio das tecnologias digitais, como celulares, se torna mais factível. Todavia não se pode descurar da ação do Estado sob pena dos bens serem capturados.

Habermas (1997) falando sobre os modelos de Democracia aponta o calcanhar de Aquiles das concepções liberal e comunitarista. Ele apresenta a proposta de política deliberativa como caminho para preservar a dignidade humana e os direitos individuais, sem que isso afete a proteção e o bem estar social nas esferas públicas.

Habermas parte de uma metodologia reconstrutivista, em que pretende reconstruir a dimensão moral a partir do agir comunicativo. É através da linguagem que se estabelece a prática argumentativa, sendo um terceiro modelo de democracia “que apoia-se precisamente nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda a sua amplitude”. (HABERMAS.1995, p. 4)

A democracia deliberativa de Habermas enfatiza a teoria discursiva como modo para os cidadãos se entenderem. Através do procedimento de argumentação, com a participação do cidadão e das coletividades nas políticas públicas, é possível uma solução para as controvérsias entre liberais e comunitaristas. É um “caminho do meio”, onde através da argumentação e das deliberações, grupos, indivíduos e comunidades estabelecem novas relações entre sociedade e Estado.

A pandemia de COVID-19 e os desafios que ela traz instigam a buscar novos rumos para proteção do coletivo e ao mesmo tempo resguardar o direito à dignidade humana e dos direitos individuais.

A pandemia está muito presente na realidade brasileira, com mais de 20 milhões de casos de Covid-19 e com mais de 600 mil mortos. Ao mesmo tempo, temos que repensar nossa história recente de tensões entre saúde e economia, com intensa difusão de informações fraudulentas e com a omissão do governo federal na coordenação das ações do sistema único de saúde (SUS).

Este cenário abre espaço profícuo para a construção de acordos sociais. É a possibilidade de um novo modo de vida, de um modelo político, econômico e social em que a tecnologia não pode ser afastada ou ignorada, mas ponderada em função das suas possibilidades do uso da tecnologia.

Entre as possibilidades de uso está a vigilância epidemiológica e o controle de doenças, sob o argumento de promoção de bem estar social em situações excepcionais como numa emergência sanitária global contra uma pandemia. Afinal, as tecnologias digitais podem oferecer instrumentos para controle, prevenção e tratamento de doenças.

Contudo, essas possibilidades abrem caminhos para um Estado totalitário, visto que podem nos colocar em armadilhas. Afinal, as tecnologias fazem parte do dia a dia dos indivíduos sem que, muitas vezes, se deem conta. O discurso deliberativo pode ampliar a racionalidade e ponderar finalidades, usos, freios e contrapesos das tecnologias para controle e vigilância do Covid-19.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades modernas têm entre as suas características a racionalização das relações das pessoas consigo, com os outros e com as coisas. A mediação pelo conhecimento destas relações está imbricada com as relações econômicas e as relações de poder. São muitos os autores que destacam a racionalização nas análises da sociedade, entre eles Max Weber e os autores da primeira geração da Escola de Frankfurt.

As tecnologias fazem parte da organização social, especialmente da produção e da reprodução. O seu desenvolvimento está entre os elementos que caracterizam os diferentes modos de produção. Na sociedade industrial a técnica

está orientada para a produção eficiente em ciclos repetitivos. Na sociedade contemporânea as tecnologias digitais e a Internet estruturam relações em rede, e possibilitam a interação e a comunicação instantâneas.

A organização social e as suas mudanças são estimuladas pelas contingências do mundo da vida. As características do capitalismo atual, com instrumentos de vigilância como elementos formadores das estruturas de controle social, se mostram dinâmicos. A emergência sanitária global contra a Covid-19 mostra as possibilidades e os limites destas dinâmicas.

A emergência da Covid-19 renova conflitos políticos em torno do modo de produção e da organização da sociedade. Uma destas questões é a controvérsia política entre interesses comunitaristas (ou republicanos) e as liberdades individuais. São muitos os exemplos deste conflito. Neste artigo buscamos focar na discussão sobre o uso das tecnologias digitais na vigilância epidemiológica.

A ameaça da morte pelo Covid-19 gera demandas sociais por meios de controle, prevenção e tratamento da doença. A situação de insegurança por medo do coronavírus acontece em uma sociedade de controle, no capitalismo de vigilância. É nesta sociedade que se discute e decidem as políticas e estratégias do sistema único de saúde.

Os exemplos de controvérsias sobre controle da pandemia e vigilância epidemiológica são muitos. Elas começam nas medidas de controle da epidemia, onde se contrapõe isolamento e distanciamento social com manutenção das atividades produtivas. É neste cenário que acontecem os usos de tecnologias digitais para controle da pandemia, tais como o rastreamento de casos e o reconhecimento de pessoas.

Acreditamos que a proposição de Habermas de política deliberativa pode ser o modo democrático de resolução dessa complexa equação entre interesses comunitários e liberdades individuais. A discussão sobre os usos das tecnologias digitais no controle da pandemia pode ampliar a racionalidade para além do meramente instrumental.

A reconstrução racional das ações de controle, prevenção e tratamento da Covid-19, que se tornaram controversas no curso da pandemia, passam por crítica e discurso na esfera pública. Essas implicam na exposição dos pontos de vista e em processo de argumentação, que potencialmente incluem todos os interessados e a perspectiva daqueles usualmente excluídos. É assim que as sociedades podem equacionar seus problemas em democracias pluralistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BBC. 2020. “Coronavirus: Uber blocks drivers who picked up coronavirus man”, disponível na URL <https://www.bbc.com/news/technology-51358042>
- Castells, M. (2005) *A sociedade em rede*. São Paulo, Brasil: Paz e Terra.
- Cittadino, G. (2000) *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Brasil: Lumens Júris.
- Constantiou, Ioanna, Kallinikos, Jannis. (2015) “New games, new rules: Big Data and thE changing context of strategy”. *Journal of Information of Technology*, 30(1), p. 44-57. DOI:10.1057/jit.2014.17
- Deleuze, G. (2009) “Post-scriptum sobre a sociedade de controle” em DELEUZE, G, *Conversações*. São Paulo: Editora 34, pp. 219-216
- Doffman, Zak. (2020) *Coronavirus Spy Drones Hit Europe: This is how they're now used*.
- Forber*. Recuperado de <https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2020/03/16/coronavirus-spy-drones-hit-europe-police-surveillance-enforces-new-covid-19-lockdowns/#3d9d83f77471>
- Galloway, Alexander. (2004) *Protocol: how control exists after decentralization*. Cambridge: mIT Press.
- Habermas, Jürgen. (1997) *Os três Modelos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. pp 48/63, 154/168 e 230/240 (volume I) e pp.221/247 (volume 2)
- Han, Byung-Chul. (mar. 2020) O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã. *El País*. Recuperado de <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html?rel=listapoyo>
- Han, Byung-Chul (ou7. 2020) Por que a Ásia está melhor que a Europa na pandemia? O segredo está no civismo. *El País*. Recuperado de <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-10-30/por-que-a-asia-esta-melhor-que-a-europa-na-pandemia-o-segredo-esta-no-civismo.html?rel=listapoyo>
- Kim, Max S. (2020) South Korea is watching quarantined citizens with a smartphone app. *MT Technology Review*. Recuperado de <https://www.technologyreview.com/2020/03/06/905459/coronavirus-south-korea-smartphone-app-quarantine/>
- Latour, Bruno. (2020) *Imaginar gestos que barrem o retorno da produção pré-crise*. Recuperado de http://www.bruno-latour.fr/sites/default/files/downloads/P-202-AOC-03-20-PORTUGAIS_2.pdf

- Latour, Bruno. (2020) *Este é um ensaio geral?* Recuperado de <https://cris-tinq.wordpress.com/2020/03/26/is-this-a-dress-rehearsal/>.
- Lima, Clóvis R. M., Sánchez-Tarragó, Nancy, Moraes, Danielle, Grings, Luciana, Maia, Mariangela R. (2020) Emergência de saúde pública global por pandemia de Covid-19.
- Revista Folha de Rosto*, v. 6, p. 5-21. Recuperado de <https://periodicos.ufca.edu.br/ojs/index.php/folhaderosto/article/view/490>
- Lima, Clóvis R. M., Moraes, Danielle. (2021) Atenção básica e tratamento precoce contra a Covid-19: entre o charlatanismo enganado e as evidências científicas e boas práticas terapêuticas. *Asklepion: Informação em Saúde*, v. 1, p. 50-63. Recuperado de <https://revistaasklepion.emnuvens.com.br/asklepion/article/view/6>
- Olhar digital (online). (2020) EUA ganha o primeiro APP com sistema de rastreamento da Apple e Google. Recuperado de <https://olhardigital.com.br/2020/08/06/coronavirus/eua-ganham-primeiro-app-com-sistema-de-rastreamento-da-apple-e-google/>
- Prouhet, Frank; rousset, Pierre. (2021) How to fight the pandemic? Notes on experiences in Asia and Europa. *International Viewpoint*. IV553. Recuperado de <https://internationalviewpoint.org/spip.php?article7040>
- Rawls, John. (2020) *Uma teoria da justiça*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Reuters. (2020) *Israel orders citizens to stay home in partial lockdown*. Recuperado de <https://news.trust.org/item/20200319202022-jesd6>
- Reuters. (2020) *First coronavirus death reported in Russia, which plans to quarantine all new arrivals*. Recuperado de <https://news.trust.org/item/20200319132732-2c3av>
- Schreiber, Mariana. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco a sua privacidade? *BBC News Brasil*. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>
- Viana, Ana Cristina Aguilar. (2020) Vigilância Digital em tempos de pandemia: Crise do coronavírus tem mostrado situações sensíveis sobre a limitação de direitos de liberdades individuais. JOTA. Recuperado de <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vigilancia-digital-em-tempos-de-pandemia-04062020>
- Walzer, Michael. (2003) *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Weber, Thadeu. (2013) *Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis, Brasil: Vozes.

Wilke, Valéria. (2020) Pós-verdade, Fake News e outras drogas - vivendo em tempos de informação tóxica. *LOGEION: Filosofia da informação*, Rio de Janeiro, v. 7 (n. 1), p. 8-27, Recuperado de <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/5427>

Zizek, Slavoj. (2020) Um golpe como “Kill Bill” no capitalismo. In: DAVIS, Mike. *O Coronavírus e a luta de classes*. Terra sem Amos: Brasil.

Zuboff, Shoshana. (2018) *Big Other*, capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. Em BRUNO, Fernanda et alli. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem* (pp 17-69). São Paulo, Brasil: Boitempo.

Zuboff, Shoshana. (2020) *A era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca.

PARA ALÉM DA PROPAGANDA ELEITORAL NA ESFERA VIRTUAL

Simone Brilhante de Mattos

Professora da UNIVERSO-SG e Mestre pelo PPGSD-UFF
jusfederal.brilhante@gmail.com

Marcella da Costa Moreira de Paiva

Professora da UNIVERSO-SG e Doutoranda no PPGDIN-UFF
marcellacmpaiva@hotmail.com

Rodolfo Domingos Ribeiro de Jesus

Graduando na UNIVERSO-SG
rodolfo.domingos@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, se verificou o aumento da utilização de um novo espaço público, o espaço cibernético vem sendo implementado em um cenário de transformações tecnológicas. Tais transformações são percebidas na complexidade de sociedades com problemas estruturais, como os econômicos e políticos. O ciberespaço se materializou, inicialmente, com a pesquisa e o desenvolvimento militar e científico e, posteriormente, com a atuação de várias empresas privadas, como: Microsoft, YouTube, Facebook, Google, dentre outros.

Diante da formação de um espaço com a comunicação intermediada pelas redes, novas relações jurídicas e sociais surgiram e outras sofreram mudanças. Nas eleições efetuadas no Brasil, 2018 e 2020, viu-se o surgimento e dinâmica de novos protagonismos verificados através das redes sociais e plataformas virtuais; e neste sentido o deslocamento das propagandas eleitorais para a esfera virtual. Neste contexto, o objeto do trabalho se conecta com as transformações das propagandas eleitorais virtuais, suas dimensões e efeitos no cenário político/sociais do Brasil.

A regulamentação das propagandas eleitorais possui previsão legal na Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965, conceitua-se a propaganda eleitoral como a elaboração e difusão de partidos políticos e candidatos com o fim precípua de comunicação com a sociedade civil. A lei 13.165/2015 alterou o art. 57-A da Lei nº 9.504/1997 que instituiu a propaganda eleitoral na internet.

Desde 1950, a comunicação vem sofrendo rápidas modificações por conta da evolução das tecnologias de informação e de comunicação (TIC), em

especial, com a arquitetura de redes de computadores se tornou possível a propagação, em curto espaço de tempo, informações ao redor do globo. O cenário é de mudanças que atingem a arena jurídica e social, criando relações jurídicas e sociais e ampliando as relações entre ausentes. Com isto, o meio virtual gerou novas problemáticas no âmbito político-eleitos.

Em 30/09/2018, foi publicado o Protocolo de Reclamações ao TSE, a exemplo a Reclamação nº 0601478-58/DF, com a arguição de ilegalidades em propagandas veiculada em sítio eletrônico, ensejando diversas demandas perante o Tribunal Superior Eleitoral. Inúmeros processos foram autuados no TSE referentes às eleições de 2018, muitos versando sobre questões relativas a propagandas advindas das eleições, partidos políticos e *fake news*, e outras concernentes a contas particulares principalmente em WhatsApp, Twitter e Instagram.

Frente a tal situação, é imprescindível a análise sobre as propagandas eleitorais e informações relativas a eleições no meio virtual, bem como sua influência e seus desafios para a democracia. Neste passo, parte-se da pesquisa bibliográfica para a abordagem da problemática.

1. TECNOLOGIA E RACIONALIDADE

A filosofia tecnológica não é uma novidade como reflexão epistêmica que procura desvendar a tecnologia criada pelo homem, sendo trabalhada por Max Weber, Jürgen Habermas, Andrew Feenberg, dentre outros.

Max Weber (2004) verifica no uso da técnica, bem como Habermas em *Conhecimento e Interesse e Técnica e Ciência como Ideologia*, a racionalidade orientada para fins, utilizando a mão-de-obra humana e objetificando a natureza em prol do capitalismo industrial. Neste contexto, Andrew Feenberg (2018) traz a reflexão que tanto a ciência quanto a tecnologia dividem racionalidade baseada na observação e nas causalidades naturais. Contudo, a ciência procura saber e conhecer, e a tecnologia procura controlar (FEENBERG, 2018).

A filosofia já olhava as grandes mudanças tecnológica em curso em 1850, também chamada, por alguns historiadores, da primeira revolução industrial ou tecnológica com a mecanização do setor têxtil e metalúrgico, além da expansão dos interesses mercantilistas. O contexto histórico e as transformações da tecnologia da segunda revolução industrial, entre os séculos XIX e XX, destacaram-se por um processo de transformações de processos de produção, surgimento de

novas fontes energéticas, como o petróleo, do motor de combustão, e da fundição do aço, e a difusão do telégrafo.

Em meados do século XX, ocorreu a terceira revolução industrial, também chamada de 3ª revolução técnico-científica, com o desenvolvimento da microengenharia, da microeletrônica e do primeiro computador programável. Compreende o momento de maior avanço tecnológico, que passou a abranger, não apenas o sistema produtivo, mas também se voltou para o campo científico, transformando as relações sociais e o dia a dia da sociedade.

As invenções criadas nesse período modificaram o campo científico, transformando a medicina por meio da genética, com a criação de medicamentos, novas formas de prevenção, novos tratamentos e novos instrumentos utilizados em laboratórios. Computadores, softwares, o aprimoramento da internet, chips e outros produtos eletrônicos facilitaram a vida de milhares de pessoas e impulsionaram um grande desenvolvimento econômico.

Na medida em que uma sociedade tecnológica se torna mais útil para os segmentos sociais, também vai gerando várias questões apresentadas como consequência desta racionalidade técnica, a exemplo dos efeitos das TICs para as esferas da intimidade e da privacidade²⁸. E neste ponto necessário a reflexão da filosofia da tecnologia como consciência da sociedade contemporânea, devendo ser sobrestimada sua importância.

Neste enquadramento, Habermas, em *Técnica e Ciência como Ideologia*, ao falar sobre a racionalização abordada por Marcuse, apresenta uma a racionalidade tecnológica utilizada como instrumento para uma institucionalização da dominação. Neste sentido, segue na mesma direção de Max Weber (2004) em que vislumbra na tecnologia meio de objetificação da natureza e dos seres humanos.

Também é necessário destacar as transformações e avanços dos processos tecnológicos, dos mecanismos receptores e emissores da informação na aplicação das instituições brasileiras, sejam na arena pública ou privada. Manuel Castells (2019, p. 101) analisa a complexidade do processo de comunicação na era digital e a interferência desta nas esferas pública e privada. A comunicação tecnológica é um processo de compartilhamento de significados na esfera das relações sociais em um espaço público e privado, com potencial de alcance de toda

²⁸ Eugeny Morozov (2018) vislumbra na tecnologia a emancipação predatória pela ambivalência de seus efeitos, trazendo maior utilidade e praticidade para a vida cotidiana a custo da liberdade.

a comunidade (CASTELLS, 2019, p. 101). Para o pensador espanhol, a sociedade em rede é caracterizada pela redução da distinção entre o plano público e o privado, se aproximando da extinção da diferenciação das esferas ou, inclusive, da eliminação da privacidade.

Diante desta questão, deve-se refletir sobre as possibilidades de reconfiguração da esfera pública e de transformação do espaço virtual em espaço público.

Neste contexto, é necessária a abordagem sobre as esferas mencionadas. Hanna Arendt (2007, p.67) examina sobre a noção de esfera privada, e reflete a oposição entre o privado e o público, e entre necessidade e liberdade; diferenciando a privacidade daquilo de deve ser exibido e o que deve ser ocultado.

Arendt faz interessante observação sobre a esfera pública:

“[...] somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de sorte que os que estão à sua volta sabem que veem o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna” (ARENDR, 2007, p. 67).

A arena pública, portanto, propicia a percepção da realidade, com a pluralidade que apresenta. Contudo, a apropriação do público, seja pelo capital ou por meios tecnológicos, pode ocasionar colisão dos direitos no âmbito privado. É neste espaço de aparecimento de todos, de liberdade de expressão, de proteção a direitos, que também se agudizam colisões de interesses, disputa, dominação e conflitos.

A esfera virtual, frente à possibilidade de disseminação de dados e informações, tem sido objeto de disputas hegemônicas e de relações de poder. De fato, tal disputa tem ocorrido durante o processo moderno, principalmente, após o surgimento de produtores de opinião distintos. Com a ascensão da classe burguesa, a esfera pública se tornou objeto de conflitos deste setor com a Igreja e a nobreza (HABERMAS, 2014). Entretanto, a difusão de informações, mesmo após o advento da prensa, que ampliou a circulação de textos escritos, ainda era restrita. Nesta época, já havia a dispersão de notícias com o cunho manipulatório, mas o alcance era limitado.

O espaço público político, desde então, vem sendo ocupado por interesses de controle com o objetivo extremo de gerar dúvidas, mentiras e estimular opiniões infundadas e inverídicas baseadas em informações distorcidas. Deste

modo, a difusão de informações é analisada, antes mesmo de ocorrer, para a produção de determinados resultados, sejam estes o esclarecimento, a manipulação, a confusão, a dúvida. Neste passo, as propagandas eleitorais também foram atingidas pelas mudanças ocorridas no campo informacional, e migraram gradativamente para o âmbito virtual, cujos reflexos puderam ser observados nas eleições presidenciais brasileiras de 2018 e estadunidense de 2016.

Aos poucos os conceitos de público e privado estão mudando e é de extrema importância que se acompanhe essa transformação. O público passou a ter o seu espaço no mundo da informação e do entretenimento e as histórias que antes pertenciam ao domínio da privacidade passaram a fazer parte do imaginário da coletividade.

Sabe-se que o espaço público tecnológico é grande ferramenta comunicacional, mas a afirmação de que a 40 anos atrás iniciamos a revolução tecnológica e com ela “uma pós-verdade”, advinda das redes comunicacionais tecnológicas é refutada por Yuval Noah Harari (2018, p. 290). Este pensador destaca que o ser humano sempre viveu na “era da pós-verdade”. Nesta direção, sustenta que as redes sociais e a divulgação de fake news não são ferramentas da pós-verdade, porque esta sempre existiu na humanidade (HARARI, 2018). Salienta que as crenças e mitos fazem parte espaço do homem, usados pelas religiões, ideologias, grupos empresariais, econômicos e políticos com narrativas ficcionais em prol de determinados fins (HARARI, 2018).

2. ESPAÇO VIRTUAL: ENTRE LIBERDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade é compreendida, juridicamente, como aquilo que é de mais vital ao ser humano, pois se coloca como sendo uma aptidão inata que lhe permite ordenar-se e conduzir-se. Todavia, por ser o homem gregário, este deve portar-se de maneira a possibilitar a coexistência e exercício desta juntamente com seus símiles, ou seja, deve relativizar, adequar este seu direito em decorrência de outros que lhe são afetos e partícipes do mesmo grupamento social. Em outras palavras, o ser humano deve, ao integrar um ambiente plural, tornar possível a convivência com outros de mesma espécie a partir do respeito e reconhecimento do outro.

É um verdadeiro exercício de dimensionamento de suas possibilidades a fim de atingir um objetivo não mais pessoal, e sim coletivo.

A ideia de liberdade nos séculos XVI e XVII traz no pensamento de Thomas Hobbes, a liberdade como a ausência de resistências externas, sendo livre aquele que não é impedido de efetuar o que tem vontade. Esta ideia de liberdade é compartilhada no pensamento de John Locke, John Stuart Mill e dentre outros pensadores. A busca de realizar seu próprio interesse trás para este pensamento uma concepção individualista que está arraigada na modernidade.

Neste sentido, a liberdade reflexiva já estaria inserida no *contrato social* de Rousseau onde reflete sobre o que é o “livre agir” (HONNETH, 2015). No entanto, Immanuel Kant acrescenta aos elementos da teoria da liberdade de Rousseau, a liberdade individual, sob um aspecto de autolegislação do agir e de se fazer ativo, sendo seguido por todos os outros indivíduos. Neste sentido, Axel Honneth (2015, p. 70) destaca o seguinte:

“(…) tal aplicação do “eu” para o “nós” da autolegislação ainda não basta para que efetivamente se abarque em toda sua extensão as reflexões sobre uma liberdade intersubjetiva; ora, o que se mantém oculto é tanto o “eu” como também o “nós” só poderiam realizar sua autodeterminação se encontrarem, na realidade social, as condições institucionais que proporcionem a seus objetivos uma oportunidade de realização” (HONNETH, 2015, p. 70).

Ao analisar sobre a comunicação global, a cada ano eleva-se o índice de crescimento dos usuários, onde o “céu não é o limite” (CASTELLS, 2020, p. 431). É e neste contexto que não se pode mais pensar em um modelo liberal nos moldes acima transcritos, pois, o momento histórico tecnológico é outro e com ele as transformações das relações comunicacionais e a interpenetração entre a esfera pública e privada.

Assim, o desafio atual é a inserção da liberdade social e sua eticidade. A construção da liberdade reflexiva, propicia a construção de uma liberdade social que se diferencia daquele modelo de liberdade baseado em concepções tradicionais e monológica (HONNETH, 2015). Com a modernidade e as transformações tecnológicas surgidas na sociedade, tal desafio surge com o estudo de uma interação intersubjetiva do discurso. Com as transmutações surgidas na sociedade tecnológica, não cabe apenas pensar no sujeito individual, mas no indivíduo como participante do discurso conectado a esfera pública e privada.

Por último, a liberdade de expressão, art. 5º, inciso IX da CF se entrelaça com a liberdade de informação, art. 5º, inciso XXXIII, ambos consistem em direito fundamental presente em nossa Constituição Republicana de 1988. E não

poderia ser de outra forma a concretização das liberdades como instrumentos democráticos.

Os procedimentos inerentes a liberdade de expressão também são reconhecidos no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, instituindo-se como direito da "a liberdade de emitir opiniões, ter acesso e transmitir informações e ideias, por qualquer meio de comunicação" (ONU).

Contudo a reflexão que se deve inferir é se este “exercício do direito de liberdades” é ilimitado, já que atualmente a difusão de informações e notícias advindas das plataformas tecnológicas propiciam uma dinâmica e aumento brutal do fluxo de informações e enorme circulação de dados, com um custo relativamente baixo. Como já destacado na introdução deste trabalho, a utilização da tecnologia em prol das propagandas e informações eleitorais estão cada vez mais sendo difundidas nas plataformas, facebook, twitter, google e youtube. Todavia, as transformações advindas da tecnologia, além de permitir um avanço e grande difusão comunicacional, também vem propiciando grande disseminação de fake news e desinformações, pois um conteúdo falso veiculado por um vídeo pode circular com uma tal velocidade na esfera pública e privada, podendo acarretar grande ameaça à democracia.

Destacamos que a todo ser humano é possibilitado o direito de manifestar sua individualidade nas mais variadas formas, porém essa mesma manifestação deve estar condicionada aos preceitos estabelecidos pela democracia Republicana e observados os princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, como pilares da democracia.

O princípio da transparência é pilar da democracia, neste segmento as liberdades acima destacadas- de expressão e de informação- deverão ser pautadas atendendo as dimensões trazidas pela transparência: responsabilidade, controle social e princípio ético/moral, sendo estes analisados adiante.

3. PARA ALÉM DA PÓS-VERDADE NA ESFERA PÚBLICA VIRTUAL: OS PARTIDOS POLÍTICOS

O objeto do presente estudo consiste na análise das transformações das propagandas eleitorais tecnológicas, e que vieram em crescente ampliação na sociedade moderna. É inegável que a esfera política está imbricada aos meios de comunicação. Tal relação está se ampliando cada vez mais diante da evolução das

TICs, e o domínio e o uso desses meios vem sendo disputados nas relações de poder, em busca de hegemonia política.

O estudo das consequências desse poder de comunicação em redes que vem sendo amplamente utilizado durante os períodos eleitorais, tendo como exemplo o período de eleição de Barack Obama em 4 de novembro de 2008 e Donald Trump em 2016, na utilização intensa da Internet e redes sociais. As propagandas políticas fazem parte de interesses políticos e econômicos, utilizadas em benefícios de se alcançar os vários segmentos da sociedade.

Observa-se que ao lado da propaganda eleitoral partidária outro meio de comunicação passou a tomar o centro das atenções nas eleições políticas, as chamadas divulgações com conteúdo sem amparo legal e as notícias falsas que são disseminadas as áreas públicas e privadas. A gravidade da questão é agravada pela constatação de uma informação falsa possui mais probabilidade de ser compartilhada na internet em escala de reprodução que possa atingir muito mais que uma notícia verdadeira (EMPOLI, 2020, p.78), deflagrando a racionalidade presente no uso das redes para propaganda política.

Neste ensejo, vivemos um senso de normalização da ideologia fascista e da diferenciação do “nós”, e “eles” (STANLEY, 2020). As ideologias políticas são as mais variáveis possível no novo espaço público virtual, principalmente, diante da ausência de definição sobre a regulação e o controle das redes.

Estes procedimentos de desinformações passaram a fazer parte de inúmeras demandas ajuizadas no Poder Judiciário. Borowski (2020) em sua obra “*As fakes news e o discurso de ódio nas eleições gerais de 2018*”, destaca que cerca de 56 por cento das demandas que transitavam no TSE e STJ no período eleitoral de 2018 estavam diretamente relacionadas à propaganda eleitoral e publicações de notícias ou informações falsas.

Diante deste cenário, faz a seguinte reflexão sobre as mudanças comunicacionais da política brasileira:

Por fim, sob o ponto de vista da Ciência Política, identificamos que a humanidade passa por um processo de mutação para um novo ambiente democrático, cuja arena principal é o ciberespaço. As avaliações iniciais apontam a possibilidade de avanços nas democracias, com a superação de regimes autoritários com maior liberdade de expressão e informação. (...) Sob o ponto de vista do Direito, nossa tradição positivista tem inclinação inicial pelo regramento e, especialmente, pela punição dos fatos jurídicos. Com as fake News não está sendo diferente (BOROWSKI, 2020, p. 123-126).

Nesta direção, a Justiça Eleitoral brasileira vem enfrentando grandes desafios, na última década perante o crescimento e utilização tecnológica para divulgação e propagandas no direito político.

No âmbito legislativo brasileiro, constata-se que a preocupação com a responsabilidade ética da administração pública foi destacada pela Carta Magna no artigo 37, como princípio constitucional administrativo, na relação interna e externa, bem como a publicidade. Contudo, é comum verificar na prática da administração pública dos entes federados a confusão entre a comunicação de opiniões pessoais de ocupantes de cargos públicos e a comunicação institucional. Infelizmente, ocorre o uso de meios comunicacionais virtuais, inclusive oficiais do governo, para a difusão de informação e de declarações contrários aos princípios constitucionais.

Sabe-se que existem resistências quanto aos limites e alcance das aludidas publicações virtuais. Um dos limites apontados nos segmentos políticos e jurídicos se baseia na liberdade de expressão como princípio da democracia brasileira, bem como a definição da publicidade e do acesso a informações.

Diante das indagações e complexidades surgidas para o homem nas transformações tecnológicas, há um cenário bastante similar quanto às transformações dos procedimentos advindos dos partidos políticos, e os efeitos que atinge o direito eleitoral.

Inicialmente é sabido que a existência dos partidos políticos está condicionada à agregação, escolha e candidatura de seus afiliados nos contextos eleitoral e político nacional, de modo a possibilitar a realização das eleições nos variados âmbitos (municipal, estadual e federal) conforme os preceitos legais existentes. Ademais, a atuação dos partidos políticos, candidatos e membros interfere diretamente na aplicação do princípio democrático, bem como demais princípios e objetivos da república brasileira.

Muito embora a natureza jurídica dos partidos políticos seja de pessoa jurídica de direito privado, não sendo entes públicos, inegável que sua legitimidade e atuação, conforme previsão legal dada pela lei 12.016/2009, equiparando os partidos às autoridades públicas em face ao exercício e atribuições contidos na lei.

Neste sentido, dentre as várias atribuições dos partidos, temos sua função organizadora, fiscalizadora e o direito de se comunicar com a sociedade, com

o cidadão através de propaganda partidária. Muito pouco se tem sobre a responsabilização por propaganda ilícita, seja sob o ponto de vista individual ou coletivo. Neste sentido, define-se tal responsabilidade apenas a partir da propaganda *contra legem*. Ou seja, “A realização de propaganda partidária ou intrapartidária em desacordo com a respectiva prescrição legal enseja a responsabilização do agente, inclusive do partido político, com a consequente imposição de sanção” (GOMES, 2021, p. 148).

As publicidades e divulgações que desinformam e instigam o ódio estão sendo veiculadas como propagandas eleitorais. Como já destacado na introdução deste trabalho, preocupante o crescimento de demandas ajuizadas tanto na Justiça Eleitoral, quanto nos tribunais superiores. As informações, propagandas eleitorais devem seguir pilares democráticos como: eleições livres, igualdade e liberdade de expressão. Ademais, os parâmetros democráticos devem ser seguidos e vinculados ao discurso ético/moral habermasiano, concretizados ao princípio da responsabilidade administrativa e a transparência.

O contexto das dimensões do princípio da transparência nas instituições públicas requer a análise de três elementos que se conectam: a responsabilidade, o controle social e o princípio ético/moral. Por sua vez, a análise das conexões destes elementos com a transparência é de relevo, não só para delimitar seu alcance jurídico, administrativo e sociológico, mas também na medida em que são considerados como atributo da democracia participativa. As três dimensões do princípio da transparência que, por sua vez, estão relacionadas também com o ordenamento constitucional democrático, são assim examinados.

Considerando que as estruturas institucionais burocráticas no Brasil ainda se encontram vinculadas à cultura do oculto, gerando dificuldades no sistema da administração pública, impossibilitam uma real visibilidade de seus conteúdos internos, estamos construindo procedimentos para o fortalecimento da transparência. A Carta Magna de 1988 estabeleceu princípios administrativos limitadores e reguladores da atividade da gestão pública, impondo clareza nas atribuições de responsabilidade em face ao dinheiro público (SOMMERMANN, 2017, p.28).

Para o controle jurídico e político dos órgãos estatais e de seus agentes, é condição essencial a identificabilidade de responsabilidades. A pergunta a respeito do operador responsável da Administração, especialmente a autoridade responsável, precisa ser respondida tanto pela utilização da proteção jurídica primária

ria quanto pela busca de proteção jurídica secundária. O pensamento fundamental da responsabilidade do operador, especialmente do órgão administrativo, é imanente em todas as ordens jurídicas europeias. Reconhecidamente as acentuações são diferentemente estabelecidas. Enquanto na Inglaterra “accountability” é discutida primariamente alinhada a estruturas e procedimentos de responsabilidade.

Outra dimensão da transparência é o “controle social” que também possibilita o direito de informação e fiscalização. Entretanto, esta fiscalização é exercida pela sociedade, tendo como exemplo o acompanhamento da gestão financeira e orçamentária dos bens públicos pelo cidadão brasileiro. A participação da sociedade civil é um direito previsto na Constituição Federal de 1988. Por ser assim, o cidadão possui todo direito, não só de efetivar a democracia representativa, na escolha de seus representantes políticos, mas também de fiscalizá-la, tendo o conhecimento direta ou indiretamente, com base nas informações devidas pela administração pública à sociedade; podendo consultá-la através de pesquisas públicas a serem cada vez mais implementadas.

O controle na administração pública está conectado com a visibilidade e a transparência pública dos três poderes. De acordo com Odete Medauar, existem controles institucionalizados e controles não institucionalizados, com a seguinte definição:

“Os controles institucionalizados enquadram-se no conceito jurídico ou técnico de controle, segundo o qual dessa atuação decorre uma providência ou medida do agente controlador. Mas a avaliação dos diversos controles institucionais do Brasil revela insuficiência e inefetividades. Daí ser necessário o aprimoramento das técnicas e atividades fiscalizadoras e também avaliadoras, do que decorrerá, certamente, melhor desempenho da Administração” (MEDAUAR, 2015, p. 442).

A terceira e última dimensão do princípio da transparência se conecta com o disposto no ordenamento constitucional de 1988 possibilitando melhor entendimento de suas dimensões, quando analisada conjuntamente com o princípio moral do art. 37 do texto constitucional, em face de seu conteúdo ético e moral. A sua conectividade com os princípios fundamentais também deve ser destacada em função de seu conteúdo axiológico. Isto se verifica nas dimensões de participação do cidadão e da responsabilidade do poder público trazido também pelo *accountability* social, ao concretizar as ações individuais e coletivas da sociedade e direcionar a análise da responsabilidade da sociedade civil, mediante sua participação através de procedimentos conectados com a transparência.

Por conseguinte, quando se fala em liberdade de expressão e liberdade de publicação em uma esfera pública destinada ao atingimento de propagandas e informações políticas partidárias, deve-se ponderar se estes canais de informações estão cumprindo seu dever político de acordo com a transparência e a democracia republicana.

Nesta conjuntura, a teoria da ética do discurso possui um destaque fundamental, pois Habermas (2011, p. 20) demonstra que a razão comunicativa se diferencia da razão prática, já que seu meio de comunicação é a linguagem, não estando ligada apenas ao sujeito coletivo sociopolítico, como partidos políticos e classes de profissionais entre outros, mas sim ao sujeito enquanto participante da sociedade. No ato comunicacional, os participantes passam a adotar um enfoque performativo, perseguindo seus fins ilocucionários, nos quais o consenso se liga ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticável e que alcançam disposições de aceitações mútuas como consequência de uma interação perseguida.

Esta racionalidade comunicativa não pode ser vista como capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que se deve fazer. A razão comunicativa não é alicerce, como se fosse uma fonte de normas de agir, mas possui um conteúdo normativo para os que agem comunicativamente, pois estes são obrigados a apoiar-se em pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual.

Segundo Habermas (2011, p. 155), o direito estabelece uma relação direta com o plano moral, não porque seja ético, mas porque existe uma complementaridade entre direito e moral; logo, o direito não é subordinado à moral, ambos vivem em sua esfera própria e possuem seus próprios procedimentos, apesar de estarem em constante diálogo.

Portanto, é certo destacar aqui que as propagandas e informações que objetivam desinformar, disseminar ódio e calúnia através dos vários meios tecnológicos que veiculam propagandas eleitorais, devem ser de responsabilidade das instituições competentes que propiciam a divulgação. Seja através de partidos políticos, ou de políticos a responsabilidade deve ser aquela que atende os ditames do princípio da transparência, soberania popular e republicano.

Conclui-se que aos partidos políticos cabe a tarefa de agir dentro da legalidade em todos os momentos de seu funcionamento, especialmente em relação ao conteúdo produzido e difundido por seus candidatos. A realização das

eleições é um dever constitucional, respeito ao princípio da democracia e cidadania, destacando que qualquer indício ou ação que viole qualquer regra deverá ser imputada a responsabilidade e observados os preceitos legais que regulamentam esta infração, inclusive aqueles praticados na esfera pública virtual.

CONCLUSÃO

O espaço digital tem se mostrado como ferramenta cada vez mais necessária a vida moderna, como espaço ao acesso à informação e a transparência, ambos como pilar da Democracia; sua essencialidade é cada vez mais patente e necessária. Todavia, este mesmo espaço tem sido convertido em ambiente de conflitos, de mentiras e disseminador de ódio e intolerância, um lugar utilizado para a propagação de males que afetam a sociedade não apenas no plano virtual mas principalmente trazem repercussões e prejuízos concretos, ameaça à democracia.

A complexidade gerada diante do entrelaçamento da esfera pública e privada mesmo estudada e investigada por vários teóricos da modernidade, ainda não foi capaz em responder se estamos diante de uma reconfiguração da esfera pública e como iremos enfrentar a ameaça e ataque a democracia através da utilização de tecnologias que objetivam a manipulação de propagandas e informações políticas do direito eleitoral.

O discurso que tem sido difundido e se posicionado contra as leis, as instituições e a ordem jurídica vigente deve ser fiscalizado pelas Instituições Públicas e punidos os crimes de responsabilidade para que a arena pública virtual possa ser concretizadora de diálogos discursivos éticos/morais, informações mais responsáveis e democracia participativa para a efetivação da liberdade de expressão de todos os cidadãos.

A responsabilidade daqueles que utilizam a propaganda e informação política e partidária deve ser analisada e refletida como responsabilidade objetiva. O comprometimento de instituições que promovem a divulgação e propaganda política deve estar ancorado em preceitos ensejadores do compromisso com a verdade, que sejam certas as afirmações e comunicações para que o efeito a surtir seja positivo e benéfico, para que efetivamente se concretizem os anseios e aspirações sociais.

REFERÊNCIAS

- Arendt, Hannah (1989). *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, São Paulo, editora Forense Universitária.
- Castells, Manuel (2019). *O Poder da Comunicação*, tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne, São Paulo/Rio de Janeiro, editora Paz e Terra.
- Castells, Manuel (2020). *A Sociedade em Rede*, tradução de Roneide Venancio Majer, Rio de Janeiro/São Paulo, editora Paz e Terra.
- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*; Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- Eco, Umberto (2020). *O Fascismo Eterno*, Tradução de Eliana Aguiar, 9ª edição, São Paulo: Editora Record.
- Empoli, Giuliano da (2020). *Os Engenheiros do Caos*, 3ª edição, Tradução de Arnaldo Bloch, São Paulo: Vestígio.
- Feenberg, Andrew (2018). *Tecnologia, Modernidade e Democracia*, tradução de Eduardo Beira, Lisboa, editora revista.
- Gomes, José Jairo (2021). *Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro, editora atlas.
- Habermas, Jürgen (2020). *A Inclusão do Outro*. Tradução de Denilson Luís Werle, São Paulo, Editora Unesp.
- Habermas, Jürgen (2020). *Na Esteira da Tecnocracia*. Tradução de Luiz Repa, São Paulo, Editora Unesp.
- Habermas, Jürgen (2003). *Consciência moral e agir comunicativo*. 2.ed. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).
- Habermas, Jürgen (2014). *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo, Editora Unesp.
- Habermas, Jürgen (1968). *Técnica e Ciência como Ideologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa-Portugal. edições 70.
- Habermas, Jürgen (2020). *Facticidade e Validade*. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo, São Paulo, Editora Unesp, 2020.
- Harari, Yuval Noah (2020), *21 lições para o século 21*, tradução de Paulo Geiger, São Paulo, editora Companhia das Letras.
- Honneth, Axel (2018). *Reificação - Um estudo de teoria do reconhecimento*. Tradução: Rúrion Melo, São Paulo: editora Unesp.

- Honneth, Axel (2017). Luta por reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais, tradução de Luiz Repa, São Paulo: editora 34 Ltda.
- Honneth, Axel (2015). O direito da liberdade. Tradução de Saulo Krieger, São Paulo, Editora Martins Fontes.
- Medauar, Odete (2015). Direito Administrativo moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Sampaio, José Adércio L. (2016). Liberdade de Expressão no Século XXI. Belo Horizonte, editora Del Rey.
- Stanley, Jason (2020). Como Funciona o Fascismo, A Política do “nós” e “eles”. 5ª edição. Tradução de Bruno Alexander, Porto Alegre, RS. Editora L&PM.
- Sommerman, Karl-Peter (2017). Princípios do Direito Administrativo: visão geral. Disponível em: <https://www.academia.edu/33529251/PRINC%C3%8DPIOS_DO_DIREITO_ADMINISTRATIVO_-_Vis%C3%A3oGeral-KARL-PETER_SOMMERMANN_MANUAL_DE_DIREITO_P%C3%91BLICO_EUROPEU.doc>. Acesso em: 23 maio 2017.
- Schreiber, A.; Moraes, B. T.; Teffé, C. S. (2020). Direito e Mídia - Tecnologia e Liberdade de Expressão, São Paulo. Editora FOCO.
- Weber, Max (2004). A ética protestante e o "espírito" do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA NO SISTEMA CARCERÁRIO-PRISIONAL E AS REPERCUSSÕES NA MÍDIA

Gilvan Luiz Hansen

Universidade Federal Fluminense/Brasil
gilvanluizhansen@id.uff.br

Gilvan Luiz Hansen Júnior

Instituto Gilvan Hansen (IGH)/Brasil
gilvan_hansen@hotmail.com

Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen

Universidade do Porto/Portugal
gabrielcfhansen@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 gerou impactos em nível planetário, afetando a existência de pessoas e instituições mundo afora. O número de pessoas rapidamente contaminadas e o risco de colapso nos sistemas de saúde dos diferentes países fez com que a Organização das Nações Unidas, através da Organização Mundial da Saúde, declarasse a incidência de uma pandemia de proporções globais e encaminhassem apelos às nações no sentido de um combate severo e urgente aos efeitos do vírus Sars-Cov2.

Dentre as medidas adotadas pela maioria dos países, o confinamento com o devido distanciamento social foi uma medida necessária para evitar o contágio e a propagação da doença.

Nesse sentido, escolas e universidades, órgãos públicos e empresas privadas foram fechados, procurando preservar a vida dos cidadãos, por mais que isso significasse riscos ao funcionamento das instituições.

O cenário acima descrito afetou também as instituições carcerárias que compõem o sistema prisional das nações, e um debate se travou acerca do tratamento a ser dado aos encarcerados, pelas implicações com os direitos humanos: em muitos países, como é o caso do Brasil, com superlotação dos presídios e

casas de detenção, os aprisionados são confinados em estabelecimentos sem condições sanitárias que permitam o distanciamento e a prevenção contra a Covid-19.

A discussão girou, então, sobre as medidas a serem adotadas: libertar os presos com penas menores? Deixar os detentos na mesma situação, como se não houvesse pandemia, relegados à própria sorte? E esse debate chegou aos meios de comunicação social, em maior ou menor intensidade.

Em Portugal, por exemplo, ocupou algumas semanas de debates na mídia, no governo e no Parlamento; no Brasil igualmente esse problema surgiu, mas a reação da mídia parece ter sido distinta, beirando a indiferença e não dando ênfase ao assunto.

O presente artigo se propõe a refletir acerca dos impactos da pandemia no sistema carcerário-prisional e as repercussões na mídia, tomando como referência os casos de Brasil e Portugal em termos de comparação.

A inspiração teórico-metodológica vem da teoria crítica da sociedade, especialmente em sua versão habermasiana. Segundo esta perspectiva, os problemas locais e específicos são analisados e cotejados, buscando-se parâmetros comuns e diferenciações com base nos contextos em que são vivenciados. Ademais, parte-se da convicção teórico-prática de que as experiências no âmbito microcômico carregam em si elementos universais, como expressões das racionalidades que estão presentes nas condutas dos atores sociais; e tais elementos são passíveis não apenas de compreensão, mas de avaliação crítica no sentido de tornarem viáveis alternativas de ação capazes de propiciar a superação das patologias e a potencialização das condutas emancipatórias.

Para atendermos às pretensões manifestas até aqui, dividiremos a exposição de argumentos em três momentos: primeiramente, analisaremos o contexto da pandemia no Brasil e em Portugal, com as suas implicações sobre o sistema prisional e as instituições carcerárias. Num momento seguinte, procuraremos apontar o tratamento e a abordagem que os meios de Comunicação Social tiveram sobre a pandemia e seus efeitos sobre os encarcerados, igualmente levando em conta a experiência vivida nos dois países anteriormente citados. Finalmente, à luz das concepções teóricas contemporâneas acerca dos direitos humanos, predominantemente de matiz discursiva de inspiração habermasiana, suscitaremos alguns aspectos que nos parecem relevantes para a compreensão do papel da

mídia na garantia dos direitos humanos ou, em contraponto, quando essa se omite, na ameaça aos mesmos.

1. A PANDEMIA COVID-19 E SEUS IMPACTOS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL

As primeiras manifestações da contaminação pelo vírus Sars-Cov2 parecem ter acontecido em torno de outubro de 2019, na China e, a partir daí, em função da rede de transportes de pessoas e mercadorias em termos planetários, o vírus circulou rapidamente e chegou praticamente a todos os países do mundo.

O modo como foi inicialmente construída a narrativa da pandemia nos *media* ocidentais tornou evidente a vontade de demonizar a China. As más condições higiênicas nos mercados chineses e os estranhos hábitos alimentares dos chineses (primitivismo insinuado) estariam na origem do mal. Subliminarmente, o público mundial era alertado para o perigo de a China, hoje a segunda economia do mundo, vir a dominar o mundo. Se a China era incapaz de prevenir tamanho dano para a saúde mundial e, além disso, de o superar eficazmente, como confiar na tecnologia do futuro proposta pela China? (SANTOS, 2020, p. 8)

Na Europa, o alarme soou no início de janeiro de 2020, mas as preocupações dos governos e das instituições sanitárias ainda estavam subestimadas quanto à velocidade de transmissão e periculosidade da doença. Passados pouco mais de trinta dias, ao final de fevereiro o cenário havia mudado drasticamente, e os países europeus foram adotando medidas de prevenção e combate a então chamada Covid-19: confinamento, teletrabalho, uso de máscaras e de álcool gel, configuração de hospitais e casas de saúde para receber os doentes contaminados pela nova doença, aquisição de equipamentos (ventiladores, respiradores, roupas) para os profissionais de saúde e para as instituições sanitárias.

Em março de 2020, as principais nações europeias estavam mobilizadas para o enfrentamento da doença que, naquele momento, assumiu dimensões planetárias e foi caracterizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma pandemia. E isso implicou a disponibilização de recursos para as diferentes áreas de abrangência da sociedade (educação, saúde, seguridade social, trabalho, empresas, instituições de saúde, segurança pública, transportes, agricultura, logística, distribuição de suprimentos).

As reações à pandemia não foram as mesmas, todavia, em todos os países europeus, e também não foram adotadas medidas similares em outros países

nos diferentes continentes, inclusive em nações como o Brasil. Enfocaremos, a título de comparação, as principais ações e condutas no que tange ao enfrentamento da pandemia em Portugal e no Brasil, em termos gerais, mas com uma atenção especial no que tange à gestão que se fez da pandemia em sua incidência no sistema prisional, levando-se em conta a questão dos direitos humanos e da cidadania dos encarcerados.

1.1 A pandemia em Portugal e seu impacto no sistema prisional

Portugal foi um dos primeiros países da Europa a se movimentar no combate à pandemia de Covid-19. E o fez com grande eficiência, graças a fatores de ordem interna e externa, que contribuíram para uma razoável agilidade que lhe deu protagonismo na Europa.

Os fatores internos que parecem merecer destaque têm a ver com a eficiência de gestão pública, aliada a uma compreensão histórica do papel das instituições públicas e privadas no que tange à segurança e ao bem-estar da população. O resultado disso foi:

O governo central a atuar com harmonia e afinidade, tendo nas figuras do Presidente da República e do Primeiro-Ministro um discurso uníssono, afinado, claro e pedagógico, voltado a esclarecer e tranquilizar a população, ainda que fossem de partidos políticos distintos. As medidas de caráter administrativo foram se efetivando de forma ampla, pelos diferentes setores da máquina administrativa, de maneira que cada área da gestão do Estado estivesse em consonância de discurso e ação; os ruídos ou descompassos eventualmente surgidos foram rápida e discretamente ultrapassados, para não gerar a sensação de instabilidade ou insegurança na população;

Os partidos políticos, seja da base governista, seja da oposição, apoiaram a tramitação das medidas administrativas de combate à pandemia que dependiam de aprovação do Parlamento para serem viabilizadas; com exceção do partido de extrema direita (Partido Chega), que adotou discursos dissonantes e negacionistas, os demais partidos acompanharam as ações de gestão pública propostas pelo governo;

O estabelecimento de um controle central de gestão da pandemia, com profissionais de diferentes áreas especializados em gestão pública, em logística e em questões sanitárias, os quais passaram a estabelecer os procedimentos a serem levados adiante em cada região do país. Ressalte-se que, apesar de um controle

centralizado, estabeleceu-se em diálogo permanente dos diferentes órgãos estatais e das entidades privadas com ele, no intuito de articular as ações. Isso, aliado aos fatos de a população do país ser em torno de 10 milhões, de as dimensões territoriais apresentarem proporções capazes de permitir articulação viária ágil e de haver uma organização política em unidades administrativas que viabilizam medidas menos burocratizadas, tornou mais eficiente a implantação de medidas sanitárias e administrativas voltadas à saúde da população;

A atuação da imprensa foi importantíssima no sentido de informar a população sobre os aspectos médicos ligados à pandemia, mas também de divulgação das medidas de prevenção e de combate à mesma. Igualmente a imprensa compreendeu o seu papel de ser uma tribuna democrática para trazer as diferentes perspectivas de leitura das questões sanitárias e administrativas, ouvindo atores diversos e nem sempre concordantes em suas opiniões (médicos, virologistas, enfermeiros), até porque houve um aprendizado coletivo e em tempo real sobre a Covid-19, já que é uma doença inédita, sem parâmetros de comparação prévia suficientemente fiável ou consistente para a antecipação de cenários;

A conduta da população no sentido de cumprir as medidas estabelecidas pelas autoridades públicas, aderindo às condutas de prevenção para evitar o risco de colapso do sistema público de saúde. Observou-se, sob esse prisma, um conjunto de iniciativas de solidariedade e de ajuda aos mais fragilizados pelos impactos da pandemia, bem como uma preocupação especial para com os idosos, já que compõem um segmento percentual significativo da população total portuguesa.

Dentre os fatores externos a influenciar a forma com a qual Portugal fez a gestão das questões ligadas à pandemia, podemos destacar:

A localização de Portugal, com fronteiras terrestres partilhadas apenas com a Espanha, o que contribuiu para impedir a circulação do vírus, pelo fechamento das fronteiras. Aliou-se a esta medida o controle dos voos que chegavam ao país, com a suspensão de muitos deles por alguns meses, especialmente daqueles vindos de países com maior índice de contaminação da população em face do Covid-19;

As características de ser, enquanto nação, uma República estruturada em um modelo de Estado Democrático de Direito com bases de estado de bem-estar social. Com isso, por um lado, possuía políticas públicas assentadas de auxílio às populações mais desfavorecidas, o que amorteceu parte do impacto econômico

e social advindo da pandemia sobre a população portuguesa; e, por outro lado, tendo uma organização político-estatal articulada a partir de um governo federal, não enfrentou os problemas de nações como a Espanha, cuja estrutura política em regiões autônomas trouxe muitos problemas de gestão da pandemia, pelos conflitos políticos presentes entre o governo central e os governos autonômicos;

O histórico de boas relações com a China. Recentemente, com a troika, os chineses começaram a investir em diversas áreas da economia portuguesa, como o setor energético, bancário, de seguros e aviação. No caso específico da pandemia, esse elemento foi decisivo para a importação de equipamentos (ventiladores, respiradores) e suprimentos (máscaras, álcool gel, roupas e demais materiais hospitalares), através da antiga colônia portuguesa de Macau;

O pertencimento à União Europeia, fator que permitiu a inclusão de Portugal num rol de nações que receberam ajuda financeira para a aquisição de insumos necessários ao combate da pandemia e que viabilizaram o acesso lusitano às vacinas, quando estas se tornaram disponíveis em termos mundiais. Essa condição permitiu a Portugal um protagonismo e termos planetários, sendo uma das nações com maiores índices de vacinação de sua população contra a Covid-19.

Com base no cenário acima especificado, pode-se dizer que, em termos gerais, Portugal conseguiu gerir bem o quadro pandêmico advindo do Covid-19. Através de fechamento de fronteiras, *home office*, teletrabalho, educação e aulas *on line*, confinamento etc., o combate à pandemia se mostrou eficaz e eficiente.

No entanto, para o foco pretendido nesta reflexão, a questão que se apresenta é: como Portugal tratou da pandemia com a população inserida no sistema prisional?

E para responder a isso, faz-se necessária a exposição do contexto do encarceramento em Portugal, para analisar, a partir daí, se as medidas com relação aos encarcerados durante a pandemia atendeu aos ditames de respeito aos direitos humanos e à cidadania destas pessoas.

1.1.1 A situação dos encarcerados em Portugal

Segundo os dados oficiais da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) relativos a 2020, Portugal contava, em 31/12/2020, com uma população carcerária de 12.439 pessoas, dos quais 11.253 pessoas estavam

distribuídas em seus 49 estabelecimentos prisionais e os restantes em prisão domiciliar.

A taxa de ocupação geral dos estabelecimentos prisionais é da ordem de 87,1 %, embora seja importante observar que há um desequilíbrio quanto à localização dos encarcerados, já que nas maiores cidades há falta de vagas nas instituições prisionais e a consequente sobrelotação, enquanto em pequenas cidades sobram vagas nos referidos estabelecimentos. Portugal possui uma taxa de encarceramento de 109,3 para cada 100 mil habitantes, figurando no meio da tabela das médias europeias.

Na lista de 43 países, Portugal era o 14.º país com a taxa de encarceramento mais elevada, integrando-se no pequeno grupo de países que representavam a exceção à tendência geral de redução da população prisional. A excessiva taxa de reclusão que aqueles valores exprimem evidencia o paradoxo de estabelecimentos prisionais sobreocupados com cidadãos de baixos recursos sociais e económicos, a cumprir penas de prisão pela prática de crimes de pequena e média gravidade, como resulta dos indicadores conhecidos. A sobrelotação prisional agrava outros problemas estruturais, como as más condições de higiene, salubridade e segurança dos edifícios e a definição e execução, para todos os reclusos, de programas credíveis de reinserção social – incluindo o trabalho, educação e relações com o exterior –, o que coloca em causa direitos fundamentais das pessoas reclusas, tendo motivado a mobilização de tribunais europeus contra o sistema penitenciário português. (GOMES; NOLASCO, 2020)

Em face da pandemia e considerando a situação de ocupação das instituições prisionais, o Presidente da República propôs ao Parlamento um projeto de lei que, aprovado em 10 de abril de 2020 (Lei n.º 9/2020), estabeleceu:

Regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

Regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

A aplicação imediata desta Lei permitiu que 1.234 pessoas que estavam reclusas em prisão preventiva e 1.687 pessoas reclusas em cumprimento de pena deixassem os estabelecimentos prisionais para cumprir penas domiciliares ou mesmo terem suas penas perdoadas.

Com estas medidas, aliadas à vacinação da população carcerária, parece ter havido um controle da situação de risco de contaminação em massa dos encarcerados, embora poucos sejam os dados a esse respeito até o momento, já que

pouco se comenta a esse respeito nos meios de comunicação social e praticamente não são disponibilizados dados estatísticos sobre este assunto nos documentos oficiais.

1.2 A pandemia no Brasil e seu impacto no sistema prisional

As informações acerca da pandemia no Brasil são muito envoltas em imprecisões, já que desde o princípio há um movimento obscurantista, patrocinado por pessoas ligadas aos cargos mais significativos do governo brasileiro, o qual inviabiliza um acesso confiável aos dados e informações sobre o tema.

No entanto, em que pese isso, a contaminação de pessoas pelo Sars-Cov2 no Brasil parece ter sido de conhecimento das autoridades em janeiro de 2020, mas em função de interesses obtusos que têm a ver com a manutenção da rentabilidade econômica da temporada de pleno turismo do verão, a se estender de dezembro até março, no período pós-carnaval, houve uma omissão no que tange a qualquer medida de prevenção ou combate ao coronavírus no país até o final do primeiro bimestre de 2020.

Quando algumas das autoridades sanitárias brasileiras, acionadas pelos organismos internacionais (OMS, por exemplo) e confrontadas pelas informações vindas da imprensa no que tange à situação mundial, começaram a se movimentar, enfrentaram resistências, boicotes, inércia negligente e omissões de atores e órgãos governamentais que tornaram inviáveis medidas articuladas, ágeis e eficientes, em termos nacionais, para organizar um combate mais efetivo aos casos já existentes e à implantação de estratégias integradas, em termos nacionais, de impedimento da propagação da Covid-19 em território brasileiro.

Além disso, sob os auspícios do Presidente da República e dos seus seguidores, disseminaram-se *fake news* e boatos, menosprezando o efeito do vírus e estimulando o tratamento preventivo ao mesmo com medicamentos inadequados. Ao que se sabe hoje, esse grupo, em nome de manter o pleno funcionamento das empresas e da “economia”, apregoava a contaminação generalizada da população com o coronavírus como forma de criar uma espécie de imunidade de rebanho.

Tal postura passou a ser combatida por médicos, sanitaristas, cientistas e profissionais da área da saúde, e se instaurou uma verdadeira arena de combate de informação e contrainformação. Alguns governadores e prefeitos, ante a cala-

midade que se instaurava em seus espaços de gestão, decidiram confrontar o governo federal e estabelecer regras de gestão da pandemia próprias ao território político dos quais eram responsáveis. Mas para isso realizar tiveram que recorrer ao Supremo Tribunal Federal para ter sua autonomia de gestão garantida, diante da tentativa do governo federal em retirar essa prerrogativa aos gestores locais.

Na esteira destas credences sem fundamento científico e base sanitária fiável, e em face da politização absurda, negacionista e militante que foi adotada por alguns dos governantes brasileiros, a calamidade se instaurou e mais de 600 mil pessoas perderam a vida pela Covid-19. Isso sem contar aquelas pessoas que, recuperadas da contaminação, ficaram com sequelas graves e de difícil recuperação.

A tragédia provocada pela Covid-19 no Brasil não se tornou maior graças à atuação de alguns governadores que viabilizaram a fabricação de vacinas, em parceria com instituições internacionais, ou que investiram na importação de vacinas, quando estas foram disponibilizadas no cenário mundial. A estrutura de Saúde Pública brasileira, construída em torno do Sistema Único de Saúde (SUS) e sua rede de funcionamento (hospitais, postos de saúde), oriunda de várias décadas, permitiu a capilaridade e a expertise necessárias para uma ampla e ágil campanha de vacinação da população, fator que contribuiu para o refrear da contaminação do coronavírus no país.

A tensão entre os defensores de uma política de efetivo combate à pandemia e os negacionistas de que ela exista, todavia, permanece. E o conflito é alimentado pelo próprio Presidente da República, cuja conduta vai contra a todos os preceitos adotados pelos estadistas das principais nações mundiais (Alemanha, EUA, França, Inglaterra, Espanha, Itália, Portugal etc.).

A partir deste prisma, como se fica a questão dos encarcerados no Brasil ante o quadro de pandemia?

1.2.1 A situação dos encarcerados no Brasil

O Brasil possui cerca de 680 mil pessoas reclusas em instituições prisionais, apresentando uma taxa de 322 encarcerados para cada 100 mil habitantes. Num ranking que envolve 222 países, o Brasil ocupa o 26º lugar em termos de população carcerária.

A ocupação acima da capacidade das unidades carcerárias brasileiras vai a uma tal proporção que atinge cerca de 35%; segundo Ricardo Campello e Mariana Chies-Santos, do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), dados de maio de 2021 mostram que chega a 241 mil o número de pessoas encarceradas acima da capacidade do sistema prisional.

As condições de higiene, a insalubridade, a precariedade das instalações prisionais, a superlotação, todos estes são fatores que transformam os encarcerados em potenciais vítimas de doenças, infecções e contaminações variadas. E isso assume proporções dramáticas com a chegada de um vírus ainda pouco conhecido e de consequências previsivelmente letais. Embora não exista previsão de pena de morte na legislação brasileira, é essa a sentença que se está atribuindo aos encarcerados do Brasil no ambiente da pandemia. Será que, como aponta Agamben (2002, p. 148), elegemos vidas indignas de serem vividas e as condenamos à morte? E o que tem sido feito para evitar isso?

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) parece ter sido a instituição que demonstrou alguma preocupação ante o cenário supramencionado, de sorte que lançou Recomendações (sendo a primeira sobre o tema a de n. 62, de 17/03/2020) aos Magistrados para que atuem levando em conta os riscos advindos da pandemia. Contudo, tais Recomendações são indicativos procedimentais e não tem força imperativa; deixam, além disso, a responsabilidade de ação para as autoridades locais em atuação nos casos específicos, e não tem, por isso, a força legal de promoção de alterações drásticas das condições precárias já instaladas.

O CNJ tem procurado acompanhar os casos de contaminação e mortes pelo coronavírus em contextos de privação de liberdade, que demonstram um aumento ininterrupto desde março de 2020. Com o mesmo propósito, o Monitor da Violência apresenta uma sistematização dos dados referentes à Covid-19 nas prisões, coletados junto às secretarias estaduais de Justiça e Administração Penitenciária. Segundo o Monitor, atualmente são 437 óbitos e 77.608 casos da doença entre presos/as e servidores/as dos sistemas penitenciários. Não há informações, contudo, sobre infectados e mortos em delegacias ou repartições policiais. (CAMPELLO, Ricardo; CHIES-SANTOS, 2021)

As condições carcerárias no Brasil já eram desumanas antes da pandemia, e certamente não melhoraram com a presença da Covid-19 neste ambiente. E são desumanas não apenas para os encarcerados, mas para diversos atores que

com eles convivem, como é o caso dos agentes prisionais e dos familiares dos reclusos.

O conhecimento desta situação é algo que chega à sociedade, e por ela é compreendido ou percebido, muito graças ao olhar e ao filtro usado pela mídia para informar sobre o que se passa. Como é, pois, que a mídia tem abordado, em Portugal e no Brasil, a situação dos encarcerados em plena pandemia de Covid-19? É o que trataremos a seguir.

2. A REPERCUSSÃO DA PANDEMIA SOBRE OS ENCARCERADOS E A ABORDAGEM DA MÍDIA

2.1 A abordagem da mídia sobre pandemia e encarceramento em Portugal

Em Portugal, vemos inicialmente, em meados de março de 2020, uma cobertura mais focada no fim das visitas aos presidiários e uma preocupação do governo com os funcionários do sistema prisional. O diretor-geral da Reinserção e dos Serviços Prisionais foi o primeiro membro do governo a falar sobre uma possível libertação de presos e disse que isso seria uma medida pensada para a saúde dos agentes penitenciários.

No fim de março, o debate público aumenta e a imprensa começa a cobrir uma pressão para com o Ministério da Justiça e o governo para a libertação de presos. Artigos de opinião, notícias com a manifestação de partidos políticos e de juízes são exemplos. Após as medidas serem anunciadas no início de abril, com previsão de soltura de 2 mil presos, várias notícias falando de como a libertação ocorreria surgiram, como, por exemplo, que políticos presos não teriam perdão de penas.

Um tempo depois, artigos começaram a falar de consequências da libertação de presos. Um exemplo é a situação de alguns que tiveram suas penas perdoadas e que se encontravam em situação de rua. Mais para perto do verão, em junho de 2020, com a diminuição dos casos e a abertura da economia, notícias sobre uma proposta do partido Chega, de extrema-direita, de obrigar o retorno às prisões dos que foram libertados em abril trouxe novas manchetes, destacando principalmente a reação contrária a isso de órgãos como a Ordem dos Advogados e o Conselho Superior de Magistratura.

2.2 A abordagem da mídia sobre pandemia e encarceramento no Brasil

O então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, foi destaque na imprensa no fim de março de 2020 ao dizer que não havia motivo para temor e que a soltura de presos teria que ser vista caso a caso. Ainda no início da pandemia, em março, a imprensa noticiou as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um órgão de estado, para a revisão de prisões provisórias.

Após isso, notícias eram divulgadas num âmbito estadual, dependendo das decisões de juízes de uma região. Notícias surgiam quando presos conhecidos e famosos eram soltos, como o caso de políticos e condenados de crimes nacionalmente conhecidos. Apenas em junho um número de soltos é divulgado pela CNJ: 32 mil em 18 estados e no Distrito Federal, o que representa menos de 5%. Em Portugal o número foi de mais ou menos 15%.

2.3 Comparação do papel do governo na mídia portuguesa e brasileira

Enquanto em Portugal o Ministério da Justiça e sua respectiva ministra, Francisca Van Dunem, tiveram destaque na cobertura desse assunto, o mesmo não se pode dizer no Brasil sobre o ministro Sérgio Moro.

O que se nota no Brasil é que as notícias na maior parte das vezes envolviam um elemento de resposta do sistema judiciário, como uma liminar ou determinação judicial. Não foi como em Portugal, em que o governo e os partidos políticos se articularam para criarem leis temporárias. A presença de decisões judiciais o tempo todo no noticiário mostra o vácuo deixado pelos governos, principalmente federal, nesse assunto das prisões.

O chamado ativismo judicial e o fato de juízes tornarem-se celebridades são elementos que podem ser debatidos junto do papel da imprensa, que propicia tal exposição midiática. Entretanto, nota-se, ao comparar as ações dos governos de Brasil e Portugal, que tal cobertura poderia focar-se em outros aspectos se o Executivo e Legislativo tivessem um papel ativo e de protagonismo. A notícia busca histórias com personagens e a falta de ação de políticos não é um acontecimento de valor jornalístico.

CONCLUSÃO - PANDEMIA, ENCARCERADOS E MÍDIA, UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS E DE CIDADANIA

A complexidade do mundo contemporâneo e a velocidade com que a miríade de experiências se apresenta no cotidiano das pessoas são características do nosso tempo.

O efeito de aceleração advindo das técnicas avançadas de comunicação e de transporte possui uma importância totalmente diferente para a modificação a longo prazo do horizonte cotidiano de experiências. [...] A consciência do espaço e do tempo é afetada de um outro modo pelas novas técnicas de transmissão, armazenamento e elaboração de informações. [...] As distâncias espaciais e temporais não são mais “vencidas”; elas desaparecem sem deixar marcas na presença ubíqua de realidades duplicadas. A comunicação digital finalmente ultrapassa em alcance e em capacidade todas as outras mídias. Mais pessoas podem conseguir e manipular quantidades maiores de informações múltiplas e trocá-las em um mesmo tempo que independe das distâncias. (HABERMAS, 2001, p. 57-58)

E muito disso decorre da difusão das novas tecnologias e da universalização do acesso a grande parte delas advinda dos imperativos mercadológicos que necessitam da inserção de milhões de pessoas como potenciais clientes, consumidores e, em consequência, indivíduos geradores de lucros para as grandes corporações internacionais (BAUMAN, 2003, p. 86-87).

Neste turbilhão de sensações, informações, possibilidades, temos dificuldades de conhecer, compreender e decidir nossas ações de maneira eficiente para nos movermos com segurança nas diferentes esferas da sociedade. Com isso, valemo-nos cada vez mais de sistemas-peritos (GIDDENS, 1991) para fazer uma espécie de tradução destas multiplicidades para nós, convertendo o caos aparente em uma visão de mundo concatenada e congruente.

O mundo em que nos encontramos hoje [...] em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece um mundo em descontrole. Além disso, algumas das influências que, supunha-se antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para nós, entre elas o progresso da ciência e da tecnologia, tiveram muitas vezes o efeito totalmente oposto. A mudança do clima global e os riscos que a acompanham, por exemplo, resultam provavelmente de nossa intervenção no ambiente. Não são fenômenos naturais. A ciência e a tecnologia estão inevitavelmente envolvidas em nossas tentativas de fazer face a esses riscos, mas também contribuíram para criá-los. (GIDDENS, 2007, p. 14)

Dentre estes sistemas-peritos que assumem cada dia mais importância em nossas vidas, os meios de comunicação social (a “mídia” ou os “media”) ocupam um espaço decisivo, filtrando as notícias e convertendo-as em informações

capazes de nos permitir um trânsito seguro pelas atividades profissionais, sociais e interrelacionais que exercemos no cotidiano.

Sob este prisma, os meios de comunicações social interferem diretamente no modo como vemos as coisas e nos apercebemos no mundo, enquanto indivíduos e enquanto coletividades; influenciam, neste sentido, na formação da identidade e do *ethos* de uma sociedade. E nisso se insere também a compreensão que temos de cidadania e de direitos que, na condição de seres humanos, possuímos.

Quando analisamos os principais veículos de comunicação atuais, dos mais tradicionais (jornais, televisões) aos novos (blogs, sites, portais, canais em redes sociais), percebemos que há um constante embate de visões de mundo, de valores e de interpretações acerca dos direitos individuais ou coletivos, das ações cabíveis a um cidadão, do papel do estado e de outras instituições sociais. Alguns temas ganham maior espaço nas grades de programação, como os esportes ou a política, mas outros praticamente não aparecem na pauta dos temas a serem abordados.

Em tempos de pandemia, o espaço destinado às informações sobre as questões sanitárias e os cuidados com a saúde ganharam relevância, mas questões ligadas ao sistema prisional e à população carcerária parecem não existir como preocupação social; é como se determinado contingente da população não existisse ou fosse invisibilizado por se constituir em tema inconveniente aos interesses predominantes no capitalismo tardio.

Convém que nos lembremos que a mídia, como o próprio nome aponta, é meio, e enquanto tal serve de instrumento a serviço de determinados interesses: estes podem ser voltados à emancipação social, à educação para uma cidadania cosmopolita e solidária, para a promoção de iniciativas em defesa dos direitos humanos e da justiça social; podem, entretanto, se voltar para a manutenção da desigualdade, para a ampliação da exclusão social, para a disseminação dos preconceitos, do individualismo e do ódio, para a legitimação da dominação e da injustiça.

Num contexto de pandemia, que a cada dia assume novos enredos e perspectivas, com variantes mais letais da doença a surgir mundo afora como subprodutos da miséria e da exclusão de muitos em prol do bem-estar de poucos, torna-se mister percebermos que a efetiva cura do vírus Sars-Cov2 não está nas

vacinas ou em medicamentos, mas na maneira com a qual temos, de forma predatória, egocêntrica e desmedida, atuado sobre a natureza, seja esta experimentada em sua manifestação mineral, vegetal ou animal.

Torna-se cada vez mais imprescindível, no âmbito da esfera pública (HABERMAS, 1984), a promoção e o fortalecimento de espaços democráticos nos quais o papel da mídia seja debatido e onde possamos discutir igualmente o significado efetivo das várias instituições que compõem a sociedade.

A questão que se apresenta, portanto, como desafio individual e coletivo, é estabelecer finalidades emancipatórias para a mídia, capazes de construir caminhos imprescindíveis de pluralidade, democracia e defesa dos direitos humanos de todos aqueles que compõem a nossa sociedade, inclusive dos encarcerados. Caso contrário, continuaremos a manter na invisibilidade e na indiferença diversos segmentos da população, posto que são apenas peças lucrativas numa engrenagem de poder e num negócio que promove imensos lucros para poucos, mas não tem sua condição humana e dignidade existencial reconhecidas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidad líquida. Traducción de Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

CAMPELLO, Ricardo; CHIES-SANTOS, Mariana. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). 17/05/2021, em: PORTAL G1. <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/superlotacao-covid-19-e-ausencia-de-dados-a-situacao-das-prisoas-brasileiras.ghtml>

DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP). Estatísticas Prisionais Anuais. Lisboa: Ministério da Justiça, 2020.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrolo. 6.ed. Tradução de Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GOMES, Conceição; NOLASCO, Carlos (2020), "Prisões", Palavras para lá da pandemia: cem lados de uma crise. Consultado a 22.09.2021, em: <https://ces.uc.pt/publicacoes/palavras-pandemia/?lang=1&id=30407>. ISBN: 978-989-8847-24-9

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1980. (Biblioteca Tempo Universitário, 60 – Série Estudos Alemães).

SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.

NÃO ERA SÓ UMA GRIPEZINHA: DESINFORMAÇÃO E NEGACIONISMO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Valéria Cristina Lopes Wilke

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro/UNIRIO, Rio de Janeiro, Brasil
valeria.wilke@unirio.br

André Januário da Silva

Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia/UFRJ, Rio de Janeiro,
Brasil
andrejanuario.silva@gmail.com

1 – INTRODUÇÃO

Nossa proposta tem como objetivo problematizar a desinformação e negacionismo no contexto epidemiológico da pandemia de Covid-19 no Brasil, tendo como cenário a condução desse evento por parte do governo brasileiro e por instituições envolvidas nessa dinâmica, e a circulação de informações governamentais oficiais e provenientes das mídias informativas.

Se, por um lado, observamos a adesão de boa parte dos governos estaduais e de instituições especializadas em ciência e saúde às normas e recomendações da Organização Mundial de Saúde para o combate ao Covid-19, por outro, foram constatadas diversas falas e ações de autoridades políticas e de saúde, que vão de encontro a tais recomendações, fato que gerou redução da adesão da população às medidas profiláticas e confusão no entendimento do real significado da crise sanitária. Os efeitos desse entrave na atmosfera pública nacional tem sido considerado uma das principais causas que levaram ao alto índice de infectados e, sobretudo de mortos no país, cuja marca já ultrapassa mais de 600.000 vítimas fatais.

Diante do exposto, buscamos apresentar uma análise crítica tomando como parâmetro alguns enunciados e ações do governo federal contrárias a três componentes essenciais no combate a pandemia: o distanciamento social, a utilização de máscaras e a vacinação. Nesse sentido, buscamos operar com os conceitos de dispositivo e discurso, a fim de analisar desinformação e o negacionismo

como elementos relevantes desse dispositivo, que agencia modos distintos de lidar com a doença e com a informação científica sobre ela. Por sua vez, esses agenciamentos permitem a discussão sobre a competência epistêmica desse tipo de informação, sobre a relação entre informação, desinformação e *fakenews*, e sobre como incidem na compreensão da população brasileira acerca da pandemia e as formas de combatê-la. O campo empírico se constituirá por falas e ações do governo federal e informações que circulam nas mídias infocomunicacionais.

2 – O DISCURSO BOLSONARISTA COMO DISPOSITIVO DOUTRINADOR

Eleito com cerca de 57.000.000 de votos, Jair Messias Bolsonaro tomou posse do cargo de presidente da república federativa do Brasil em 1 de Janeiro de 2019. Com um discurso que evocava valores morais direcionados a família tradicional brasileira, a religiosidade de matriz cristã, ao conservadorismo ideológico e, sobretudo a bandeira anticorrupção, formou um ministério onde se destacaram dentre muitos nomes o do então juiz Sérgio Moro, principal nome da operação Lava-Jato²⁹.

Desde o início de seu governo, Jair Bolsonaro tem se caracterizado por um constante embate com diversos veículos de imprensa (dentre os quais se destacam jornalistas da Rede Globo e suas diversas agências de comunicação e também da Folha de São Paulo) adversários políticos, partidos de oposição ao seu governo e toda e qualquer pessoa ou instituição que se coloque contrária a alguma

²⁹ A operação Lava Jato surgiu no ano de 2014, como uma força tarefa que envolveu a polícia federal e o ministério público na investigação de supostos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, obstrução da justiça, dentre outros. Tais crimes teriam sido responsáveis pela crise político-econômica de 2014 e pelo desvio de bilhões de reais dos cofres públicos, fatos que culminaram com o impeachment da então presidenta Dilma Rousseff do Partido dos Trabalhadores (PT), no ano de 2016. Uma das principais figuras da Lava Jato foi o ex- juiz Sérgio Moro responsável pela condenação e prisão do ex- presidente Luis Ignácio Lula da Silva do PT, que segundo as principais agências de pesquisa do país aparecia como o líder das intenções de votos para o pleito eleitoral de 2018 (Estadão, 2021). Sem a presença de Lula, preso e impedido de concorrer à disputa eleitoral pela Lei da Ficha Limpa, Bolsonaro sagrou-se vitorioso no segundo turno das eleições presidenciais derrotando o então candidato Fernando Haddad, do PT. Em 2019, o Supremo Tribunal Federal revogou as prisões em segunda instância e o ex-presidente Lula, foi solto em 08 de novembro daquele ano após passar 580 dias preso na sede da superintendência da polícia federal em Curitiba (Baran, 2019).

pauta ou tomada de decisão do seu governo. Os ataques do presidente geralmente se caracterizam por elementos depreciativos de cunho misógino, homofóbico e pessoal.

Em *A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fakenews e violência digital* (Mello, 2020), a jornalista Patrícia Campos Mello relata esse cenário a partir de sua própria experiência, quando foi alvo da chamada rede de ódio de seguidores de Bolsonaro e do próprio presidente, após ela ter iniciado uma investigação sobre redes de disparo em massa de mensagens com conteúdo falacioso, as chamadas *fakenews*, direcionadas ao então candidato Fernando Haddad do Partido dos Trabalhadores (PT). A jornalista mapeou uma rede composta por diversos atores (pessoas, instituições e grupos de empresários) que disseminavam *fakenews* em mídias infocomunicacionais como parte da estratégia de campanha do então candidato Jair Bolsonaro. Após ser acusada por uma de suas fontes jornalísticas de ter oferecido sexo em troca de informações desse esquema, fato que foi amplamente desmentido por ela e verificado como conteúdo falacioso por diversos veículos jornalísticos, Patrícia Campos Mello sofreu ofensas de Eduardo Bolsonaro, filho do presidente e deputado federal pelo estado de São Paulo e depois do próprio presidente.

O deputado Eduardo Bolsonaro logo tratou de espalhar todas essas calúnias. Fez vídeo ecoando a mentira e postou nas redes sociais. Reproduziu as ofensas de Nascimento em diversos comentários em sua conta no Twitter, que tem 2 milhões de seguidores. Fez questão de subir na tribuna da Câmara dos Deputados e dizer, enquanto era filmado: “Eu não duvido que a sra. Patrícia Campos Mello, jornalista da *Folha*, possa ter se insinuado sexualmente, como disse o Sr. Hans, em troca de informações para tentar prejudicar a campanha do presidente Jair Bolsonaro (Mello, 2020, p. 83).

Sete dias após este incidente, em coletiva em frente ao Palácio da Alvorada, Bolsonaro completou: “‘Ela [repórter] queria um furo. Ela queria dar o furo’, afirmou, diante de um grupo de simpatizantes. Após uma pausa para as risadas dele e dos apoiadores, o ex-capitão concluiu a frase: ‘A qualquer preço contra mim’” (Mello, 2020, p. 84).

Outro fato comum ao discurso do presidente tem sido o conteúdo desinformativo e mentiroso sobre a sua versão dos fatos, o que tem gerado preocupação e debates acalorados em grande parte da opinião pública no Brasil. Esse ambiente tem motivado um monitoramento constante de agências de notícias e de checagem de fatos no âmbito brasileiro e internacional, assim como de diversos pesquisadores e cientistas de áreas distintas preocupados com a disseminação

da desinformação. Segundo a Artigo19, organização internacional sem fins lucrativos que atua em defesa da liberdade de expressão e ao acesso à informação, Bolsonaro emitiu somente no ano de 2020, 1.682 declarações enganosas, numa média de cerca de quatro informações falsas por dia (Artigo19, 2021).

Outro ponto importante a ser observado no discurso do presidente é a ideia constante de guerra entre “nós” e “eles”. Bolsonaro atribui a seus opositores uma espécie de complô para atrapalhar seus planos de governo, colocando no mesmo conjunto partidos de esquerda como PT e PSOL, opositores à direita como diversos membros do PSDB, o ex-presidente da Câmara dos deputados Rodrigo Maia, centrais sindicais, boa parte da inteligência artística brasileira, além das já citadas redes de comunicação e jornalismo do Brasil. Para Bolsonaro, tudo seria parte de um plano para devolver o PT ao poder e implementar uma doutrinação ideológica de fundo socialista e progressista, nas escolas e instituições brasileiras.

Todo esse panorama ilustra diversos elementos que compõem o discurso do presidente, entretanto chamamos a atenção para três, que consideramos essenciais para o entendimento e impacto dos enunciados proferidos pelo presidente e sua rede de atores ideológicos, que chamamos de rede bolsonarista, são eles: o não diálogo; a negação da verdade; o estado permanente de conflito.

O não diálogo: como um princípio discursivo próprio do autoritarismo e regimes autocratas, onde o diálogo não pressupõe resposta, pois se constitui como uma via única de aceitação. Quando contrariados o presidente e seus seguidores partem para ofensas pejorativas, preconceituosas e de cunho pessoal, a argumentos *ad hominem* descartando qualquer possibilidade argumentativa própria do discurso civilizado.

A negação da verdade: como estratégia discursiva que remete a um Regime próprio da verdade, desconsiderando elementos factuais da realidade social, apelando para enunciados falaciosos ou manipulados, direcionados a um nicho próprio para quem a realidade dos fatos importa menos que as emoções e crenças pessoais. Esse Regime de verdade é conhecido atualmente como pós-verdade.

O estado permanente de conflito: como estratégia discursiva que busca produzir inimigos virtuais constantes, mesmo que estes tenham matrizes ideológicas distintas, motivações ou pautas divergentes, uma vez que se opõem ao bolsonarismo, são colocados no mesmo conjunto de opositores, sendo delegado a

eles um projeto de desestabilização comum, que visa impedir os planos de governo do presidente e de suas pautas mais caras aqui resumidas em seu slogan mais famoso: *Brasil acima de tudo, Deus acima de todos*.

Esse conjunto de fatos apresentados que, julgamos relevantes no discurso de Bolsonaro e de seus seguidores nos remete ao conceito de dispositivo desenvolvido por Michel Foucault (2008; 2009). O autor reconhece que o discurso é um importante dispositivo de controle social, admitindo que existem dois importantes elementos de controle, que se fazem através da exclusão e interdição. “Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa”. (Foucault, 2009, p. 9) Há no discurso uma ligação íntima entre desejo e poder. O discurso é objeto de desejo na esfera social, assim como é considerado um poder do qual nós queremos nos apoderar. Quem determina o discurso validado em sociedade detém o poder sobre crenças, valores e assujeitamentos oriundos das formas discursivas.

Dentre muitas características e procedimentos de controle discursivos apontados por Foucault (2009) destacamos o princípio doutrinador, que é apontado por ele como uma estratégia discursiva para exercer controle e coerção no discurso dos indivíduos. As doutrinas sejam elas de qual matriz for, constituem-se pelo inverso das sociedades do discurso, embora também estejam relacionadas às regras existentes nestas sociedades. Nelas, o número de indivíduos falantes é limitado e somente entre eles o discurso pode circular. Já o discurso doutrinador tende a circulação e a difusão. O pertencimento de uma doutrina é caracterizado pela partilha de um conjunto de discursos por um número impensável de indivíduos, que mantém a raiz nuclear da unidade discursiva em torno das mesmas verdades e a aceitação das regras. A doutrina associa os indivíduos a certas enunciações e lhes proíbe outras.

Ora, a pertença doutrinária questiona ao mesmo tempo o enunciado e o sujeito que fala, e um através do outro. Questiona o sujeito que fala através e a partir do enunciado [...] a heresia e a ortodoxia não derivam de um exagero fanático dos mecanismos doutrinários elas lhe pertencem fundamentalmente (Foucault, 2009, p. 42).

Foucault (2009) reconheceu a dificuldade de separar os rituais das palavras, a sociedades do discurso, os grupos doutrinários e as apropriações sociais, pois esses elementos, na maior parte do tempo, formam espécies de “grandes edifícios que garantem a distribuição dos sujeitos que falam nos diferentes tipos

de discurso e a apropriação dos discursos por certas categorias de sujeitos” (FOUCAULT, 2009, p. 44). Com isso consideramos o discurso bolsonarista como um dispositivo doutrinador que busca constituir modos de realidade, significação e experiência em relação à cosmovisão de mundo das coisas. Produzindo assim, assujeitamentos de grupos e indivíduos de acordo com uma noção ideológica de verdade e existência no mundo.

A campanha presidencial brasileira de 2018 deixou clara a relevância da informação e da desinformação. O trânsito informacional de conteúdos desinformativos pela rede bolsonarista pode ser também avaliado a partir dos elementos que se tornam visíveis e identificáveis dentro do recorte do Dispositivo Informacional (Wilke, 2009). Nesse âmbito, a informação, os processos e as ações informacionais são considerados como construção social e, portanto, atravessados pelas determinantes histórico-sociais e materiais. Esse tipo de dispositivo articula três níveis fundamentais expressos nas relações entre os saberes, os poderes e os modos de ser-sujeito (subjettivação), que têm o par informação/desinformação como elemento-chave. Cada um desses elementos propõe perguntas: O que podemos saber, logo, o que nos é autorizado a ver e dizer sobre uma dada realidade em um determinado contexto? Quais poderes agenciam e potencializam *isto* que é sabido e autorizado a ser dito e ainda, como é possível enfrentá-los, resistindo a eles, quando for o caso? Como os processos de subjettivação ocorrem nesse complexo de saberes, poderes e quais modos de existência (modos de ser sujeito) são produzidos?

O Dispositivo Informacional inclui um conjunto heterogêneo de elementos discursivos e não-discursivos; de instituições; de organizações arquitetônicas físicas e não físicas, como as infovias e as redes sociais digitais; de decisões regulamentares, leis, medidas administrativas; e de enunciados científicos, filosóficos, morais, filantrópicos, opinativos; de imagens. No Dispositivo Informacional inexistem posições e funções fixas no jogo entre os elementos discursivos e não-discursivos, onde se fazem presentes as relações de força que têm a positividade de validar determinadas mediações info-comunicacionais e significações de mundo, os quais atuam, por sua vez, na formação de modos de ser sujeito e de subjettividades. Tais maneiras de assujeitamento mostram os efeitos do poder que circulam a partir das relações sociais estabelecidas como práticas discursivas e que moldam e modulam, no processo de socialização, cada indivíduo como sujeito. Por isso o dispositivo permite entender as condições históricas que assujeitam (no sentido de tornar sujeito e de assujeitar a algo) e transformam os indivíduos.

Dentro do espectro do Dispositivo Informacional, parece-nos que o discurso doutrinador bolsonarista pode ser considerado pelos vieses do

Nível do saber que autoriza uma espécie de percepção e de conhecimento sobre a realidade: especialmente pelas infovias da internet transitaram diferentes tipos de discursos (tais como, falas cotidianas como as da figura do “tio do zap” ou as *lives* presidenciais, imagens, enunciados pretensamente científicos, enunciados morais, opiniões, discursos de ódio, normatizações) que autorizaram percepções, conhecimentos, trocas de informações e posturas de sujeitos individuais e coletivos que recusaram o diálogo; e que negaram a veracidade de informações veiculadas pela OMS e órgãos afins, que afirmaram outras como verdadeiras sem nenhum lastro de confirmação científica ou, pelo menos, de bom senso (tais como: a vacina é para implementar chip; a existência de tratamento preventivo eficaz); e que partidariaram posições a ponto de instalar conflito permanente.

Nível dos poderes que agenciam e potencializam o que foi considerado *sabido*, autorizado a ser dito e utilizado em relações de força com aqueles considerados adversários: especialmente com o progressivodes-cobramento, deslinde e entendimento do funcionamento das chamadas redes bolsonaristas, (Mello, 2018, 2020; Gragnani, 2017, 2018; Ortellado, Ribeiro, 2018) foi possível identificar os agentes sociais que atuaram e também a hierarquia que havia entre eles. A partir daí, tornou-se possível o início de elaboração de estratégias e ações de possíveis enfrentamentos do discurso doutrinador.

Nível dos processos de construção de sujeitos e de modos de existir-no-mundo: igualmente tornou-se possível começar a identificar características dos tipos de subjetividades que estavam sendo moldadas e moduladas e também como ocorre essa modelação e modulação, tendo como referência o discurso doutrinador.

3 – DESINFORMAÇÃO E AS MÍDIAS INFOCOMUNICACIONAIS

A desinformação tem sido pauta permanente na opinião pública na atualidade, muito em virtude de seu protagonismo e disseminação nas sociedades contemporâneas. Embora o fenômeno da desinformação remonte outros quadros históricos é no contexto atual que temos visto uma preocupação como nunca antes, acerca dos efeitos nocivos que ela pode propiciar.

Wilke (2019) nos aponta que a desinformação encontra ambiente propício para sua disseminação na atualidade justificando esse fenômeno como uma face da dita sociedade da informação. Nesse sentido, o processo de existir-no-mundo, dar-se-á conforme o arcabouço tecnológico digital que vai situar um patamar diferente em relação ao trânsito informacional analógico dos anos anteriores. A informação torna-se a principal matéria-prima desse novo paradigma social, basilado na penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias da informação presentes em tudo. Outro ponto destacado pela autora é a organização social em redes que permitiu novos modos sociais de interação e organização, com a crescente convergência tecnológica que produz um sistema altamente integrado de aparatos tecnológicos e mídias infocomunicacionais. Wilke (2019) pondera que o traço fundamental desse novo ordenamento social estaria na instalação das tecnologias da informação e comunicação (TICS) no núcleo da lógica capitalista. Assim, na sociedade em rede, a informação circula pela infovias instantaneamente, fazendo com que essa forma societária se constitua como ambiente perfeito para a proliferação em massa de desinformação, por meio de sua materialidade mais notável, as *fakenews*.

Na sociedade interligada em rede emergiu também um novo modelo de comunicação, pois as mídias digitais multiplicaram a capacidade dos meios tradicionais (satélites, cabos e fibras óticas) e promoveram o modelo comunicacional todos-todos (todos conectados podem receber e enviar informações), cujo pressuposto foi a conversão algorítmica de sons, imagens, textos em bits (Wilke, 2019, p. 384).

A esta discussão podemos acrescentar a contribuição de Jeanneret (2015) que ao problematizar de forma crítica as chamadas redes sociais³⁰ como dispositivos infocomunicacionais, destaca a incompatibilidade do termo, uma categoria sociológica, na definição das mesmas. Para o autor, essas mídias se constituem como um evento com um projeto de transfigurar nosso ambiente cultural; como um estado definido da relação entre mídia e texto; como um novo momento na economia política da circulação de saberes sobre as coisas. Outro ponto destacado pelo autor está na lógica de apresentação dessas mídias infocomunicacionais

³⁰Em sua pesquisa Yves Jeanneret (2015) analisou especificamente algumas dessas mídias infocomunicacionais, sendo elas, o Facebook, o Twitter e o MySpace, entretanto é possível acrescentar a essa lógica de análise outras como o Instagram, o Youtube e até mesmo os aplicativos de mensagens instantâneas como o popular Whatsaape o Telegram, pois todas essas mídias possuem similitudes entre si, sobretudo na lógica de agregar seguidores e na difusão instantânea de conteúdos.

a partir da concepção de que elas seriam o verdadeiro lugar da comunicação no universo contemporâneo, através do apelo social que implica na fabricação de cidadãos consumidores necessitados de ‘estarem ali’, como forma de se sentirem como sujeitos que agem na realidade social. Esse desejo angustiante de pertencimento está revestido de uma nova lógica de modelo intelectual de referência e também de consumo. Assim, Jeanneret (2015) chama atenção para a indispensabilidade dessas mídias no cotidiano, destacando que sob diferentes espectros elas se apresentam como único lugar possível de interação social, atribuindo a toda uma geração o aspecto de nativos digitais. Com isso, o autor propõe enxergar essas mídias como “um composto que liga universos de discurso, propriedades pragmáticas dos dispositivos, imaginários da visibilidade social, envolvimento dos atores e dinâmica de trocas comunicacionais (Jeanneret, 2015, p. 13).”

Partindo do princípio de que essas mídias se constituem como ferramentas de uso, Jeanneret (2015) propõe enxergá-las a partir da noção de *ferramentas-marca*, pois em seus domínios se apresentam como ferramentas que possuem marcas identitárias muito fortes na sociedade e na vida cotidiana dos indivíduos. Desse modo dois fenômenos são imprescindíveis para o entendimento de suas dinâmicas. Em primeiro lugar ressalta a posição hegemônica desses dispositivos, algo que segundo ele não é usual levando em conta um mundo onde o uso é comumente garantia de imprevisto e diferença. Em segundo lugar, ressalta que os usuários são promovidos a atores voluntários com a tarefa de fortalecer essas *ferramentas-marca*, ou seja, estimular e disseminar seu uso através do trabalho voluntário, por meio do engajamento de utilização das mesmas. Diante do cenário apresentado podemos inferir que existe toda uma conjuntura que propicia a manipulação de dados de acordo com as vontades pessoais de um determinado grupo. Nesse âmbito os efeitos da desinformação tornam-se devastadores, pois como vimos na proposta de Wilke (2019), vivemos um novo paradigma de comunicação relacionado a todos-todos, ou seja, onde cada cidadão se torna indivíduo em potencial com capacidade de criar opiniões, conteúdos e notícias acerca de qualquer fato social. Nesse ambiente permeado por dispositivos infocomunicacionais apontados por Jeanneret (2015) como *ferramentas-marca* cada cidadão pode editar e divulgar conteúdos em massa devido à capacidade técnica proporcionada pelas tecnologias de informação digital. Com isso, surge uma nova classe de atores que se apresentam como legitimadores de informação e formadores de opinião, pondo em xeque a competência epistêmica na produção de conteúdos e especialidades informacionais, sendo estes: *youtubers*, *digitalinfluencers*, blogueiros,

dentre outros que se tornaram personalidades instantâneas dadas às possibilidades de interação imediata proporcionadas por estes dispositivos e pelos canais de acesso a eles. Toda essa problemática incide no que diz respeito a quem tem o controle e poder exercido na grande rede (internet) e a quem é dada a autoridade de validação dos fatos no ambiente digital. Em um universo mediado por instituições, organizações e empresas tais quais as *ferramentas-marca* Facebook, Instagram, Youtube, Google, Whatsaap, Twitter, dentre outras, emerge um cenário, onde estas possuem uma capacidade de interferir na formação e pensamento de cidadãos conectados à chamada aldeia global, muitas vezes maior que seus próprios estados-nação.

Esse componente gera dificuldades tremendas, pois essas gigantes empresas de informação estão, no mais das vezes. Para além do controle público e social de suas responsabilidades como, por exemplo, as relacionadas as causas e feitos das *fakenews* (Wilke, 2019, p. 387).

Para além desse poder de influência, estas empresas possuem em seu cerne constituidor, políticas de acúmulo de capital e, nesse sentido, não estariam preocupadas em pautar valores morais ou éticos à lógica dos conteúdos por elas disseminados. Pesquisas realizadas desde o ano de 2016 apontam que notícias fraudulentas geram muito mais lucro e repercussão que em períodos anteriores, em decorrência da velocidade pelo qual são disseminadas e pelo alcance em larga escala (Wilke, 2019). Como nos diz Jeanneret (2015) a prática desses dispositivos envolve sempre a manutenção de uma comunicação relacional, criadora de conveniência, responsável por fragmentar, uniformizar e banalizar os enunciados. Em suma, são produtos fabricados por uma indústria cultural que busca constituir modelos de consumo público atendendo a uma demanda de mercado de forma personalíssima, e nunca antes vista, envolvendo diferentes níveis de pertinência midiática, de tratamento do texto e do documento, segundo uma lógica contextual, fragmentada e marcada pela proximidade do gesto.

Essa conjuntura apresentada em que o modelo de comunicação, mediação e produção do conhecimento em relação à informação gerada é significativamente reestruturado por esse novo modelo de dispositivo, encontra um ambiente perfeito para a disseminação de teorias e discursos negacionistas que vão incidir diretamente nas diferentes formas de lidar com a pandemia de Covid-19, no Brasil, conforme veremos adiante.

4 – A FACE DO NEGACIONISMO NOS ENUNCIADOS DO PRESIDENTE

Segundo dados extraídos do sítio eletrônico Corona vírus Brasil ligado ao Sistema Único de Saúde (SUS) até o presente momento em que esta seção era escrita, o Brasil já havia contabilizado 611.478 vítimas fatais da Covid-19 em todo o país. O número de infectados desde o início do primeiro caso registrado em território nacional já ultrapassava a marca de 21 milhões e 900 mil casos (CORONAVIRUSBRASIL, 2021). Desde o primeiro caso da doença registrado no Brasil em meados de fevereiro de 2020, o presidente Jair Bolsonaro tem buscado minimizar ou negar as conseqüências em torno da crise sanitária no país, bem como tem promovido a desconfiança em relação aos números de infectados e mortos e estimulado o tratamento precoce com medicamentos ineficazes no combate a doença. Outro ponto que deve ser destacado é o constante embate com autoridades em saúde dentro e fora do Brasil, culminando com a demissão de ministros da Saúde e um enfrentamento direto com as diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS). Em abril de 2020 quando o Brasil já contabilizava mais de seis mil mortos pela Covid-19, em sua *live* transmitida semanalmente pela mídia social Facebook, o presidente buscava se defender das acusações de genocídio atribuindo a contrariedade as normas e diretrizes da OMS, ao fato de que o diretor geral da instituição não teria competência em saúde, uma vez que este, não era médico de formação (Uol, 2020). Em suas palavras:

O pessoal fala tanto em seguir a OMS, né? O diretor da OMS é médico? Não é médico. É a mesma coisa se o presidente da Caixa não fosse da economia. Não tem cabimento. Então, o diretor da OMS não é médico. (Uol, 2020).

O presidente assim parecia ignorar o fato de que Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor da OMS, possui formação em Biologia, tendo mestrado em Imunologia de Doenças Infecciosas e doutorado em Saúde Pública, cursado na Universidade de Nottingham, na Inglaterra (Uol, 2020). Outrossim, o presidente tentava justificar seu discurso negacionista apoiando-se na idéia de que as diretrizes e medidas profiláticas sugeridas pela OMS atrapalhavam os rumos da economia, o que segundo Bolsonaro aumentaria a propensão a infecção por Covid-19.

Entre o Brasil e um país pobre africano: a expectativa é maior aqui ou maior do Zimbábue? É maior aqui. Por quê? Porque tem uma renda maior, Então, se a nossa renda vai cair, a morte chega mais cedo. É isso que eu sempre busquei ao conhecimento público. Não poderia fugir da

verdade. Eu estou sendo acusado, dentro e fora do Brasil, de genocídio por ter defendido uma tese diferente da OMS (Uol, 2020).

O curioso é que semanas depois de proferir estes enunciados em suas *lives* semanais, o presidente promovia o general Eduardo Pazuello, membro de seu governo que possuía apenas formação militar, a ministro interino da saúde, após a saída do então ministro e médico Nelson Teich, que pedira demissão do cargo por se recusar a recomendar a utilização do medicamento hidroxocloroquina, para o tratamento precoce da Covid-19. Inúmeros estudos já comprovavam a ineficácia da famigerada cloroquina no tratamento da doença, em todo o mundo (SAID, 2020).

No que tange as *lives* semanais do presidente estas tem se apresentado como um importante recurso para a disseminação do discurso de Jair Bolsonaro. Segundo dados publicados em reportagem do jornal O Globo, o presidente desde o início de seu mandato tem se utilizado delas para disseminar suas idéias, contabilizando mais de 138 horas de transmissão só nos primeiros dois anos de mandato (Gullino et. al., 2020). Vinculadas pela página de Bolsonaro, na mídia social Facebook, as *lives* geralmente ocorrem às quintas-feiras de cada semana, sendo possível recorrer a muitas delas na plataforma de mídia do YouTube.

Nesse sentido é possível identificar esse recurso como um importante dispositivo na produção de sentidos a partir do que diz o presidente. Em muitas dessas *lives* Bolsonaro tem reproduzido conteúdos misóginos, homofóbicos e até mesmo racistas, além de já ter provocado crises institucionais entre diversos atores do cenário político brasileiro, como os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Muito do que se entende por negacionismo científico no contexto da pandemia de Covid-19 teve suas primeiras incitações em enunciados do presidente proferidos em suas *lives*, bem como em seus pronunciamentos ditos no chamado “cercadinho”, próximo ao Palácio da Alvorada, onde comumente o presidente se dirige a seus apoiadores.

Por mais de uma vez o presidente se referiu a Covid-19 como uma simples gripezinha, diminuindo a adesão as medidas profiláticas de contenção ao vírus por boa parte da população, gerando confusão no real entendimento da crise sanitária no país. O ponto culminante desse entrave pode ser observado em seu pronunciamento à nação em rede nacional:

No meu caso particular, pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar, nada sentiria ou seria,

quando muito, acometido de uma gripezinha ou resfriadinho, como bem disse aquele conhecido médico, daquela conhecida televisão. (BBC, 2020).

Com isso, destacamos três enunciados presentes no discurso de Bolsonaro que vão de encontro às principais medidas profiláticas recomendadas pela OMS, a saber: contra as medidas de distanciamento social; contra a utilização de máscaras; contra a vacinação.

Contra o distanciamento social

Bolsonaro tem constantemente se posicionado contrário a essa medida desde o início da pandemia alegando que ela traria danos irreversíveis à economia brasileira e desconsiderando o risco contagioso da doença. Quando muitos governadores em primeira hora resolveram aderir parcial ou totalmente às recomendações de distanciamento e *lockdown* sugeridos pela OMS, algo que já estava ocorrendo em diversas partes do mundo, o presidente não só se recusou a adotar tais medidas, como buscou via domínios federais coibir os mesmos de fazê-lo. Isso acarretou num desgaste nacional entre o presidente e diversos governadores, incluindo antigos aliados, como o ex-governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, do Partido Social Cristão (PSC) e o governador de São Paulo João Dória, do Partido Social Democrata Brasileiro (PSDB). Foi preciso que os governadores e prefeitos recorressem ao STF, para poderem decretar medidas mais enfáticas de restrição e distanciamento social. Abaixo destacamos uma das falas do presidente no âmbito do distanciamento social:

O agro realmente não parou. Tem uns idiotas aí, o ‘fique em casa’. Tem uns idiotas que até hoje ficam em casa. Se o campo tivesse ficado em casa, esse cara tinha morrido de fome, esse idiota tinha morrido de fome. Daí, ficam reclamando de tudo (PODER360, 2020).

Contra a utilização de máscaras

O presidente desde o início da pandemia tem encorajado seguidores e toda a população brasileira a não utilizar máscaras de proteção, por vezes alegando que estas poderiam trazer problemas respiratórios se utilizadas continuamente. Desde o primeiro momento da pandemia o presidente tem evitado utilizar a máscara de proteção, assim como tem promovido aglomerações e contato público, onde pode ser observado um sem número de seguidores que também não a utilizam. Em uma de suas falas recentes a respeito da utilização de máscaras Bolsonaro disse:

Quem já foi infectado e quem já tomou vacina não precisa usar máscara. Quem vai decidir é ele [referindo-se ao Ministro Queiroga], dar um o parecer. Se bem que quem decide na ponta da linha é o governador e prefeito, eu não apito nada. É ou não é? Segundo o Supremo, quem manda são eles. Nada como você estar em paz com a sua consciência (Agência Estado, 2021).

Contra a vacina

Atualmente existe no Brasil uma Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no Senado Federal brasileiro por liminar expedida pelo STF, que tem investigado dentre muitos indícios a omissão do presidente na aquisição de vacinas da fabricante Pfizer e também a tentativa de superfaturamento na compra das vacinas indianas Covaxin. Fato é que enquanto milhares de brasileiros perdiam as suas vidas diariamente, o presidente desencorajava e promovia políticas contrárias a sua aquisição. Assim, destacamos uma fala emblemáticas proferida pelo presidente, no fim de dezembro do ano passado, contra a urgência da vacinação:

Na Pfizer, está bem claro no contrato: ‘nós não nos responsabilizamos por qualquer efeito colateral’. Se você virar um jacaré, é problema de coce. Não vou falar outro bicho aqui pra não falar besteira. Se você virar o super-homem, se nascer barba em alguma mulher aí ou um homem começar a falar fino, eles não tem nada a ver com isso. A pandemia realmente está chegando ao fim. Os números têm mostrado isso aí. Estamos com uma pequena ascensão agora, o que se chama de pequeno repique; pode acontecer. Mas a pressa para a vacina não se justifica, porque você mexe com a vida das pessoas. (Terra, 2020).

Todo o esse cenário ilustrado aponta para a presença constante do negacionismo científico no discurso de Bolsonaro e de sua base ideológica, que buscaram desde o início da pandemia negar a doença e as recomendações de autoridades científicas a respeito das medidas profiláticas para conter o avanço da Covid-19 no país. O saldo negativo e irresponsável dessas tomadas de decisões são as quase 600.000 mortes de brasileiras e brasileiros até o momento, bem como o atraso na aquisição de vacinas que poderiam ter evitado esse cenário assombroso.

Com isso temos no discurso de Bolsonaro um dispositivo doutrinador que busca ressignificar a verdade e a realidade da população através da disseminação de desinformação que encontram em sua voz grande ressonância dada a sua posição privilegiada de principal mandatário da nação. Destacamos que essa

voz encontra um importante aliado em sua disseminação via dispositivos infocomunicacionais que atuam como metadispositivos responsáveis pela reprodução ideológica do discurso bolsonarista.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou abordar como a desinformação e o negacionismo no contexto brasileiro contribuíram para dificultar a ação de medidas profiláticas com vistas a conter a disseminação da Covid-19 no Brasil. Constatase que o presidente Jair Bolsonaro e seus seguidores ideológicos têm sido atores fundamentais dessa crise sanitária que já matou mais de 600.000 brasileiros por suas atuações na produção e disseminação de ações desinformativas e de desinformações.

Assim, partindo do conceito de dispositivo foucaultiano identificamos que o discurso aceito pelo presidente da república e compartilhado por seus seguidores pode ser considerado como um dispositivo doutrinador, que tem como principais características três elementos basilares que identificamos: o exercício do não diálogo, a negação da verdade, e o estado permanente de conflito. Essas características discursivas estão presentes, por exemplo, em diversos enunciados dirigidos pelo governante no contexto da Covid-19 no Brasil. Nesse sentido destacamos que diversos enunciados relativos a esse discurso doutrinador corroboram para o entendimento contrário às medidas profiláticas sugeridas pelas autoridades científicas no Brasil e no mundo, dentre os quais salientamos os discursos contrários às medidas de distanciamento social, às medidas de utilização de máscaras e aquisição e uso de vacinas, único imunizante possível contra a doença. Vimos que esse dispositivo discursivo encontra no dispositivo informacional um poderoso aliado porque, através seus elementos discursivos e não discursivos e das relações entre os níveis do saber, do poder e dos modos de ser, é potencializada a ressonância do discurso doutrinador.

No ambiente informacional contemporâneo, estabelecido no horizonte da sociedade da informação e da organização em redes e marcado pelo protagonismo das tecnologias infocomunicacionais no cotidiano social, constatamos, por fim, o problema da desinformação como uma marca que demanda cada vez mais atenção e urgência em nosso universo social.

REFERÊNCIAS

- Agência Estado (2021). Bolsonaro diz agora que quem decide sobre uso de máscaras é prefeito e governador. Recuperado em 15 jun. 2021 de <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/06/4930632-bolsonaro-diz-agora-que-quem-decide-sobre-uso-de-mascaras-e-prefeito-e-governador.html>
- Artigo19. (2021) Bolsonaro emitiu 1.682 declarações enganosas em 2020, aponta estudo. Recuperado em 01 ago. 2021 de <https://artigo19.org/2021/07/29/bolsonaro-emitiu-1-682-declaracoes-falsas-ou-enganosas-em-2020-aponta-relatorio-global-de-expressao-2020-2021/>
- Baran, K. (d) (2019). Ex-presidente Lula é solto após 580 dias preso na polícia federal em Curitiba. Folha de São Paulo. Recuperado em 05 ago. 2021 de <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/ex-presidente-lula-e-solto-apos-580-dias-presos-na-policia-federal-em-curitiba.shtml>
- BBC. (ed) (2020). 2 momentos em que Bolsonaro chamou covid-19 de ‘gripezinha’, o que agora nega. Recuperado em 03 set. 2021 de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>
- Brasil. CORONAVIRUSBRASIL. Recuperado em 16 set. 2021 de <https://covid.saude.gov.br/>
- Estadão. Tudo sobre. Recuperado de <https://tudo-sobre.estadao.com.br/operacao-lava-jato>
- Ferreira, G., Soares, J.P. (2018) Como funciona a máquina de WhatsApp que pode eleger
- Bolsonaro. Época. Recuperado de <https://epoca.globo.com/com-o-funciona-maquina-de-WhatsApp-que-pode-eleger-bolsonaro-23180627>
- Foucault, M. (2008) A arqueologia do saber. Rio de Janeiro, Brasil: Forense Universitária
- Foucault, M. (2009) A ordem do discurso. São Paulo, Brasil: Edições Loyola.
- Gragani, J. (2018) Um Brasil dividido e movido a notícias falsas: uma semana dentro de 272 grupos políticos no WhatsApp. Recuperado em 09 ago. 2019 de <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/10/um-brasil-dividido-e-movidonoticias-falsas-uma-semana-dentro-de-272-grupos-politicos-no-what-sapp.html>
- Gragani, J. (2017) Exclusivo: investigação revela exército de perfis falsos usados para influenciar eleições no Brasil. Recuperado em 04 abr. 2018 de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42172146>

Gragani, J. (2018b) Por que o Brasil se transformou em terreno fértil para a difusão de notícias falsas durante as eleições. Recuperado em 09 ago. 2019 de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45978191>

Gullino, D. et. al. (2021). Bolsonaro já fez mais de 138 horas de lives nos dois primeiros anos de mandato. Recuperado em 30 ago. 2021 de <https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/bolsonaro-ja-fez-mais-de-138-horas-de-lives-nos-dois-primeiros-anos-de-mandato.html>

Jeanneret, Y. (2015) Analisar as ‘redes sociais’ como dispositivos infocomunicacionais: uma problemática. En Tomaél, M. I; Marteleto, R. M. (Ed.), *Informação e Redes Sociais: interfaces de teorias, métodos e objetos* (pp. 11-31). Londrina, Brasil: Eduel

Mello, P. C. (2020) *A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fakenews e violência digital*. São Paulo, Brasil: Cia das Letras.

Mello, P. C. (2020) *Por que os brasileiros deveriam ter medo do gabinete do ódio*. New York

Times. Recuperado em 05 ago. 2020 de <https://www.nytimes.com/pt/2020/08/04/opinion/international-world/bolsonaro-gabinete-do-odio.html>

Ortellado, P.; Ribeiro, M. M. (2018) Levantamento inédito revela sites e páginas no Facebook que podem influenciar a eleição com fakenews. Recuperado em 28 ago. 2018 de <https://epoca.globo.com/levantamento-inedito-revela-sites-paginas-nofacebook-que-podem-influenciar-eleicao-com-fake-news-23005004>

PODER360 (ed.) (2021). Bolsonaro critica quem faz isolamento: “Tem idiotas até hoje em casa”. Recuperado em 04 set. 2021 de <https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-critica-quem-faz-isolamento-tem-idiotas-ate-hoje-em-casa/>

SAID, F. (ed) (2021). General Pazuello assume interinamente o comando do Ministério da Saúde. Recuperado em 08 set. 2021 de <https://congressoemfoco.uol.com.br/saude/general-pazuello-assume-interinamente-o-comando-do-ministerio-da-saude/>

TERRA (ed.) (2020). Relembre as frases polêmicas de Bolsonaro sobre a pandemia: Gestão do presidente ficou marcada por declarações infelizes. Recuperado em 07 set. 2021 de <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/relembre-as-frases-polemicas-de-bolsonaro-sobre-a-pandemia,61d222c42a1a30f2cde281a03976f712il3fmg8.html>

UOL (ed.) (2020). Bolsonaro nega genocídio e justifica ignorar OMS: ‘diretor não é médico’. In: Recuperado em 02 set. 2021 de <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/23/bolsonaro-nega-genocidio-e-justifica-ignorar-oms-diretor-nao-e-medico.htm>

WILKE, V. C. L. (2019) Nos tempos das fake news e da pós-verdade: política, democracia e literacia midiática. En PEREIRA, S. (Ed.) Literacia, Media e Cidadania – Livro de Atas do 5.º congresso (pp. 381-398). Braga, Portugal: CECS - Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, Universidade do Minho.

WILKE, V. C. L. (2009) O Dispositivo Informacional: sobre Informação, Estado e Poder na Contemporaneidade a partir do contexto das Políticas Públicas de Inclusão Digital do Governo Federal Brasileiro. Tese de Doutorado. Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia/IBCT e Universidade Federal Fluminense/UFF, Niterói.

PAINEL 10:
**Instituições públicas,
pandemia e gestão da saúde**

A VACINAÇÃO DA COVID 19 PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Universidade Veiga de Almeida e UNICARIOCA
diocaldas@hotmail.com

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Universidade Veiga de Almeida
profcamilaarruda@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019 uma variante do vírus SARS CoV 2 foi identificado na China, apresentando sintomas que variam de um resfriado a o agravamento causado pela síndrome respiratória aguda grave, que evolui de uma pneumonia viral de rápida evolução (OPAS, 2020), que levou a óbito mais de 611.222 (seiscentos e onze mil e duzentos e vinte e duas) pessoas no Brasil (CORONAVIRUS BRASIL, 2021).

A partir da disseminação do vírus no cenário internacional, uma série de ações foram adotadas no Brasil, culminando com a ativação no dia 22 de janeiro de 2020 do Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública (COE-COVID-19), do Ministério da Saúde (MS) coordenado pela Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), com o objetivo de nortear a atuação do Ministério da Saúde na resposta à possível emergência de saúde pública, buscando uma atuação coordenada no âmbito do Sistema único de Saúde - SUS. (BRASIL, 2020). Inicialmente os impactos do vírus eram desconhecidos pela comunidade médica.

Logo que o vírus chegou ao Brasil, a Organização Mundial de Saúde – OMS declarou o COVID- 19 como pandemia no dia 11 de março de 2020, ou seja, o vírus foi disseminado mundialmente identificado naquele momento em 3 (três) continentes, inclusive com transmissão comunitária. Esse termo é utilizado frequentemente em referência a uma doença nova que se espalhou para dois ou mais continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.

Os artigos 196 e 197 da CRFB estabelece que as políticas públicas de saúde. Incluindo políticas de prevenção de contágio e de tratamento da doença a todos os cidadãos. O acesso a saúde deve se dar de forma igualitária e universal

e as ações planejadas a fim de manter a vida assegurada no artigo 5º da CRFB/88. (BRASIL, 1988).

No dia 6 de fevereiro de 2020, através da Lei nº 13979, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 a nível nacional, e declarou emergência em saúde pública no Brasil, que não durará mais que o período declarado pela OMS. O artigo 3º da referida lei estabelece que caberá as autoridades a competência de estabelecer medidas de contenção da transmissão. (BRASIL, 2020)

A partir da implantação do Centro de Operações de Emergência em saúde, o Brasil passou a adotar a ferramenta de classificação de emergência em três níveis, seguindo a mesma linha utilizada globalmente na preparação e resposta em todo o mundo. Deste modo, recomenda-se que as Secretarias de Saúde dos Municípios, Estados e Governo Federal, bem como serviços de saúde pública ou privada, agências, empresas tomem nota deste plano na elaboração de seus planos de contingência e medidas de resposta.

Toda medida deve ser proporcional e restrita aos riscos vigentes. Este plano é composto por três níveis de resposta: Alerta, Perigo Iminente e Emergência em Saúde Pública. Cada nível é baseado na avaliação do risco do novo coronavírus afetar o Brasil e seu impacto para a saúde pública. (BRASIL, 2020)

Após a declaração da pandemia da OMS, as autoridades estaduais reunidas com o Ministério da Saúde resolveram adotar as medidas de distanciamento horizontal, a fim de evitar o contágio dos grupos de risco (idosos e pacientes com doenças crônicas). No entanto, por ser um vírus desconhecido, ao longo do período de desenvolvimento da doença no país, verificou-se altos índices de contaminação de pacientes jovens e sem doenças preexistentes, apresentando quadros de agravamento, o que fez com que os governantes de Estados e Municípios estabelecessem medidas mais concretas para a manutenção do distanciamento horizontal. O governo federal brasileiro defendeu a imunidade coletiva, bem como, o tratamento precoce com medicamentos sem eficácia confirmada, para incentivar a diminuição dos impactos econômicos causados pelas medidas de *lock down* aplicada em alguns Municípios.

Convém salientar que a gestão compartilhada do SUS é classificada em níveis de complexidade baixa, média e alta, de acordo com o número de habitantes e com os níveis da possibilidade de atendimento aos cidadãos, por conta disso,

o STF manifestou-se no dia 15 de abril de 2020 sobre a competência dos municípios em legislar sobre impactos locais, considerando que cada município apresenta cenário pandêmico diferenciado.

Medidas de distanciamento e uso de máscaras foram as únicas possibilidades de combate ao vírus, até que fosse desenvolvida uma vacina com eficácia de testes na fase três. Por ser um vírus desconhecido pela comunidade médica, os prognósticos de vacina eram a longo prazo.

A presente pesquisa propõe-se a responder a seguinte pergunta: De que forma a universalização da vacina pelo SUS colabora ao retorno das atividades pós pandemia?

Para responder à pergunta foi traçado o objetivo geral que é analisar a importância da vacinação pelo SUS para o retorno das atividades pós pandemia. Tendo como objetivos específicos verificar os princípios do SUS estabelecidos na Constituição Federal de 1988; conhecer os impactos da covid no sistema de saúde; analisar a necessidade do aumento da demanda de leitos de internação; analisar as medidas de prevenção da COVID 19; verificar a vacinação como instrumento preventivo da COVID 19 e a implantação da vacina no SUS; conhecer a legislação do município do Rio de Janeiro referente a flexibilização das medidas de prevenção a COVID 19 e verificar a flexibilização das medidas preventivas pós vacina.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa é a revisão bibliográfica em livros e artigos da rede mundial de computadores.

2. PRINCÍPIOS DO SUS NA CF 1988

O Sistema Único de Saúde – SUS foi estabelecido na CF/1988 nos artigos 196 a 200. O principal objetivo do SUS é o acesso de todos aos serviços de saúde, nos termos do artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Na visão de Gustavo Matta:

Neste sentido, os princípios e diretrizes do SUS devem ser compreendidos a partir de uma perspectiva histórica e epistemológica, constituindo-se como um produto resultante de um processo político e que expressa concepção sobre saúde e doença, direitos sociais, gestão, as relações entre as esferas de governo do país, entre outros. (MATTA, 2007)

O pilar do SUS é a universalização do atendimento à saúde, que antes da CF/88 era prestada com o caráter assistencial por entidades ligadas a igreja católica, tais como Santas Casas, hospitais ligados a Ordem Terceira, Ordem Vicentina e hospitais ligados a instituições de ensino dentre outras:

Do restante da população, uma parcela pequena pagava do próprio bolso por consultas, exames e cirurgias. A imensa maioria dos brasileiros, sem dinheiro nem proteção do governo, ou contava com a caridade de hospitais filantrópicos ou simplesmente ficava desassistida. É por isso que o Ministério da Saúde gosta de apresentar o SUS como o maior programa de inclusão social da história do Brasil. (SENADO FEDERAL, 2014)

Depois da gripe espanhola, a última pandemia que assolou o país, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INANPS que na década de 80 assistia apenas 45% (quarenta e cinco) da população brasileira. Somente eram assistidos pelo INANPS os empregados que recolhiam para o sistema previdenciário.

As pessoas que trabalhavam com carteira assinada sofriam um desconto no salário, o que lhes dava acesso aos hospitais próprios do Inamps e aos conveniados. Os dependentes dos trabalhadores também tinham o direito de ser atendidos. O governo e as empresas ajudavam a financiar o sistema. Do restante da população, uma parcela pequena pagava do próprio bolso por consultas, exames e cirurgias. A imensa maioria dos brasileiros, sem dinheiro nem proteção do governo, ou contava com a caridade de hospitais filantrópicos ou simplesmente ficava desassistida. É por isso que o Ministério da Saúde gosta de apresentar o SUS como o maior programa de inclusão social da história do Brasil. (SENADO, 2014)

Gustavo Matta (2014) trouxe os instrumentos legais que regulam o SUS, sendo eles três:

1. A Constituição Federal de 1988, na qual a saúde é um dos setores que estruturam a seguridade social, ao lado da previdência e da assistência social (BRASIL, 1988).
2. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como a Lei Orgânica da Saúde e que dispõe principalmente sobre a organização e

regulação das ações e serviços de saúde em todo território nacional (BRASIL, 1990 A).

3. A Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que estabelece o formato da participação popular no SUS e dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (BRASIL, 1990 B).

O artigo 198 da CF/88 trouxe alguns dos princípios a serem adotados pelo SUS, sendo eles:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo;

II - **atendimento** integral, com prioridade para as atividades preventivas, sempre juízo dos serviços assistenciais;

III - **participação** da comunidade. (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

A Lei nº 8080/90, regulamentou os artigos 196 a 200 da CF/88:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - **universalidade** de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - **integralidade** de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - **preservação da autonomia** das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - **igualdade** da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - **direito a informação**, pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - **divulgação de informações** quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de **prioridades, a alocação de recursos** e a orientação programática; VIII - **participação da comunidade**; IX - **descentralização político-administrativa**, com direção única em cada esfera de governo: a) Ênfase na **descentralização** dos serviços para os municípios; b) **regionalização e hierarquização** da rede de serviços de saúde; X - **integração** em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - **conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação, o de serviços de assistência à saúde da população; XII - **capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência**; e XIII - **organização dos serviços públicos** de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. (BRASIL, 1990) (grifo nosso)

A legislador constitucional buscou através dos artigos 196 a 200 da CF estabelecer como princípios do SUS a universalidade, onde estabelece que todos tem direito ao acesso a saúde; a equidade, cujo objetivo é diminuir as desigualdades e a integralidade, este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. A integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação, fazem parte das ações de integralidade do SUS.

Os princípios organizacionais a regionalização e hierarquização, descentralização e o comando único, sendo as atividades exercidas pelos estados e municípios por repasse fundo a fundo, levando aos municípios condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. No princípio da descentralização, existe a concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade. O comando único vem a ser o exercido pela União ao estabelecer as regras gerais do SUS e ao concentrar os recursos e repassar os recursos aos deferentes entes da federação. (MINISTÉRIO DA SAÚDE).

3. OS IMPACTOS DA COVID NO SISTEMA DE SAÚDE

A gestão compartilhada do SUS foi estruturada com responsabilidades compartilhadas entre os entes federativos, cada um exercendo a sua responsabilidade dentro do sistema. Orçamentariamente a gestão de cada ente passou a ser plena, ou seja, o Fundo de Saúde é gerido pelo ordenador de despesas da saúde, cabendo a ele elaborar as políticas públicas de saúde que devem ser aprovadas pelo Conselho de Saúde, que é paritário e tem participação da comunidade. As prestações de contas do Fundo de Saúde devem ser aprovadas pelo conselho de saúde e objeto de audiência pública para garantir a transparência no uso dos recursos do SUS.

A grande preocupação dos governos é a incapacidade do sistema de saúde público e privado de atender a toda a demanda gerada pela alta contaminação do vírus. Nenhum sistema de saúde comportaria a demanda no pico desta doença, que embora no Brasil esteja com a letalidade em torno de 2% (dois), a subnotificação é uma grande preocupação, e girava, entre 19 de abril de 2020 e 27 de setembro de 2021, em torno de 26,4% (vinte e seis) segundo como não existem testes para atender a todos, apenas os casos graves, que necessitam de

isolamento hospitalar estão sendo testados; os que tem sintomas leves ou os que são assintomáticos não são testados, porém transmitem o vírus. (CNN, 2021)

Todas as ações e medidas devem ser adotadas para evitar a ocorrência de casos graves e óbitos. O fortalecimento da atenção primária ao paciente deve ocorrer no nível local, com a adoção das medidas já estabelecidas nos protocolos de doenças respiratórias. Caso seja superada a capacidade de resposta hospitalar para atendimento dos casos graves, deve ser feita a adaptação e ampliação de leitos e áreas hospitalares e a contratação emergencial de leitos de UTI pode ser necessária, com o objetivo de evitar óbitos (BRASIL, 2020).

Nos termos da Lei nº 13979/2020 artigo 3º inciso VII poderão os Estados e Municípios requisitar bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, sendo garantido o pagamento posterior de indenização justa. (BRASIL, 2020)

O Estado no uso de suas atribuições, deve estar a serviço da coletividade, ou seja, buscando garantir na execução de atos administrativos são verificadas prestações positivas do Estado. Em qualquer um dos casos acima vê-se o uso de recursos públicos para o cumprimento e satisfação adequada dos direitos sociais.

4. AS MEDIDAS PREVENTIVAS DA COVID E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS

Durante os últimos 20 (vinte) meses os Estados estabeleceram medidas legais para a prevenção a COVID, dentre essas o distanciamento e a obrigatoriedade do uso de máscaras.

No dia 27 de março de 2020 em virtude do aumento dos infectados no Estado do Rio de Janeiro e a necessidade de manter as medidas de distanciamento social foi editado o Decreto nº 47006/20 que renovou as medidas previstas no Decreto nº46793/20, em face do estado de exceção em decorrência da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (2019-nCoV) e que atos editados pelos Poderes Executivos Municipais, em decorrência da pandemia do Coronavírus, tratando do mesmo tema, vem provocando perplexidade e insegurança à população; estabeleceu através do artigo 1º novas medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional:

O Decreto Estadual nº 46973/20 pautou-se na supremacia do interesse público e no exercício do poder regulamentar conferido ao administrador público para estabelecer novas medidas de enfrentamento do COVID-19 aumentando as medidas de distanciamento social, com a suspensão das atividades presenciais em escolas e universidades, públicas e privadas localizadas no Estado do Rio de Janeiro. Também foram proibidas atividades públicas, aglomerações, o funcionamento de repartições públicas, atividades coletivas, visitas de unidades prisionais, reduziu a circulação dos meios de transporte em 50% da frota, a suspensão do atendimento de lojas e restaurantes (limitados a 30%), frequência em rios, lagoas e praias, qualquer atividade externa e presencial foi suspensa por um período de 15 dias. (ARRUDA, 2020)

A situação emergencial causada pela pandemia trouxe, além das questões de saúde, a necessidade de atendimento de outros direitos sociais, que, por conta da obrigatoriedade do distanciamento social, tanto a indústria quanto o comércio foram fechados dificultando a obtenção de recursos para a manutenção das obrigações trabalhistas e a informalidade que absorve a maioria dos trabalhadores também foi muito afetada o que ocasionou um problema social enorme e uma campanha nas redes sociais para que as pessoas retornassem as ruas para trabalhar, mesmo com a concessão de auxílio emergencial para os informais, está sendo observada uma progressiva quebra nas medidas de distanciamento. (ARRUDA, 2020)

Os impactos sociais e emocionais da pandemia da covid-19 são amplamente conhecidos, divulgados e podem ser simples, no entanto ainda não se conhece o impacto econômico das milhares de vidas perdidas.

Segundo o pesquisador da Rede do Clima Edson Domingues os impactos das mortes serão sentidos até 2050:

Uma pessoa que faleceu aos 50 anos teria pelo menos mais 25 anos, provavelmente, de idade econômica ativa, mais um período de aposentadoria. Toda essa renda futura foi perdida.
No Brasil, há vários grupos familiares que dependem dessa renda. (AGÊNCIA BRASIL, 2021)

Com 611. 222 (seiscentos e onze mil e duzentos e vinte e duas) mortes, segundo análise da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) houve um impacto em algumas regiões do país em relação a expectativa de vida e em grupos etários (AGÊNCIA BRASIL, 2021)

Na visão de Edson Domingues a pandemia teve impacto a curto prazo com o fechamento do comércio, da indústria, de serviços, a perda dos

deslocamentos, perdeu-se produções e emprego nos anos 2020 e 2021. Os impactos a longo prazo não são muito estudados. (AGÊNCIA BRASIL, 2021)

Além disso, a necessidade de ações para contenção da mobilidade social como isolamento e quarentena, bem como a velocidade e urgência de testagem de medicamentos e vacinas evidenciam implicações éticas e de direitos humanos que merecem análise crítica e prudência.

A COVID longa é uma síndrome que é de lenta recuperação, que precisa de acompanhamento médico e interdisciplinar, que pode durar meses e até anos, levando a vítima a necessitar da cobertura previdenciária enquanto estiver em processo de recuperação.

Outra questão relevante é a questão do aumento dos desassistidos da COVID, crianças que dependiam economicamente de seus pais ou parente e que se viram rapidamente sem recursos financeiros para subsistir.

A impossibilidade de deslocamento impediu que os trabalhadores informações continuassem em busca de renda, gerando cerca de 70 (setenta) milhões de invisíveis, que corresponde a 40 (quarenta) % da população ativa do país dependendo do auxílio emergencial concedido pela União. Em nenhuma das crises sanitárias do século 21 o número de mortes foi tão grande, ou exigiu do Estado a injeção de recursos financeiros em escala tão elevada com o fim de reduzir os impactos econômicos e o agravamento das desigualdades sociais. (GLOBO, 2020)

4.1 A VACINAÇÃO DA COVID 19 ACOMO MEDIDA PREVENTIVA E A APLICAÇÃO PELO SUS

Durante os 20 (vinte) meses de pandemia laboratório vem investindo não só em pesquisas de vacinas como na pesquisa de medicamentos que diminuam a internação e o risco de morte pela COVID 19, diferente de outros vírus os medicamentos já autorizados pelos órgãos de saúde não obtinham sucesso, ou teriam custos altos e aplicação limitada aos ambientes hospitalares por serem venenos, desta forma restando inviável o uso em longa escala.

A comunidade científica internacional, através de pesquisas, desenvolveu vacinas rapidamente. Através do Instituto Butantã (Coronavac) e da Instituto Oswaldo Cruz (Astrazeneca) para o fornecimento de insumos e de tecnologia para a produção das vacinas dentro do território brasileiro. As vacinas foram aplicadas no Brasil após a autorização da Anvisa em 28 de janeiro de 2021.

As vacinas adotadas pelo SUS passaram por todas as etapas necessárias para a criação de um novo imunizante e cumprem a critérios científicos rigorosos adotados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Veja o status das vacinas que estarão disponíveis no Programa Nacional de Imunizações (PNI). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021)

A imunização por cobertura vacinal faz com que haja uma maior possibilidade de retorno as atividades presenciais com a cautela necessária de uma pandemia que não acabou.

O PNI é um programa federal que abrange todos os O PNI adquire, distribui e normatiza também o uso dos imunobiológicos especiais, indicados para situações e grupos populacionais específicos que serão atendidos nos Centros de Referência para Imunobiológicos Especiais (CRIE). É também de responsabilidade desta coordenação a implantação do Sistema de Informação e a consolidação dos dados de cobertura vacinal em todo o país. (MINISTÉRIO DA SAÚDE)

A primeira etapa da vacinação englobou os grupos prioritários, ou seja, os primeiros a receberem os imunizantes seguiram o estabelecido pelo PNI. O Plano Nacional Operacional da Covid elaborado pelo Ministério da Saúde trouxe num primeiro momento, após a autorização da aplicação emergencial dos imunizantes coronovac e astrazeneca, os grupos prioritários a seguir:

- a) Pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas;
- b) Pessoas com deficiência institucionalizadas;
- c) Povos indígenas vivendo em terras indígenas;
- d) Trabalhadores de saúde;
- e) Pessoas de 80 anos ou mais;
- f) Pessoas de 75 a 79 anos.

Com a institucionalização da vacinação e o atendimento dos grupos prioritários, foram ampliadas as coberturas vacinais aos professores, presidiários, policiais. Ao longo dos meses os 11 (onze) meses seguintes o PNI foi alterado diversas vezes estando hoje na 11ª versão. (BRASIL, 2021)

Atualmente a imunização atende aos maiores de 12 anos, sendo aplicada a 3ª dose (reforço) aos maiores de 60 anos, sendo aventada a possibilidade da aplicação da dose de reforço aos que receberam a vacina a mais de 6 (seis) meses.

O PNI da Covid 19 foi elaborado com base nas é destinado a todos os orientações globais da Organização Pan-Americana da Saúde e da Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS). O surgimento de novas variantes é uma grande preocupação da OMS e dos gestores brasileiros e o acompanhamento vacinal deve perdurar por alguns anos,

Para conter a transmissibilidade da covid-19 (R_0 entre 2,5 e 3), se faz necessária a cobertura vacinal de 60 (sessenta) a 70% (setenta) da população precisaria estar imune para interromper cadeias da circulação do vírus. Desta forma, seria necessária a vacinação de 85% ou mais da população para redução considerável da doença, a depender da efetividade da vacina em prevenir a transmissão. (MINISTÉRI DA SAÚDE, 2021)

Coube a União como gestora central do SUS adquirir e distribuir as vacinas e insumos de aplicação, que ocorreu através da compra das empresas farmacêuticas. Foi vedado aos particulares a aquisição de vacinas, como a demanda era maior do que a possibilidade de produção, coube ao SUS a exclusividade deste processo.

Em 30 de julho de 2021 foram alcançadas as metas de imunização das maiores de 60 (sessenta) anos, sendo ampliado o calendário vacinal aos maiores de 18 (dezoito) anos. O Rio de Janeiro ampliou a cobertura aos maiores de 12 anos, por faixa etária a partir de agosto de 2021, de forma a possibilitar o retorno dos estudantes as escolas. Em 12 de novembro de 2021 foi autorizada a antecipação da 2ª dose da vacinação aos maiores de 12 (doze) anos, sendo agora o intervalo de 21 (vinte e um) dias, tendo a procura aos postos no dia seguinte fazer com que o a cidade alcançasse a marca de 75% (setenta e cinco), com essa marca a cidade reduziu em 95,9 % (noventa e cinco) o número de óbitos com a Covid 19, bem como a redução das internações em 93% (noventa e três). (G1, 2021)

4.2. O PASSAPORTE DA VACINA E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE DISTANCIAMENTO NO RIO DE JANEIRO

Em 15 de setembro de 2021 passou a ser exigido na cidade do Rio de Janeiro como medida essencial para a abertura gradual das atividades. A vacinação passou a ser obrigatória aos maiores de 18 (dezoito) anos, faixa que já tem a imunização completa, para ingressar em clubes, estádios, academias, piscinas, centros de treinamento, cinemas, museus, teatros, circos, pontos turísticos, feiras comerciais, locais de recreação infantil. A partir de 15 de novembro de

2021 esta medida foi estendida aos maiores de 15 (quinze) anos. Essa medida foi questionada judicialmente, uma vez que não há como obrigar a vacinar, tendo o STF se manifestado pela competência municipal sobre a matéria, mantendo em vigor o Decreto nº 4935/2021 que regulamentou a matéria.

Para a abertura das atividades no Rio de Janeiro foi necessária a edição de uma nova Lei nº 9443/21 (RIO DE JANEIRO, 2021) em 28 de outubro de 2021, possibilitando aos municípios a gradual abertura de atividades, desde que haja o avanço da vacinação e siga as orientações técnicas dos especialistas em saúde pública e a flexibilização do uso de máscaras.

Na decisão da Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves, da 22ª Câmara Cível do Rio de Janeiro prolatou a seguinte decisão:

A implantação do comumente chamado passaporte da vacina, criado com a edição do decreto nº 49335/2021, insere-se no instrumental de medidas de segurança sanitária no combate a pandemia adotadas pelo Poder Público. Busca-se, por meio desta medida, a um só tempo, garantir a integridade da população, impedir a propagação do vírus e ampliar a vacinação da população, estimulando a adesão ao programa de imunização, especialmente, se considerada a situação do Rio de Janeiro como epicentro da variante Delta. (AGÊNCIA BRASIL, 2021)

Desta forma é importante para a coletividade a manutenção das medidas de controle em espaços fechados para evitar a disseminação de novas variantes do vírus, que porventura não sejam protegidos pela imunidade vacinal. Uma vez que as pesquisas são recentes ainda não restou claro quanto tempo o sistema imunológico continua a reconhecer o vírus e evitar o agravamento da doença e a volta da transmissão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da CF/88 estabelecem a necessidade da prestação positiva do Estado ao oferecer serviços públicos de saúde para todos. Em se tratando dos serviços de saúde estão incluídos desde a prevenção, através da vacinação e do tratamento a doenças de base até o atendimento hospitalar e os de alta complexidade que acabam tendo um custo mais alto.

Antes da Constituição de 1988 a saúde atendia somente aos inscritos no INAMPS, ou seja, aqueles que não tinham carteira assinada e contribuíam não teriam acesso a saúde pública.

A Constituição de 1988 trouxe princípios básicos para o SUS que são a descentralização, o atendimento integral e a participação popular. A Lei Orgânica do SUS estabeleceu importantes novos princípios como a universalidade, a integralidade e a igualdade de tratamento entre os cidadãos.

No enfrentamento a COVID o SUS vem desenvolvendo uma política de atendimento as demandas dos Estados com o fornecimento de equipamentos, insumos, EPI e o planejamento da compra e distribuição de vacinas e insumos de aplicação. Tendo a União centralizado todo o processo de aquisição e logística da vacina para a aplicação na população.

O sistema de saúde foi muito impactado pela epidemia, a alta demanda de leitos públicos e particulares, o desconhecimento da comunidade sobre os impactos do vírus no corpo humano, o alto índice de transmissibilidade e a ausência de tratamento de profilaxia e o rápido agravamento da doença levaram ao caos em determinadas regiões.

A Síndrome Respiratória Aguda grave – SARS foi um agravamento que levou a uma alta demanda de leitos de UTI, com a necessidade de suplemento de oxigênio e com longos períodos, podendo evoluir para o óbito do paciente decorrente das consequências inflamatórias do vírus no corpo do paciente. As ondas do Covid, com a chegada de novas variantes, tais como a Delta que é de maior transmissibilidade fez com que a rede de saúde colapsasse, aumentando o número de óbitos e gerando subnotificações ao longo desses 20 (vinte) meses.

Para diminuir a transmissibilidade foram estabelecidas medidas preventivas restritivas como o fechamento de espaços públicos de lazer, redução da ocupação de bares e restaurantes, a obrigatoriedade do uso de máscaras, a aferição de temperatura, bem como mais recentemente a obrigatoriedade do transporte de vacina.

Essas medidas impactaram a economia na medida que muitos comerciantes acabaram encerrando as atividades e aumentando o desemprego. O aumento do desempregado aumentando a fila dos que precisaram de apoio social do Estado através do auxílio emergencial.

Segundo a comunidade científica somente a vacina poderia trazer a imunidade necessária para um retorno controlado as atividades. A vacinação foi liberada e aplicada em todos os maiores de 12 (doze) anos e atingiu a marca de mais de 50% (cinquenta) da população do país completamente imunizada.

O município do Rio de Janeiro conseguiu alcançar a marca de 75% (setenta e cinco) da população acima dos 12 (doze) anos imunizada e está aguardando a autorização da ANVISA para ampliar a vacinação as crianças de 5 (cinco) a 11 (onze) anos. A imunização do maior grupo de pessoas interrompe a circulação do vírus e possibilita a flexibilização das medidas de controle existentes, sendo elas: o uso de máscaras em espaços abertos, o retorno as aulas com 100% (cem) da capacidade e a não obrigatoriedade da aferição de temperatura na porta dos estabelecimentos.

Para o retorno das atividades de forma mais segura é necessário que a população se vacine e continue a aplicar as medidas de prevenção individuais. A pandemia não acabou e a responsabilidade do governo na flexibilização das medidas e das pessoas com o comportamento sanitário é fundamental para que se possa retomar as atividades com risco controlado. Os governantes devem continuar ouvindo as orientações do comitê científico na hora de flexibilizar as medidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. Histórico da pandemia de COVID-19. Disponível em: paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel coronavírus. Coronavírus Brasil. Disponível em: www.saude.gov.br. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

SENADO FEDERAL. STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento. MP 926/2020. Disponível em: www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/04/16/stf-reconhece-competencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

MATTA, Gustavo Correa. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. 2007. Disponível: Políticas de Saúde - Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde.pdf (fiocruz.br). Acesso em: 15 de novembro de 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Princípios do SUS. Disponível: www.saude.gov.br. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

CNN BRASIL, Estudo aponta subnotificação em 24,6% das mortes por Covid-19 no Brasil. 28/11/2021. Disponível em: www.cnnbrasil.com.br/saude/estudo-aponta-subnotificacao-em-246-dos-obitos-por-covid-19-no-brasil. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agora é lei: governo e prefeituras poderão flexibilizar o uso das máscaras. 28/10/2021. Disponível em: alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/51760?AspxAutoDetectCookieSupport=1. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

ARRUDA, Camila. O PAPEL DO ESTADO PARA ASSEGURAR O DIREITO À SAÚDE NOS TEMPOS DE PANDEMIA: CASO COVID-19 NO RIO DE JANEIRO. Disponível em: WWW.CONPEDI.COM.BR. Acesso em: 14 de novembro de 2021,

Agência Brasil. Covid-19: Rio passa a exigir comprovante de vacina em locais fechados. 15/9/2021. Disponível em: ebc.com.br. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

G1. Rio alcança 75% da população vacinada com as duas doses. 13/11/2021. Disponível em: g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/13/rio-75-vacinados-duas-doses.ghml. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

O GLOBO. 'Trabalhadores invisíveis' são 40% da população em idade ativa. Disponível em: www.oglobo.globo.com > Economia. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. PLANO NACIONAL DE IMUNIZAÇÃO. Outubro de 2021. 11ª EDIÇÃO. Disponível em: www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

DOMINGUES. Edson. Brasil sentirá impactos econômicos da pandemia até 2050. Disponível em: www.agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-10/brasil-sentira-impactos-economicos-da-pandemia-ate-2050-diz-pesquisa

ESTADO DE DIREITO E MEDIDAS RESTRITIVAS DA COVID-19: A LEI Nº 13.979/2020

Luiza Szczerbacki Castello Branco

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF
Niterói, Brasil, luizabranco@id.uff.br

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou Emergência em Saúde Pública de importância Internacional em 30 de janeiro de 2020, classificando, na data de 11 de março de 2020¹, a doença causada pelo novo Coronavírus (Sars-Cov-2), mais conhecida como Covid-19, como pandemia². Para fazer frente a essa situação de emergência mundial, as autoridades nacionais foram desafiadas a adotar medidas inéditas de superação, mediante a tomada rápida de decisões e a assunção de providências excepcionais.

Esse panorama ímpar, em que uma crise sanitária trouxe impactos diretos na economia, demandou, por parte do Poder Público, a adoção de soluções arrojadas, a fim de combater os problemas relacionados com a saúde da população, ao mesmo tempo em que tentava mitigar os nefastos efeitos econômicos gerados pela paralisação dos serviços e do comércio. As ferramentas à disposição dos gestores públicos, todavia, nem sempre se mostram adequadas ou suficientes para enfrentar essa nova realidade.

Como se sabe, a atividade estatal é norteada pelo princípio da legalidade, de forma que a atuação administrativa está adstrita ao que expressamente consignado em lei, ou seja, a Administração Pública encontra-se subordinada aos mandamentos legais (MELLO, 2015, p.78). Neste contexto, ao gestor estatal, por definição, só é permitido fazer o que a lei autorizar, o que, na prática, restringe a sua liberdade de atuação, devido à impossibilidade de o legislador prever todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos (DI PIETRO, 2001, p.69).

¹ Agência Brasil. Notícia. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2020-03/organi-zacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>

² O termo é usado para descrever situações em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas de forma simultânea no mundo inteiro.

Deve-se destacar que o Brasil, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020³ do Ministério da Saúde, declarou a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus. Já em 7 de fevereiro de 2020 foi publicada a Lei nº 13.979/2020⁴, que nos termos da sua ementa, “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do vírus responsável pelo surto de 2019”.

Diante desse cenário, o Presidente da República solicitou, na data de 18 de março de 2020, por meio da Mensagem nº 93⁵, o reconhecimento de estado de calamidade pública ao Congresso Nacional. O objetivo da medida era dispensar o governo de atingir os resultados fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, viabilizando o funcionamento do Estado, com o fim de atenuar os efeitos negativos para a saúde e para a economia brasileiras. Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 6⁶, reconhecendo a ocorrência do estado de calamidade pública no Brasil.

Assim, as circunstâncias particulares do ano de 2020 trouxeram novos desafios ao domínio dos direitos dos cidadãos e exigiram a aplicação de algumas restrições às liberdades individuais – como a liberdade de locomoção e a liberdade de reunião –, em especial com a imposição de isolamento e quarentena à população, a fim de combater a pandemia da Covid-19. Cenários excepcionais sem dúvida exigem medidas igualmente excepcionais.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o fito de fazer uma análise expositiva das medidas excepcionais de restrição às liberdades individuais, em especial a liberdade de locomoção, tendo por base a Lei nº 13.979/2020, à luz da teoria do Estado de Direito, com foco no que toca à sua legalidade. Para tanto, abordar-se-ão, de forma breve, questões afetas ao Estado de Exceção ou de Emergência e sobre Direitos Humanos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho fazendo uma sucinta exposição sobre o Estado de Direito, apresentando seus principais conceitos e características. Segue-se, no segundo capítulo, fazendo-se breves considerações sobre o

³Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-feve-reiro-de-2020-241408388>

⁴ BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

⁵ Despacho do Presidente da República. Mensagem nº 93. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm

Estado de Exceção ou de Emergência. O terceiro capítulo comenta as relações entre medidas excepcionais e direitos humanos, abordando os principais diplomas internacionais sobre a matéria. No quarto capítulo discute-se a legalidade das medidas restritivas e por fim, no derradeiro capítulo, é comentada a Lei nº 13.979/2020.

O trabalho é desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativo, porquanto pretende-se valer de revisão bibliográfica pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa. Adicionalmente, é examinada a legislação correlata, tanto em âmbito nacional quanto internacional, assim como a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o tema. Tratando-se de pesquisa expositiva, o escopo é fomentar a reflexão e futuras pesquisas sobre o tema.

1. ESTADO DE DIREITO

O conceito e a definição de Estado de Direito é por demasiado controverso, não sendo pacífica a sua conceituação, o que denota a sua complexidade (O'DONNELL, 1998; ZOLO, 2006; TAMANAH, 2009). Segundo Waldron (2008) o Estado de Direito é um dos mais importantes ideais políticos dos nossos tempos, ideal multifacetado, cuja maioria das concepções dá lugar central ao requisito de que as pessoas em posições de autoridade devem exercer seu poder dentro de uma estrutura restritiva de normas públicas.

Nesse sentido, para Zolo (2006), não obstante o conceito de Estado de Direito ser tido como aberto, indeterminado e suscetível de diversas interpretações, pode ser entendido como um Estado moderno no qual é atribuído ao ordenamento jurídico a tarefa de “garantir” os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político de expandir-se e de operar de maneira arbitrária. Em verdade, o Estado de Direito seria um conjunto de ideais constitutivos da moralidade política moderna (WALDRON, 2008).

Assim, o Estado de Direito, na sua essência, exige que tanto os governantes quanto os cidadãos estejam vinculados e ajam de acordo com a lei. Costa (2006) já defendia a centralidade da lei no Estado de Direito, a fim de se ter previsibilidade para as consequências jurídicas das ações individuais. E mais, para o autor, a lei deve ser firme, estável, e aplicada de forma igualitária.

Para Tamanaha (2009) este requisito básico, qual seja, a lei, envolve um conjunto de características mínimas, quais sejam: a lei deve ser estabelecida com

antecedência (ser prospectiva); ser pública (ser promulgada); ser geral; ser clara; ser estável e segura; e ser aplicada a todos de acordo com seus termos - podendo-se incluir ainda a referência aos direitos fundamentais; à democracia e /ou a critérios de justiça ou direito.

A clássica definição de Estado de Direito formulada por Joseph Raz (1979, p.215/218), por exemplo, enumera oito princípios, quais sejam: (1) as leis devem ser prospectivas, públicas e claras; (2) as leis devem ser relativamente estáveis; (3) a confecção de leis específicas deve orientar-se por regras gerais públicas, estáveis e claras; (4) a independência do poder Judiciário deve ser garantida; (5) deve observar-se o princípio da justiça natural (tais como audiências judiciais abertas e equitativas e a ausência de viés nos processos); (6) os tribunais devem ter poderes de revisão sobre a implementação dos outros princípios; (7) os tribunais devem ser facilmente acessíveis; e (8) não se deve permitir que as instituições de prevenção de delito valham-se de sua discricionariedade para subverter a lei.

Para Lon Fuller (1969), o princípio da legalidade – que preconiza que sejam fixadas leis, e não meramente que alguém imponha as suas preferências pessoais - é essencial para qualquer ordem legal que se denomine Estado de Direito. O autor estipula oito princípios - que ele chamou de "moralidade da lei" - como características definidoras do Estado de Direito, de forma que (1) deve haver regras, essas regras devem ser (2) publicamente disponíveis, (3) prospectivas, (4) compreensíveis, (5) consistentes, (6) possíveis de serem executadas, (7) suficientemente estáveis para que os cidadãos orientem suas ações por elas e (8) administradas de forma congruente com seus termos.

Segundo Raz (1979), Hayek forneceu uma das formulações mais claras e poderosas do Estado de Direito: que o governo em todas as suas ações é limitado por regras fixadas e anunciadas de antemão - regras que tornam possível prever com razoável certeza como a autoridade usará seus poderes coercitivos em determinadas circunstâncias, possibilitando aos cidadãos planejar seus assuntos individuais com base neste conhecimento.

Verifica-se que muitas concepções do Estado de Direito colocam grande ênfase na segurança jurídica e na previsibilidade; na determinação das normas que são defendidas na sociedade; e no caráter confiável de sua administração pelo Estado. Afinal, os cidadãos precisam de previsibilidade na condução de suas vidas. Assim, o Estado de Direito pode ser sintetizado como um ideal normativo do 'governo das leis', emergindo critérios como generalidade, anterioridade, es-

tabilidade, preconizando-se que as leis sejam elaboradas por procedimentos públicos que respeitem determinados direitos e que sejam formadas por processos de deliberação democrática (KOENER & COSTA, 2020).

Para a Comissão Europeia (2014) o Estado de Direito é a espinha dorsal das democracias constitucionais modernas, que garante que todos os poderes públicos atuem dentro dos limites previstos na lei, de acordo com os valores da democracia e dos direitos fundamentais e sujeitos ao controle de tribunais independentes e imparciais. O Estado de Direito pode ser assim considerado um meta-princípio, com componentes formais e substantivos que orientam e restringem o exercício da autoridade pública e protegem contra o uso arbitrário ou ilegal do poder público.

Nesse sentido, o Estado de Direito contempla princípios como a legalidade, que requer um processo legislativo transparente, responsável, democrático e pluralista; a segurança jurídica; a proibição do exercício arbitrário do poder executivo; a tutela jurisdicional efetiva por tribunais independentes e imparciais e a fiscalização jurisdicional efetiva, incluindo o respeito dos direitos fundamentais; assim como os princípios da separação de poderes e da igualdade perante a lei (COM, 2019).

A partir dos conceitos clássicos e contemporâneos de Estado de Direito acima explanados, verifica-se a importância dada à lei e ao fato de que todos, tanto governantes como governados, devem a ela sujeitar-se, ou seja, há a absoluta supremacia ou predominância da lei regular em oposição à influência do poder arbitrário e da ampla discricionariedade das autoridades estatais. Neste sentido, a proteção a direitos não derogáveis pelo poder Executivo, mesmo durante períodos de crise, pode ser considerada uma das essências normativas do Estado de Direito.

2. ESTADO DE EXCEÇÃO OU DE EMERGÊNCIA

De acordo com a reflexão kantiana, o estado de exceção designa um determinado regramento institucional que não corresponderia aos princípios elencados por Kant na caracterização do Estado de Direito: a liberdade do indivíduo, a igualdade civil e a complementaridade dos três poderes. Do ponto de vista hegeliano, o estado de exceção poderia assumir uma forma jurídica, ainda que não

correspondesse ao ideal do direito, como liberdade realizada. Para ambos os teóricos, no entanto, um estado de exceção implicaria uma ruptura em alguns dos princípios do direito (BORGES, 2020).

Agambem (2004, p.38/39) aponta a divisão dos teóricos entre os que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico e aqueles que o consideram exterior a esse ordenamento, isto é, como um fenômeno essencialmente político ou extrajurídico. Entre os primeiros, alguns – como Santi Romano, Hauriou e Mortati - concebem o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, pois a necessidade que o funda age como fonte autônoma de direito; outros – como Hoerni, Ranelletti e Rossiter – entendem-no como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria conservação.

No segundo grupo - dentre os quais estão Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré de Malberg – considera-se o estado de exceção e a necessidade que o funda como elementos de fato substancialmente extrajurídicos, ainda que possam, eventualmente, ter consequências no âmbito do direito. Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da lei não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou pelo menos não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEM, 2004, p.38/39).

Deste modo, o problema do estado de exceção é relacionado a um problema particularmente interessante na teoria jurídica: o das lacunas no direito. Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder Executivo é obrigado a remediar. Um princípio que diz respeito ao poder Judiciário (a analogia) estende-se, assim, ao poder Executivo (AGAMBEM, 2004, p.48).

Agambem (2004, p.12) comenta ainda a situação paradoxal de termos medidas jurídicas de exceção dentro de um estado jurídico: “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. Neste sentido, para Agambem, da “forma legal do que não pode ter forma legal” encontram-se sobretudo leis que restringem ou violam as liberdades e direitos individuais.

Para Carl Schmitt, as situações de emergência – por ele denominadas de ‘exceção’ – representam um problema insuperável à aspiração das democracias liberais de governar por meio do Estado de Direito (BINENBOJM, 2020). Uma das formulações mais conhecidas e polêmicas do referido autor consiste que para ele “soberano é aquele que decide no estado de exceção”.

Para Schmitt, somente diante da excepcionalidade (*Ausnahmezustand*) pode-se vislumbrar quem é o soberano, pois é justamente o soberano quem decide sobre o estado ou situação de exceção. Schmitt faz a defesa de uma decisão que provém da excepcionalidade, não da normatividade, atacando, assim, um dos corolários do liberalismo, o limite da atuação do Estado dado pela norma jurídica válida. Na situação ou estado de exceção pode-se perceber que a norma jurídica advém de uma ordem normativa concreta que se apresenta nas situações limites (ALVES & OLIVEIRA, 2012, p.239).

Nesse sentido, os sistemas jurídicos seriam incapazes de especificar tanto o conteúdo como o procedimento dos atos estatais suscetíveis de serem adotados em situações emergenciais, pois um e outro podiam ser facilmente descartados face à premência de ações imprevisíveis exigidas pelas circunstâncias excepcionais (BINENBOJM, 2020). Ademais, convém sublinhar que, em rigor, não existe um estado de exceção, mas sim estados de exceção, ou seja, parcelas de poder que, lícita ou ilícitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito (VALIM, 2017, p.22).

Buscando conceituar o termo ‘emergência’, Lazar (2009, p.7/8) aduz que suas principais características são a urgência e a escala. Uma situação é urgente quando ela representa uma ameaça imediata ou muito urgente para ser tratada por meio do processo normal de formulação de políticas e leis. Uma ameaça urgente é aquela que deve ser tratada imediatamente, se quiser ser eliminada ou mitigada. Os cidadãos não podem esperar por um longo debate bicameral para decidir sobre a melhor forma de enfrentar uma pandemia, sob o risco de permitir que ela se espalhe exponencialmente, com maiores perdas de vidas. A escala, por seu turno, diz respeito à gama de pessoas que provavelmente serão afetadas pelo evento. Destarte, pode-se considerar a pandemia da Covid-19 como uma emergência.

Os estados de exceção ou emergência não devem afetar as operações das autoridades e instituições públicas. Consequentemente, garantir o funcionamento ativo do Estado de Direito constitucional e democrático durante a pande-

mia de Covid-19 é de fundamental importância. As medidas extraordinárias promulgadas pelos governos precisam ser controladas pelos poderes Legislativos e pelos tribunais, especialmente aqueles com jurisdição constitucional. Além disso, é essencial que essas medidas extraordinárias estejam em conformidade com o direito internacional e estejam sujeitas ao seu controle, a fim de garantir os direitos humanos (CORAO, 2020).

3. MEDIDAS EXCEPCIONAIS E DIREITOS HUMANOS

Devido à pandemia, diversos governos ao redor do mundo decretaram lockdown, quarentena, ordens para ficar em casa e de distanciamento social, tendo a maioria dos cidadãos mundiais experimentado a ausência de convívio social devido ao fechamento de espaços públicos tais como praças, ruas e parques (CORAO, 2020). De fato ou de direito, os direitos civis e políticos democráticos fundamentais, como os de locomoção (art. 5º, XV, CRFB/88), reunião pública e protesto (art. 5º, XVI, CRFB/88), foram suspensos.

A proibição de reuniões públicas e de livre circulação de grupos de pessoas também afetou o exercício de outros direitos humanos, como a liberdade de religião e de culto. Os fiéis não podiam visitar os locais de culto, nem podiam realizar ou assistir a cerimônias religiosas juntos com outras pessoas. Durante o mês de abril de 2020, por exemplo, as comunidades judaicas que comemoram o Pessach, as comunidades cristãs que comemoram a Semana Santa que antecede a Páscoa e as comunidades muçulmanas que comemoram o Ramadã foram particularmente afetadas (CORAO, 2020).

Cerimônias religiosas, procissões, missas e outros modos de culto público, incluindo atividades familiares, tiveram que ser suspensos para evitar o perigo de contágio e de transmissão da Covid-19. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a temática das práticas religiosas em templos e igrejas durante a pandemia da Covid-19 nas ADPFs 701⁷ e 811

⁷ O ministro Nunes Marques, relator da ADPF 701, revogou a liminar concedida por ele que autorizava práticas religiosas em templos e igrejas durante a pandemia da Covid-19, desde que atendidos os protocolos sanitários. O ministro reconsiderou a liminar a fim de se alinhar ao entendimento do Plenário do STF, que manteve a validade da restrição temporária de atividades religiosas coletivas presenciais no julgamento da ADPF 811.

(BRASIL, 2021), tendo decidido que são válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que determinam o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos durante a pandemia da Covid-19.

Segundo Díaz (2006) a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais constituem a verdadeira razão de ser do Estado de Direito. E este pode ser denominado como “legalidade”, isto é, como sistema normativo, como uma ordem jurídica que responde a uma certa “legitimação / legitimidade”: aquela que em última instância tenta converter-se em Direito (positivo) que pode ser qualificado como uma concepção plural (democrática) de justiça. Exige-se, todavia, que as leis sejam criadas de acordo com certos procedimentos de indispensável, aberta e livre participação popular, com respeito aos valores e direitos fundamentais. Para o autor, o Estado de Direito é a institucionalização jurídico-política da democracia.

Na ordem constitucional brasileira, os direitos humanos e fundamentais gozam de especial proteção do legislador, sendo estes últimos considerados cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV da CRFB/88), enquanto os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se incorporados na legislação nacional nos termos do §3º do art. 5º da CRFB/88, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ademais, não se deve descurar que o Brasil se rege nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CRFB/88).

A maioria dos países declarou emergência de saúde pública ou seus equivalentes - no Brasil foi declarado o estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6/2020 -, adotando medidas excepcionais para lidar com a crise gerada pela pandemia da Covid-19. Segundo Corao (2020), pela primeira vez o mundo contemporâneo enfrenta um "estado de emergência global", situação que representa um desafio e, em muitos casos, um perigo para as democracias, o Estado de Direito e os direitos humanos.

Dessarte, a fim de que o vírus não afete os referidos institutos, mister que as medidas excepcionais adotadas (e a serem adotadas) respeitem as constituições nacionais e os direitos humanos. Deve-se destacar que diversos tratados internacionais sobre direitos humanos preveem a suspensão e a derrogação de determinados direitos para fazer face a situações extraordinárias de emergência pública.

3.1 Tratados Internacionais de Direitos Humanos

No nível das Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), estabelece em seu artigo 4⁸, que em tempo de emergência pública que ameace a existência da nação e que seja oficialmente proclamada, os Estados Partes podem adotar disposições que suspendam suas obrigações decorrentes do Pacto na medida estritamente exigida pela situação, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com suas outras obrigações sob o direito internacional e não envolvam discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

No entanto, o PIDCP não autoriza a suspensão dos direitos humanos e das correspondentes obrigações internacionais dos Estados relacionadas aos artigos 6 (direito à vida); 7 (proibição da tortura); 8, parágrafos 1 e 2 (proibição da escravidão e servidão); 11 (proibição de prisão contratual); 15 (princípio da legalidade e irretroatividade penal); 16 (reconhecimento da personalidade jurídica); e 18 (liberdade de pensamento, consciência e religião).

No âmbito interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) estabelece em seu artigo 27⁹ (Suspensão de Garantias) que em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança de um Estado-Parte, este poderá tomar medidas derogatórias de suas obrigações nos termos da Convenção na medida e pelo período de tempo estritamente limitado pelas exigências da situação, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com suas outras obrigações sob o direito internacional e não envolvam discriminação em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

No entanto, a Convenção Americana não autoriza a suspensão dos direitos humanos ou as correspondentes obrigações internacionais dos Estados, relacionadas com os artigos: 3 (direito à personalidade jurídica); 4 (direito à vida); 5 (direito à integridade pessoal); 6 (proibição da escravidão e servidão); 9 (princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (liberdade de consciência e religião); 17 (proteção da família); 18 (direito ao nome); 19 (direitos da criança); 20 (direito à nacionalidade); 23 (direitos políticos); ou das garantias judiciais indispensáveis à proteção de tais direitos.

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

Por sua vez, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) estabelece no seu artigo 15¹⁰ (derrogação em caso de emergência), que em caso de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida da nação, qualquer Estado-Parte pode tomar medidas derogatórias de suas obrigações da Convenção na medida estritamente exigida pelas exigências da situação, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com suas outras obrigações sob o direito internacional. No entanto, a Convenção Europeia não autoriza a suspensão dos direitos humanos ou das correspondentes obrigações internacionais dos Estados relacionadas com os artigos: 2 (direito à vida), exceto em casos de morte resultante de atos lícitos de guerra; 3 (proibição da tortura); 4, n.º 1 (proibição da escravatura e servidão); e 7 (princípio da legalidade e irretroatividade).

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Carta de Banjul)¹¹, ao contrário dos outros instrumentos internacionais universais e regionais, não contém uma cláusula expressa sobre a suspensão das obrigações do tratado dos Estados-Partes em caso de circunstâncias excepcionais que ponham em perigo a existência da nação. No entanto, esses Estados africanos também devem ajustar e justificar esses atos excepcionais sob o direito internacional, especialmente os tratados de direitos humanos que ratificaram no sistema das Nações Unidas, como o PIDCP.

Verifica-se que em todos os documentos internacionais sobre direitos humanos acima abordados, o princípio da legalidade – considerado por muitos um dos pilares do Estado de Direito (*e.g.* DÍAZ, 2006) - não pode ser suspenso ou derogado. De igual maneira o direito à vida mostra-se como um dos núcleos duros dos direitos humanos (ou fundamentais), que deve ser sempre preservado, independentemente do estado de emergência vivenciado. Assim, pode-se concluir que o combate à pandemia da Covid-19 não pode suspender ou derogar o direito à vida e o princípio da legalidade.

4. LEGALIDADE DAS MEDIDAS RESTRITIVAS

Como visto, a restrição de determinadas liberdades se mostra consentâneo com o Estado de Direito, em especial quando vinculado a uma norma legal, ou seja, quando respeitado o princípio da legalidade. Neste diapasão, a atenção

¹⁰ Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf

¹¹ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>

de grande parte da mídia contemporânea e da academia está focada na "legalidade do lockdown" - medida adotada por diversos governos ao redor do mundo a fim de conter a disseminação da Covid-19 -, assim como na análise se os governantes agiram dentro dos limites formais estabelecidos na legislação.

A par da dificuldade em se conceituar o Estado de Direito assim como o conteúdo do princípio da legalidade, pode-se concluir que não há uma resposta incontestável à questão de como se avaliar a legalidade da ação governamental nesse momento de emergência, todavia, podem-se examinar os desafios que o estado de emergência representa para a operação normal da lei. A existência de regras e sua capacidade de orientar o comportamento são características proeminentes da legalidade, todavia, deve-se ter em mente que o legislador não tem como prever todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos (DI PIETRO, 2001, p.69).

Em primeiro lugar, as emergências costumam ser imprevisíveis, o que significa que uma resposta eficaz a ela pode exigir uma ação governamental que não seja formalmente autorizada pelas regras em vigor. Em segundo lugar, e relacionado à capacidade de operar a máquina institucional que gera novas regras, requer tempo e recursos que nem sempre estão disponíveis em tempos de crise. Terceiro, se não houver um amplo acordo sobre qual deve ser a resposta à emergência, a dependência de regras de autorização recentemente emitidas por uma legislatura representativa deliberativa pode paralisar o governo, impedindo qualquer resposta (MC LEAN et al., 2021).

Essas características definidoras de emergências tornam mais difícil para o Poder Executivo lidar efetivamente com as crises dentro das regras que normalmente regem suas ações, e podem tentá-lo a promulgar regras jurídicas de autoatendimento, expandindo seu arbítrio, ou a dispensar as regras por completo (MC LEAN et al., 2021). No Brasil, por exemplo, o principal instrumento franqueado pela Constituição para casos em que há necessidade de rápida edição de normativo em situações de relevância e urgência é a medida provisória (art. 62 da CRFB/88), que tem força de lei¹².

¹² Ao todo, desde o início da pandemia foram editadas cerca de 100 MPs, entre as quais as MPs 1.015, 1008, 1007, 1006, 1004, 1002, 1001, 999, 991, 994, 991, 990, 989, 988, 978, 977, 976, 975, 970, 969, 967, 965, 962, 957, 956 sobre crédito extraordinário relacionada à Covid-19; MP 1.027 e 1005 sobre a proteção dos indígenas durante a Covid-19; MP 1.028 sobre a facilitação de crédito; MPs 1.026 e 1003 sobre a vacina; MP 1.032 sobre crédito orçamentário para programas de combate à Covid-19; MP 1.033 sobre estímulo

Ao contrário da visão de Schmitt de que o que acontece em uma emergência desmascara o quanto a lei serve apenas como um ‘verniz’ em tempos comuns, a existência de uma emergência pode, de fato, revelar os compromissos mais profundos de uma comunidade política com os fundamentos da legalidade e do respeito pelas pessoas. Portanto, a interpretação à luz do princípio da legalidade mostra-se valiosa, pois pode reduzir o risco de tomada de decisões arbitrárias e o uso não autorizado do poder coercitivo (MC LEAN et al., 2021).

Para Mc Lean et. al (2021), a prática e o princípio da legalidade permitem que o direito opere como autoridade, de forma que na ausência de autorização legal para o lockdown, a exigência de permanecer em casa não era consultiva nem autorizada, mas ilegítimamente coercitiva. Em tempos de maior vulnerabilidade e intensa ruptura, é mais importante do que nunca aderir ao princípio da legalidade e exigir tal adesão de quem exerce o poder público. Não por outro motivo foi editada a Lei nº 13.979/2020 a fim de normatizar as medidas a serem adotadas para enfrentar a Covid-19.

5. LEI Nº 13.979/2020

Para fazer face à crise do Coronavírus, foi aprovada a Lei nº 13.979/2020 que prevê amplo arsenal de medidas administrativas para a guerra contra a disseminação do novo vírus. Trata-se de medidas afinadas aos padrões da OMS e atualizadas de acordo com as melhores práticas internacionais (BINENBOJM, 2020). A referida Lei foi ainda regulamentada pelo Decreto nº 10.282/20, pela Portaria nº 356/20 do Ministério da Saúde e pela Portaria Interministerial nº 5/2020 do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O legislador previu que o isolamento consiste na separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do Coronavírus enquanto a quarentena consiste na restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam

tributário para comercialização de oxigênio medicinal para combate à Covid-19; MP 1.034 sobre crédito presumido para PIS/PASEP para produtos relacionados ao combate à Covid-19; MP 1.036 sobre cancelamentos no setores de cultura e turismo; MP 1000 sobre auxílio emergencial; MP 986 sobre auxílio para o setor cultural; MP 966 sobre responsabilização de agentes públicos em atos relacionados à pandemia.

doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação (art. 2º, I e II).

Isolamento, quarentena, exames, testes, vacinação compulsórios, uso obrigatório de máscaras, requisição de bens e serviços, previsão de restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, entre outros foram adotadas como medidas de polícia administrativa, devendo ainda ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública (art. 3º).

De maneira prudente a lei estabeleceu que suas medidas somente poderiam ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, assim mesmo limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública (art. 3º, § 1º). Destarte, a norma operou a concretização, no âmbito da polícia administrativa sanitária, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e dos subprincípios da adequação e da necessidade, diante da gravidade das restrições impostas à autonomia individual.

De outro lado, diante do agravamento da crise decorrente da disseminação acelerada do vírus, a norma também pode ser interpretada como a exigir do poder público medidas sanitárias comissivas que protejam suficientemente a vida e a saúde da população. Governadores e prefeitos passaram a editar normas que adaptaram e concretizaram as normas gerais da lei às necessidades regionais e locais (BINENBOJM, 2020). Serve como exemplo a decisão prolatada na ADI nº 6.341/DF (BRASIL, 2020), que reconheceu a autonomia dos municípios e governos estaduais para decretarem medidas sanitárias de contenção à Covid-19¹³.

Em função da pandemia, foram editadas algumas normas infraconstitucionais prevendo severas restrições ao direito de locomoção. Ainda que não decretado estado de sítio, única situação que, conforme a própria Constituição, há autorização expressa para restrição generalizada da liberdade de locomoção, o direito de ir e vir deve conviver com outros princípios da Constituição da República e não pode ser considerado absoluto. É o caso do direito à saúde (art. 196 da CFRB/88).

¹³ No mesmo sentido a ADI nº 6.343/DF, a ADPF nº 672/DF, a ADI nº 6855 e a ADO nº 56.

Nesse diapasão, a Lei nº 13.979/2020, ao prever as medidas de isolamento e quarentena, traz medidas para salvaguarda do direito à saúde de cada indivíduo e medidas preventivas operacionais para que o Poder Público possa exercer sua obrigação de tutela da saúde pública. Tendo em vista que tanto a liberdade de ir e vir quanto o direito à saúde pública são igualmente tutelados pela Constituição, há uma aparente colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, já que há um conflito entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição (ALEXY, 1999).

Dessarte, o referido conflito deve ser solucionado por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, utilizando-se da técnica da ponderação (ALEXY, 1999). O Supremo Tribunal Federal, que há muito nega a existência de direitos absolutos, adota o postulado da proporcionalidade nos termos da teoria de Alexy, compondo suas decisões a partir da ponderação de direitos (cf., por exemplo, o voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82.424/RS, no paradigmático julgamento do “Caso Ellwanger”¹⁴).

Portanto, inicialmente, deve-se questionar se as medidas de isolamento e quarentena são adequadas para atingir o objetivo sanitário perseguido, qual seja, a contenção da pandemia da Covid-19, por meio da desaceleração da propagação do vírus, a despeito de restringirem a liberdade de locomoção das pessoas.

Considerando os estudos médicos, as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e exemplos de diversos outros países (tais como Nova Zelândia, Itália e China), o distanciamento social, com a diminuição do contato entre as pessoas é a providência mais adequada para enfrentar a pandemia. Com efeito, a transmissão do vírus da Covid-19 se espalha principalmente por meio de gotículas de saliva ou secreção nasal quando uma pessoa infectada tosse ou espirra (OMS, 2021).

Assim, ao se analisar as medidas restritivas ao direito à locomoção da Lei nº 13.979/20 sob o enfoque constitucional da tutela do direito à saúde, pode-se concluir que elas devem prevalecer, neste caso, sob a liberdade de ir e vir dos cidadãos, pois tem como propósito salvaguardar um bem maior, que é a proteção da saúde de toda a coletividade. Tal entendimento foi chancelado pelo STF, que

¹⁴ Siegfried Ellwanger, impetrou HC contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS que o condenara pela prática de racismo devido a publicação, pela sua editora, de diversas obras com conteúdo antissemita, havendo no caso o embate entre o racismo e a liberdade de expressão.

na ADI nº 6625/DF (BRASIL, 2021) referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski para estender a vigência dos dispositivos da Lei nº 13.979/2020.

O Ministro frisou que, embora a validade da Lei nº 13.979/2020 esteja vinculada à do Decreto Legislativo nº 6/2020 (que reconheceu o estado de calamidade pública e findou em 31/12/20), não se pode excluir a hipótese de que a *mens legis* tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas determinadas na norma pelo tempo necessário à superação da pandemia. Ademais, na época de sua edição, não era possível antever a “surpreendente persistência e letalidade” da doença.

O Ministro Lewandowski também ressaltou que, em diversas decisões tomadas em 2020, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as medidas dispostas na Lei nº 13.979/2020 são compatíveis com a Constituição Federal e podem ser adotadas pelas autoridades dos três níveis político-administrativos da Federação, respeitadas as esferas de competência de cada um, já que são essenciais ao enfrentamento da Covid-19.

CONCLUSÃO

Além do impacto imediato na saúde e na economia, a crise da Covid-19 criou uma ampla variedade de desafios para a sociedade e, mais especificamente, para as administrações públicas e os sistemas jurídicos e constitucionais. A crise provou ser um teste de estresse real para a resiliência dos sistemas nacionais em tempos de crise. Todos os Estados-Membros tomaram medidas excepcionais para proteger a saúde pública e muitos declararam alguma forma de emergência pública ou concederam poderes especiais de emergência (COM, 2020). Tornou-se assim uma questão importante do debate público a conformação das referidas medidas restritivas com o Estado de Direito.

O Estado de Direito, enquanto uma das principais e mais debatidas teorias do estado moderno, mostra-se controverso e de difícil conceituação, sendo até os dias atuais um dos temas mais invocados e estudados, em especial diante da crise causada pela pandemia da Covid-19. A referida crise fez com que diversos países ao redor do mundo, inclusive o Brasil, decretassem e/ou vivenciassem um estado de exceção ou emergência.

Assim, para combater o Coronavírus, foram adotadas pelas diversas nações mundiais medidas excepcionais, em especial de restrição à circulação de pessoas, como lockdown, quarentena, distanciamento social, entre outras. Tratam-se em verdade de medidas que suspendem, mesmo que apenas por um período, o direito à liberdade de ir e vir dos cidadãos. O direito à liberdade é um direito fundamental do ser humano, estando disposto em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Ao se analisar os principais diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, verifica-se que em momentos excepcionais é possível a suspensão e a derrogação de determinados direitos, exatamente com o fito de garantir a sobrevivência do próprio Estado. Deve-se destacar, todavia, que dentre os direitos que se mostram inderrogáveis, está o direito à vida e à legalidade, o que denota a possibilidade de se restringir a liberdade de locomoção em prol de um bem comum maior, qual seja, a vida - desde é claro, que tal restrição se dê conforme o postulado da legalidade.

Assim, nada impede que medidas como isolamento social, quarentena e lockdown, por exemplo, sejam determinadas pelos governos, desde que se respeite o princípio da legalidade, ou seja, desde que haja lei prévia, clara, isonômica, promulgada por órgão competente para tanto, com amplo conhecimento dado à população. Neste sentido, buscando dar legalidade as suas ações, o governo brasileiro editou a Lei nº 13.979/2020, com o objetivo de positivizar no ordenamento pátrio medidas para fazer face à Covid-19.

Não obstante a Lei nº 13.979/2020 tenha sido elaborada em menos de uma semana, com dois dias de tramitação entre as duas casas do Congresso Nacional – o que poderia suscitar críticas quanto a sua não submissão ao debate democrático -, tal se deu devido à premência da tramitação do texto, em regime de urgência solicitado pela própria casa legislativa. Ademais, a necessidade de ser rapidamente publicada uma lei para regulamentar as medidas de enfrentamento à Covid-19, por uma questão de razoabilidade, denota a impossibilidade de maiores ilações e debates sobre a norma.

Nesse sentido, a referida Lei se mostra consentânea com o primado da legalidade, tendo respeitado o trâmite procedimental que lhe era devido, com a participação tanto do Executivo quanto do Legislativo nacional na sua elaboração. Ademais, a referida norma foi chancelada também pelo Poder Judiciário - com decisão emanada de um tribunal imparcial, no caso a mais alta Corte do país, o STF - que inclusive estendeu a sua vigência, dada a importância de se ter um

normativo para regulamentar as medidas restritivas no combate à pandemia. Destarte, pode-se concluir que a Lei nº 13.979/2020 está acorde com o Estado de Direito.

Cumpra por fim frisar que não foi o desiderato do trabalho discutir ou se aprofundar sobre o acerto ou desacerto das medidas elencadas pela Lei nº 13.979/2020 no combate à Covid-19. O objetivo foi tão somente avaliar se as medidas restritivas de liberdade de locomoção, tais como isolamento e quarentena, adotadas por diversos países ao redor do mundo e também pelo Brasil, se deu de maneira a respeitar o Estado de Direito, em especial no que diz respeito ao princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. (2004). Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo.

ALEXY, Robert. (1999). Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista De Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217, p. 67-79.

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (2012). Carl Schmitt: Um Teórico da Exceção sob o Estado de Exceção. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez.

BINENBOJM, Gustavo. (2020). Pandemia, Poder de Polícia e Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica da procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE/RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n.1, jan./abr.

BORGES, Maria de Lourdes. (2020). Rupturas do Estado de Direito. Dois pontos:, Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 144-153.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6341/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 14 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6625/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 8 mar. 2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6069055>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 701/MG. Relator: Ministro Nunes Marques. Julgamento: 15 abr. 2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5944043>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 811/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 8 abr. 2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA (COM). (2014). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council ‘A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law’, COM, 158.

COMISSÃO EUROPEIA (COM). (2019). Prosseguir o reforço do Estado de direito na União: Ponto da situação e eventuais medidas futuras. COM, 163.

COMISSÃO EUROPEIA (COM). (2020). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito, Situação na União Europeia. COM, 580.

COSTA, P.; ZOLO, D. (eds.). (2006). O Estado de Direito - História, Teoria, Crítica. São Paulo: Martins Fontes.

CORAO, Carlos Ayala. (2020). Challenges that the Covid-19 Pandemic Poses to the Rule of Law, Democracy, and Human Rights. Max Plant Institut.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (2001). Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo, Atlas.

DÍAS, E. (2006). Estado de Derecho y Derechos humanos. *Novos Estudos Jurídicos (NEJ)*. Vol. 11, n. 1, p. 09-25.

FULLER, Lon L. (1969). *The Morality of Law*, revised ed. Yale University Press, New Haven.

MCLEAN, J., ROSEN, A., ROUGHAN, N. & Wall, J. (2021). Legality in times of emergency: assessing NZ’s response to Covid-19. *Journal of the Royal Society of New Zealand*, 51:sup1, p.197-213.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (2015). *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

- KOERNER, A.; COSTA, V. (2020). Nebulosa De Imunidades? Sobre Estado De Direito e Democracia no Pensamento Jurídico Brasileiro. DoisPontos:, Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 40-62.
- LAZAR, Nomi Claire. (2009). States of Emergency in Liberal Democracies. Cambridge University Press, New York.
- MCLEAN, Janet; ROSEN, Arie; ROUGHAN, Nicole; WALL, Jesse. (2021). Legality in times of emergency: assessing NZ's response to Covid-19. Journal of the Royal Society of New Zealand, 51:1, p. 197-213.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). (2021). Health Topics, Coronavirus. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1
- RAZ, J. The Rule of Law and its Virtue. In: J. Raz (Ed.). (1979). The Authority of Law - essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon, p.210-229.
- TAMANAH, B. Z. (2009). On The Rule of Law: History, Politics, Theory. Cambridge: Cambridge UP.
- VALIM, Rafael. (2017). Estado de Exceção: a Forma Jurídica do Neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente.
- WALDRON, Jeremy. (2008). The Concept and the Rule of Law. Sibley Lecture Series.
- ZOLO, Danilo. (2006). Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes.

CONDIÇÕES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSICOSSOCIAL PERMANENTE NA QUARTA ONDA DA PANDEMIA

Celia Barbosa Abreu

Pós-Doutora – Universidade Federal Fluminense
celiabreu@id.uff.br

Fabrízia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy

Doutoranda – Universidade Federal Fluminense
fabriziadpu@gmail.com

*"A prova de que estou recuperando a saúde mental, é que estou cada minuto mais permissiva: eu me permito mais liberdade e mais experiências. É aceito o acaso. Anseio pelo que ainda não experimentei. Maior espaço psíquico. Estou felizmente mais doida."
Clarice Lispector*

INTRODUÇÃO

O trabalho versa sobre a vulnerabilidade como categoria dos debates da saúde pública. Propõe seja vista enquanto característica ontológica dos seres vivos, corroborando para a consagração de uma tutela geral da pessoa humana, naturalmente vulnerável; além de uma tutela específica, de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como meio de salvaguardar a igualdade e a liberdade, expressões da dignidade.

Nesse contexto, objetiva-se falar da chamada quarta onda pandêmica, precisamente das pessoas com transtornos mentais/com sofrimento mental, que são potencialmente vulneráveis pela sua própria condição. Numa acepção de onda que não é a epidemiológica, referente ao crescimento elevado do adoecimento populacional, mas sim à da ocorrência dos distintos momentos pandêmicos.

Diante disso, fala-se numa primeira onda, envolta no adoecimento e morte de infectados; na segunda onda, consistindo no colapso do sistema de saúde; na terceira onda, correlacionada às consequências do não tratamento de doenças crônicas preexistentes; por fim, fruto do isolamento social, o crescimento exponencial de crises de ansiedade, estresse, depressão, sintetizando, problemas de saúde mental configurando a quarta onda.

Assim, imperioso salientar que as instituições públicas e privadas brasileiras estão despreparadas para enfrentar as adversidades decorrentes da pandemia, sobretudo esta relativa ao cuidado das pessoas com transtornos mentais/com sofrimento mental. Isto, apesar do direito ao tratamento médico mental adequado e de qualidade seguir sendo um direito fundamental, indissociável do direito à saúde (no nosso caso, pública e universal, por intermédio do SUS), que é desrespeitado de longa data, seja por questões culturais, estigma, falta de políticas públicas adequadas etc.

Nesse panorama, o estudo se subdivide em quatro partes. A primeira dedicada à questão da vulnerabilidade das pessoas com deficiência psicossocial permanente. A segunda voltada para a quarta onda da pandemia, considerada esta uma acepção controversa. A terceira parte destinada ao registro do despreparo das instituições brasileiras para enfrentar a quarta onda através de um breve estudo de casos. A quarta parte discute os avanços e fragilidades em saúde mental. Por fim, importa dizer que a pesquisa se insere na vertente jurídico-sociológica, que se propõe a compreender o fenômeno jurídico num contexto social alargado.

1. VULNERABILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSICOSSOCIAL PERMANENTE

A vulnerabilidade é uma categoria oriunda dos debates da saúde pública, cuja utilização tornou-se recorrente entre os estudiosos. Assim, já de algum tempo afirma-se que seus contornos científicos correm risco, dada a possível banalização de sua utilização, de forma que se diz poderem transformar-se de relevantes instrumentos jurídicos de alteração da realidade em mera invocação retórica. Então, é relevante dizer, inicialmente, aquilo que se está considerando como vulnerabilidade.

Nesse sentido, como ressaltado por Heloisa Helena Barboza, a vulnerabilidade deve ser vista enquanto característica própria de todos os seres vivos, o que corrobora para o argumento da consagração de uma “tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável”, não só nas relações patrimoniais, mas também nas existenciais, além de uma “tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana”

(BARBOZA, 2008). Dessa forma, a expressão “vulnerável” é empregada em relação a uma pessoa ou a um grupo de pessoas que, por razões idiossincráticas, exija do sistema jurídico tutela própria e especial, que deve lhe ser deferida para manutenção de sua dignidade, caracterizando verdadeiro ônus estatal e social.

No presente trabalho, portanto, dá-se como recorte a análise da vulnerabilidade apresentada pela pessoa com deficiência psicossocial permanente, à luz da garantia da saúde pública, como ônus estatal, e a presença irrefutável de uma quarta onda originada pelo novo coronavírus. De fato, no contexto da pandemia da COVID-19, todos surgem efetivamente como vulneráveis e dignos de uma tutela geral (abstrata), de vez que a doença atinge indistintamente ricos, pobres, brancos, negros, jovens etc. Contudo, para determinados grupos, em razão de vulnerabilidade que lhes é própria (pessoas vulneradas com comorbidades, pessoas com deficiência permanente, trabalhadores da área de saúde, entre outros), a situação ainda se agrava, demandando tutela específica (concreta), como forma de garantir a dignidade daqueles que se encontrem em situação vulnerável, e é aqui que se insere as pessoas com deficiência psicossocial permanente, mais precisamente aquelas com transtorno mental/com sofrimento mental, cuja fragilidade, em regra, surge potencializada, integrando o grupo dos chamados vulnerados.

2. A QUARTA ONDA DA PANDEMIA: ACOLHENDO UMA ACEPÇÃO CONTROVERSA

Com o escopo de contextualizar os diferentes cenários da pandemia do novo coronavírus, a crise sanitária foi organizada em “ondas”. Não se trata, propriamente, de uma divisão científica, mas uma forma de situar as nefastas consequências advindas da COVID-19. Dessa maneira, fala-se em uma primeira onda aquela de consequência direta da contaminação pelo novo coronavírus, qual seja a própria doença, seu agravamento e a sua mortalidade. A segunda onda, por outro lado, consiste no colapso do sistema de saúde, com a superlotação dos hospitais e a incapacidade de atendimento voltado a todos os doentes do vírus, referindo-se às limitações de recursos do sistema de saúde, sobrecarregado, dificultando o tratamento dos pacientes contaminados. Já a terceira onda implica no impacto da interrupção dos cuidados dos pacientes crônicos, isto é, a falta de tratamento de doenças crônicas preexistentes, com o adocimento e talvez morte, daqueles que deixaram de lado seus cuidados, suas consultas rotineiras e tratamentos durante o período pandêmico. Por fim, a quarta onde diz respeito ao aumento das doenças de característica mental.

Assim, embora não haja unanimidade quanto à uma quarta onda da pandemia, é inquestionável que a existência de um vírus e tudo aquilo que ele implicou (e ainda implica) não afeta somente a saúde física, mas também a saúde mental dos indivíduos. Ademais, vistas tais ondas uma após a outra, ou o que parece mais certo, podendo surgir concomitantemente, por exemplo, com as inúmeras perdas de familiares, amigos, colegas e conhecidos, o fato é que o cuidado com a saúde mental passa a exigir mais do que nunca uma atenção especial dos indivíduos, de suas famílias, da sociedade e do Estado.

Que fique claro aqui, pois, que a acepção de onda a que se refere não é a epidemiológica, referente ao crescimento elevado do adoecimento da população. A concepção de onda trazida diz respeito à ocorrência de diversos e distintos momentos da pandemia. Não que estes momentos não existissem antes, apenas que, em meio a uma pandemia, ficam nitidamente evidenciados.

3. O DESPREPARO DAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS PARA O ENFRENTAMENTO DA QUARTA ONDA: CASOS CONCRETOS DESTE ANÚNCIO

Já de muito tempo o problema do trato da saúde mental, no Brasil, é preocupante. Há necessidade de se alterar a forma de olhar o tratamento ofertado por décadas às pessoas com transtorno mental/com sofrimento mental. Ademais, já sendo este um problema anterior à pandemia do novo coronavírus, agora a situação ainda se agrava, ante o adoecimento psicológico em franco progresso, no Brasil e no mundo.

Como dito, como forma de exemplificar e corroborar a urgência na mudança de perspectiva do tratamento do doente mental, no Brasil, tem-se vários casos (estardecedores, registra-se) que sinalizam a incapacidade de cuidado das pessoas com doença psiquiátrica. Na obra *Holocausto Brasileiro*, de autoria da repórter Daniela Arbex, é contada a tragédia ocorrida, entre 1903 e 1980, no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, hospital público, em Minas Gerais, conhecido por Colônia, que recebia diariamente centenas de pessoas para serem internadas, apesar de cerca de 70% delas não terem sequer diagnóstico de doença mental. Desses pacientes, estima-se um total aproximado de 60 mil mortos, por frio, fome, doença, eletrochoques. Isto, sem mencionar as chamadas mortes lucrativas, vez que, sem que se questionasse, muitos foram os corpos de pacientes mortos simplesmente vendidos para escolas de medicina (ARBEX, 2019).

Indo além, é válido lembrar do caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, que acabou sendo a primeira condenação do Brasil em uma instância internacional de direitos humanos e ainda a primeira sentença da Corte Interamericana relativa a violações de direitos das pessoas com transtorno mental/com sofrimento mental e, por consequência, vulneradas. A situação em tela se deu após a iniciativa de internação pela mãe, em 01.10.1999, de Damião Ximenes Lopes, 30 anos, por estar este doente dos nervos, com dificuldades para comer, dormir e tomar medicação, na Clínica de Repouso Guararapes, em Sobral, Ceará. Em resumo, três dias depois de internado, Damião foi encontrado pela mãe com hematomas, roupas rasgadas, sujo e cheirando a excrementos, com as mãos amarradas para trás, com deficiência para respirar, agonizante e pedindo ajuda aos gritos. A mãe pediu fosse banhado e medicado, entretanto, duas horas depois foi comunicada de seu falecimento (BORGES, 2008).

Mesmo diante de um atestado de óbito que evidenciava a ausência de lesão externa e que a causa da morte teria sido uma parada respiratória, começava a busca pela justiça por parte de sua irmã e outros familiares, tanto na jurisdição interna quanto na internacional. Nesta última, foi apresentada denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1999. A sentença da Corte Interamericana, ainda hoje não inteiramente cumprida, foi proferida em 2006 (BORGES, 2008). O julgado reconheceu que o Estado brasileiro violou os direitos à vida e à integridade pessoal de Ximenes Lopes, além do direito à integridade pessoal de seus familiares, vitimados por diversos problemas de saúde decorrentes do estado de tristeza e angústia ocasionado em função dos fatos. A Corte entendeu ainda que o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus-tratos e óbito da vítima. Determinou-se que o Estado brasileiro indenizasse os familiares pelos danos materiais e imateriais provocados, além de ter ordenado outras obrigações.

No dia 23 de abril deste ano (2021), isto é, após quase 15 anos da condenação, conforme destacado pela mídia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos promoveu audiência para questionar o Estado Brasileiro por persistir com o descumprimento parcial da sentença, já que se noticiou ter havido somente o pagamento da indenização dos familiares, sem que fossem adotadas as providências de melhoria e alteração da forma de tratamento das pessoas com transtorno mental/com sofrimento mental. Neste ato, foram detalhados retrocessos ocorridos nas políticas públicas de saúde mental no país, bem como as condições desumanas e degradantes dos hospitais psiquiátricos. Foi salientado que, embora

condenado o Estado brasileiro a implementar um programa de formação e capacitação para trabalhadores de saúde mental, o Brasil ainda não cumpriu com esta obrigação.¹⁵

Em síntese, desde a sua condenação, em que pese o referido hospital psiquiátrico tenha sido descredenciado do SUS e veio a ser fechado, o Estado brasileiro somente deu cabo das reparações materiais determinadas pela sentença, contudo deixou de promover justamente o “treinamento contínuo das equipes psicossociais que atendem a pessoas com transtorno/sofrimento ou deficiência mental em todo o país, para evitar que casos como o de Ximenes Lopes se repitam.” Surgiu, então, um impasse entre os representantes da sociedade civil e do Estado, tendo sido indicado o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) para mediar e proporcionar um diálogo entre as partes conflitantes.¹⁶

Ainda no universo dos transtornos mentais/do sofrimento mental (segundo a CID-10), com apoio no Relatório da Situação dos Direitos Humanos no Brasil, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, datado de 12/02/2021, convém sublinhar a situação especial de risco dos usuários de drogas e álcool internados em comunidades terapêuticas. O panorama é tão problemático que a CIDH traça paralelos entre tais comunidades e o sistema prisional, dada a privação de liberdade, a sujeição a maus-tratos, tortura e privação de direitos. Apesar de não serem instituições públicas, a Comissão entende que o Estado é igualmente responsável por essas instituições, sobretudo quando financiadas por recursos públicos¹⁷, e de outra forma não poderia ser, já que o doente com transtorno mental/com sofrimento mental deve ser tutelado e protegido pelo Estado e é do dever de tutela que nasce o ônus estatal de vigiar as instituições (públicas e privadas) que prestam assistência às pessoas doentes.

¹⁵ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Caso Ximenes Lopes. Brasil será questionado por descumprir sentença de direitos humanos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/brasil-questionado-descumprir-sentenca-direitos-humanos> acessado em 07.05.2021.

¹⁶ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Corte Interamericana indica CNJ para mediar impasse da saúde mental no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/corte-interamericana-indica-cnj-mediador-impasse-saude-mental> acessado em 07.05.2021.

¹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos Direitos Humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf> acessado em 19.11.21

Outro ponto a ser suscitado diz respeito ao relatório publicado em 2017 pelo Conselho Federal de Psicologia, Ministério Público e Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, que destacou a inexistência de um marco regulatório específico para disciplinar o funcionamento das chamadas comunidades terapêuticas no Brasil. O que se tem, quando muito, é a Lei 13.840, que, em 2019, alterou a Lei sobre Drogas, e definiu as comunidades terapêuticas como “pessoas jurídicas, sem fins lucrativos, que realizam o acolhimento do usuário ou dependente de drogas”. A lei autoriza o financiamento público destas entidades, porém não estabelece padrões para seu controle e fiscalização. A Comissão Interamericana frisa a Portaria 3.449 do Ministério da Saúde, bem como a Portaria 562 do Ministério da Cidadania como passos importantes, porém tímidos para um marco regulatório sobre a questão. A falta de mecanismos de controle do Estado resulta em práticas arbitrárias e violadoras de direitos humanos em meio a estas entidades, tais como “a internação forçada, a administração arbitrária de medicamentos, restrições de contatos familiares, trabalhos forçados, abusos físicos, violação da liberdade religiosa e de consciência, e de internação de adolescentes”.¹⁸

Se pensar na falta de marco regulatório em matéria de comunidades terapêuticas pode dar a ideia de que no Brasil o problema da ausência de tratamento médico mental adequado adviria da falta de leis, isto não é verdade. Primeiro, porque, consoante sabido, não basta a letra fria da lei para resguardar a real proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Segundo, porque este ano, por exemplo, completou 20 anos de vigência a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais/com sofrimento mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Proposta em 1989, esta Lei de Saúde Mental só foi aprovada em 2001. Além disso, para a tutela das pessoas com deficiência mental e intelectual (dentre outras), o país conta hoje com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com status constitucional. Conta outrossim, com a Lei 13.146/2015, ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), dentre outros diplomas normativos.

¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos Direitos Humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brazil2021-pt.pdf> acessado em 19.11.21.

Nesse sentido, é verdade que também não faltam projetos de lei sobre a temática e cuja tramitação vem praticamente se eternizando nas Casas do Congresso, a despeito da urgência dos temas neles envolvidos. O PL 4918/19 que confere uma série de direitos e garantias às pessoas com transtornos mentais/sofrimento mental e inclui expressamente esse segmento, na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, no rol das pessoas com deficiência. O PL 2178/20 que altera a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, para dispor sobre o transporte do acompanhante durante a pandemia da COVID-19.

Para o presente trabalho, melhor sinaliza o PL 2288/20 que altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus responsável pelo surto de 2019, para tornar obrigatória a elaboração de planos emergenciais de proteção dos segmentos mais vulneráveis da população e proibir a adoção de regras que permitam preterir, em relação aos outros pacientes, as pessoas desses segmentos vulneráveis. Malgrado a sua existência, o PL ainda não foi votado e, assim, não passa de intenção do legislador, afinal. Ocorre que a quarta onda da pandemia (quer se chame assim, quer se dê outra caracterização) é evidente e implica em urgência na elaboração de plano para a sua contenção.

De todo modo, percebe-se que o histórico brasileiro no tratamento da pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental demonstra desrespeito e violação, constante e reiterada, da dignidade humana dessas pessoas. O sofrimento da própria doença é ainda mais agravado pelo despreparo do sistema de saúde brasileiro (seja ele público, seja ele privado). Não é crível que o Brasil esteja preparado para responder aos anseios sociais que advém (ou advirão) da quarta onda da pandemia da COVID-19.

4. AVANÇOS E FRAGILIDADES NO TRATAMENTO DE SAÚDE MENTAL

É inegável os avanços ocorridos na tutela da saúde mental da pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental, especialmente após a edição da Lei 10.216/2001, havendo incremento da verba pública destinada aos hospitais e centros psiquiátricos. Neste sentido, merece transcrição o recente pronunciamento do psiquiatra Pedro Gabriel Delgado, datado de 13.04.2021, para quem o momento é de comemoração dos 20 anos da Lei 10.216/2001. Diz ele:

O aspecto de construção coletiva da lei que seria aprovada em 2001 é destacado pelo psiquiatra Pedro Gabriel Delgado, professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). “Eu considero que a lei, quando foi aprovada, já tinha conseguido ser o instrumento para a construção de uma consciência coletiva sobre cuidado e liberdade. Ela já foi aprovada com uma legitimação na sociedade, por conta do debate. Todo mundo sabia o que estava sendo aprovado e ela foi intensamente comemorada”, avalia ele, para quem a lei representou inúmeros avanços.

Segundo Delgado, em 2000, 95% dos recursos federais para a saúde mental eram destinados para os hospitais psiquiátricos e apenas 5% para os serviços comunitários. “Em 2005, portanto quatro anos depois da entrada em vigor da lei, esse financiamento se inverteu. A maior parte passou a ser destinado à rede extra hospitalar, como os Centros de Atenção Psicossocial [CAPS], residências terapêuticas, centros de convivência, e menos da metade destinado aos hospitais psiquiátricos”, contabiliza.

De acordo com o professor da UFRJ, o SUS chegou a 2015 com 75% dos recursos federais injetados nos serviços comunitários e menos de 25% para leitos psiquiátricos hospitalares. “A gente passou de 65 mil camas psiquiátricas convencionais, e chegamos a 2015 com cerca de 22 mil camas. Ainda tem muitos leitos psiquiátricos, mas é uma redução muito importante e feita de uma maneira muito regular, sem desassistência, porque foram criadas as residências terapêuticas, avalia ele.

A expansão e a interiorização dos Caps foi outra consequência da aprovação da lei. “Até 2001, o atendimento de saúde mental no Brasil era centrado nas grandes cidades, principalmente nas capitais. Com a lei, nós saímos de cerca de 180 para 2,6 mil Caps colocados em cidades do interior do país. Hoje, se você pegar o mapa do Brasil e olhar onde estão espelhados os Caps, eles estão interiorizados, eles estão no Nordeste, na região Centro-Oeste. Então houve uma descentralização muito grande dos serviços, com impacto evidente”, diz Delgado. Nas contas dele, como consequência, foram incorporados mais de 25 mil novos trabalhadores à saúde mental no SUS.

O terceiro ponto destacado pelo psiquiatra é o avanço no campo dos direitos dos pacientes com transtornos mentais. “A partir da lei foram introduzidas normas para os procedimentos de internação involuntária no Brasil, que até então não existiam. É um controle imperfeito? É. Mas, nesse momento, qualquer profissional que determinar a internação de um paciente contra sua vontade é obrigado a comunicar a Defensoria Pública ou o Ministério Público. Criou-se um fluxo até então inédito, no sentido de que não se pode tudo em termos de tratamento da doença mental”, afirma Delgado (ANTUNES, 2021).

A despeito destes avanços, decorrentes da Reforma Psiquiátrica, contraditoriamente, fala-se no avanço da chamada Contrarreforma Psiquiátrica. Em resumo, vivemos também um contexto de crescimento da influência política de

atores sociais que defendem um retorno a algo muito parecido ao modelo manicomial. Sintetizando, pode-se afirmar que o “objetivo dos atuais gestores é voltar àquele modelo antigo de internação como dispositivo central, e internação em serviços privados”, com um “desfinanciamento do SUS para direcionar os recursos públicos à iniciativa privada” (ANTUNES, 2021). Percebe-se que, ao mesmo tempo que a reforma psiquiátrica avançou, não só trazendo novos investimentos para o tratamento do paciente com transtorno mental/com sofrimento mental, como também (e principalmente) impedindo a internação compulsória, em regra – não obstante a possibilidade de fazê-lo mediante participação do Ministério Público e da Defensoria Pública -, há um movimento contrário, a contrarreforma, que pretende o retorno (lastimável) dos manicômios, no Brasil – malgrado o histórico desfavorável de tais estabelecimentos, como o acima exposto.

Leonardo Pinho, presidente da ABRASME (Associação Brasileira de Saúde Mental, analisando a situação, comenta:

E quais são essas instituições? Segundo ele, principalmente hospitais psiquiátricos e comunidades terapêuticas – que, além dos usuários de álcool e outras drogas, público-alvo tradicional, agora recebem população de rua e adolescentes. Tudo isso com autorização do governo. “Estão, inclusive, ampliando o seu mercado”, denuncia ele.

E completa: “O repasse público de dinheiro cresce ano a ano para o setor privado, que quer ganhar dinheiro com leitos de internação, e diminui o ritmo de ampliação da Rede de Atenção Psicossocial, que são aqueles equipamentos do SUS. Então não é um simples retrocesso” (ANTUNES, 2021).

Nessa mesma ordem de ideias, opina Paulo Amarante que o ataque aos princípios da Reforma Sanitária vem no bojo da democracia, ao Estado de direito e à Constituição Federal:

“A Reforma Psiquiátrica, e o SUS como um todo, são projetos de inclusão, que colocam a saúde como direito, dever do Estado. E nós estamos sofrendo um processo de destruição desses direitos, passando pelo direito à Previdência, à saúde, à educação, à participação social, com o desmonte dos conselhos. Não é uma disputa de modelo assistencial”, vincula (ANTUNES, 2021).

Além disso, o pesquisador também destaca os interesses de mercado, que falam mais alto nesse processo:

A psiquiatria oficial está fortemente vinculada aos interesses de mercado, recebe altos financiamentos da indústria farmacêutica, recebe altos financiamentos de outras áreas empresariais, e não está mais falando de saúde

mental da população. Está falando de mercado. Isso para mim é muito claro” (ANTUNES, 2021).

Visto isso, dito de outra forma, de um lado, não se pode negar os progressos decorrentes do processo de desinstitucionalização, especialmente entre 2001 e 2014. Entretanto, de outro, em 2015, a doutrina menciona avaliação que concluía que, embora indubitáveis avanços, nossa reforma ainda estava longe de ser considerada plenamente exitosa. Eram diversas as fragilidades na implementação da política de saúde mental e diferentes os desafios a enfrentar (ALMEIDA, 2019).

Após 2016, os dados disponíveis sobre a atual política de saúde mental no Brasil aparecem limitados e até mesmo de difícil observação, para fins de pesquisa. O que se tem é uma Nota Técnica publicada em fevereiro de 2019 que, em suma, diz que são previstas mudanças para tornar a rede assistencial mais acessível, eficaz, resolutiva e humanizada, através de uma reforma do modelo de assistência em saúde mental que demanda aprimoramentos, sem perder a essência do respeito à Lei 10.216/2001 (ALMEIDA, 2019).

Todavia, José Miguel Caldas de Almeida comenta os riscos de retrocesso de tais políticas em saúde mental no Brasil. A este respeito, veja-se, especialmente, quando escreve:

Dada a suspensão posterior dessa nota [Nota Técnica 11/2019] e a expressão pelo Ministro da Saúde de dúvidas sobre alguns de seus aspectos, não é claro até que ponto as mudanças propostas exprimirão a verdadeira posição do governo.

No entanto, a simples publicação desse documento e as medidas de apoio aos hospitais psiquiátricos já tomadas parecem justificar as preocupações manifestadas por vários setores da saúde mental brasileira .

Apesar das declarações de respeito à Lei de Saúde Mental, as mudanças propostas “*representam na verdade o abandono dos princípios legais, assistenciais e das várias estratégias de atenção psicossocial consolidados pela Reforma Psiquiátrica brasileira, com risco real de retrocessos das políticas de saúde mental no país*” (ALMEIDA, 2019).

Em crítica à Nota Técnica 11/2019, há quem se manifeste frontalmente contrário às suas diretrizes, bem como às portarias e resoluções já emanadas no sentido de implementá-las. Afirma-se que a Reforma Psiquiátrica é “uma política de Estado, patrimônio do povo brasileiro, que não pode ser desfigurada por in-

teresses econômicos, pressões corporativas ou por interesses de gestões governamentais específicas”, de modo que não se pode admitir simplesmente desconsiderar a íntegra do “processo anterior de construção democrática desta política”.

Ademais, dentre outras considerações, ainda sobre a nota referida é esclarecido que:

... apesar de se posicionar pela defesa e aprimoramento da Lei 10.216 de 2001, vai de encontro a seus fundamentos, bem como de outros dispositivos legais, alguns de status constitucionais hoje vigentes no país, bem como vai na direção contrária das recomendações de entidades internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial de Saúde (OMS) (GULJOR AP et al., 2019).

Confirmando a premissa inicial deste trabalho, no sentido de que os problemas de saúde mental crescem diante do quadro pandêmico, vale citar pesquisa publicada em março/2020 pelo site [Dr. Consulta](#), onde se afirma que a “pandemia de covid-19, com seu quadro marcado por crônica insegurança econômica e restrições à locomoção social, fez com que a busca por serviços relacionados à saúde mental fosse o que mais crescesse.”¹⁹

Prosseguindo, e pensando no despreparo do Brasil para fazer frente às demandas oriundas do dever estatal de tratamento da pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental, exemplificativamente, temos os seguintes dados fornecidos pela Agência do Senado, que terminam por concluir que, em 2020, o Sistema Único de Saúde contava com apenas 29 equipes multiprofissionais em todo o país, ou seja, pouco mais de uma por estado. Veja-se:

A Rede de Atenção Psicossocial (Raps) do SUS organiza e estabelece os fluxos para atendimento de pessoas com problemas mentais, desde os transtornos mais graves até os menos complexos. O acolhimento das pessoas com transtorno mental e de seus familiares é fundamental para identificar as necessidades assistenciais, aliviar sofrimento e planejar intervenções medicamentosas e terapêuticas, conforme cada caso. Pessoas em situações de crise podem ser atendidas em qualquer serviço da Raps, formado por unidades com finalidades distintas, de forma integral e gratuita, pela rede pública de saúde.

Segundo dados de 2020 do Ministério da Saúde, o SUS conta com 2.661 CAPs (Centros de Apoio Psicossocial) espalhados por todo o país. Os

¹⁹ SENADO FEDERAL. Após 20 anos Reforma Psiquiátrica ainda divide opiniões. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/06/apos-20-anos-reforma-psiquiatrica-ainda-divide-opinioes> acessado em 18.08.2021.

centros, em suas diferentes modalidades, são pontos de atenção estratégicos da Raps: serviços de saúde de caráter aberto e comunitário, constituído por equipe multiprofissional e que atua sobre a ótica interdisciplinar, realizando prioritariamente atendimento às pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso de álcool e outras drogas, seja em situações de crise ou em processos de reabilitação psicossocial.

Atualmente, 686 SRTs (Serviços Residenciais Terapêuticos) prestam atendimentos no país. Os SRTs, mais conhecidos como residências terapêuticas, são casas, locais de moradia, destinadas a pessoas com transtornos mentais, incluindo usuários de álcool e outras drogas, que tiveram alta de internações psiquiátricas, mas que ainda não têm suporte financeiro, social ou laços familiares que permitam a reinserção na comunidade. Os SRTs também podem acolher pacientes com transtornos mentais que estejam em situação de vulnerabilidade social e pessoal, como moradores de rua.

Ao todo, são 65 unidades de acolhimento no país, segundo o Ministério da Saúde. A estrutura oferece cuidados contínuos de saúde, com funcionamento 24 horas por dia, em ambiente residencial, para pessoas com necessidade decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas. Atende pessoas que apresentam acentuada vulnerabilidade social ou familiar e que demandam acompanhamento terapêutico e protetivo de caráter transitório.

Segundo os dados de 2020 do Ministério da Saúde, eram então ofertados 1.622 leitos em 305 hospitais gerais país afora.

São serviços destinados ao tratamento adequado e ao manejo de pacientes com quadros clínicos agudos, em ambiente protegido, com suporte e atendimento 24 horas por dia.

Os dados de 2020 apontavam 29 equipes multiprofissionais em todo o país, pouco mais de uma por estado. Elas são formadas por médico psiquiatra, psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional, fonoaudiólogo, enfermeiro e outros profissionais, que atuam no tratamento de pacientes que apresentam transtornos mentais. Funcionam em ambulatórios gerais e especializados, policlínicas ou ambulatórios de hospitais, ampliando o acesso à assistência em saúde mental de gravidade moderada, como dependência química e transtornos de ansiedade, atendendo às necessidades de complexidade intermediária entre a atenção básica e os CAPs.²⁰

Nesse sentido, importante salientar que, em dezembro de 2020, durante uma apresentação para o Conselho Nacional de Secretários da Saúde (Conass), o Ministério da Saúde mostrou uma planilha com propostas de revogação de várias portarias, editadas entre 1991 e 2014, que estabelecem a política pública de saúde

²⁰ SENADO FEDERAL. Após 20 anos Reforma Psiquiátrica ainda divide opiniões. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/06/apos-20-anos-reforma-psiquiatrica-ainda-divide-opinioes> acessado em 18.08.2021

mental. Entre as alterações sugeridas pelo governo federal, estavam o fim do Programa De Volta para Casa, das equipes de Consultório na Rua e o Serviço Residencial Terapêutico. Todos os serviços que se propõe alterar, necessário destacar, são vinculados ao programa anual de reestruturação da assistência psiquiátrica hospitalar do SUS. Isto, num contexto pandêmico em que mais do que nunca se percebe que preservar o SUS é resguardar a saúde e a vida. Assim, instaurado um cenário da repercussão altamente negativa, “em janeiro — durante o recesso do Congresso Nacional, o Ministério da Saúde criou um grupo de trabalho para repensar os serviços e revogar as portarias ligadas à política de saúde mental.” 21

Verifica-se que, quando a saúde do cidadão (global) está em risco, quando a vulnerabilidade se espalha, já que todas as pessoas estão sujeitas à contaminação pelo novo coronavírus, o Estado brasileiro dirige na contramão. Mais do que nunca, a defesa do Sistema Único de Saúde, seu protagonismo na sociedade brasileira, deve ser feita e ser exigido um maior investimento na saúde pública, não só com o fito de tratar as pessoas contaminadas, que tiveram a sua situação agravada, como também aqueles que estiveram alijados do tratamento em razão da sobrecarga suportada pelo serviço público de saúde. Mais do que isto, não se pode “tapar o sol com a peneira” para a quarta onda, que já se instaurou e tem os seus efeitos sentidos pela população. O adoecimento psicológico é um fato, e para fatos não existem argumentos.

Dessa forma, a proposta do Ministério da Saúde de mitigar o serviço público de saúde voltado para a pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental, é criticável em situação de normalidade. No entanto, no contexto em que se vive, atualmente, com todos os efeitos nefastos provados pela COVID-19, o movimento do Ministério da Saúde é execrável. Demonstra, sim, a fragilidade do tratamento do Estado brasileiro em favor da pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental.

CONCLUSÃO

A pandemia do novo coronavírus trouxe novos desafios para o mundo todo. O desconhecimento dos efeitos e consequências do vírus, a necessidade do

²¹ SENADO FEDERAL. Após 20 anos Reforma Psiquiátrica ainda divide opiniões. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/06/apos-20-anos-reforma-psiquiatrica-ainda-divide-opinioes> acessado em 18.08.2021

isolamento social para contenção do contágio, a crise econômica acarretada, todos esses e outros tantos fatores importaram no aumento do número de pessoas com transtorno mental/com sofrimento mental. Contextualizando a ocorrência do efeito do adoecimento psicológico das pessoas, tem-se a denominada “quarta onda da pandemia”.

No Brasil, há um triste e preocupante histórico de maus tratos às pessoas com transtorno mental/com sofrimento mental. Os eventos relatados apresentam quadro de verdadeiro horror e afronta direta aos direitos humanos, e não foi por outra razão que o Estado brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Damião Ximenes. A sentença condenatória impôs o pagamento pelos danos sofridos pelos familiares da vítima, mas também obrigou ao Brasil a rever a forma de trabalho junto às pessoas com transtorno mental/com sofrimento mental. De forma aviltante, o Brasil descumpre, reiteradamente, a ordem da Corte Interamericana, como se percebeu da recente intervenção realizada em solo nacional – contando com a intervenção do CNJ na composição.

Restou demonstrado que o sistema protetivo nacional da saúde e tratamento da pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental é frágil. Pior ainda, malgrado os avanços advindos da reforma psiquiátrica, interesses econômicos e fatores institucionais avançam em desfavor das conquistas obtidas, com a proposta de uma contrarreforma que, ao contrário de proteger, deixa ainda mais vulnerável a pessoa com transtorno mental/com sofrimento mental.

Concluindo, num momento pandêmico em que os especialistas apontam o aumento de casos novos de problemas em saúde mental, em que ainda convivem movimentos de reforma e contrarreforma psiquiátrica, o despreparo do país para lidar com a questão causa especial preocupação. O direito ao tratamento médico mental adequado e de qualidade é um direito fundamental, indissociável do direito à saúde (no nosso caso, pública e universal, por intermédio do SUS), que vem sendo desrespeitado de longa data, seja por questões culturais, estigma, falta de políticas públicas adequadas etc. No cenário da pandemia, no entanto, a necessidade de sua tutela surge de forma ainda mais forte e precisa ser denunciada e enfrentada, seja por motivos de igualdade e solidariedade, seja pelas razões humanitárias mais sensíveis a que se possa apelar.

Finaliza-se o presente trabalho homenageando uma médica psiquiatra brasileira, portadora de grande ciência e consciência e que, na sua genialidade,

soube, como poucos, aliar à técnica o mais alto sentido de humanidade, citando a Dra. Nise da Silveira:

“O que melhora o atendimento é o contato afetivo de uma pessoa com outra. O que cura é a alegria, o que cura é a falta de preconceito.”

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, José Miguel Caldas de. Política de saúde mental no Brasil: o que está em jogo nas mudanças em curso. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/KMwv8DrW37NzpmvL4WkHcdC/?lang=pt> acessado em 07.08.2021.

ANTUNES, André. Duas décadas de reforma psiquiátrica no SUS. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/duas-decadas-de-reforma-psiquiatrica-no-sus> acessado em 18.08.2021.

ARBEX, Daniela. Holocausto Brasileiro. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Nadine Monteiro. O caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à Comissão e à Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/UFF, 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos Direitos Humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf> acessado em 19.11.21.

DIRETRIZES PARA UM MODELO DE ATENÇÃO INTEGRAL EM SAÚDE MENTAL NO BRASIL. Disponível em: http://crp16.org.br/wp-content/uploads/2020/12/e0f082_988dca51176541ebaa8255349068a576.pdf acessado em 18/08/2021.

GAMEIRO, Nathália. A saúde mental não será a quarta onda da pandemia, diz psicóloga. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/a-saude-mental-nao-sera-a-quarta-onda-da-pandemia-diz-psicologa/> acessado em 07.05.2021.

GULJOR AP et al. Nota de Avaliação Crítica da Nota Técnica 11/2019 – Esclarecimentos sobre as mudanças na Política Nacional de Saúde Mental e nas

Diretrizes na Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: <http://www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2019/02/Note-tecnica-Saude-Mental.pdf> acessado em 13.08.2021.

LIMA, Bruna; RIOS, Renata. Problemas na saúde mental são a quarta onda na pandemia. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4873616-a-quarta-onda.html> acessado em 07.05.2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota Técnica no 11/2019-CGMAD/DAPES/SAS/MS. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wp-content/uploads/2019/02/0656ad6e.pdf> acessado em 13.08.2021. ^[1]_{SEP}

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Caso Ximenes Lopes. Brasil será questionado por descumprir sentença de direitos humanos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/brasil-questionado-descumprir-sentenca-direitos-humanos> acessado em 07.05.2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Corte Interamericana indica CNJ para mediar impasse da saúde mental no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/corte-interamericana-indica-cnj-medar-impasse-saude-mental> acessado em 07.05.2021.

SENADO FEDERAL. Após 20 anos Reforma Psiquiátrica ainda divide opiniões. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/06/apos-20-anos-reforma-psiQuiatrica-ainda-divide-opinioes> acessado em 18.08.2021.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PANDEMIA: PERSPECTIVAS PARA O ACESSO À SAÚDE

Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Doutoranda em Direito pesquisadora nos grupos de pesquisa DeCiEd e Direitos Humanos Fundamentais, UFF
fernandafranklin@id.uff.br

Bernardo Henrique Pereira Marcial

Graduando em direito, Centro Universitário UNIFACIG e pesquisador nos grupos de pesquisa DeCiEd e Direitos Humanos Fundamentais, UFF
bernardohpereinamarcial@gmail.com

Emmanuelle da Silva Viana

Graduanda em direito, Centro Universitário UNIFACIG e pesquisadora nos grupos de pesquisa DeCiEd e Direitos Humanos Fundamentais, UFF
emmanuellesviana@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde no Brasil pode ser vista como um instrumento eficaz para a tutela do direito fundamental à saúde, entretanto vislumbrá-la como única solução pode deflagrar um sistema ineficaz e contrário aos direitos humanos.

A noção de requerer um controle judicial de eventuais e pontuais equívocos do Estado e das empresas é um meio indispensável para uma verdadeira democracia e efetividade dos direitos humanos. Por outro lado, a quantidade em que o judiciário é demandado na tentativa da solução das demandas provenientes da saúde, além de ser capaz de demonstrar uma ineficácia dos outros setores, pode desestabilizar o equilíbrio da tripartição dos poderes.

Nesse sentido, o presente artigo analisará a judicialização da saúde e, a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça, buscará relacionar o fluxo de demanda ao judiciário com a ineficácia estatal. Para tanto, será decotado o quantitativo referente a litigação nos Tribunais Regionais Federais, para avaliar os casos judicializados e a eventual ineficácia do poder público na prestação do serviço de saúde em um âmbito federal, à luz da Carta Magna de 1988.

Assim, o artigo analisará o direito à saúde e a crise sanitária vivenciada pelo Estado brasileiro, para posteriormente verificar o fenômeno da judicialização da saúde, com um enfoque nos casos demandados na Justiça Federal.

Em decorrência deste quadro, será ressaltado o pacto celebrado pelo Brasil a partir da Agenda 2030, o qual em sua ODS 11 prevê o direito a instituições fortes, o que evidencia a necessidade da criação de órgãos e entidades eficazes que cumpram o papel constitucional e legalmente delegados a si, especialmente em relação ao SUS, para então relacionar o cenário brasileiro com a pandemia do coronavírus e suas perspectivas futuras.

Ao final, buscar-se-á compreender que o fenômeno da judicialização em relação à saúde pode e deve ser visto como um indicativo de falha sistêmica no Brasil, uma vez que tal alternativa deve ser a *ultima ratio* e não um único meio de efetivação do direito fundamental à saúde. Destarte, esta pesquisa de natureza bibliográfica, de caráter qualitativa e quantitativa, fará um estudo a partir do método indutivo estatístico. Para tanto, utilizar-se-á como marco teórico os estudos de Boaventura de Sousa Santos, acerca do protagonismo judicial como consequência da inefetividade das estruturas administrativas para a aplicação correta dos direitos. Ao final, buscar-se-á apontar as consequências que o colapso do sistema de saúde pode gerar para o judiciário e os impactos da pandemia.

2. O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) reconheceu a saúde como um direito inalienável de todos e um valor social a ser buscado por toda a humanidade, por meio do art. 25. Sendo assim, in verbis:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (DUDH, 1948, art. 25, 1.)

Este direito visa garantir condições de bem-estar, desenvolvimento espiritual e social, diretamente ligado ao direito à vida, como condição prévia essencial para a sua existência, ou como complemento da sua qualidade. Nesse sentido:

Na esfera internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece que todo ser humano tem direito a um padrão de vida

capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (art. 25). (Garcia, 2021, p. 16)

Dessa forma, o art. 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988) elenca que a dignidade da pessoa humana “figura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988)” (Bonavides, 2006, p. 642). Entretanto, a sua efetividade é posta em cheque quando as políticas públicas para tal não são evidenciadas:

Mas a verdade é que a efetividade da proteção ampla dos direitos de cidadania foi sempre precária na grande maioria dos países. E a evocação dos direitos humanos ocorreu sobretudo em situações de erosão ou violação particularmente grave dos direitos da cidadania. Os direitos humanos surgem como o patamar mais baixo de inclusão. (Santos, 2013, p. 50)

A saúde é um direito humano fundamental e tem como objetivo proporcionar aos indivíduos e comunidades condições de bem-estar físico, mental e social, segundo arts. 2º e 3º, parágrafo único, da Lei 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde (LOS), que adota o conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS, 1948)

Além disso, a Constituição Federal (CRFB, 1988) definiu a saúde como um direito de todos e dever do Estado, sendo um marco na prestação do serviço público de saúde do país, tendo em vista que todos os brasileiros, com ou sem vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. Aliás, salienta-se ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse sentido, é entendimento do STF no julgado ED-RE 855.178/SE, Rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, j. 23.05.2019:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (Brasil, 2019).

Para garantir esse direito à saúde, deve-se falar em recursos destinados para viabilizá-lo, pois ela “é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º da Lei 8.080/1990)” (Ferreira, 2007, p. 187). Nesse sentido, a Emenda Constitucional

nº 29 de 13 de setembro de 2000 “acrescentando o § 2º ao art. 198, estabeleceu a obrigatoriedade da aplicação, anualmente, de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde” (Bontempo, 2005, p 77).

Nessa perspectiva, os artigos 196 e 197 da Constituição Federal de 1988 (CRFB, 1988) concederam aos entes federados a assistência pública à saúde. A fim de alcançar este propósito, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi elaborado baseando-se nos ideais de descentralização, participação popular e atendimento integral.

O alicerce do SUS está em três legislações de forma mais específica, sendo elas a Constituição Federal de 1988, a lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre sua organização e regulação das ações e serviços de saúde em território brasileiro, e por último, a lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Dessarte, o art. 7º da Lei n 8.080/90, ou seja, da Lei Orgânica da Saúde traça os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, dentre os quais: a) a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; b) a integralidade da assistência; c) a igualdade da assistência à saúde.

Da mesma forma, vinculadas aos princípios, existem as diretrizes que seriam os meios e as normas desenvolvidas para atingir os objetivos do SUS. Portanto, a descentralização equivale à distribuição de poder político, de responsabilidades e de recursos da esfera federal para a estadual e a municipal.

Nesse sentido, o SUS é regulamento pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, assim:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização [...] (Silva, 2007, p.831).

Igualmente, há a regionalização e hierarquização que indica uma espécie de organização específica para determinada população, apontando seus indicadores epidemiológicos, condições de vida e suporte social. Essa diretriz irá guiar as ações e serviços da saúde daquela região.

Por fim, a participação da comunidade representada na forma de conferências e conselhos em todas as esferas governamentais. Essa diretriz foi institucionalizada pela Lei nº 8.142/1990. Além disso, o financiamento do SUS é feito com recursos do orçamento da seguridade social e dos entes federativos, conforme demonstra o art.198, § 1º, da Constituição Federal²².

Nesse cenário, em 2019, pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Pesquisa Nacional de Saúde demonstrou que cerca de 71,5% dos brasileiros dependem exclusivamente do serviço público de saúde, pois não têm acesso a qualquer outro plano de saúde particular, seja ele médico ou odontológico.

Em contrapartida, com o surgimento da pandemia do coronavírus que foi declarada no Brasil em março de 2019, houve um crescimento significativo no número de beneficiários de planos de saúde particulares de acordo com a Agência Nacional de Saúde (ANS, no período de junho de 2020 a junho de 2021. E nesse contexto “a relevância do Estado garantidor de direitos sociais e do sistema público de saúde tornou-se incontestável, pois ficou evidente que a esfera privada nem sempre têm condições de garantir o bem estar da coletividade, notadamente em situações de maior gravidade”(Garcia, 2021, p 13)

Portanto, depreende-se que a saúde é um direito do cidadão estabelecido constitucionalmente, mas não é o bastante. Para a sua garantia plena, é necessário também um sistema público de saúde de qualidade para garantir o acesso dos milhares de brasileiros. Ainda, há de se destacar a importância da atuação do poder público nesse cenário, tendo em vista, que o âmbito privado não é acessível à população brasileira de forma geral e o sistema público é um dos maiores do mundo, atendendo mais de 200 milhões de pessoas.

²² Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Brasil, 1988, *online*)

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E INEFICÁCIA ESTATAL: UM PANORAMA DA DESIGUALDADE REGIONAL.

Para a garantia do direito à saúde, o indivíduo possui uma série de ferramentas, dentre as quais é possível destacar a judicialização da saúde. Ela pode ser interpretada como um expediente de efetivação à saúde (Bucci e Duarte, 2017), que em síntese noção envolve a busca do judiciário para a garantia deste direito constitucionalmente protegido.

Justifica-se tal fenômeno, pois em tese todos os direitos criados pela Constituição são exigíveis do Poder Público ou do particular de modo direto e imediato por ações judiciais, o que impõe ao Poder Judiciário um papel fundamental na concretização dos direitos constitucionais (Barroso, 2008). Tal noção tangencia o próprio direito de ação, previsto no art.5º XXXV da CF/88²³.

Nesse sentido, a presente pesquisa irá analisar os casos que envolveram a União no litígio, ou seja, aqueles tramitados na Justiça Federal, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta pesquisa teve a participação de 184 magistrados da Justiça Federal, demonstrando que nos últimos anos a quantidade de processos judicializados com a temática recebeu um expressivo aumento em 2020:

Tabela 1. Quantidade de Processos Judicializados no Tribunal Regional Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL						
Ano	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Quantidade de processos	6.673	7.139	0.730	0.357	1.795	8.774

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2020

²³ Art. 5º XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL. 1988).

Ademais, os dados demonstram que o valor, mesmo variando demasiadamente ao longo dos anos, sempre foi tendente ao crescimento, com o pico no ano de 2020, mesmo ano em que se iniciou a pandemia. Estes resultados se dividiram entre os tribunais da seguinte forma:

Tabela 2. Quantidade de Casos Novos nos Tribunais Federais entre 2015 e 2020

Tribunais Federais	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
TRF-1	4.821	20.985	4.579	3.137	2.998	1.778	82.988
TRF-2	.193	4.173	.066	.214	.948	.503	6.097
TRF-3	.765	3.579	.013	.835	.624	.344	3.160
TRF-4	2.340	14.344	3.235	2.014	3.557	7.912	34.022
TRF-5	.554	4.058	.837	.157	.668	2.237	45.111
TOTAL	6.673	47.139	0.730	0.357	1.795	8.774	65.468

Fonte: Painel da Justiça em Números, 2020

Destarte, verifica-se que o TRF-1 obteve o maior número de litígios em 2016 com 20.985 processos, decaindo gradualmente até chegar ao melhor resultado catalogado em 2020 com 11.778 processos.

O TRF2, por sua vez, manteve-se estável na média de 4.000 processos, com o pior quadro em 2019, 4.948 processos, e o melhor em 2017 com apenas 4.066 demandas. O TRF3 obteve números abaixo de 4 mil processos. Seu pico foi com 2016 com 3.579 e o menor número de litígios foi em 2017 com 1.013, menor número de processos quantificado na justiça federal. Entretanto, salienta-se que os valores cresceram após o resultado, voltando a casa de 2.000 processos em 2019 e 2020 (2.624 e 2.344 respectivamente)

Por fim, o TRF4 e TRF5 se assemelham nos resultados. O valor variou entre os anos, obtendo um crescimento exponencial em 2020. Entre 2016 e 2019 o TRF-4 sempre manteve seus números na primeira na faixa de 10 mil, com menor quantidade de processos tramitados na região, sobre a temática, em 2018, com 12.014. Contudo, em 2020 o número de litígios dobrou, aproximadamente, em relação ao seu ano antecedente, fechando o ano com 27.912 processos.

Já o TRF5 sempre manteve-se abaixo das casas das dezenas de milhares com o menor número de processos em 2015 (3.554 processos). Ocorre que em 2020 os processos alcançaram o número de 12.237 processos, maior quantidade da região.

Não obstante, as judicializações também costumam demonstrar resultados positivos para as partes litigantes, uma vez que os dados do CNJ apontam que 71,6% dos processos foram julgados procedentes (CNJ, 2021). Assim, é possível verificar que o judiciário brasileiro foi marcado por um crescimento exponencial dos casos envolvendo a saúde nos últimos anos em que, majoritariamente, o litigante tinha o direito à sua pretensão.

Ocorre que, tal tendência pode transformar a exceção em uma regra, haja vista que o judiciário não é o principal promotor de políticas públicas, o protagonista das políticas públicas é o Poder Executivo, como o gestor da máquina administrativa e diretor da política governamental (Bucci e Duarte, 2017). Inclusive, a judicialização da saúde deve vir acompanhada de negativa prévia, conforme elucida o enunciado 3 da III Jornada de Direito da Saúde:

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar (Conselho Nacional de Justiça, 2019, *online*)

Assim, o judiciário é mais um órgão de controle do que um órgão promotor do direito à saúde. Nesta perspectiva, “a precariedade de setores básicos como saúde, educação e segurança pública indica que algo não caminha bem no exercício da função administrativa pelo Poder que a exerce de forma típica” (Andrade e Arraes, 2018, p. 191). Ao invés de uma solução, o aumento de judicialização pode deflagrar um outro problemas, isto porque:

A falta de articulação dos gestores do sistema de saúde constitui uma dificuldade adicional. Pois o usuário que demanda um medicamento ou previdência não está em contato com as abstrações da política pública, mas apenas com as medidas concretas que satisfazem ou não suas demandas por atendimento (Bucci e Duarte, 2017, p. 36)

Logo, buscar judicialmente o direito garantido pelo Texto Maior significaria um contato mais superficial com as políticas públicas, obstáculo a um acesso amplo e uma satisfação ideal ao direito à saúde. Destarte, observa-se que o poder judiciário atuaria nos casos de transgressões do direito à saúde. Por conseguinte, a alta demanda judicial pode simbolizar uma crise Estatal, pois “muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado Social” (Santos, 2011, p. 24).

Na tangente específica a saúde esta regra demonstra-se perfeitamente aplicável, uma vez que a parcela mais expressiva do aumento da judicialização da saúde se relaciona a uma crise na funcionalidade e representativas das instituições políticas em geral (Cardoso, 2020). Portanto, o aumento dos casos envolvendo a saúde reflete uma instabilidade no poder Executivo, titular da promoção das políticas públicas, que necessita de uma constante correção do judiciário para evitar a lesão deste direito fundamental.

Noutro giro, os dados analisados não apenas demonstram esta precariedade do acesso à saúde no Brasil, como possibilita a identificação das regiões com mais litígios. Uma vez que o TRF4 e o TRF5 foram os únicos tribunais que obtiveram aumento de casos na pandemia, ao verificar a sua jurisdição, constata-se que o sul e parte da região do nordeste encontra mais necessidade de litigar para garantir a efetividade do direito à saúde em detrimento das demais regiões, conforme se observa no mapa a seguir, que delimita as regiões de cada Tribunal Regional Federal:

Figura 1: Jurisdição dos Tribunais Regionais Federais



Fonte: TRF1

Logo, as regiões do TRF5, que englobam os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe e àqueles jurisdicionados pelo TRF4, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, são os estados que mais carecem do suporte jurisdicional atualmente.

Ademais, é imperioso considerar que a jurisdição dos tribunais não é dividida uniformemente, nesta perspectiva o TRF1, por exemplo, teve cerca de metade dos casos em relação ao TRF4 e um número inferior ao TRF5, mesmo com uma competência maior que a soma dos dois tribunais.

Neste cenário, vez que foi possível relacionar a alta judicialização como uma ineficiência no sistema de saúde, verifica-se que existe uma desigualdade regional no acesso à saúde. As políticas públicas, além de ineficientes, são inconsistentes e mais precárias a depender da região.

Assim, também é evidente a presença de uma forte desigualdade regional entre os entes federativos, sendo possível compreender que a organização do executivo para a garantia da saúde, além de insuficiente, é inconsistente, haja vista que não existe uma lógica entre os locais com maior índice de judicialização.

É imperioso ressaltar, que além da garantia do direito à saúde, a Magna Carta de 1988 estabelece como um dos objetivos fundamentais a redução das desigualdades regionais (Brasil, 1988). Logo, a atuação pública da saúde deve ser

ampla e focalizada, de modo a gerar uma consistência para um progresso uniforme e igualitário a toda a população. Fato distante, considerando a realidade vivenciada pelo país, se torna a cada ano mais dependente do controle do poder judiciário, se afastando das políticas públicas de saúde.

4. DO DIREITO A INSTITUIÇÕES EFICAZES

Em seu objetivo 16 a Agenda 2030 estabelece como objetivo:

Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (Organização das Nações Unidas, s.d, *online*).

É necessário salientar que em um Estado democrático, instituições fortes, inclusivas e transparentes auxiliam na formação da base para o desenvolvimento sustentável. (ONU, s.d, *online*).

Deste modo, como elas podem ser consideradas uma exigência para a efetiva preservação dos direitos humanos, bem como resultam de um compromisso firmado pelo Brasil, é possível alcançar a noção de que o direito a instituições fortes é um direito-pretensão, que na estrutura dos direitos humanos apresentada por Andre de Carvalho Ramos (2020) nasce de uma relação entre o direito de uma pessoa, neste caso a coletividade com particular, e o dever do Estado de realizar uma conduta, qual seja, fortalecer as instituições (Ramos, 2020).

Outrossim, é imperioso reconhecer que os direitos humanos inverteram a relação entre indivíduo e Estado, o qual salienta Gilmar Mendes (2019) que:

O indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar nas necessidades do cidadão (Mendes e Branco, 2019, p. 136).

Em síntese, tendo em vista que os direitos humanos inverteram a relação entre o indivíduo e o Estado, nasce para o indivíduo prerrogativas que podem ser exigidas em face do Estado, as quais, em grande parte, dependem de um aparato institucional estatal forte.

Desta forma, a ODS 11 também se vincula de forma indissociável a própria noção de Estado de bem-estar social (Welfare State), isto é:

Aquele Estado no qual o cidadão independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político (Cardoso, 2020, p. 18)

Nesta ótica, esta configuração de Estado assume um papel fundamental na perspectivas dos direitos humanos, a qual pode ser traduzida como:

Uma das mais importantes conquistas da civilização ocidental. Agregando ideais de liberdade, igualdade, democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, justiça social e bem-estar das populações envolvidas, o EBES é certamente a mais completa, abrangente e profunda síntese dos grandes avanços experimentados pela história social, política e econômica nos últimos trezentos anos. (Delgado e Porto, 2018. Pag. 21)

Especificamente sobre a estrutura do Brasil, Sonia Fleury (2017) elucida que esta envolve:

Um sistema social público, integral e universal de benefícios sociais, em que o Estado garante direitos sociais equitativos em um sistema de Estado descentralizado e participativo. A sólida institucionalização dos direitos sociais e a democratização do processo de tomada de decisões não condiziam com a dependência pública da prestação privada de saúde e a situação crônica de um sistema público subfinanciado. (...) Não obstante, a experiência brasileira, torna impossível atribuir todas as reformas ao liberalismo, desde que segue um sistema social democrático. (Fleury, 2017, p. 3. Tradução nossa)²⁴

Entretanto, na prática, não foi alcançado no Brasil um verdadeiro Estado de bem estar social, vez que as políticas sociais nacionais ficaram constantemente deixadas para um segundo plano, mesmo em períodos de redemocratização (Silva, 2011). Um claro demonstrativo deste fracasso é a qualificação do Brasil como um dos países com maior desigualdade social e de renda do mundo (Santos e Vieira, 2018).

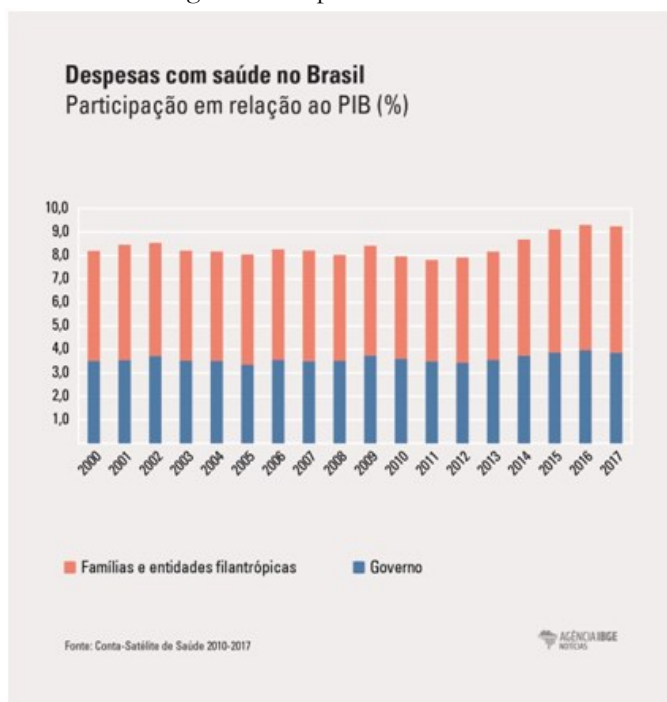
²⁴ The Brazilian experience has been called “universal”, and involves a public universal system of integral social benefits, in which the state guarantees social rights through an equitable, decentralized, and participatory system of social policies. The solid institutionalization of social rights and the democratization of decision-making processes were not consistent with the public dependency on private health care provision and the chronic situation of an underfunded public system (...)The Brazilian experience, however, clearly makes it impossible to attribute all reforms to liberalism, since it follows a social democratic design. (Feury, 2011, p. 3)

Assim, um fomentador da desigualdade seria um estado de “austeridade seletiva, que preserva e amplia os ganhos dos mais ricos, em consonância com as regras orientadas pelos organismos internacionais, ao custo de precarização das condições para a garantia de direitos sociais” (Santos e Vieira, 2018, p. 2.311)²⁵.

No setor da saúde, por exemplo, foi constatado pelo diretor da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que o Brasil é marcado por um baixo investimento na saúde. Mesmo que 9,2% do PIB seja gasta na área da saúde, apenas 4% dessa fatia são recursos públicos. Para fins de comparação, a média é de 6,6% do PIB. (Confederação nacional dos trabalhadores da saúde, 2020).

Para ilustrar a afirmação, informa o IBGE (2019) que:

Figura 2: Despesas com saúde no Brasil



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2019.

²⁵ Entende-se por austeridade uma política de redução de gastos para a redução de déficits orçamentários.

É necessário salientar que a ausência de investimentos estatais acarreta em uma desvirtuação da finalidade da política de saúde nacional, haja vista que:

As políticas públicas, ao serem formuladas, devem levar em consideração que a educação, o lazer, a saúde e o emprego constituem-se nos objetivos da sociedade e, assim, do Estado, e não um mero instrumento de desenvolvimento econômico, pois a finalidade é o bem-estar social (Dagnino, 2002, p. 121).

É possível verificar que o baixo investimento, além de desvirtuar a função das políticas públicas de saúde, se demonstrou insuficiente face ao alto número de demandas judiciais. Este cenário prejudica a própria noção de sustentabilidade social, a qual sustenta que “uma Sociedade só será sustentável se houver proteção às garantias básicas de cada indivíduo” (Cardoso, 2020, p. 27).

Ademais, a violação de um único direito causa um retrocesso a toda a sociedade. Pois, apenas o reconhecimento de diferentes direitos humanos garante o respeito destes, individualmente (Santos, 2013). Logo, se o direito à saúde e o direito a instituições eficazes não são plenamente protegidos, um rol de outros direitos são transgredidos por consequência.

Portanto, ao verificar a falta de instituições eficazes e investimentos inadequados, o alto índice de judicialização torna a sustentabilidade da sociedade brasileira precária, pois o cidadão enfrenta uma série de obstáculos para a efetivação de seu direito à saúde, um dos pilares para o bem-estar individual.

5. OS IMPACTOS DA PANDEMIA PARA A SAÚDE PÚBLICA

Assim como no mundo todo, o impacto da pandemia do coronavírus em terras brasileiras foi devastador, especialmente para aqueles que estão em situação de maior vulnerabilidade, como exemplo, resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua, 2020) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que durante o distanciamento social, 736 mil trabalhadores domésticos perderam seus empregos.

Destarte, por diversos fatores em 2020 o Brasil se tornou o epicentro da pandemia de acordo com a Organização Mundial da Saúde e, em março de 2021 a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz, 2021) declarou que o país viveu o “maior colapso sanitário e hospitalar da história”

Em decorrência da pandemia, o Estado brasileiro esteve encurralado sendo obrigado a adotar medidas urgentes como adoção de planos rígidos de segurança, distanciamento e isolamento social, fechamento dos estabelecimentos comerciais, dentre outras medidas para evitar aglomerações e conseqüentemente, a proliferação do vírus.

Sendo assim, de acordo com dados do Ministério da Saúde, o repasse financeiro total em 2020 chegou a cerca de R\$115.189.735.297,69 e o repasse financeiro de rotina bateu R\$ 82.889.246.674,19.

Já em 2021 o repasse financeiro total foi de R\$92.188.483.077,30 e o repasse financeiro de rotina foi R\$86.410.779.910,64. Portanto, no total nesses dois anos de pandemia o repasse financeiro foi R\$207.378.218.374,99 enquanto o repasse financeiro de rotina chegou a R\$169.300.026.584,83.

Ainda, dados do Ministério da Saúde afirmam que somente nas Unidades de Terapia Intensiva os valores repassados pelo Governo aos entes chegou a R\$12,83 bilhões e para Leitos de Suporte Ventilatório R\$481.3 milhões. Outrossim, foram cerca de 14.679 compras homologadas e R\$ 12.102.648.738,67 de valor total homologado.

Posto isso, é evidente a obrigação do Estado em cumprir seu dever constitucional do art. 196²⁶, conseqüente, Marx afirma que “o capitalismo não tem a menor consideração pela saúde ou duração da vida do trabalhador, a não ser quando a sociedade o força a respeitá-la. (Marx, 2013).

Apesar dos valores, estes não foram o suficiente para evitar o impacto da pandemia no SUS. Até novembro de 2021 são 613.066 óbitos, além disso, há uma sobrecarga nos níveis de atuação do SUS decorrente do número de pessoas infectadas.

Além disso, pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas denominada “A pandemia de Covid-19 e os profissionais de saúde pública no Brasil” demonstra que apenas 44,5% dos profissionais de saúde receberam equipamentos de proteção individual (EPI) de forma contínua durante a crise, 49,4% receberam uma ou poucas vezes e 6,2% não receberam em nenhum momento.

²⁶ A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Outrossim, a maioria (69,9%) disse se sentir despreparada para lidar com a crise. Ainda, 80,2% dos profissionais sentiram que a saúde mental foi abalada negativamente e, em contrapartida, apenas 19% afirmaram ter recebido algum tipo de apoio para cuidar da saúde mental.

Apesar das dificuldades, no Boletim do Observatório Covid-19 referente a semana 47 de 2021 (21 a 27 de novembro), a Fiocruz (2021) declarou que os dados “mostram uma tendência à estabilização dos principais indicadores da transmissão da Covid-19.”(Fiocruz, 2021, p.1). Isso é devido a campanha de vacinação que está alcançando, de forma significativa, seu propósito de reduzir o impacto do coronavírus e, conseqüentemente, diminuir o número de óbitos.

Desta feita, resta evidente que é imprescindível que o Estado passe a adotar políticas públicas sanitárias responsáveis voltadas para a gestão, o planejamento e coordenação dos recursos públicos, sob a égide do princípio da eficiência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde, como direito humano fundamental, deve ser garantido pelo Estado, dentre outros meios, pelo SUS, o qual prevê entre seus princípios o atendimento universal e a assistência integral. Ocorre que o constante aumento nos processos judicializados sobre o tema serviu como um indício de que na prática este sistema está aquém de sua idealização.

Isto ocorre porque ao judicializar as questões que envolvem a saúde, pressupõe-se que o seu direito foi, em um primeiro momento, negado. Tal fato, somado ao alto número de procedências, que totalizam mais de 70% dos casos litigados, demonstram que o demandante frequentemente tem o seu direito indevidamente ceifado, necessitando constantemente de meios de controles para a garantia plena deste direito fundamental. No ponto, considerando que nos últimos anos estes processos sofreram um constante aumento, somando nos últimos anos 265.468 processos, dos quais apenas o ano de 2020 totalizou 58.774 casos novos, o sistema de saúde apresenta indícios de estar em constante degradação, visto que os casos aumentam e a alta taxa de procedência mantém-se alta.

Aliado a tal fato, fatores como investimentos governamentais abaixo da média e a tendência de políticas de austeridade contribuem para um retrocesso ao sistema de saúde e ao próprio Estado de bem-estar social, pois resultam de

uma atuação insatisfatória do Estado brasileiro na promoção da saúde. Não bastasse, a pandemia do coronavírus de 2020 contribuiu para a fragilidade do sistema.

Não pode-se responsabilizar o COVID-19 como o único responsável pela deflagração da crise no sistema de saúde, haja vista que o Estado, a muitos anos, vem empurrando, sem o devido cuidado, a manutenção de tais sistemas. Contudo, seus impactos agravaram este histórico, marcado em especial, pela sobrecarga de trabalho e a demanda de maiores investimentos.

Neste aspecto, a discussão de bem estar-social no âmbito da saúde alcança uma dupla vertente, em um primeiro momento em decorrência da tendência à degradação lenta do sistema de saúde, que cada vez mais precisa do judiciário para garantir a saúde, e de outro a situação do profissional de saúde que vem enfrentando situações desgastantes para conseguir atender a demanda.

Desta maneira, é possível verificar que o sistema de saúde vive uma situação de crise de instabilidade interno e externo, não conseguindo suprir toda a demanda que lhe é requerida, ao mesmo passo em que precariza as condições de trabalho de seus funcionários.

Este colapso, por sua vez, pode ser medido e identificado a partir do número de processos os quais ilustram, em partes, os resultados do colapso do SUS para a sociedade, que acaba ficando mais dependente de um controle pontual e distante a um atendimento constante e adequado.

Assim, a situação deflagrada pela judicialização e a pandemia apontam a urgência em uma reconfiguração nos cuidados com a saúde pública, a qual necessita de investimentos e recursos humanos para rodar em sua plenitude.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt, 2018. Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do Direito. E-book Kindle.

Agência Nacional de Saúde Complementar. 2021. PROCESSO N°: 33910.013199/2020-84 NOTA TÉCNICA N° 7/2021/DIDES-DIFIS-DIOPE-DIPRO. Disponível em https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/as-suntos/coronavirus-covid-19/notas-tecnicas_covid-19/nt_boletim_covid-ago_2021.pdf

BARROSO, Luís Roberto, 2013. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro, Elsevier.

BONAVIDES, Paulo, 2006. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo, Malheiros.

BONTEMPO, Alessandra Gotti, 2005. Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba, Juruá.

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.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm

BRASIL, LEI Nº 8.142, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990. “Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm

BRASIL, 2018. Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000. “Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021. LocalizaSUS. Covid-19. “Conecte SUS. Sua saúde sempre com você: Dados e informações sobre a Campanha Nacional de Vacinação contra a Covid-19 – 2021”. Disponível em <https://localizasus.saude.gov.br/>.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas, 2017. Judicialização da saúde: a visão do poder executivo. São Paulo, Saraiva.

CARDOSO, Daniel, 2020. Judicialização da Saúde: solução ou parte do problema. Londrina, Thoth Editora.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE, 2020. “Pandemia evidencia que o Brasil gasta pouco e mal em saúde pública, diz diretor da OCDE”. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/pandemia->

evidencia-que-o-brasil-gasta-pouco-e-mal-em-saude-publica-diz-diretor-da-ocde/.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020. Resolução nº 2.271, de 14 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.271-de-14-de-fevereiro-de-2020-253606068>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019. “Enunciados da I, II e III jornadas de direito da Saúde do Conselho Nacional De Justiça”. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>.

_____, 2021. “Judicialização e Sociedade: Ações para acesso à saúde pública de qualidade”. Brasília: CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade.pdf.

DAGNINO, Renato, 2002. Gestão estratégica de inovação: metodologias para análise e implementação. Taubaté, Cabral Editora e Livraria Universitária.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (organizadores), 2018. O Estado de bem-estar social no século XXI. 2ª ed. São Paulo, LTr.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz. 2021. “Boletim Extraordinário 16 de março de 2021.” Disponível em [boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf](https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf) (fiocruz.br)

Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz. 2021 “Boletim Extraordinário de 21 a 27 de novembro de 2021” Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_covid_2021_semana47.pdf

FLEURY, Sonia, 2017. “The Welfare State in Latin America: reform, innovation and fatigue. Reports in Public Health.” Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/F8b5x8QFyMh8zP7DhZ3McBB/?format=pdf&lang=en>.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto, 2007. Seguridade social e direitos humanos. São Paulo, LTr.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2021. NOTA TÉCNICA. “A pandemia de Covid-19 e os(as) profissionais de saúde pública no Brasil.” 4ª Fase. Disponível em https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, 2021. Coronavírus e Direito à Saúde: repercussões trabalhistas, previdenciárias e na assistência social / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. - 1. ed. – São Paulo, Saraiva Educação.

- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019. “Despesas com saúde ficam em 9,2% do PIB e somam R\$ 608,3 bilhões em 2017”. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26444-despesas-com-saude-ficam-em-9-2-do-pib-e-somam-r-608-3-bilhoes-em-2017>.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020. “Pesquisa nacional de saúde : 2019 : informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde : Brasil, grandes regiões e unidades da federação / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento”. - Rio de Janeiro : IBGE.
- MARX, K, 2013. O Capital - Livro I – crítica da economia política: O processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo, Boitempo.
- MENDES. Gilmar Ferreira., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2019. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo, Saraiva.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021. “Objetivo 16: paz, justiça e instituições eficazes.” Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>
- Organização Mundial da Saúde, 1948. Disponível em <https://www.who.int/pt/home>.
- RAMOS, Andre de Carvalho, 2020. Curso de Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo, Saraiva.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, 2013. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Boaventura de Sousa Santo, Marilena Chaui. São Paulo, Cortez.
- _____, 2011. Para uma revolução democrática da justiça. 3ª ed. São Paulo, Cortez.
- SANTOS, Isabela Sores; VIEIRA, Fabiola Sulpino, 2018. “Direito à saúde e austeridade fiscal: o caso brasileiro em perspectiva internacional. Ciência e Saúde Coletiva.” Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/ZgbMjYk-CWRkccrSPQrqWjx/?format=pdf&lang=pt>.
- SILVA, Ricardo Gonçalves da, 2011. “Do welfare ao workfare ou da política social keynesiana / fordista à política social schumpeteriana / pós – fordista. Brasília.” Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/8419>.
- SILVA, José Afonso da, 2007. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, Malheiros.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, 2019. ED-RE 855.178/SE, Rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, j. 23.05.2019

MERCADO E DIPLOMACIA VACINAL

Carlos Roberto Oliveira

Professor Titular, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, carlos.oliveira@unirio.br

Antônio Sérgio Freitas Jr

Graduando, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, antoniosergiofreitasjr@edu.unirio.br

1. INTRODUÇÃO

O trabalho defende a noção de *contexto pandêmico* para a análise da evolução da Covid-19, afirmando que as epidemias não podem ser unicamente explicadas por fatores biológicos, antes, possuem uma determinação social.²⁷ Entre os vários elementos de tal determinação, colocamos o foco em fatores econômicos, reunidos no conceito de Biocapital.²⁸ Utilizamos aqui uma metodologia descritiva, baseada na análise de discurso, objetivando mostrar que nos países e regiões em que se instala, a doença varia tanto na morbidade, quanto na mortalidade, refletindo em tais variações as diferentes realidades, como um *espelho social*. O Brasil optou por realizar uma política de enfrentamento da Covid-19 baseada quase exclusivamente na vacinação. Tal escolha justifica-se, principalmente, porque de há muito, diversas regiões do país são marcadas por saneamento precário, insegurança alimentar, superlotação dos transportes públicos e política habitacional, impossibilitando o isolamento social. Soma-se a isso, a omissão do governo em informar sobre as estatísticas oficiais da epidemia, tarefa deixada a cargo de um consórcio de agências noticiosas privadas, em meio a notícias contraditórias do próprio governo e uma plethora de *fake news*. De qualquer modo, a política de vacinação é apresentada como direito social, em âmbito nacional e internacional, enquanto interesses econômicos progressivamente se sobrepõem à segurança sanitária e forçam a abertura do comércio e das fronteiras. Assim, a vacina torna-se a questão exclusiva do direito universal à saúde, sendo alardeada a imperativi-

²⁷ Sobre a noção de *contexto pandêmico* aqui apresentada, ver Oliveira, C. R. & Freitas Jr, A. S. (2021). O Pacto Perverso: Contexto Pandêmico nas Prisões Brasileiras 2020-2021. *Direitos Sociais e Políticas Públicas III* (pp.157-175). Florianópolis: CONPEDI. Recuperado de: site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/8mr2e16s/CHqg02AtjZ5wy34Z.pdf

²⁸ O conceito de Biocapital empregado foi desenvolvido por Nikolas Rose, especialmente em Rose, N. Molecular Biopolitics, Somatic Ethics and the Spirit of Biocapital. *Soc Theory Health* 5, 3–29 (2007).

dade de seu amplo acesso para a população em geral e seu caráter de bem coletivo. Ao longo do tempo, a faceta estritamente mercadológica se impõe cada vez mais, transformando a vacina em *commodity* estratégica dos tempos pandêmicos. E, neste processo, o bem que deveria ser de interesse coletivo, termina por ficar subordinado às regras do mercado. Desse modo, agora, traduzida na figura do *sommelier* de vacina e no turismo vacinal, patrocinada por um novo elemento de troca, emerge um novo fenômeno: a diplomacia vacinal.

2. DIPLOMACIA VACINAL

No Brasil, as análises das relações internacionais partem fundamentalmente de duas premissas distintas. Em primeiro plano, encontram-se os defensores da política externa como prática autônoma. Esta acompanha os movimentos das organizações internacionais, necessitando de uma agência diplomática para responder às questões de alta sensibilidade política e estratégica, no caso brasileiro, o Itamaraty. Coexiste, também, a concepção integrada, fortemente influenciada pelo trabalho de SNYDER, R. et al. (1962)²⁹ que, ao integrar os fenômenos próprios do plano doméstico – sociais, políticos e culturais – como explicação para o comportamento dos países no plano internacional, principalmente nos processos decisórios, marca o abandono da noção de dualidade na política internacional.

Apesar das correntes apontadas terem alguma utilidade no ofício diário do jurista e internacionalista, não há possibilidade de manter as bases da política externa, exclusivamente, sob a égide do Estado. Como apontam PINHEIRO & MILANI (2012)

“Empresas, organizações não governamentais, meios de comunicação social, movimentos sociais, organismos públicos da esfera municipal ou estadual, por exemplo, teriam passado a atuar internacionalmente de maneira mais orgânica e articulada, agindo em muitas ocasiões à revelia do próprio Estado, em nome de interesses privados ou ainda na defesa de causas políticas as mais diversas.”³⁰

²⁹ Cf. SNYDER, R. et al. (1962). Foreign Policy decision making - an approach to the study of international politics. *Free Press*, pp. 186-192.

³⁰ Cf. PINHEIRO, L. & MILANI, C. (2012). *Política externa brasileira: as práticas da política e a política das práticas*. Rio de Janeiro: FGV.

Ao atrelar tal fenômeno à democratização das políticas públicas internas e postular a justificativa na própria agenda governamental, alguns autores defendem que a liberalização política e abertura da economia, vivenciadas durante o período de redemocratização, deram gênese a um novo ciclo da política externa – conhecido como “integração competitiva”³¹ – caracterizado pela diversificação de setores na participação, mas que, inevitavelmente, ainda se encontra alicerçada no interesse estatal.

A despeito da consideração dos mecanismos econômicos como relevantes no processo decisório da política internacional, estes são vistos como paralelos, instrumentos auxiliares na formulação, mas incapazes de autonomamente conduzirem os principais tópicos da dinâmica internacional. Tal noção é alimentada pela primazia da soberania nacional no processo de análise. Desse modo, mesmo com a redefinição do Estado proposta pelo Capital financeiro globalizado – desarticulação das fronteiras nacionais e a modificação do conceito de cidadania – a soberania se mantém presente como caractere inalienável no imaginário político e jurídico³², alimentada pelo próprio texto constitucional.³³ Nesse sentido, sua manutenção possibilita a desconsideração de outros atores como centrais para a condução da diplomacia, com ênfase nos agentes de mercado, transformados na pandemia em *paradiplomáticos* funcionários do Biocapital. Quanto à paradiplomacia, adota-se aqui a perspectiva de CORNAGO (2002):

“pode ser definida como o envolvimento dos governos subnacionais nas relações internacionais, através do estabelecimento de contratos formais e

³¹O conceito de integração competitiva cunhado por LIMA (2000) é o método adotado pelo Estado brasileiro, através de atores políticos, jurídicos e da sociedade civil para a defesa da jovem democracia do país frente à diversificação dos interesses internacionais – Direitos Humanos, Comércio, Defesa e Soberania Nacional. Cf. LIMA, M. (2000, jul/dez). Instituições democráticas e política exterior. *Contexto Internacional*, 22 (2).

³² Ao tratar de um elemento imaterial do Estado, a noção de soberania foi preenchida por uma série de significantes construídos no curso da história. Presente na literatura de Bodin, é entendida como comando supremo, impossível de ser repartida e inalienável, além de defendida pelos teóricos do contrato, como Rousseau que justifica inclusive a própria formação do Estado. Desse modo, coabitam no pensamento político e jurídico tais concepções, possibilitando a manutenção de sua primazia na análise da política internacional. Cf. BODIN, J. (1576). *La souveraineté*, Livre I, cap. IX, (pp. 125-154). Em *Les Six Livres de la République*. Paris. Disponível em: [https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86268103/f174.item.r=Auteur%20%20Bodin%20,%20Jean%20\(1530-1596\)](https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86268103/f174.item.r=Auteur%20%20Bodin%20,%20Jean%20(1530-1596)).

³³ A Carta Magna do Brasil de 1988 enumera como um de seus fundamentos no art. 1º a soberania. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

informais, permanentes ou *ad hoc*, com públicos estrangeiros ou com entidades privadas, com o objetivo de promover questões socioeconômicas ou políticas, assim como qualquer outra dimensão externa de suas próprias competências constitucionais.”³⁴

No entanto, tal prática não está restrita aos governos municipais e estaduais, estendendo-se às próprias empresas que, em uma governança global³⁵, passam a atuar como verdadeiros governos subnacionais capazes de impor suas normas e interesses sobre as entidades ditas soberanas. Nessa toada, é imperativo o estudo das relações políticas e jurídicas estabelecidas por fabricantes de vacinas e os países no contexto pandêmico.

Nas três últimas décadas, as discussões envolvendo os Direitos Humanos estão intimamente ligadas às questões antropológicas. Mesmo após setenta e seis anos de existência, o principal organismo de proteção aos Direitos Humanos, no plano internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU), não encontrou meios para balancear o relativismo cultural, sua capacidade de influência nas nações e a garantia dos direitos. Em parte, o mundo subdesenvolvido é, por vezes, mero espectador das discussões de alta sensibilidade, por outro, participante, mas apenas como receptor das sanções, legitimadas pelas democracias liberais desenvolvidas.

O modelo econômico liberal está alicerçado no preceito de que o avanço da técnica, através do Capital, promove globalmente melhorias na qualidade de vida e produção das populações. Ao partir desse entendimento, o Biocapital aponta para condições materiais capazes de produzir vacinas suficientes para imunizar a população de todo planeta. Porém, tal anúncio é especialmente dirigido aos Estados que podem adquiri-las e com sistemas de saúde preparados para administrá-las, acenando com a possibilidade de controlar o avanço da doença,

³⁴ Cf. CORNAGO, N. (2000). Exploring the global dimensions of paradiplomacy: functional and normative dynamics. *Workshop on Constitutional Units in International Affairs*. Hannover: Forum of Federations.

³⁵ Como apontado por XAVIER (2011), “a governança global pode acontecer interestadado, normalmente por meio de arranjos institucional e relacionamentos intergovernamentais, como também sem a participação do Estado, por meio de organizações não-governamentais, empresas transnacionais e outros atores globais. Cf. XAVIER, R. S. (2011). Accountability e suas Múltiplas Abordagens: um balanço teórico. XXXV ANPAD (pp. 1-14). Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Administração

deter o colapso econômico e minorar a desigualdade social, tanto em âmbito nacional quanto internacional. De acordo com a UNICEF, a estimativa de produção era de 11,9 bilhões de vacinas em 2021³⁶, número suficiente para a vacinação da população adulta mundial. Em tese, parte desses imunizantes, seria destinado a países em desenvolvimento através do consórcio *COVAX facility*.³⁷ Porém, as estimativas iniciais de produção foram superadas, e o número de imunizantes produzidos em todo o mundo foi de 21 bilhões de vacinas. Apesar disso, apenas 537.7 milhões de doses foram distribuídas.³⁸ Em fevereiro de 2021, o diretor-geral da OMS (Organização Mundial da Saúde, Tedros Adhanom, assinalou que “mesmo se tivermos os fundos, só podemos entregar vacinas aos países mais pobres, se os países de alta renda cooperarem no respeito aos acordos já feitos pela Covax e os novos acordos que estamos fazendo”.³⁹ No mesmo sentido, SOTO BAQUERO (2021) afirma:

“Nada pode ser mais ilustrativo da estocagem de vacinas do que a confirmação de que os Estados Unidos tem disponíveis quase 2,1 bilhões de doses – com as quais poderiam vacinar toda a sua população mais de três vezes – mas exportá-las é proibido. O *New York Times* informou que os EUA têm cerca de 30 milhões de doses de vacina AstraZeneca em suas instalações em West Chester, Ohio, porque ainda não foram aprovadas pelas autoridades sanitárias (...) este é um paradoxo cruel à luz de mais de 70 países que já autorizaram seu uso e poderiam estar aplicando imediatamente, mas estão sem vacinas.”⁴⁰

³⁶ Torres Freire, V. (2021). Mundo deve produzir 11,9 bi de vacinas neste ano, *Folha de São Paulo*, Recuperado de: <https://www.1.folha.uol.com.br/equilibrio-e-saude/2021/05/mundo-deve-produzir-119-bi-de-vacinas-neste-ano.shtml>

³⁷ O COVAX Facility se configura como importante instrumento na promoção do acesso mais igualitário aos imunizantes contra a COVID-19. Dentre suas atribuições, inclui-se a “liderança das compras e entregas para 92 países de baixa e média renda, ao mesmo tempo em que também apóiam as compras para mais de 97 países de média e alta renda. Juntos, estes representam mais de quatro quintos da população mundial. (...) também adquirindo e transportando suprimentos de imunização, como seringas, caixas de segurança para seu descarte e equipamentos de cadeia de frio, como refrigeradores de vacinas.

³⁸ Cf. COVID-19 Vaccine Market Dashboard, Recuperado de: <https://www.unicef.org/supply/covid-19-vaccine-market-dashboard>

³⁹ Cf. MODELLI, L. (2021). OMS diz que alguns países de alta renda estão prejudicando aquisição de vacinas pelo Covax. *G1*. Recuperado de: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/02/22/oms-diz-que-alguns-paises-de-alta-renda-estao-prejudicando-aquisicao-de-vacinas-pelo-covax.ghtml>

⁴⁰SOTO BAQUERO, F. (2021, abril). Are vaccines a commodity or a basic human right? *Envío* (477), pp. 1-6. Disponível em: <https://www.envio.org.ni/articulo/5899>

Sobre a desigualdade da distribuição aponta que:

“O que finalmente estamos vendo com este estoque de vacinas é que enquanto 10 países aplicaram 75% de todas as vacinas em todo o mundo, 130 países não receberam uma única dose. Os Estados Unidos, Canadá e Reino Unido encomendaram doses suficientes para vacinar toda sua população mais de uma vez. Em contraste, a América Latina e a África só vacinaram 3% de suas populações.”⁴¹

Em meio a esse *apartheid vacinal*, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), concluiu que, dada a alta incidência de transmissão da doença, a redução na expectativa de vida na região pode chegar aos 5 anos. Assim, “a América Latina e o Caribe podem ser uma das regiões mais atingidas [pelo índice] em razão do envelhecimento de sua população.”⁴²

3. ESTOQUE, MERCADO E TROCAS

Dentre as características principais das *commodities* podemos elencar a capacidade de serem negociadas nas Bolsas de Valores e a possibilidade de serem estocadas. Em aparência, o processo de estocagem pode apresentar razão meramente logística, mediante questões de armazenamento e transporte. Porém, cumpre antes um papel estritamente mercadológico. Partindo das considerações de Keynes sobre as três finalidades básicas do estoque – operação (transação); precaução (reserva) e especulação (proteção financeira) – MACHLINE (1980) afirma:

“Os estoques especulativos destinam-se a auferir vantagens econômicas em decorrência de futuras oscilações de preços no produto estocado. Existem variedades legítimas de estoques especulativos. Assim, por exemplo, os estoques reguladores que as autoridades formam para evitarem baixas ruinosas em *commodities* agrícolas ou minerais, ou os estoques resultantes de compras antecipadas, que empresas ou indivíduos efetuam para se protegerem contra iminentes aumentos de preços.”⁴³

⁴¹ Ibidem. p.2

⁴² CASTANHEIRA, H. et al. (2021). *COVID-19 mortality: evidence and scenarios*. Economic Commission for Latin America (ECLAC), Latin American and Caribbean Demographic Centre, Santiago.

⁴³ MACHLINE, C. (1981). Compras, estoques e inflação. *Revista de Administração EASP-FGV*, 21(2). Recuperado de: <https://www.scielo.br/j/rae/a/nscd6G3Mg9yZ-ntgcY8fn8SB/?format=pdf&lang=pt>

Nesse sentido, as atividades de estocagem dos imunizantes contra a Covid-19, aproximam-se mais das relações que regem o mundo corporativo do que um esforço humanitário de fabricantes para o desenvolvimento de vacinas que interrompam a propagação da doença. Segundo SOTO BAQUERO (2021), a transição para o pensamento econômico parte da seguinte premissa:

O argumento que justifica tudo isso em termos econômicos é que estes são os custos para a ciência e inovação em saúde. Em outras palavras, sem níveis de lucro corporativo excessivo, nem mesmo os indicadores cada vez mais elevados de mortes por COVID-19 seriam incentivo suficientes para inovar e salvar vidas. Isto nos leva ao auge das contradições de nosso tempo, quando se afirma que, para salvar a vida de alguns, a vida de muitos mais deve ser sacrificada. Esta narrativa duplicada mostra abertamente que, se algo caracteriza o mundo de hoje, é a incongruência e o cinismo dos principais atores internacionais.⁴⁴

Tal argumento evidencia a compatibilidade entre as vacinas e os principais aspectos regentes das *commodities*, inclusive o caráter especulativo do lucro atrelado, como apontou o professor de política de saúde da York University-Canadá, Joel Lexchin:

“Entre abril e agosto, as ações e opções da AstraZeneca de propriedade de seu diretor executivo, Paul Soriot, aumentaram seus valores em quase US\$ 15 milhões. No dia seguinte ao anúncio da Pfizer, sobre os resultados promissores de sua vacina, Albert Bourla, diretor executivo da empresa, vendeu mais de 130.000 ações no valor de US\$ 5,6 milhões como parte de um plano periodicamente programado para vender algumas de suas ações da Pfizer. Finalmente, é importante lembrar que as companhias farmacêuticas tinham parceiros públicos que forneceram grandes quantias de dinheiro para acelerar o desenvolvimento de vacinas. A Moderna recebeu 955 milhões de dólares da Biomedical Advanced Research, Development Authority e do projeto do governo americano Operation Warp Speed. Além disso, a Moderna fechou um acordo com o governo dos EUA no valor de US\$1,5 bilhão por 100 milhões de doses de sua vacina, caso seja bem sucedida (LEXCHIN, 2020).”⁴⁵

⁴⁴ SOTO BAQUERO, F. (2021, abril), op. cit.

⁴⁵ LEXCHIN, J. (2020). Can a pharma company change? Profit, not altruism, motivates COVID-19 vaccine development. *The Conversation*. Recuperado de: <https://theconversation.com/can-a-pharma-company-change-profit-not-altruism-motivates-covid-19-vaccine-development-151739>

No polo oposto, a Anistia Internacional – no recente relatório sobre a relação entre as companhias farmacêuticas e o acesso à vacina – vai de encontro à ênfase na propriedade intelectual defendida pelos laboratórios multinacionais.

“Como parte de suas responsabilidades em matéria de direitos humanos, as companhias farmacêuticas devem remover os obstáculos que estão impedindo o fornecimento mais rápido e justo de vacinas Covid-19 a todas as partes do mundo. Conforme os Princípios Orientadores da ONU, "quando uma empresa causa ou possa causar um impacto adverso aos direitos humanos, devem ser tomadas as medidas necessárias para fazer cessar ou prevenir o impacto". Para começar, ela deve renunciar aos vários direitos de propriedade intelectual necessários para a produção de vacinas. Além disso, para acelerar e facilitar concretamente a produção por produtores alternativos, deve compartilhar seus conhecimentos e tecnologia codificada e tácita, bem como treinar fabricantes qualificados comprometidos em contribuir para a aceleração da produção de vacinas Covid-19. Elas devem fazer tal coisa através da C-TAP e, quando aplicável, cooperar com os centros de transferência de tecnologia que estão sendo estabelecidos pela OMS (ANISTIA INTERNACIONAL, 2021).”⁴⁶

4. DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO À VIDA

Em 1986, a Rodada do Uruguai, marca no plano internacional as negociações sobre propriedade intelectual. Os países desenvolvidos fomentavam o entendimento de que a proteção dos bens intelectuais é condição *sine qua non* para o desenvolvimento tecnológico e a transferência da indústria de inovação. No sentido oposto, BASSO (2004) defende que:

⁴⁶ Cf. AMNESTY INTERNATIONAL (2021). *A Double dose of inequality: Pharma Companies and the Covid-19 vaccines crisis*. Londres: Amnesty International Ltd. O grifo é nosso. Recuperado de: <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2021/09/A-Double-Dose-of-Inequality.pdf>.

A Rede de Acesso à Tecnologia da Covid-19 liderada pela Organização Mundial de Saúde (WHO-led COVID-19 Technology Access Pool) – conhecida como C-TAP – foi proposta pela Costa Rica e criada em maio de 2020 para promover ciência aberta (open science), a fim de acelerar o desenvolvimento de produtos de saúde contra a Covid-19 e facilitar o acesso às tecnologias de saúde resultantes. Para tanto, pretende reunir propriedade intelectual, dados e processos de fabricação, licenciando a produção para outros fabricantes e facilitando a transferência de tecnologia. A C-TAP visa maximizar o fornecimento e reduzir custos, aumentando assim a disponibilidade e acessibilidade dos diagnósticos, tratamentos e vacinas de Covid-19. Porém, até hoje a C-TAP não se destacou em campo algum, apenas 43 países deram seu apoio oficial à iniciativa e nenhum fabricante de vacinas compartilhou qualquer patente ou know-how por seu intermédio.

“[o entendimento adotado] pelos países em desenvolvimento, destacava as profundas assimetrias Norte-Sul, no que diz respeito à capacidade de geração de tecnologia. Sem desconhecer a importância da proteção da propriedade intelectual, esses países defendiam que o objetivo primordial das negociações deveria ser assegurar a difusão de tecnologia mediante mecanismos formais e informais de transferência. Os países em desenvolvimento tinham a preocupação de se garantir do acesso seguro à moderna tecnologia mediante maior proteção dos direitos de propriedade intelectual. O dilema era como aumentar a proteção a esses direitos e garantir o acesso à moderna tecnologia. Para eles, suas necessidades de desenvolvimento econômico e social eram tão importantes (ou mais) que os direitos dos detentores de propriedade intelectual (BASSO, 2004).”⁴⁷

Mesmo com as divergências, os interesses em jogo durante o período de negociação do acordo sobre os aspectos comerciais relacionados aos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) tiveram como resultado uma posição comum, expressa em uma série de compromissos adotados pelos Estados partes. Portanto, passando a integrar o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC”, os objetivos se assentam sobre o princípio da cooperação internacional, auxiliando, assim, a complementação do sistema de proteção da OMPI e a vinculação definitiva dos direitos de propriedade intelectual ao comércio internacional. Como estabelecido no *Preâmbulo do Acordo*, os Estados partes reconhecem a necessidade de novas regras e normas no que se refere a:

- “(a) aplicar os princípios básicos do *Acordo* Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1994 e os acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
- (b) a estabelecer padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
- (c) a estabelecer meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;
- (d) a estabelecer procedimentos eficazes e expedidos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; (...).

Além disso, os Estados também reconhecem:

- (a) a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre comércio internacional de bens contrafeitos;
- (b) os direitos de propriedade intelectual são direitos privados;

⁴⁷ BASSO, M. (2003). Os fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual. *Revista Cej*, 21, pp. 16-30.

- (c) os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;
- (d) as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo, no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos, com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;
- (e) a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais.⁴⁸

Cumprir, todavia, que os dispositivos legais que garantem aos responsáveis dos bens intelectuais exclusividade e recompensa financeira pela sua produção têm grande significado no desenvolvimento econômico e sustentável de uma nação. Destarte, reconhece-se a importância da legislação de Propriedade Intelectual para a fomento da ciência e tecnologia, auxiliando na competitividade dos países em plano internacional. Por outro lado, é necessário prezar o princípio da cooperação internacional, de modo que os países privilegiem bens indispensáveis para a concessão da propriedade intelectual, como é o caso daqueles inerentes à manutenção da Saúde.

Durante a pandemia da COVID-19, países como Índia e a África do Sul desafiaram a dinâmica dos países desenvolvidos, ao solicitarem a suspensão das patentes de vacinas, medicamentos e insumos hospitalares. “O objetivo do texto [levado pelos países] é suspender temporariamente quatro seções do acordo TRIPS que regulam os direitos de propriedade intelectual no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre *copyright*, patentes, projeto industrial e proteção de informações confidenciais.”⁴⁹ Historicamente, o Brasil tende a alinhar sua política externa privilegiando a saúde pública frente aos interesses comerciais, e não foi diferente, em 2001, na Conferência Ministerial da OMC, em Doha, como apontado por MELLO e SOUZA (2012):

“O Brasil liderou os países em desenvolvimento em negociações para assegurar a aprovação da Declaração sobre o Acordo Trips e a Saúde Pública

⁴⁸ World Trade Organization (WTO). *Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS)*. Recuperado de: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

⁴⁹ Proposta para suspender patente de vacinas trava na OMC. (2021, abril 12). *Deutsche Welle*. Recuperado de: <https://www.dw.com/pt-br/sem-apoio-do-brasil-proposta-para-suspender-patente-de-vacinas-trava-na-omc/a-56859401>

[...] apesar dos esforços dos Estados Unidos para cooptar o Grupo Africano e isolar Brasil e Índia, os países em desenvolvimento mantiveram um bloco coeso e lograram para aprovar a declaração em formato muito similar ao originalmente proposto por eles. Notadamente, o § 4º da declaração reproduziu quase que palavra por palavra a principal mensagem contida na versão preliminar submetida pelo Brasil e pelos outros países em desenvolvimento.⁵⁰

Ante a pandemia da COVID-19, o país adotou postura diversa, sendo favorável à proteção dos direitos de propriedade intelectual e, de fato, entre os países de média e baixa renda, foi o único a adotar tal postura, contrariando as orientações expressas no relatório da Anistia Internacional para os governantes, que enfatizavam a necessidade de incentivar a transferência e compartilhamento de tecnologia:

“Os Estados deveriam adotar medidas, incluindo legislação, para exigir que os desenvolvedores de vacinas se envolvam na transferência de conhecimento e tecnologia...[...] Eles deveriam assumir um papel ativo na facilitação e no fornecimento de recursos das capacidades de compartilhamento dos desenvolvedores de vacinas, levando em conta o financiamento público que os desenvolvedores de vacinas já receberam para a pesquisa e desenvolvimento das vacinas Covid-19. Os Estados devem apoiar a C-TAP e garantir que os desenvolvedores de vacinas em sua jurisdição compartilhem conhecimento e tecnologia, participando em C-TAP e por outros meios. Os Estados devem apoiar ainda mais os desenvolvedores de vacinas para facilitar a cooperação na cadeia de abastecimento e enfrentar os impedimentos práticos e legais, incluindo o levantamento das restrições à exportação, e fornecer apoio financeiro e técnico para aumentar a capacidade de fabricação global.”⁵¹

5. A FONTE DE OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL E A SOBERANIA NACIONAL

Na esfera patrimonial, os contratos são instrumentos fundamentais para o Direito, constituindo uma fonte de obrigações. Capazes de, a partir do exercício de contração bilateral ou multilateral, promover a criação, alteração ou extinção de uma relação jurídica. Nesse processo, evidencia-se o caráter fundamental da liberdade contratual, expressa na autonomia da vontade. O panorama proposto

⁵⁰ MELLO E SOUZA, A. (2012). Saúde pública, patentes e atores não estatais: a política externa do Brasil ante a epidemia de aids. In L. PINHEIRO, & C. MILANI, *Política externa brasileira: as práticas da política e a política das práticas*. Rio de Janeiro: FGV.

⁵¹ Cf. AMNESTY INTERNATIONAL (2021). *A Double dose of inequality: Pharma Companies and the Covid-19 vaccines crisis*, op. cit., p.30.

é que as partes possuem o arbítrio de estabelecer as cláusulas e os termos da convenção e, por conseguinte, submetidas ao *pacta sunt servanda*. Em vista disso, o contrato irradia uma série de obrigações na relação jurídica, compelido os contraentes ao seu cumprimento. Segundo os ensinamentos de Tartuce (2011),

“O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios (TARTUCE, 2011).”⁵²

Tradicionalmente, o Direito Internacional reconhece a autonomia da vontade como o princípio regente das obrigações. Desse modo, os contratos celebrados entre partes com domicílio em Estados distintos possuem a anuência para escolher questões relativas à competência, foro, jurisdição e o direito regulador das cláusulas adquiridas.

Em 15 de março de 2021, o Brasil assinou contrato com a empresa estadunidense Pfizer, intermediado por sua filial holandesa, Pfizer Export B.V, no intuito de adquirir cem milhões de doses de vacina contra a Covid-19. Apesar das cláusulas contratuais proibirem expressamente a divulgação do contrato em seu inteiro teor, o Governo brasileiro o fez, através do Ministério da Saúde.⁵³

Tal convenção foi celebrada com base na Lei nº 14.124, de 10/03/2021, que dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. Assim, a aquisição das vacinas contra a Covid-19, ao privilegiar o momento de excepcionalidade na saúde da popula-

⁵² TARTUCE, F. (2011). Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos em Espécie. São Paulo: Método.

⁵³ BERGAMO, M. (2021). Ministério da Saúde quebra cláusula de confidencialidade e divulga contrato com a Pfizer. *Folha de São Paulo*. Recuperado de: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/04/ministerio-da-saude-quebra-clausula-de-confidencialidade-e-divulga-contrato-com-a-pfizer.shtml>

ção, tornou possível que a Administração Pública firmasse contratos dispensando os ritos tradicionais do Direito Administrativo, além de abdicar do poder de penalizar face ao descumprimento de obrigações.⁵⁴

Desse modo, o artigo em tela determina que os contratos internacionais, celebrados com o objetivo de adquirir os imunizantes, podem estabelecer cláusulas extraordinárias, desde que comprovada sua indispensabilidade. O legislador pontuou, entre outras situações, a antecipação de pagamento como possível e hipóteses de não imposição de penalidade à contratada. Porém, descurou dos métodos de resolução dos conflitos, da eleição do Direito brasileiro como aplicável e do foro competente.

O vazio normativo deixado pelo legislador brasileiro foi preenchido no Contrato nº 52/2021. Dessa maneira, as partes, incluindo o Estado Brasileiro, devem se submeter expressa e irrevogavelmente à competência da legislação e jurisprudência dos tribunais de Nova York, EUA, como disposto no art. 12.1 do referido documento:

Antes do início de qualquer arbitragem com relação a qualquer controvérsia, reivindicação, reconvenção, disputa, divergência ou mal-entendido decorrente ou com relação à interpretação ou aplicação de qualquer termo ou disposição deste Contrato, uma Parte notificará por escrito a outra Parte a respeito da existência dessa controvérsia. As Partes, por um período de 30 (trinta) dias após essa notificação, travarão discussões e negociações de boa fé na tentativa de resolver essa controvérsia. Se, ao final desse período de 30 (trinta) dias, salvo se tal período for prorrogado por acordo mútuo por escrito entre as Partes, as Partes não verem conseguido resolver tal controvérsia, qualquer uma das Partes poderá iniciar arbitragem de acordo com os procedimentos previstos na Cláusula 12.2 (Arbitragem). Os procedimentos especificados nesta Cláusula 12.1 (Negociações de Controvérsia) são uma condição prévia para o início de arbitragem por uma Parte, em conexão com controvérsias entre as Partes decorrentes ou relacionadas a este Contrato ou a um Pedido de Compra; ressalvado, no entanto, que uma Parte poderá buscar uma medida liminar ou outra medida judicial preliminar, sem tentar resolver tal controvérsia conforme estabelecido nesta Cláusula 12.1 (Negociações de Controvérsia), se a seu julgamento tal ação for necessária para evitar dano irreparável. **As Partes expressa e irrevogavelmente se submetem à competência dos tribunais de Nova York, Nova York, EUA, para tal medida liminar.** Além disso, a exigência de tentar resolver uma controvérsia de acordo com

⁵⁴ Cf. BRASIL. (2021). Lei nº 14.124, op.cit.. Recuperado de: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.124-de-10-de-marco-de-2021-307745858>

esta Cláusula 12.1 (Negociações de Controvérsia) não afeta o direito de uma Parte de rescindir este Contrato conforme previsto na Cláusula 6 deste instrumento, e nenhuma Parte será obrigada a seguir esses procedimentos antes de rescindir o Contrato. A falha de qualquer Parte em participar em discussões e negociações de boa fé em uma tentativa de solucionar tal controvérsia não atrasará a data na qual a outra Parte poderá iniciar arbitragem de acordo com esta Cláusula 12.1 (Negociações de Controvérsia).⁵⁵

No caso ainda da constatação de dano irreparável, a execução da sentença prosseguirá unilateralmente da seguinte maneira:

“A execução de sentença arbitral apresenta questões legais complexas que dependem da localização física e do tipo de ativo estatal. Mas o contrato permite à Pfizer solicitar aos tribunais que usem ativos estatais como garantia de que a empresa receberá uma sentença arbitral e/ou usará os ativos para compensá-la se o governo não pagar. Por exemplo, nos tribunais americanos, esses ativos poderiam incluir contas bancárias estrangeiras, investimentos estrangeiros e propriedade comercial estrangeira, incluindo os ativos de empresas estatais como companhias aéreas e companhias petrolíferas (RIZVI, 2021)”.⁵⁶

É digno de nota o contrato considerar como plenamente possível que, após a sentença proferida em um processo de arbitragem confidencial, uma empresa privada e estranha ao território nacional, adentre o patrimônio público de um Estado soberano e excute-o, buscando reparação por inadimplemento. Tal noção fere os princípios constitucionais do Estado, sobretudo, na transparência institucional e na soberania. Não obstante, “O Brasil renunciou à imunidade de soberania (...) concordou em resolver disputas por uma arbitragem privada e secreta pelas leis de New York (...) e está proibido de fazer qualquer anúncio público a respeito da existência, do teor ou dos termos do Acordo.”

Se, no passado, acreditava-se que a crise da soberania estatal era motivada por causa da

⁵⁵ Cf. Brasil. Ministério da Saúde. *Contrato nº 52/2021*. (2021). Contrato que entre si celebram a União, por intermédio do Departamento de Logística em Saúde da Secretária Executiva do Ministério da Saúde, e a empresa Pfizer Export B.V, na forma abaixo. Recuperado de: <https://bestanden.fvd.nl/Contract-Pfizer-Brazilie.pdf>

⁵⁶ RIZVI, R. (2021). Pfizer's Power. *Public Citizen*. Recuperado de: <https://www.citizen.org/article/pfizers-power/>

“transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à criminalidade – que no passado tinham sido motivo para o próprio nascimento e desenvolvimento do estado (FERRAJOLI, 2002)”⁵⁷

Hoje, o Biocapital desafia as noções de soberania utilizando meios jurídicos plenamente legitimados pelo Direito Internacional, dispensando as transferências de produção, conglomerados financeiros, ou extensas atividades de *lobby*. Desse modo, os contratos internacionais de vacinas ultrapassam a regulação do estrito cumprimento das obrigações, chegando, de fato, a atuar conjuntamente com os mecanismos de concentração de capital ao revés de qualquer função social que lhe seja imposta.

Por fim, os elementos considerados essenciais para a caracterização do Estado, sobretudo a soberania, deixam de ser garantias constitucionais irrenunciáveis e inalienáveis, passando a integrar o plano patrimonial e econômico, inclusive, configurando como objetos negociáveis e passíveis de disposição em contratos⁵⁸.

6. CONCLUSÃO

A pandemia de Covid-19 deixou claro que, no mundo do Biocapital, as vacinas e a saúde global tornaram-se mercadorias, afastando-se de seu entendimento como direito humano universal. Globalmente, a recuperação econômica é refém de algumas poucas empresas farmacêuticas, as quais justificam seus lucros exponenciais pelos riscos no desenvolvimento das vacinas traduzidos em custo de oportunidade; pela existência de vacinas no mercado e pelas patentes que lhes garantem mercados cativos.

⁵⁷ FERRAJOLI, L. (2002). *A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes.

⁵⁸ A cláusula 9.4 do contrato da Pfizer com o Governo Brasileiro, expressamente, pactua: “O Comprador, em seu próprio nome e em nome do Estado Brasileiro, expressa e irrevogavelmente renuncia a qualquer direito de imunidade que este ou seus ativos possam ter ou adquirir no futuro (a título de imunidade de soberania ou qualquer outra forma de imunidade) (...)” Cf. Brasil. Ministério da Saúde. Contrato nº 52/2021. op. cit. Recuperado de: <https://bestanden.fvd.nl/Contract-Pfizer-Brazilie.pdf>

Segundo um relatório há pouco publicado pela revista médica britânica *The Lancet*, os produtores de vacinas receberam mais de US\$ 10 bilhões em fundos públicos, em um processo caracterizado pela captação de recursos públicos e privatização dos lucros. Para a organização *Médicos sem Fronteiras*, apenas um acordo para suspender as patentes de vacinas pode dar resposta a uma eventual crise disparada pela procura de vacinas contra a variante ômicron, recentemente surgida. Porém, de fato, a desigualdade no acesso às vacinas já era observada muito antes da nova variante.

Neste contexto, *bastou o temor* de que esta nova variante pudesse ser resistente a vacinas e exigisse medidas de contenção que iriam afetar a economia para que em um único dia os mercados financeiros de todo o mundo fossem abalados, provocando fuga de ativos considerados mais arriscados. Bolsas, câmbio, criptomoedas, juros futuros e preços de *commodities*, especialmente o petróleo, foram afetados. Tal situação evidencia o caráter preponderante de *commodity* assumido pelas vacinas. Por outro lado, fica cada vez mais improvável que os grandes laboratórios – com altas constantes de suas ações nas principais Bolsas de Valores – venham espontaneamente a abrir mão de seus lucros e, mesmo ao custo de milhões de vidas em todo mundo, continuarão em sua ferrenha defesa da lei de patentes.

Em uma crônica recente dois escritores lusófonos, Mia Couto e José Eduardo Agualusa, ao comentar sobre a variante ômicron e o tratamento desigual dado à África, defendem com toda razão que pode haver dois sentimentos de justiça, mas não há duas epidemias. A seguir, afirmam que, "mais uma vez, a ciência ficou refém da política". A nosso ver, em uma tocante crônica, tal equívoco deve ser colocado na conta do espírito lírico dos escritores. De fato, se a ciência é refém não é da política, e sim da economia.

Em resumo, a epidemia de Covid-19 consagra as leis do Biocapital, de acordo com as quais a preocupação com o contágio desloca-se da biologia para a economia, enquanto a primazia é dada à saúde das empresas e à robustez dos investimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNESTY INTERNATIONAL (2021). A Double dose of inequality: Pharma Companies and the Covid-19 vaccines crisis. Londres: Amnesty International

- Ltd. Recuperado de: <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2021/09/A-Double-Dose-of-Inequality.pdf>.
- BASSO, M. (2003). Os fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual. *Revista Cej*, 21, pp. 16-30.
- BERGAMO, M. (2021). Ministério da Saúde quebra cláusula de confidencialidade e divulga contrato com a Pfizer. Folha de São Paulo.
- BODIN, J. (1576). *La souveraineté*, Livre I, cap. IX, (pp. 125-154). Em *Les Six Livres de la Republique*. Paris.
- BRASIL. (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Contrato nº 52/2021. (2021). Contrato que entre si celebram a União e a empresa Pfizer Export B.V. Recuperado de: <https://bestanden.fvd.nl/Contract-Pfizer-Brazilie.pdf>
- CASTANHEIRA, H. et al. (2021). COVID-19 mortality: evidence and scenarios. Economic Commission for Latin America (ECLAC), Latin American and Caribbean Demographic Centre, Santiago.
- CORNAGO, N. (2000). Exploring the global dimensions of paradiplomacy: functional and normative dynamics. Workshop on Constitutional Units in International Affairs. Hannover: Forum of Federations.
- COVID-19 Vaccine Market Dashboard. Recuperado de: <https://www.unicef.org/supply/covid-19-vaccine-market-dashboard>
- FERRAJOLI, L. (2002). *A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes.
- LEXCHIN, J. (2020). Can a pharma company change? Profit, not altruism, motivates COVID-19 vaccine development. *The Conversation*. Recuperado de: <https://theconversation.com/can-a-pharma-company-change-profit-not-altruism-motivates-covid-19-vaccine-development-151739>
- LIMA, M. (jul/dez de 2000). Instituições democráticas e política exterior. *Contexto Internacional*, 22(2).
- MACHLINE, C. (1981). Compras, estoques e inflação. *Revista de Administração EASP-FGV*, 21(2). Recuperado de: <https://www.scielo.br/j/rae/a/nscd6G3Mg9yZntgcY8fn8SB/?format=pdf&lang=pt>
- MELLO E SOUZA, A. (2012). Saúde pública, patentes e atores não estatais: a política externa do Brasil ante a epidemia de aids. Em L. PINHEIRO, & C. MILANI, *Política externa brasileira: as práticas da política e a política das práticas*. Rio de Janeiro: FGV.

MODELLI, L. (2021). OMS diz que alguns países de alta renda estão prejudicando aquisição de vacinas pelo Covax. G1. Recuperado de: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/02/22/oms-diz-que-alguns-paises-de-alta-renda-estao-prejudicando-aquisicao-de-vacinas-pelo-covax.ghtml>.

OLIVEIRA, C. R.. & FREITAS Jr, A. S. (2021). O Pacto Perverso: Contexto Pandêmico nas Prisões Brasileiras 2020-2021. Direitos Sociais e Políticas Públicas III (pp.157-175). Florianópolis: CONPEDI. Recuperado de: site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/8mr2e16s/CHqg02AtjZ5wy34Z.pdf

PINHEIRO, L., & MILANI, C. (2012). Política externa brasileira: as práticas da política e a política das práticas. Rio de Janeiro: FGV.

Proposta para suspender patente de vacinas trava na OMC. (12 de abril de 2021). Deutsche Welle. Recuperado de :

RIZVI, R. (2021). Pfizer's Power. Public Citizen. Recuperado de: <https://www.citizen.org/article/pfizers-power/>

ROSE, N. Molecular Biopolitics, Somatic Ethics and the Spirit of Biocapital. *Social Theory Health* 5, 3–29 (2007).

SNYDER, R. et al. (1962). Foreign Policy decision making - an approach to the study of international politics. Free Press, pp. 186-192.

SOTO BAQUERO, F. (abril de 2021). Are vaccines a commodity or a basic human right? *Envío* (477), pp. 1-6. Recuperado de: <https://www.envio.org.ni/articulo/5899>

TARTUCE, F. (2011). Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos em Espécie .São Paulo: Método.

TORRES FREIRE, V. (2021). Mundo deve produzir 11,9 bi de vacinas neste ano, Folha de São de Paulo, Recuperado de: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/05/mundo-deve-produzir-119-bi-de-vacinas-neste-ano.shtml>

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights. Recuperado de: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

XAVIER, R. S. (2011). Accountability e suas Múltiplas Abordagens: um balanço teórico. XXXV ANPAD (pp. 1-14). Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Administração.

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA E O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Celia Barbosa Abreu

Pós-Doutora – Universidade Federal Fluminense
celiabreu@id.uff.br

Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy

Doutoranda – Universidade Federal Fluminense
fabriziadpu@gmail.com

INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se analisar a forma como o Estado brasileiro se comportou no exercício da tutela da saúde de seus cidadãos, especificamente diante da crise verificada pela falta de leitos durante o momento mais crítico, quando o número de contaminados pelo vírus da COVID-19, em estado grave, suplantava a capacidade material do Sistema Único de Saúde. Para tanto, convém dizer que entender a epidemia global é lê-la como um desastre epidemiológico de grau mundial. Qualquer diminuição no alcance da compreensão da COVID-19 que não seja como uma crise desastrosa mundialmente enfrentada, abre espaço para uma má gerência, por parte dos Estados, no controle e combate ao novo coronavírus, e foi nesse contexto a edição da Lei nº 13.979/2020, que previu em rol exemplificativo de medidas a serem adotadas para controle da pandemia.

No entanto, não é novidade que o Sistema Único de Saúde sofre pelo esgotamento de seus recursos. Seja por má gestão, seja pela impossibilidade de o Estado fazer frente aos seus misteres constitucionais de prover medidas de saúde pública para toda população, fato é que o Sistema Único de Saúde, tal qual pensado em 1988 pelo legislador constituinte, não chegou a ser implementado de forma eficiente, e a COVID-19 agravou a situação, impondo verdadeiro desafio para o administrador público, que se viu diante da necessidade de lançar mão de todas as medidas legais aptas à satisfazer a salvaguarda da saúde de todos os cidadãos, indistintamente, especialmente a garantia de acesso ao tratamento médico. A pandemia do novo coronavírus trouxe para o mundo desafios de várias naturezas, espalhando suas consequências nos mais variados setores da sociedade, sendo certo que, em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, as adversidades foram ainda maiores.

O artigo, então, destina-se a examinar a maneira como o Estado brasileiro atuou no exercício da tutela da saúde de seus cidadãos, nomeadamente em face da crise verificada pela falta de leitos durante o momento mais crítico, ocasião em que o número de contaminados pelo vírus da COVID-19, em estado grave, superava a capacidade material do Sistema Único de Saúde. Com o fito de facilitar a atividade do administrador público, foi publicada a supracitada Lei nº 13.979/2020, que previu, entre várias medidas, a possibilidade de o Estado lançar mão do aparato do setor privado de saúde, para atender à demanda do Sistema Único de Saúde, por meio da requisição administrativa. Pretende-se, então, discutir acerca da legitimidade da atuação estatal na requisição de leito da rede privada de saúde para tratamento de todos os contaminados pelo novo coronavírus, indistintamente, isto é, sendo o cidadão com ou sem plano de saúde contratado. A metodologia consistirá na análise bibliográfica, bem como no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o comportamento da Corte no período da crise, especialmente com a leitura do julgado da ADI 6362/DF.

1. O REGIME HÍBRIDO DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A saúde pública, como um bem jurídico tutelado indistinta e universalmente, constitui conquista obtida pelo povo brasileiro, após o processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição da República de 1988. A tutela da saúde, pelo Estado, tal qual prevista no atual sistema constitucional, caracteriza-se como um instrumento que permite a consecução do valor da igualdade material, já que não traça qualquer distinção para que se tenha acesso ao serviço público de assistência à saúde. O direito à saúde pública como disciplinado hoje, difere com os sistemas anteriores à Constituição de 1988. De fato, o mesmo ocorreu em relação aos demais direitos fundamentais, cujo traçado se apresenta de forma intrincada, com avanços e retrocessos, a depender do período histórico, e com o direito à saúde (que é o objeto deste trabalho) não foi diferente.

Não obstante o primeiro organismo internacional voltado para a saúde – a Organização Pan-Americana de Saúde – tenha sido criado no ano de 1902, foi após a Segunda Guerra Mundial, com a tendência de humanização dos direitos que, em 1948, nasceu a Organização Mundial de Saúde – autoridade coordenadora das ações sanitárias no sistema das Nações Unidas, sendo de sua responsabilidade desempenhar função de liderança nos assuntos sanitários mundiais. A criação de um organismo internacional próprio permite se visualizar bem “saúde”

erigido à condição de direito humano fundamental e, por esta razão, de responsabilidade compartilhada por todos os países, exigindo o acesso equitativo e a atenção sanitária, além da defesa coletiva frente às ameaças internacionais – como ocorre nos dias atuais, com o desafio de conter a propagação do novo coronavírus. Portanto, acepção de saúde variou ao longo do tempo, sendo certo que seu conceito *é social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e preconceitos sobre o processo de saúde* (GLOBEKNER, 2011, p. 30).

Hoje, mais do que nunca, a alteração da leitura feita da “saúde”, seu reconhecimento como direito, mostra-se essencial diante do desafio que se tem enfrentado na luta contra a COVID-19. No Brasil, não é diferente. De forma inovadora e condizente com a dignidade humana, vetor axiológico a ser perseguido pelos Estados, a Constituição de 1988 sedimentou a saúde como um direito fundamental a ser garantido a todos os cidadãos. Prevê o artigo 196 da Constituição da República que *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Ademais, cabe ao Estado a organização de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com medidas descentralizadoras, para atendimento integral e com a participação da comunidade – aspecto relevante, que demonstra que a saúde tem um viés democrático e plural, porém que não é objeto do presente trabalho, independente da sua importância –, conforme dita o artigo 198, também da Constituição da República.

Percebe-se, assim que o direito à saúde pública é universal, ou seja, cabe ao Estado adotar medidas para de caráter preventivo (redução do risco de doenças e outros agravos) e o acesso ao tratamento médico, sempre de forma universal, *cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o efetivo acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os níveis de complexidade* (ASENSI, 2013), e equânime, o que *expressa a ideia de justiça social, uma vez que busca reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde* (op.cit).

Por outro lado, paralelamente à saúde pública, também caminha a saúde privada. De fato, quando da Constituição da República de 1988 foi editada, a rede privada de saúde já se encontrava organizada, porém, como anota ASENSI (2013) *a emergência de planos privados de saúde que, pelo seu ineditismo e investimento, tinham preços elevados e uma rede conveniada pequena*, mais do que isso, não havia qualquer controle dos serviços prestados pela rede privada de saúde, possibilitando abusos

pelas empresas privadas e vulnerabilidade de seus usuários, que não tinham proteção como consumidores e, tampouco, intervenção ou intermediação do Estado nas relações privadas ali traçadas. Dessa forma, com a Constituição da República de 1988, foi garantida à livre iniciativa a assistência à saúde, o que não era novidade, exceto pelo fato de estar expressamente previsto a partir da nova norma constitucional. A inovação trazida pelo legislador constituinte para o sistema de assistência privada à saúde reside no controle e na fiscalização realizados por agência especificamente criada para tal fim, atualmente a Agência Nacional de Saúde Suplementar, isto é, que, ainda que sujeita à livre iniciativa, os serviços de saúde privada não deixam de ser influenciados pela atuação estatal promovida por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Importante registrar, neste ponto, que a previsão de controle e fiscalização do serviço privado de saúde, ao contrário de enfraquecer o direito à saúde – sob o equivocado fundamento de diminuir o Sistema Único de Saúde –, enaltece e ergue o direito à saúde a patamar que implica reconhecê-lo, de forma indubitável, como um direito fundamental salvaguardado pelo Estado. Conforme salientam ABREU e TIBÚRCIO (2018) aos cidadãos devem ser garantidos o acesso, a qualidade e a liberdade de escolha dos serviços públicos e das atividades privadas de interesse público, como desdobramento do direito fundamental à boa regulação, isto é, segundo os autores, no caso do direito à saúde, seu reconhecimento como um direito fundamental impõe ao Estado – por meio da ANS – um dever de regulação, resultando no direito fundamental à boa regulação, isto é, como consequência da fundamentalidade do direito à saúde, tem-se o direito-dever estatal de atuar de forma eficiente.

Portanto, tem-se que no Estado brasileiro convivem de forma paralela e singular, inclusive com regimes jurídicos distintos, o serviço público de saúde (saúde pública) e o regime de saúde particular (saúde privada). Nesse contexto, e com fito de delimitar o objeto deste trabalho, deve-se anotar que os termos “saúde pública” e “saúde privada” serão adotados para designar os serviços de assistência à saúde, hospitalar e ambulatorial, seja ela prestado pelo Poder Público (por intermédio do Sistema Único de Saúde⁵⁹) ou prestada pelo particular. Desse

⁵⁹ A observação terminológica apontada é importante em razão da distinção existente na doutrina daquilo que seria “direito à saúde” e “direito sanitário”. Para o presente trabalho será adotado “direito à saúde” entendido como direito subjetivo do indivíduo de se valer dos serviços públicos prestados – ou os que deveriam ser prestados – pelo SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, ou pelo particular de assistência à saúde; entendendo como “direito sanitário” as políticas públicas voltadas para o controle e prevenção de doenças e

modo, estará excluída da análise qualquer conduta estatal voltada para a saúde coletiva, como medidas de prevenção, por exemplo, malgrado se tratar de tema de importante análise e intrínseca relação com a assistência à saúde, porém fora daquilo que se propõe neste momento. Assim, há, no Brasil, um regime híbrido de promoção da saúde, por meio do sistema público de saúde e do sistema privado de saúde.

Atualmente, vive-se a inimaginada situação de uma pandemia, com a ameaça global da contaminação pela COVID-19. O mundo já experimentou epidemias ao longo de toda a história, decerto, mas a pandemia pelo novo coronavírus demonstrou que a globalização, ao facilitar do fluxo de pessoas pelo mundo, também permitiu a rápida propagação do vírus.

No Brasil, a partir de março, iniciou-se o processo de controle da contaminação pelo novo coronavírus, com a adoção de inúmeras medidas estatais com tal fito, inclusive com edição de legislação dispondo sobre medidas voltadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública: a Lei 13979/2020. O referido diploma legislativo, dentre várias medidas adotadas, prevê a possibilidade de utilização do aparato do serviço privado de saúde, pelo Sistema Único de Saúde. A princípio, não se trata de uma inovação, já que a Lei 8080/90 também permite a contratação do serviço privado de saúde para fazer frente à demanda do Sistema Único de Saúde, porém agora, com a pandemia da COVID-19, o tipo de contratação tende a ser imperativa para o próprio ente estatal (inclusive, sob pena de caracterização de omissão), já que há necessidade de salvaguardar vidas em risco pelo agravamento da situação clínica do doente contaminado.

Ademais, ao mesmo tempo em que são traçadas estratégias de controle da propagação do vírus e de tratamento médico do doente contaminado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar também impôs, com sua atuação, medidas estratégicas para assegurar o contratante do serviço de plano de saúde a manutenção do uso de seus benefícios, estendendo a cobertura dos contratos de plano de saúde (incluindo a realização de exame para diagnóstico da COVID-19) e regulando a forma de reajuste anuais desses mesmos contratos.

epidemias de forma ampla e indistinta, não voltando-se diretamente para o indivíduo considerado em si mesmo, e sim para a coletividade, como saneamento básico, a título de exemplo, não sendo este o objeto do presente trabalho, cabendo registrar que o “direito sanitário” tal qual caracterizado, de uma maneira geral, é mister do Estado, ainda que este se valha, eventualmente, do serviço particular, através de contratos administrativos firmado entre ambos.

Percebe-se, assim, um movimento do Estado brasileiro para garantir o direito à saúde da coletividade e do cidadão, considerado individualmente. Ao ascender a saúde à condição de direito fundamental de todos, universalmente, garantiu-se que nenhuma pessoa será alijada de tratamento médico, o que é importante e se vê essencial com a pandemia do novo coronavírus. Hoje, cabe ao Estado adotar medidas para preservar o amplo acesso ao tratamento médico – seja no serviço público de saúde, seja no serviço particular de saúde -, até mesmo impondo medidas de regulação do serviço privado de assistência à saúde. Certo, a obrigação não existiria ou seria mitigada se o direito à saúde não tivesse percorrido todo o seu caminho até o seu reconhecimento como direito fundamental.

2. A REQUISIÇÃO DE BENS PRIVADOS – A NOVA LEITURA DO INSTITUTO ADMINISTRATIVO À LUZ DO DIREITO DOS DESASTRES

Após traçadas as linhas de compreensão do regime híbrido de saúde, deve-se refletir acerca das medidas adotadas pelo Estado brasileiro no combate do novo coronavírus, em especial com a edição da Lei nº13.979/2020. O ponto que se pretende analisar diz respeito à possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada, com a requisição de bens privados de saúde, para auxiliar no tratamento pelo serviço público de saúde, conforme disposto no artigo 3º, VII.

Além disso, deve-se anotar que as premissas abaixo expostas são essenciais para compreensão do paralelo que se traça entre o instituto da requisição de bens particulares para controle do “desastre” do novo coronavírus e sua desestabilização do Sistema Único de Saúde. Entender a epidemia global é lê-la como um desastre epidemiológico de grau mundial. Qualquer diminuição no alcance da compreensão da COVID-19 que não seja como uma crise desastrosa mundialmente enfrentada, abre espaço para uma má gerência, por parte dos Estados, no controle e combate ao novo coronavírus. No Brasil, o conjunto integrado de ações deve ser voltado para a melhor solução do evento sanitário, amenizando os efeitos nocivos, não só na saúde do cidadão, mas também nos aspectos econômico, trabalhista e social. Espera-se, dessa maneira, uma atuação conjunta dos três Poderes e dos entes federativos, como forma de fazer frente às necessidades sociais emergentes.

No contexto nacional, o sistema jurídico apresenta um conceito de desastre no Decreto nº 7257, de 4 de agosto de 2010, cujo artigo 2º, inciso II, que dispõe da seguinte forma: *desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais*. Pode-se tomar de empréstimo a conceituação, evitando-se uma interpretação literal do dispositivo – que diminuiria o alcance de sua proteção – para qualificar a pandemia pelo novo coronavírus um desastre (biológico) e tratá-la como tal, com a adoção de medidas extremas e estabelecendo novos protocolos além daqueles já existentes no sistema jurídico vigente, respondendo eficazmente à emergência vivenciada.

Portanto, o combate ao novo coronavírus deve ocorrer na forma de gestão de crise por desastre, trazendo a leitura a partir de um evento social, uma vez que a pandemia afetou a segurança como um todo, com consequências sanitária, alimentar, comunitária e econômica, de modo que, ampliando a conceituação clássica de “desastre”, permite-se abranger a forma de atuação no combate ao vírus, estendendo a tutela para outros setores sociais. Ao Estado, portanto, incumbe direcionar a atividade da sociedade com o fito de minimizar os efeitos nefastos originados na crise sanitária, fomentando a pesquisa científica para traçar parâmetros de atuação de combate ao vírus, controlando as atividades sociais, incrementando os centros clínicos e hospitais públicos etc.

Assim, a edição da Lei nº 13.979/2020 teve por finalidade, justamente, disciplinar medidas a serem adotadas no enfrentamento do novo coronavírus. Dentre as medidas ali previstas, o diploma legislativo tornou possível a utilização do aparato do serviço privado de saúde, pelo Sistema Único de Saúde. Certamente, não se tratou de inovação, já que a Lei 8080/90 – que disciplina do Sistema Único de Saúde – também permite a contratação do serviço privado de saúde para fazer frente à demanda do sistema público de saúde, porém agora, com a pandemia da COVID-19, o tipo de contratação tende a ser imperativa, já que há necessidade de salvaguardar vidas em risco pelo agravamento da situação clínica do doente contaminado.

De fato, não é novidade a possibilidade de a rede pública de saúde, organizada em seu Sistema Único de Saúde, obter auxílio da rede privada, garantido a justa indenização. A Lei nº 8080/90 (que disciplina o Sistema Único de Saúde), em seu artigo 15, ao estabelecer as atribuições comuns dos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Município), prevê a *requisição de bens privados para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de*

perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização, conforme inciso XIII do dispositivo.

Dessa forma, a Lei nº 13.979/2020, em seu artigo 3º, estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, permitindo que as autoridades poderão requisitar *bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa*, conforme inciso VII. Trata-se, somente, de previsão específica de requisição de bem privado para atendimento de demanda pública, em lei especial, sendo certo que a lei geral (Lei nº 8080/90) já previa tal possibilidade.

De toda sorte, a requisição de bens privados, pelo Estado, é garantida na própria Lei Maior, onde todas as leis infraconstitucionais encontram seu fundamento de validade. De acordo com o artigo 5º, XXV, da Constituição da República, *no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano*. Interpretando de forma sistemática, o legislador constituinte, ao prever que *a propriedade atenderá a sua função social* (artigo 5º, XXIII, da Constituição da República), permitiu que o próprio administrador direcione a propriedade privada para função social específica, quando diante de uma crise (ou *iminente perigo público*).

Ademais, o instituto da requisição, entendido como *modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente*, como dito, tem por fim fazer frente, justamente, *àquele perigo que não somente coloque em risco a coletividade como também que esteja prestes a se consumir ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for adotada* (CARVALHO FILHO, 2005).

Percebe-se, assim, que o instituto da requisição, ao mesmo tempo que se fundamente na supremacia do interesse público, também faz valer tal supremacia, considerando que

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade.

(...)

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativo, mas sim o grupo social como um todo (...) as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. (op. cit.)

Neste ponto, há se de ressaltar que a requisição, de forma alguma, confunde-se com confisco, uma vez que há a devida indenização do particular pelo uso de seu bem. No entanto, *a indenização, caso devida, será sempre a posteriori, ou ulterior, como consigna a Constituição. E a regra é explicável pela situação de urgência que gera a requisição, urgência naturalmente incompatível com o processo moroso de apuração prévia do quanto indenizatório* (op.cit.).

Diante de todo esse contexto, e voltando a ideia acima exposta no sentido de a pandemia ser, indubitavelmente, um desastre, agiu corretamente o legislador infraconstitucional, permitindo ao administrador público recorrer do instituto da requisição para fins de atender ao perigo resultante do novo coronavírus. De fato, foi notória a ampla divulgação do colapso do sistema de saúde, em todo o mundo – e não somente no Brasil, importante registrar. Os países da Europa viveram dias de verdadeiro terror, sem condições de atender toda demanda que surgia nos hospitais, sendo certo que houve verdadeira falência dos hospitais, que chegaram ao ponto de negar atendimento ou selecionar os pacientes para tratamento. No Brasil, não foi diferente.

No entanto, a singularidade do sistema público de saúde, no Brasil, dá ao administrador público uma maior flexibilidade de organização e contenção da crise. Há uma prévia organização de rede hospitalar de atendimento do cidadão, que é administrada pelo próprio Estado, considerando o ônus que lhe foi imposto pelo legislador constituinte, com a universalização da saúde, sendo pública, integral e gratuita. Por outro lado, paralelamente ao funcionamento da rede pública de saúde, há, também, uma vasta rede de serviços privados de saúde, que podem ser objeto de requisição, pelo Estado, de forma legítima e constitucionalmente fundamentada.

Conforme sinalizado anteriormente, o direito à saúde também passou a integrar o bloco de constitucionalidade que constitui cláusula pétrea, não sendo possível sua alteração para sua restrição ou extinção. Ao contrário, como direito fundamental que é, sua interpretação e concepção deve ser a mais ampla e extensa possível.

O direito à saúde ainda se constituiu como cláusula pétrea no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional e pelas legislações posteriores. (ASENSI, 2010, p. 17)

SOARES (2021) sinaliza que é possível reconhecer o direito à saúde como um valor ético da humanidade, elemento presente em todas as dimensões

da cidadania (e em todas as gerações dos direitos humanos) e parte integrante (e necessária) da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, sendo certo que o particular também se submete ao dever de observância dos direitos fundamentais, o setor privado de saúde sujeita-se a todo comando que rege e orienta para consecução das medidas impostas para satisfação do direito à saúde de todos. Mais do que isto – e talvez o argumento mais importante –, não se pode olvidar que a saúde, como direito e garantia, tem uma intrínseca e indissociável relação com a vida. Garantir a saúde do cidadão é proteger a sua vida. Não é crível que se imagine a prevalência da propriedade privada em detrimento da saúde das pessoas, pois se estaria, afinal, flexibilizando o direito de viver.

Sendo assim, constata-se que o instituto da requisição previsto na Lei nº 8080/90 (artigo 15, XIII), como lei geral, e previsto no artigo nº 13.979/2020 (artigo 3º, VII), lei especial, encontram seu fundamento de validade na Constituição da República, no artigo 5º, XXIII. Não seria nem mesmo necessário que houvesse a previsão em ambas as leis infraconstitucionais, considerando a garantia constitucional. No entanto, como movimento de cautela do próprio legislador infraconstitucional, previu-se não só na lei geral, como também na própria lei especial que rege e orienta as ações de combate ao novo coronavírus, a medida de requisição de leito privado para atendimento da demanda do setor público de saúde.

3. O POSICIONAMENTO DO STF: ANÁLISE DA ADI 6362/DF

Entender a pandemia como uma crise sanitária, interpretando-a como verdadeiro desastre, é essencial para que se configure, de forma clara e precisa, a caracterização do “perigo”, requisito necessário para intervenção do Estado na propriedade privada, por meio de requisição de bem privado. Outra leitura não se deve ter acerca do estado de crise que se verifica, em nível mundial, em razão da COVID-19.

A peculiaridade do sistema de saúde Brasileiro, por outro lado, implica na existência concomitante de dois sistemas distintos de serviço de saúde, inclusive com regimentos diferentes. Paralelamente ao sistema público de saúde, universal e gratuito, existe o sistema privado, utilizado somente mediante remuneração (seja por plano de saúde, seja por pagamento direto do consumidor do serviço).

Sabe-se, ademais, que a pandemia da COVID-19 desestabilizou as relações entre particulares, mas também entre os cidadãos e o Estado. Houve, não só no Brasil como também no mundo inteiro, o colapso do sistema de saúde, que não foi capaz de suportar a demanda por atendimentos de urgente do doente contaminado pelo novo coronavírus.

No Brasil, por outro lado, confirmou-se aquilo que há muito já se sabia, isto é, que o Sistema Único de Saúde é frágil e incapaz de atender à toda demanda que lhe é apresentada. No entanto, neste ponto é essencial que se registre que o Sistema Único de Saúde é uma conquista social, fruto de muita luta e com aspecto democrático e plural que não deve ser esquecido. Qualquer crítica que se faça ao Sistema Único de Saúde é direcionada, certamente, a sua gestão, mas não a sua existência, que é essencial para satisfação do direito fundamental à saúde.

Com o fito de traçar estratégias a serem adotadas no combate do novo coronavírus, foi editada a Lei nº 13.979/2020, que conta com várias medidas passíveis de aplicação pelos administradores públicos de todas as esferas federativas, como forma de contenção do vírus. Optou-se, neste trabalho, analisar a norma do artigo 3º, VII, do referido diploma legal.

Dispõe o artigo 3º, VIII, da Lei nº 13.979/2020, que *para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional* (o novo coronavírus, decerto), *as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, medida de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa*. O dispositivo em questão dá o contorno de norma especial à previsão geral de requisição de bens privados, já disposta na Lei nº 8080/90, em seu artigo 15, XIII, sendo certo que ambos os dispositivos encontram seu fundamento de validade na própria Constituição da República, em seu artigo 5º, XXV, conforme verificado no tópico anterior.

O artigo 3º, VIII, da Lei nº 13.979/2020, foi objeto de análise sobre sua validade, no Supremo Tribunal Federal, que se viu diante do questionamento acerca da constitucionalidade do dispositivo na ADI 6362/DF. Na referida medida judicial, a Confederação Nacional de Saúde - hospitais, estabelecimentos e serviços – CNS, questionou vários decretos de diferentes Estados e Municípios que autorizavam a requisição de leitos hospitalares, pelas autoridades locais, quando esgotados os leitos dos hospitais públicos. A entidade questionava a validade da requisição, pelos entes federativos, alegando que haveria, no mínimo, a necessidade de manifestação de tal mister pelo Ministério da Saúde, ao qual competiria a organização de uma ação global e coordenada, a ser observada por todos

os entes federativos. Ademais, também argumentou que enseja insegurança jurídica e viola a livre iniciativa e o direito da propriedade dos estabelecimentos particulares, a requisição de leitos privados, pelo Estado, pois se estaria resolvendo um problema de escassez de equipamentos e leitos do setor público às custas do setor privado, que passaria, então, a ser ainda mais sobrecarregado. Como pedido, a Confederação Nacional de Saúde apresentou o pleito restrição do dispositivo, de modo que a requisição somente ocorresse mediante prévia audiência do particular atingido pela medida, com a devida motivação, valendo-se do princípio da proporcionalidade e da inexistência de alternativa menos gravosa, porém a medida sempre intermediada com atuação do Ministério da Saúde.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não acolheu o pleito apresentado. A ementa do acórdão foi assim editada:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA VOLTADA PARA O CONFRONTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRELIMINAR DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INDISPENSABILIDADE, TODAVIA, DO PRÉVIO SOPESAMENTO DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES SOBRE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. MEDIDA QUE, ADEMAIS, DEVE OBSERVAR OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE NOVOS REQUISITOS PARA A REQUISIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. I - A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional. III - O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus. IV- O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a

competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin). V – Dentre as medidas de combate à pandemia, a Lei 13.979/2020 estabelece que qualquer ente federado poderá lançar mão da “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” (art. 3º, VII). VI – Tais requisições independem do prévio consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de invasão, pela União, das competências comuns atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais, todavia, precisam levar em consideração evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas antes de efetivá-las (art. 3º, § 1º). VII – Como todas as ações estatais, as requisições administrativas precisam balizar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, só podendo ser levadas a cabo após a constatação de que inexistem outras alternativas menos gravosas. VIII- Essa fundamentação haverá de estar devidamente explicitada na exposição de motivos dos atos que venham a impor as requisições, de maneira a permitir o crivo judicial. IX – Ao Judiciário, contudo, é vedado substituir-se ao Executivo ou ao Legislativo na definição de políticas públicas, especialmente aquelas que encontrem previsão em lei, considerado o princípio da separação dos poderes. X - A requisição administrativa configura ato discricionário, que não sofre qualquer condicionamento, tendo em conta o seu caráter unilateral e autoexecutório, bastando que fique configurada a necessidade inadiável da utilização de um bem ou serviço pertencente a particular numa situação de perigo público iminente, sendo por isso inexigível a aquiescência da pessoa natural ou jurídica atingida ou a prévia intervenção do Judiciário. XI - A criação de novos requisitos para as requisições administrativas por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição (art. 3º, caput, VII, da CF e § 7º, III, da Lei 13.979/2020), não se aplica à espécie, dada a clareza e univocidade da disposição legal impugnada. XII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 6362, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-288 DIVULG 07-12-2020 PUBLIC 09-12-2020)

Inicialmente, a Corte reafirmou o federalismo cooperativo que guia a Federação brasileira. Neste sentido, a saúde é um bem a ser tutelado por todos os entes, como se verifica da dicção dos artigos 24, XII, § 1º, e 23, II, ambos combinados com o artigo 196, todos da Constituição da República. Dessa forma, a tutela da saúde cabe a qualquer das unidades federadas, independentemente de qualquer autorização de outros níveis governamentais, sendo certo, inclusive, que a omissão do ente federativo poderá, até mesmo, constituir ato de omissão passível de questionamento acerca da responsabilidade civil do Estado. Não há, por-

tanto, qualquer hierarquia entre os entes, e a divisão de atribuições (competências), prevista na Lei Maior, impõe o dever de todos os entes federativos de tutelar o direito à saúde.

HERMANY e MACHADO (2021) salientam que

... o pressuposto fundamental de toda a decisão deve ser a proteção ao direito à saúde, erigido como fundamento da ordem constitucional brasileira, forte em seu artigo 5, *caput*, bem como o que determina o §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 que obriga que as determinações de quaisquer das esferas sejam motivadas por evidências científicas. Logo, o processo de cooperação e de múltiplo campo decisório deve se dar de forma cooperativa e coerente com razões médicas sem que a discricionariedade política tenha espaço, haja vista que política e combate a pandemia da Covid-19 são elementos incompatíveis.

Dessa forma, os Estados e Municípios, cujos administradores públicos encontram-se próximos aos problemas e peculiaridades locais, possuem condições melhores de análise da situação regionalizada. Por certo, o que é realidade em um local pode não ser em outro – por exemplo, o número de hospitais públicos na cidade do Rio de Janeiro não é o mesmo da cidade de São José de Ribamar, no Maranhão. Torna-se efetiva a atuação estatal quando se tem conhecimento daquilo que é específico da região. Não por outra razão, que o próprio Sistema Único de Saúde prevê que *as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada*, organizada de forma *descentralização, com direção única em cada esfera de governo*, como determina o artigo 198 *caput* e inciso I, da Constituição da República.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal afastou a necessidade de prévia autorização ou orientação do Ministério da Saúde, para que os Estados e Municípios requisitassem bens ou serviços privados de saúde, para atender à demanda do novo coronavírus.

A argumentação no sentido de que a requisição de leitos particulares, pelo Estado, acarreta insegurança jurídica e viola a livre iniciativa e o direito da propriedade dos estabelecimentos particulares, também não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. A requisição administrativa é prevista e autorizada pelo próprio legislador constituinte, em seu artigo 5º, XXV. Não se trata de uma inovação legislativa, sendo certo que respaldada na supremacia do interesse público em detrimento do particular e, no caso específico da Lei nº 13.979/2020, com o fito de proteção da saúde de toda coletividade ameaçada pelo novo coronavírus. Ademais, a necessidade de motivação apropriada do ato de requisição é requisitos

essencial para a sua validade (e é atribuição da autoridade administrativa que edita o ato de requisição, devendo demonstrar o motivo da medida e a inexistência de outras soluções, no caso concreto), assim como a comprovação de perigo e atendimento de interesse coletivo, como é o caso. Não há qualquer ilegalidade na norma.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a validade da norma do artigo 3º, VII, da Lei nº 13.979/2020, corroborou com a previsão do legislador infraconstitucional, permitindo aos administradores públicos dos variados níveis federativos, lançarem mão de todas as medidas necessárias para a tutela e salvaguarda da saúde dos cidadãos, indistintamente considerados. Protegeu-se, portanto, o direito à saúde e a igualdade de acesso aos seus serviços.

CONCLUSÃO

O modelo de universalização do direito à saúde idealizado no movimento sanitarista foi adotado na Constituição de 1988. Ao lado da garantia da assistência pública de saúde, também foi dada a particular a exploração do mercado de assistência à saúde, porém sujeitando-se à regulação e à fiscalização, pelo Estado, por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. O resultado do regime híbrido adotado pelo legislador constituinte não se apresenta como uma contradição, e sim como verdadeiro reconhecimento da saúde como direito fundamental, impondo um duplo dever do Estado, que deve adotar medidas para o fornecimento gratuito e universal de serviços de saúde, bem como fiscalizar e regular o mercado de saúde privada.

Não se permite qualquer tipo de flexibilização ou se aceita a ineficácia do direito à saúde, sob pena de se ir de encontro àquilo que foi traçada como uma verdadeira luta social. A universalidade do direito à saúde, tal como garantida na Constituição de 1988, é reflexo de árdua discussão e atende ao vetor axiológico da dignidade da pessoa humana. Mais do que nunca, diante da crise sanitária instaurada pelo novo coronavírus, o acesso à assistência à saúde é (como sempre deveria ter sido) dever imperioso do Estado.

A pandemia da COVID-19 fez o mundo se voltar para aquilo há muito esquecido: a necessidade de se garantir o amplo acesso à saúde. A crise sanitária trouxe diversas reflexões de ordem econômica e social, questionamentos acerca do formato moderno de Estado, mas principalmente a necessidade de a saúde

ser garantida de forma universal. A globalização trouxe junto dela uma uniformidade das necessidades humanas, no que diz respeito ao direito à saúde.

A leitura do direito à saúde no decorrer do tempo permite a visualização da conquista social da saúde garantida como um direito universal. Possivelmente, sem o formato do direito à saúde que se tem hoje na Constituição de 1988, a crise sanitária seria ainda mais fatal do que vem sendo, uma vez que estariam alijados os indivíduos sem condição de arcar com o pagamento de tratamento médico – o que é comum no país como o Brasil, que é pobre e hoje, novamente, volta a experimentar a miséria de parte de sua população – como também se abriria espaço para o abuso de poder do particular que presta serviço de assistência à saúde, o que é coibido por meio de instituição estatal voltada para a regulação e fiscalização dos serviços privados de saúde (a Agência Nacional de Saúde Suplementar), da mesma forma constituindo uma conquista do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. *REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS*, v. 5, p. 209, 2018.

ASENSI, Felipe Dutra. Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

_____. Direito à Saúde – Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Forum, 2013.

CARVALHO, Delton Winter. A Natureza Jurídica da Pandemia Covid-19 como um Desastre Biológico: um ponto de partida necessário para o direito. Disponível em <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rt-1017-a-natureza-juridica-da-pandemia-covid-19-2.pdf>. Último acesso em 17/11/2020

_____; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Direito dos Desastres. 1ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2013. Edição Kindle.

- DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas*. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/re-vlad/cont/1/art/art5.pdf>, acesso em 28 de maio de 2013.
- FLEURY, Sonia. Revisitando “a questão democrática na área da saúde”: quase 30 anos depois. In: *Saúde em Debate*. Rio de Janeiro, v. 33, n.81, jan./abr., 2009.
- GLOBEKNER, Osimir Antonio. *A Saúde entre o Público e o Privado – o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.
- OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Participação, Saúde e Direito na Assembleia Nacional Constituinte: um resgate do debate*. In: *Anais do XIV Congresso do CONPEDI*.
- REAFFRAY, Ana Paula Orila. *Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ROLLA, Giancarlo. *La Concepcion de los Derechos Fundamentales em el Constitucionalismo Latinoamericano*. Disponível em: <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Rolla3.pdf>, acesso em 28 de maio de 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- SOARES, Wladimir Tadeu Baptista. *Cidadania, Democracia e Direito à Saúde*. In FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Antón Lois; HANSEN, Gilvan Luiz; SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo (Orgs.). *Ciudadanía en una perspectiva global*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021.

PAINEL 11:
Gestão institucional e
conflitos socioambiental

A IMPORTÂNCIA DOS RIOS VOADORES E O IMPACTO BIOLÓGICO, SOCIAL E ECONÔMICO DA DEVASTAÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA PARA A HUMANIDADE

Juliana Gerent

Doutora em Direito Ambiental Internacional
jgerent@gmail.com

Gustavo Felipe Berça Ogata

Universidade Estadual de Maringá (UEM), Maringá/PR, Brasil
ra109227@uem.br

Fabírcia Garla Pismel

Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina/PR, Brasil
fabriaciapismel@hotmail.com

1. RIOS VOADORES E FLORESTA AMAZÔNICA: DEFINIÇÃO, PROCESSO DE FORMAÇÃO E IMPORTÂNCIA

A denominação “rios voadores” advém da colossal quantidade de água, sob a forma de vapor, que se desloca diariamente do Oceano para o continente e, posteriormente, se locomove entre as mais variadas regiões. (PENA). Essas massas de vapor de água transportadas na atmosfera são tão grandes que equivalham ou até mesmo ultrapassam a quantidade de água transportada pelos rios terrestres (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; LEGNAIOLI; IAS, 2020).

O fenômeno dos rios voadores ocorre a partir da formação de grandes volumes de vapor de água na atmosfera, que são deslocados por meio da ação das correntes de ar, formando, assim, cursos de água que sobrevoam diversas regiões. Esses verdadeiros rios, apesar de serem invisíveis a olho nu, são responsáveis por transportar uma quantidade gigantesca de gotículas de água através dos fluxos de ar, levando, assim, umidade às localidades por eles abrangidas (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; LEGNAIOLI).

Todo o processo de formação dos rios voadores se inicia a partir da evaporação das águas do oceano Atlântico, que ocorre principalmente na região de sua faixa equatorial, devido à maior incidência de calor e energia solar. As correntes de ar, mais especificamente os ventos alísios, fazem com que as grandes massas de vapor de água sejam transportadas do oceano para o continente (LEGNAIOLI).

Como se fosse uma bomba de água, a Floresta Amazônica atrai as massas de vapor de água, fazendo com que ocorra sua precipitação na Floresta, sob a forma de chuva. Parte significativa da água das chuvas que caem sobre a mencionada região é devolvida à atmosfera por meio da evapotranspiração. Este processo consiste na perda de água da vegetação e do solo, por meio da transpiração e da evaporação, respectivamente, fazendo com que a água que está em estado líquido passe para a atmosfera em estado gasoso. (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; PENA).

Quando alcançam aquela que é considerada a maior floresta do mundo, os rios voadores são renovados, na medida em que fornecem água à Floresta por meio da chuva e, ao mesmo tempo, recebem grandes quantidades de vapor de água provenientes do processo de evaporação e transpiração do solo e das plantas (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; LEGNAIOLI; IAS, 2020).

Após serem alimentados e restaurados pela Floresta Amazônica, os rios aéreos continuam sendo impulsionados pelas correntes de ar, até que atinjam a Cordilheira dos Andes. Essa barreira natural provoca a condensação das massas de vapor de água e, assim, dá origem às chuvas que permitem a formação das cabeceiras dos rios existentes na região amazônica, incluindo o rio Amazonas e seus afluentes (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES).

Além de fazer com que o vapor de água carregado pelos rios voadores se precipite como chuva na região, a Cordilheira dos Andes possui a função de desviar os cursos das massas de água em estado gasoso, direcionando-as para outros países, como a Bolívia e o Paraguai, e também para estados brasileiros, como o Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e São Paulo, podendo alcançar ainda os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Posteriormente, os rios aéreos acabam por se dissipar pelos países fronteiriços ao Brasil, tal qual a Argentina. (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; LEGNAIOLI).

É assim que a formação e a manutenção dos rios voadores atua e contribui para que parte da umidade advinda da Floresta Amazônica chegue às regiões Sudeste, Centro-Oeste e Sul do Brasil, bem como em territórios internacionais, a exemplo dos países já mencionados. A precipitação de chuvas nessas regiões possibilita a irrigação natural da agricultura e de toda a vegetação nativa, bem como o abastecimento de rios e reservatórios de água, interferindo, dessa maneira, no desenvolvimento e conservação das mais diversas formas de vida,

no clima, na produção de energia, na qualidade de vida, no bem-estar e na economia. (LEGNAIOLI; IAS, 2020).

Observa-se, dessa forma, que a ocorrência do fenômeno dos rios voadores possui relevância internacional, na medida em que afeta os mais diversos ecossistemas existentes no Brasil e também em países vizinhos. Desde a evaporação das águas na região equatorial do Oceano Atlântico, passando pela Floresta Amazônica e pela Cordilheira dos Andes, até atingir mais de cinco estados brasileiros para finalmente se dissipar pelos países fronteiriços, os rios voadores influenciam, em todas essas regiões por eles perpassadas, no clima, na precipitação das chuvas, na alimentação de rios, entre outros diversos fatores destes decorrentes.

É notável que a Floresta Amazônica contribui de forma extremamente significativa para a formação e conservação dos rios voadores. Isto porque as árvores desempenham, entre suas mais diversas funções, o importante papel de fornecer imensa quantidade de vapor de água para a atmosfera, por meio da transpiração, alimentando, assim, os rios aéreos. (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; LEGNAIOLI; IAS, 2020).

Estudos realizados pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA) revelam que a quantidade de vapor de água devolvida à atmosfera pela Floresta Amazônica pode ultrapassar a vazão do rio Amazonas, que é de 2000.000 m³/s (duzentos mil metros cúbicos por segundo). As pesquisas constatam, ainda, que uma árvore com copa de 10 metros de diâmetro pode evaporar mais de 300 litros de água em apenas um dia, sendo que essa quantidade pode ser consideravelmente superior a 1.000 litros de água por dia quando a copa da árvore possui 20 metros de diâmetro (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES).

Com relação à Floresta Amazônica, há ainda outras relevantes informações e dados que merecem destaque. O mencionado bioma abrange outros nove países além do Brasil, está presente em mais de cinco Estados do País e ocupa área total de 4.196.943 Km², o que equivale a mais de 40% do território brasileiro (IBF, 2021).

A significância da Floresta não está relacionada apenas à sua vasta extensão e à quantidade de plantas e animais por ela abrigados, mas, principalmente, no fato de que ela incorpora diversos ecossistemas, que variam desde florestas de terra firme, até campos alagados e refúgios montanhosos (IBF, 2021). Isto é,

não apenas a quantidade, mas a variedade da fauna e da flora existente nesse bioma faz com ele seja extremamente importante.

A riqueza da biodiversidade da Floresta Amazônica é tão expressiva que, segundo pesquisas realizadas, há 30 milhões de espécies de animais na Amazônia, sendo algumas delas ainda desconhecidas pelo ser humano (IBF, 2021). Ademais, estima-se que foi estudado o potencial medicinal de menos de 0,5% das espécies de plantas havidas no local (WWF, 2021).

Não bastasse a expressiva variedade de espécies de plantas e animais abrigadas por esse ecossistema, a Floresta Amazônica também se destaca por suas características hídricas. A maior bacia hidrográfica do mundo está na região amazônica. O rio Amazonas, preponderante nesta bacia, é o maior rio do mundo, tanto com relação ao volume de suas águas, quanto em relação à extensão por ele ocupada. Ele e outros rios, de variados portes, contribuem para a grande concentração de água na bacia Amazônica, região na qual circulam aproximadamente 20% das águas doces do planeta (SUÇUARANA).

Ao contrário do que se pensa e do que sugere a exuberante vegetação existente na região amazônica, o solo do local não é muito fértil. Isto se deve à grande quantidade de chuvas que se precipitam na região e que retiram grandes quantidades de nutrientes do solo, dando origem ao processo denominado de lixiviação. Apenas uma pequena camada de proteção se forma a partir da decomposição dos animais mortos e dos vegetais que caem sobre o solo, repondo, assim, parte dos nutrientes levados pelas águas das chuvas (SUÇUARANA).

Nesse sentido, é possível observar que a conservação da vegetação nativa é extremamente importante para a própria manutenção da Floresta Amazônica. Removendo-se a biomassa vegetal, por meio do desmatamento, das queimadas ou de outros métodos de degradação ambiental, o solo, que já sofre com o processo de lixiviação, fica exposto às intempéries e perde ainda mais nutrientes, o que dificulta o cultivo e o crescimento de novas formas de vida vegetal e consequentemente, interfere no habitat e na vida animal (FREITAS).

Como se isso não fosse suficientemente prejudicial ao bioma e à biodiversidade, tem-se ainda que determinados métodos empregados na destruição da Floresta Amazônica podem ser ainda mais nocivos e danosos ao solo, como ocorre no caso das queimadas. O fogo afeta negativamente o solo, de maneira ainda mais acentuada que outros processos de destruição, na medida em que

consome importantes substâncias químicas necessárias ao saudável desenvolvimento e crescimento das plantas, como por exemplo o fósforo, o nitrogênio e o potássio (REVISTA AGROPECUÁRIA).

A redução da área de cobertura vegetal existente na Floresta Amazônica causa muitos impactos negativos, nas mais diversas áreas e nos mais variados aspectos, provocando severas consequências nos mais diferentes âmbitos da vida no Planeta como um todo. A danificação do mencionado bioma causa perda na biodiversidade de plantas e animais, empobrecimento do solo, diminuição da concentração de umidade e da água em diversas regiões, poluição dos rios, redução dos sequestros de gases que contribuem para o aumento do efeito estufa, entre outros fatores negativos.

2. A DEVASTAÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A degradação da Floresta Amazônica, que possui características ímpares responsáveis por fazer com que esse ecossistema seja tão rico e tão fundamental para a manutenção das mais diversas formas de vida, provoca grandes impactos negativos, sob o ponto de vista sócio-político-econômico e ambiental e acarreta consequências a nível nacional, continental e global.

Entre os métodos mais comumente utilizados para devastar a vegetação nativa local, pode-se citar o desmatamento e as queimadas. Essas duas formas de destruição da biomassa vegetal possuem, muitas vezes, o objetivo de abrir espaço para possibilitar a prática da agropecuária e da agricultura. Tais atividades exigem grandes quantidades de terras para seu adequado e lucrativo desenvolvimento, razão pela qual implicam na destruição de enormes áreas de floresta, transformando-as em pastagens para a criação de bovinos ou em plantações (ÁTILA; MORAES).

A prática desregrada do desmatamento e das queimadas interfere de forma expressivamente negativa na fauna e na flora da região atingida, podendo provocar alterações e perdas na biodiversidade, extinção de espécies, migração forçada de animais, ausência ou insuficiência de alimentos para eles, destruição de seu habitat natural, erosão e infertilidade do solo, diminuição da evapotranspiração, da umidade e da concentração de água no local (MORAES).

As consequências negativas desses métodos, no entanto, não se restringem à região em que eles são colocados em prática. Não se pode olvidar que a

natureza não possui fronteiras, de modo que todos os ecossistemas estão intrinsecamente conectados e interligados. Assim sendo, a interferência realizada em uma determinada região, seja ela positiva ou negativa, pode afetar significativamente o meio ambiente como um todo.

Diante disso, a devastação da Floresta Amazônica, seja por meio de desmatamento, de queimadas ou outros métodos nocivos, não causa apenas a perda da biodiversidade local. A diminuição da quantidade de plantas provoca a redução da transpiração por elas realizada, com a consequente atenuação da quantidade das massas de vapor de água na atmosfera, o que interfere na formação dos rios voadores (MORAES).

O desfalque dos rios aéreos ocasiona depreciação na quantidade de água precipitada sob a forma de chuva na própria Floresta Amazônica e em todas as regiões atingidas pelos rios voadores, incluindo países vizinhos ao Brasil, a Cordilheira dos Andes, e diversos estados brasileiros, afetando os mais diferentes ecossistemas e todas as formas de vida neles existentes (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; MORAES).

Por sua vez, o rebaixamento da quantidade de chuvas influencia negativamente no abastecimento dos rios, das bacias hídricas e dos reservatórios de água, diminuindo também a irrigação do solo e da vegetação. Consequentemente, o clima também é afetado, pois se torna mais seco e quente devido à ausência de umidade no ar e no solo. A mudança no clima, por sua vez, acaba por influenciar no crescimento das mais variadas espécies de plantas e animais, prejudicando a biodiversidade e o desenvolvimento do meio ambiente em sua integralidade. (EXPEDIÇÃO DOS RIOS VOADORES; MORAES).

Está-se, portanto, diante de um círculo vicioso. A falta de vegetação interfere na qualidade do solo e no ciclo de água, diminuindo a quantidade e a concentração desse recurso natural no local. Com a menor disponibilidade dessa substância tão essencial para a manutenção da vida no Planeta, há maior dificuldade de cultivo e desenvolvimento dos animais e plantas, influenciando, assim, na biodiversidade, na evapotranspiração da água e na consequente continuidade de seu ciclo.

Insta salientar que a drástica redução da vegetação da Floresta Amazônica somada às consequentes alterações climáticas advindas da sua degradação ocasiona um processo de savanização da Floresta, que passa a adquirir caracte-

rísticas do bioma da caatinga e do cerrado. Como a alteração do referido ecossistema afeta diversas outras regiões, estas também poderiam passar por um processo semelhante, o de desertificação, que consiste na transformação de áreas de caatinga e cerrado em desertos (BR CARBON, 2021).

Destaca-se, ainda, que a umidade proveniente da Floresta Amazônica é responsável por amenizar os efeitos da circulação das grandes quantidades de ar quente existentes na região da linha do Equador, as quais fazem com que o ambiente nessa localidade tenha maior tendência a se tornar árido e seco (SANTOS, 2020). Prova disso é que na região intertropical (aquela compreendida entre o Trópico de Câncer e o Trópico de Capricórnio), mas em longitudes diferentes, se encontram tanto a região sul do Brasil quanto o deserto australiano (DANTAS; CERQUEIRA).

Ou seja, a devastação e a degradação da biomassa vegetal existente na Floresta Amazônica podem prejudicar severamente a umidade, o regime de chuvas e o clima, tanto do próprio local quanto das regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul do Brasil, a ponto de propiciar a ocorrência do processo de desertificação no Sul do país devido à contínua e intensa incidência de ar quente na faixa Equatorial e intertropical (BR CARBON, 2021; SANTOS, 2020).

Conforme já mencionado, toda a interferência realizada na Floresta Amazônica provoca consequências a curto, médio e longo prazos, a depender do tipo e da intensidade da intervenção realizada. Os sintomas negativos decorrentes da prática de atos prejudiciais à preservação do bioma referenciado afetam a vida animal, vegetal e humana, bem como a própria natureza e o meio ambiente em sua totalidade.

Com as significativas mudanças ocorridas a partir da alteração dos diversos ecossistemas, do meio ambiente e, por conseguinte, do clima, haverá, inevitavelmente, modificações expressivas e, quiçá, irreversíveis no modo e nas formas de vida como se conhece atualmente. Não só porque toda essa transformação pode ocasionar a extinção de diversas espécies animais e vegetais, mas também porque as consequências ora explicitadas afetam diretamente o modo de vida humano, em sua economia, em sua alimentação, nos recursos naturais e matérias-primas disponíveis, entre outros aspectos.

Todas as formas de vida existentes no Planeta dependem da conservação, preservação e manutenção do meio ambiente para sua sobrevivência. Em que pese essa relevância tão notória e a urgência da adoção de medidas capazes

de reverter o quadro de devastação existente não apenas na Amazônia, mas em tantos outros ecossistemas e biomas encontrados no Brasil e no mundo, prioriza-se, infelizmente, a economia e a obtenção de lucro a qualquer custo.

Esquece-se, entretanto, que a degradação do meio ambiente também provoca consequências extremamente negativas com relação ao aspecto econômico. Aliás, a partir de todo o exposto, é possível notar um fato que, apesar de paradoxal, é, no mínimo, interessante: a Floresta Amazônica auxilia o agronegócio, ao passo em que o agronegócio é, muitas vezes, responsável por causar prejuízos à Floresta Amazônica.

Isto se dá na medida em que a Floresta desempenha fundamental papel na regulação do regime de chuvas e no clima de diversas regiões brasileiras, fatores estes que interferem diretamente no plantio e no cultivo, seja de capim, para a criação de gado, ou de culturas como soja, milho e mandioca.

Embora a contribuição dada pela Floresta seja imensurável, muitos são aqueles que devastam e destroem gigantescos espaços de mata e vegetação nativas daquele ecossistema com a finalidade de obter lucro por meio da atividade agropecuária e da agricultura. Ao mesmo tempo, o desmatamento provoca a diminuição da irrigação natural, ante a queda da umidade e da quantidade de chuvas, o que acaba por prejudicar o agronegócio.

3. A DEVASTAÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

No presente trabalho, a análise do Direito Internacional será restringida a princípios característicos e adotados pela escola realista. Para tanto, faz-se necessário tecer algumas explicações principiológicas, a fim de delimitar o entendimento, à luz do Direito Internacional, de questões atinentes ao tema aqui desenvolvido.

In *prima facie*, a compreensão principal, que é ponto de partida para discussões no âmbito da referida escola, é a questão do poder quando compreendido junto aos fatores internacionais. De acordo com algumas vertentes, o Estado deve buscar o poder em si mesmo, enquanto para outros o fator de maior importância é o equilíbrio.

O fator norteador para a pesquisa ora desenvolvida é a análise do desequilíbrio entre os Estados que está ocorrendo e que irá se agravar caso as questões

ambientais não sejam repensadas, em especial no que tange aos casos de desmatamento da Floresta Amazônica. A devastação desse ecossistema desencadeia uma série de entraves ambientais, políticos e socioeconômicos, seja em perspectiva nacional, continental ou mundial.

Nesse sentido, não seria lógico analisar a escola liberal, por exemplo, pois essa corrente enfatiza ganhos absolutos, quais sejam, aqueles que os Estados auferem conjuntamente. Em um cenário de escassez decorrente das alterações climáticas que desencadearão desequilíbrios catastróficos no cenário global, a linha de raciocínio que mais faz sentido ser adotada é a dos ganhos relativos, uma vez que os Estados com maior força política e econômica iriam não apenas se sobrepor aos demais, como também obter maiores ganhos em relação a eles (NOGUEIRA; MASSARI, 2005).

Pode-se citar como exemplo da mencionada sistemática a questão das vacinas e suprimentos hospitalares em tempos de pandemia causada pela COVID-19, em que países com maior poder político e econômico, a exemplo dos Estados Unidos da América, compraram aviões carregados de tais insumos de outros países, ofertando o triplo do valor pago por eles (BBC, 2020).

Logo, nesta hipótese, adentramos na seara do poder versus sobrevivência. Morgenthau observa que os Estados buscam o poder a fim de manter seu status quo, expandir ou ser prestigiado, enquanto Waltz, por outro lado, enxerga o poder como uma forma de garantir a sobrevivência junto da segurança (NOGUEIRA; MASSARI, 2005, p. 29). Este trabalho é norteado pelo último entendimento.

Tem-se, assim, que, para sua sobrevivência, o Estado mobilizará todos os seus recursos e capacidades com a finalidade de submeter os demais países aos seus próprios interesses. Dessa maneira, os objetivos de qualquer governante são válidos tão somente quando promovem (ou visam a promoção) da tutela do objetivo primordial, que é a sobrevivência.

Portanto, quando existe uma questão que gera grande ameaça aos Estados – como ocorre no caso do crescente desmatamento da Floresta Amazônica, ante as consequências derivadas deste processo de degradação a médio e longo prazos – a guerra pela sobrevivência, com o uso eminente da força, torna-se algo inevitável, caso não haja uma abordagem séria da questão ambiental no Brasil.

4. CONSEQUÊNCIAS SOCIOECONÔMICAS ADVINDAS DO DESMATAMENTO DA FLORESTA AMAZÔNICA

Como já abordado em tópicos anteriores, a evapotranspiração da Floresta Amazônica aliada às correntes de ar advindas do Oceano Atlântico são responsáveis pela umidade e pelas chuvas que caem sobre a Bolívia, Paraguai e estados brasileiros, como, principalmente, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e São Paulo.

Tendo em mente a extrema importância da Floresta Amazônica para a regulação do regime de chuvas e do clima de diversas regiões do Brasil, passa-se à análise de alguns dados relevantes para demonstrar a gravidade e a enorme proporção das consequências resultantes da destruição da floresta que corresponde à maior área de cobertura vegetal existente no País.

O Brasil é o quarto maior produtor de grãos (G1, 2021) e o maior exportador de carne bovina do mundo (EMBRAPA, 2021). Considerando esses fatos, é importante ressaltar que R\$ 2 trilhões, equivalentes a 26,6% do PIB brasileiro em 2020 (que atingiu o valor total de R\$ 7,45 trilhões), vem do agronegócio (CNA, 2021).

Em 2020, cerca de 47% da produção de grãos do Brasil foram produzidos apenas na região Centro-Oeste (ESTADÃO, 2020). Ademais, os Estados do Mato Grosso e São Paulo são os maiores exportadores de carne bovina do país, faturando, respectivamente, US\$ 1,63 bilhões e US\$ 1,45 bilhões (CANAL RURAL, 2021). Diante de tais dados, é alarmante a situação futura em termos socioeconômicos (nacional e internacionalmente), caso não sejam tomadas providências a respeito da crescente degradação da Floresta Amazônica.

Sendo o Brasil um dos grandes celeiros do mundo, responsável pelo abastecimento de diversos países com grãos e proteína animal, a desertificação ocasionada pela escassez de chuvas irá surtir diversas consequências, dentre elas: a) desemprego; b) diminuição crítica da segurança alimentar (que já é baixa no país); c) violência entre o corpo social e, até mesmo, entre os governantes, a fim de lutar pelos recursos escassos. Cumpre salientar que a falta de recursos hídricos afeta diretamente o agronegócio, que consumiu, no ano de 2017, o correspondente a 97,4% do total da quantidade de água existente no País (ISTO É, 2020).

No que tange à situação do desemprego, restringindo-se sua análise ao agronegócio, tem-se os seguintes dados: 1) no ano de 2020, o saldo de emprega-

dos estáveis no agronegócio era de 18,3 milhões, o que equivale a 20% dos brasileiros empregados (AGROSABER, 2020), tendo sido criados mais 61.637 novos postos de trabalho com carteira assinada no período compreendido entre os anos de 2020 a 2021 (G1, 2021); 2) no 2º trimestre de 2021, havia 14,4 milhões de desempregados e 5,6 milhões de desalentados (IBGE, 2021), sendo que, dos 86,7 milhões de trabalhadores empregados no Brasil, 34,7 milhões (cerca de 40%), eram trabalhadores informais no fim do trimestre, em maio de 2021 (JACINTHO, 2021). Dessa forma, o panorama é crítico, não havendo possibilidade de se suportar mais perdas. Insta ressaltar que, em um cenário de desertificação, o desemprego não se limitará ao agronegócio, mas abrangerá todas as áreas.

Quando se verifica os níveis de segurança alimentar do brasileiro, é possível observar o modo como a fome influencia diversos aspectos e setores, sendo alguns deles a dignidade da pessoa humana, a saúde pública e a segurança pública. De acordo com Saath e Facinello (2018), a fome está intimamente ligada à criminalidade e à prostituição, vez que, segundo os autores, a falta de alimento leva ao desespero e isso afeta a capacidade de julgamento das pessoas. Já no campo da saúde, há o aumento de doenças como o raquitismo, deficiências de vitaminas, subdesenvolvimento do cérebro em crianças, retardo mental, dano cerebral irreversível e baixa do sistema imunológico (ALVES, 2020; BARANIUK, 2019).

Considerando a situação hipotética de escassez, verificamos um cenário de guerra de todos contra todos, seja entre o próprio corpo social, seja entre governantes. Esse cenário pode ser facilmente exemplificado pelo caso das vacinas que foi apontado em tópico anterior. Milhares de pessoas se aglomerando na porta dos postos de saúde, governos estaduais e municipais em luta com o Governo Federal e este, por sua vez, com governos de outras nações. Todos estavam sem direção. E, apesar de haver uma tardia normalização, a desordem custou a vida de mais de 600 mil de brasileiros e cerca de 4,83 milhões de pessoas no mundo (SAMPAIO, 2021; LISTER, SHUKLA, BOBILLE, 2020).

A fome e a escassez de recursos causam danos irreversíveis e sempre muito agudos. Assim, é inaceitável que consequências tão críticas à sociedade sejam ignoradas e potencializadas pela política (nacional e internacional). O Brasil tem sido muito pressionado por organismos internacionais, conforme se verificou com a realização, em 2021, da 26ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática – COP26 (SPRING, PARAGUASSU, 2021).

Embora o País tenha assumido diversos compromissos extremamente rígidos com o objetivo de combater o desmatamento (SPRING, PARAGUASSU, 2021), as práticas levadas a cabo pela política interna demonstram nada mais do que indícios de hipocrisia. O Projeto de Lei nº 2.633/201, conhecido como “PL da grilagem”, evidencia que as medidas adotadas internamente são completamente avessas aos compromissos firmados, na medida em que o referido Projeto, aprovado em agosto de 2021 pela Câmara dos Deputados, visa legalizar a invasão de terras públicas, o que certamente facilitará ainda mais o desmatamento, sobretudo da Floresta Amazônica. Ressalta-se que a região já tem sofrido drasticamente com a desflorestação, ante os índices recordes de desmatamento na região no ano de 2021 (O GLOBO, 2021).

Quanto mais o Governo se contradiz, maior é a perda de legitimidade e, por consequência, ocorre o aumento do poder paralelo. Esse fato pode ser exemplificado, no que tange aos crimes ambientais, a partir da análise das madeireiras e garimpos ilegais. Os criminosos arquitetam grandes esquemas, buscando romper servidores, seja através do suborno, seja pelo emprego da violência.

Criam-se leis próprias e um Estado paralelo, assim como ocorre atualmente nas periferias dos grandes centros urbanos. Nessas localidades, o acesso dos fiscais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) é extremamente limitado e arriscado. Porém, quando realizada abordagem assertiva, com destruição de máquinas utilizadas em atividades ilegais (o que faz parte do protocolo e está amparado pelo texto da lei), os servidores são repreendidos e até mesmo exonerados (WERNECK, 2021).

Diante disso, apresentam-se como críticos os danos causados pela ausência de preservação da Floresta Amazônica, principalmente em um país que possui tantas pessoas em situação de vulnerabilidade. Ocorre que, conforme apontado, observa-se um forte movimento, por parte do Governo, contrário à preservação do referido bioma, ante a existência de uma política da impunidade dos criminosos ambientais, que, em certa medida, são até mesmo beneficiados pelo governo.

Muita ênfase foi dada na questão econômica, especialmente no que tange o encerramento de empresas, mesmo enquanto a população estava e ainda está sem uma direção. Dessa forma, caso a abordagem da questão por meio do viés

¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252589>.

ambiental e humanitário não sejam suficientes para provocar algum tipo de mudança, neste tópico foram apresentados fatores econômicos decorrentes da devastação da Floresta Amazônica, justamente com o objetivo de alertar e demonstrar que sem Floresta não há vida.

5. CONCLUSÕES: AS EXTENSÕES DOS DANOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

À luz do exposto, caso não haja cooperação internacional, sobretudo do Brasil, Peru, Venezuela, Colômbia, Bolívia, Guiana, Suriname, Equador e Guiana Francesa (países abrangidos pela Floresta Amazônica), ocorrerão severas alterações climáticas, que irão acarretar impasses políticos e socioeconômicos. Isto porque, caso não haja Floresta, não haverá a evapotranspiração de cerca de 20 trilhões de litros de água diários, bem como o entorno de 17 trilhões de litros diários do Rio Amazonas no Oceano Atlântico e sequestro de gases do efeito estufa (MOSS, et al., 2014).

Tais consequências, a médio e longo prazos, causarão elevações da temperatura, diminuição progressiva de chuvas, possível seca dos rios voadores, seca de rios e desertificação, vez que a Amazônia é a “cabeceira dos mananciais aéreos da maior parte das chuvas na América do Sul” (NOBRE, 2014, p. 19). Diante disso, a deterioração da Floresta Amazônica, a longo prazo, será um dos principais motivos para a instauração de conflitos mundiais, pois sem chuvas e com o processo de desertificação não haverá solo fértil e água potável suficiente para suprir as demandas mundiais. Sobrepor-se-á, assim, o poder e a busca pela sobrevivência do Estado, que buscará tutelar, tardiamente, seus cidadãos, quando, na verdade, a população pode (e deve) ser tutelada agora, por meio de práticas sérias, efetivas e eficazes de fiscalização, punição e reflorestamento.

Não é possível, portanto, apontar soluções que resolvam, de imediato, os problemas ora apontados. Contudo, é perfeitamente cabível (e necessária) a realização de atitudes concretas que possam amenizar as consequências provocadas pelo descaso ambiental já em curso e, possivelmente, a longo prazo, reverter a atual situação, quais sejam: a) a cooperação internacional para a preservação da floresta nativa; b) reeducação ambiental da população; c) política de reflorestamento em massa; d) leis mais rígidas, com punições mais severas e efetivas para crimes ambientais, somadas a uma fiscalização estratégica, contínua e eficaz; e) políticas públicas de desenvolvimento sustentável; e f) aumento de verbas destinadas à preservação ambiental.

No que tange à seara da cooperação internacional, é necessário enfatizar que há em vigor um tratado internacional celebrado com o objetivo de garantir a preservação da Floresta Amazônica, o Tratado de Cooperação Amazônica. O documento internacional completou 43 anos em 2021 e engloba Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela.

Entretanto, todos os países envolvidos possuem questões emergentes que são colocadas à frente da preservação ambiental, postergando o irremediável. Dessa forma, por mais que seja dito pelos veículos oficiais que diversos projetos estão sendo desenvolvidos pela Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), os resultados, na realidade, são incontestáveis.

No mês de abril de 2021, verificou-se índices recordes de desmatamento, que atingiu aproximadamente 580,55 quilômetros quadrados (área correspondente a 58 mil campos de futebol). Comparando-se ao mesmo mês do ano de 2020, tem-se que o desmatamento atingia o patamar de 407,2 quilômetros quadrados, tendo aumentado, portanto, no importe de 42% (GLOBO, 2021).

Outrossim, quando se aborda o tema educação ambiental da população, em um primeiro momento, pode-se gerar até mesmo uma sensação de senso comum, generalização. Ocorre que, apesar de boa parte do problema apontado neste trabalho ser amplificado pelas políticas ambientais, caso não houvesse infratores, ou houvesse menos infratores, sua contenção seria muito mais simples que atualmente. No quesito ambiental, tornou-se normal o descumprimento das normas devido, principalmente, à impunidade. Assim, a situação, sobretudo no contexto da Floresta Amazônica, se tornou anímica.

Dessa forma, é necessário enfatizar que, não se pode direcionar a culpa de tudo somente a um governo. Como foi dito anteriormente, o senso de impunidade colabora muito para o desvio da norma, porém, não há a consideração da preservação ambiental como parte da grade curricular. Não se deve atribuir ao Direito, nesse caso, ao legislador, fiscais, juízes, dentre outros, a função de educar.

Assim, é necessário introduzir na grade curricular uma disciplina de preservação ambiental e meios de extração sustentáveis. Um exemplo de conteúdo seria a riqueza natural dos frutos, folhas e cascas de árvores, que possuem propriedades curativas e até mesmo de tratamento estético, diminuindo o consumo e os conseqüentemente danos severos ao organismo ou que trazem efeitos colaterais graves ao paciente.

Com tal medida, o Direito, no que diz respeito os crimes ambientais, poderá ser utilizado em ultima ratio, isso não só no âmbito penal, mas em qualquer outro ramo. É mais vantajoso punir com efetividade poucos desvios que ocorrerão. Com essa medida, haverá uma transformação gradual do imaginário social, isso através da educação, não da punição.

No que tange às políticas de reflorestamento e de desenvolvimento sustentável, muito se destacam novas técnicas de manejo da terra, como os sistemas de agro florestas, que além de reflorestar áreas desmatadas, também serve como local de produção, sobretudo de frutos. Tais técnicas podem ser desenvolvidas e difundidas pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) com o apoio do Governo Federal, que pode implementar um programa de incentivos fiscais aos produtores que aderirem às novas técnicas de manejo.

Por fim, para que haja punições mais severas e efetivas para crimes ambientais, bem como fiscalização estratégica, contínua e eficaz, é necessário um investimento maior em equipamentos, pessoal e infraestrutura, principalmente no IBAMA, que deve ter total autonomia de investigação e punição de infratores. Para isso, são necessárias leis mais rígidas e de difícil edição, a fim de evitar a instabilidade com a transição de governos.

O meio ambiente é uma pauta seríssima, que não deve ser alterada ao sabor das circunstâncias. Caso o desmatamento persista, o Brasil, o país do futebol, continuará cada vez mais aumentando o número de campos de futebol através da derrubada de florestas. Assim, haverá cada vez mais campos do que bolas e jogadores para jogar. Continuando com níveis crescentes e alarmantes de destruição da floresta nativa, os campos virarão areia e o país do futebol poderá se tornar o do vôlei de praia, mas sem água potável para beber e cultivar a terra, sem comida para sobreviver e sem quaisquer outros recursos.

6. REFERÊNCIAS

AGRO tem maior geração de emprego formal desde 2011, diz CNA. G1, 3. fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2021/02/03/agro-tem-maior-geracao-de-emprego-formal-desde-2011-diz-cna.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGROPECUÁRIA fica com 97,4% do consumo total de água em 2017, revela IBGE. ISTO É Dinheiro. 7 maio. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/agropecuaria-fica-com-974-do-consumo-total-de-agua-em-2017-revela-ibge/>. Acesso em: 03 maio. 2021.

ALVES, Bruna. Alimentação ajuda mesmo na imunidade? Entenda o que funciona. UOL, 23 mar. 2020. Viva Bem UOL. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/23/alimentacao-ajuda-mesmo-na-imunidade-entenda-o-que-funciona.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

BARANIUK, Chris. Como a fome afeta a saúde física - e a e mental - no longo prazo. BBC, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-48318374>. Acesso em: 3 fev. 2021.

BBC. Coronavírus: EUA são acusados de 'pirataria' e 'desvio' de equipamentos que iriam para Alemanha, França e Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52166245>. Publicado em: 4 de abril de 2020. Acesso em: 03 de março de 2021.

BIOMA Amazônico. IBF. Disponível em: <https://www.ibflorestas.org.br/bioma-amazonico>. Acesso em: 15. out. 2021.

BRASIL é o 4º maior produtor de grãos atrás da China, EUA e Índia, diz estudo. G1, 1. jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agro-negocios/noticia/2021/06/01/brasil-e-o-4o-maiorprodutor-de-graos-atras-da-china-eua-e-india-diz-estudo.ghtml>. Acesso em: 1. set. 2021.

BRASIL é o quarto maior produtor de grãos e o maior exportador de carne bovina do mundo, diz estudo. EMBRAPA, 2021. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/62619259/brasil-e-o-quarto-maior-produtor-de-graos-e-o-maior-exportador-de-carne-bovina-do-mundo-diz-estudo>. Acesso em: 16 set. 2021.

CENTRO-OESTE puxa o PIB do agronegócio brasileiro. ESTADÃO, 16. nov. 2020. Agro. Disponível em: <https://summitagro.estadao.com.br/agro-no-brasil/agrocenarios/centro-oeste-puxa-o-pib-do-agronegocio-brasileiro/>. Acesso em: 16. nov. 2021.

CERQUEIRA, Wagner de Cerqueira. Geografia física do Brasil. UOL. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/geografia-fisica-brasil.htm>. Acesso em: 7 jun. 2021.

COMPROMISSO com o brasil: agro emprega 20% dos brasileiros. AGROSABER, 2020. Disponível em: <https://agrosaber.com.br/agro-da-muito-trabalho-e-emprega-20-dos-brasileiros/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DANTAS, Tiago. Território da Austrália; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/aspectos-naturais-australia-1.htm>. Acesso em: 24 set. 2021.

DESEMPREGO. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 1 set. 2021.

DESMATAMENTO recorde na Amazônia: 2021 teve pior abril da série histórica, mostra Inpe. O GLOBO, 7 maio. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/um-so-planeta/desmatamento-recorde-na-amazonia-2021-teve-pior-abril-da-serie-historica-mostra-inpe-25007389>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FENÔMENO dos rios voadores. Expedição dos Rios Voadores. Disponível em: <https://riosvoadores.com.br/o-projeto/fenomeno-dos-rios-voadores/>. Acesso em: 5. out. 2021.

FREITAS, Eduardo de. O solo da Amazônia é pobre em nutrientes. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/o-solo-amazonia-pobre-nutrientes.htm>. Acesso em: 24 set. 2021.

IAS. Rios Voadores: o que são e como acontecem?. Instituto Água Sustentável. 12 nov. 2020. Disponível em: <https://www.aguasustentavel.org.br/conteudo/blog/90-rios-voadores-o-que-sao-e-como-acontecem>. Acesso em: 13 nov. 2021.

JACINTHO, João Vitor. IBGE: Trabalho informal no Brasil sobe para 40% ao final de maio de 2021. Notícias Concursos, 2021. Disponível em: <https://noticiasconcursos.com.br/ibge-trabalho-informal-brasil-sobe-40-final-maio-2021/>. Acesso em: 16 set. 2021.

LEGNAIOLI, Stella. O que são rios voadores e qual sua importância?. ECycle. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/rios-voadores/>. Acesso em: 27 set. 2021.

LISTER, Tim; SHUKLA, Sebastian; BOBILLE, Fanny. Pandemia de coronavírus desencadeia disputa global por máscaras de proteção. CNN, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/04/05/pandemia-de-coronavirus-desencadeia-disputa-global-por-mascaras-de-protecao>. Acesso em: 6 jun. 2021.

MATIAS, Átila. Queimadas na Amazônia. UOL. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/queimadas-na-amazonia.htm>. Acesso em: 3. Set. 2021.

MATO Grosso já é o maior exportador de carne bovina do país, diz Scot Consultoria. Canal Rural, 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/mato-grosso-maior-exportador-carne-bovina-pais/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

MORAES, Michelly. Desmatamento: causas e consequências!. AGROPÓS. Disponível em: <https://agropos.com.br/desmatamento/>. Acesso em: 20. Jun. 2021.

MOSS, G.; MOSS, M.; SALATI, E.; DIAS, P.; NOBRE, A. D. Os rios voadores, a Amazônia e o clima brasileiro. São Paulo: Horizonte, 2014.

NOBRE, Antonio Donato. O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica. São José dos Campos, SP: ARA: CCST-INPE: INPA, 2014.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PENA, Rodolfo F. Alves. Rios voadores. UOL. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/rios-voadores.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

PIB do Agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020. CNA, 2021. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/boletins/pib-do-agronegocio-alcanca-participacao-de-26-6-no-pib-brasileiro-em-2020>. Acesso em: 20 abr. 2021.

POR QUE a Amazônia é importante?. WWF. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/bioma_amazonia/porque_amazonia_e_importante/. Acesso em: 15 out. 2021.

QUEIMADAS no solo: conheça quais são os prejuízos causados. Revista Agropecuária. Disponível em: <http://www.revistaagropecuaria.com.br/2019/10/23/queimada-no-solo-conheca-quais-sao-os-prejuizos-causados/>. Acesso em 7 nov. 2021.

SAMPAIO, Lucas. Mortes por Covid despencam, mas Brasil ainda é o país com mais óbitos do mundo em 2021. G1, 8 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/08/mortes-por-covid-despencam-mas-brasil-ainda-e-o-pais-com-mais-obitos-do-mundo-em-2021.ghtml>. Acesso em: 7 nov. 2021.

SANTOS, Ramon Almeida. Como a Amazônia impede a desertificação da América do Sul. GALÁPAGOS, jul. 2020. Disponível em: <http://www2.uesb.br/galapagos/2020/07/01/como-a-amazonia-impede-a-desertificacao-da-america-do-sul/>. Acesso em: 11. out. 2021.

SATH, Kleverton Clovis de Oliveira; FACHINELLO, Arlei Luiz. Crescimento da demanda mundial de alimentos e restrições do fator terra no Brasil. RESR, Piracicaba-SP, vol. 56, nº 02, pp. 195-212, abr./jun, 2018.

SAVANIZAÇÃO da Amazônia pode causar a desertificação de outras áreas. BR Carbon. Disponível em: <https://brcarbon.com.br/savanizacao-e-desertificacao-entenda/>. Acesso em: 10. out. 2021.

SPRING, Jake; PARAGUASSU, Lisandra. Aumento do desmatamento na Amazônia eleva pressão sobre o governo. ISTOÉ Dinheiro. 19 nov. 2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/aumento-do-desmatamento-na/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

SUÇUARANA, Monik da Silveira. Floresta Amazônica. InfoEscola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/biomas/floresta-amazonica/>. Acesso em: 13 out. 2021.

WERNECK, Felipe. Arquitetura da devastação. The Intercept Brasil, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/04/27/bolsonaro-destruicao-maquinas-crimes-meio-ambiente/>. Acesso em: 25 maio. 2021.

MINERAÇÃO, NATUREZA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO, SADIO E PROTEGIDO

Alysson Maia Fontenele

Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade Federal de Goiás (UFG), Goiânia/GO, Brasil
alyssonfontenele@ufg.br

Marcelo Budal Cabral

Mestrando em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG), Goiânia/GO, Brasil
marcelobudal@discente.ufg.br

1. INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas (complexas) e a vida (cultural/social) como nós a conhecemos é completamente dependente da mineração. Os minerais são utilizados em diversos bens, como, por exemplo, computadores, celulares, automóveis, embarcações, fertilizantes, equipamentos cirúrgicos, medicamentos, lâmpadas, edificações etc., abrangendo, ainda, água mineral, petróleo, gás natural, entre outros.

A mineração, nos termos do art. 176, § 1º, da Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF), é atividade que deve ser conduzida no interesse nacional. Os recursos minerais são bens da União (art. 20, IX, CF), garantindo-se, porém, ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176, caput, CF).

Há uma importância econômica (nacional e internacional) e uma necessidade social (estilo de vida) da atividade minerária.

Por outro lado, pode-se ressaltar a mesma importância sobre a preservação da Natureza. Inúmeros direitos fundamentais (a dimensão individual dos direitos fundamentais) dependem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e protegido para que possam ser asseguradas. É que danos ambientais podem afetar o direito à vida, à alimentação, à integridade física, à saúde, a não ser deslocado de forma forçada, entre outros. Acerca da dimensão coletiva dos direitos fundamentais, há o dever de assegurar o ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (uma solidariedade intergeracional), e o Direito Ambiental em sua compreensão recente assegura ainda Direitos

à Natureza e aos animais não humanos (uma solidariedade interespécies). A proteção da Natureza é imprescindível para preservar os ecossistemas que asseguram a vida na Terra, e que podem assegurar um desenvolvimento sustentável (sem Natureza não há, evidente, extração de recursos naturais).

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e protegido é assegurado pela CF (art. 225, caput) e pelo art. 11 do "Protocolo de São Salvador", com relevante interpretação (vinculante) da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) expressa na Opinião Consultiva 23/2017 (OC 23/2017), reconhecendo (i) a inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente e (ii) a autonomia do direito ao meio ambiente saudável, entendimento ratificado no caso contencioso das Comunidades Indígenas Lhaka Honhat versus (vs.) Argentina.

A extração de recursos naturais de forma expansiva, sem limites, não respeitando a capacidade da natureza de se regenerar (biocapacidade), não é sustentável, e viola o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e protegido. Embora a mineração seja um caso de extração de recursos naturais não renováveis, isso não significa que só exista a compensação (sem medidas preventivas ou mitigadoras), ou que não existam alternativas para superar a mencionada dependência.

Especificamente sobre as áreas com relevância ambiental, é preciso evidenciar que uma característica marcante da mineração é a rigidez locacional das jazidas. Isso significa que a atividade minerária apenas pode ocorrer no local que a jazida se encontrar (ou não ocorrer), e não é incomum que muitas jazidas se encontrem em lugares ambientalmente relevantes ou sensíveis, e nem todos podem ser considerados áreas livres de mineração. E a mineração, como é cediço, produz diversos impactos ambientais negativos.

Sobre os impactos, a mineração pode afetar a biodiversidade (a fauna e a flora), o solo, a paisagem, os recursos hídricos, causar poluição atmosférica etc. A certeza dos impactos é tão conhecida que a recuperação da área degradada é uma obrigação prevista no art. 225, § 2º, da CF (regulamentada pelo Decreto 97.632/1989), e é um princípio do direito minerário (como é princípio, conforma toda a atividade, e dá concreção as regras, ou seja, não existe mineração legal sem um Plano de Recuperação da Área Degradada – PRAD).

Apesar da existência de alternativas à mineração expansiva, como a economia circular, entre outras, que dependem de alterações legislativas, políticas

públicas ou de modificações voluntárias da própria sociedade, há direitos que devem ser concretizados imediatamente.

Como a interpretação da Corte IDH é vinculante, há efeitos concretos e práticos que já devem ser observados. Dentro dos espaços que a mineração é permitida, o licenciamento ambiental é o principal instrumento de proteção da gestão ambiental, e o problema que se propõe a responder é o seguinte: o licenciamento ambiental da mineração é suficiente para se concretizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e protegido (com a interpretação da Corte IDH da partir da Opinião Consultiva 23/2017)? A conclusão é positiva, consoante será exposto neste artigo.

O objetivo, portanto, é apresentar as novas exigências que o licenciamento ambiental das atividades minerárias deve conter, abrangendo essa inovação à tutela do meio ambiente.

A pesquisa é bibliográfica e documental. A abordagem é hermenêutica (filosófica e jurídica), em diálogo com o Direito Ecológico (método hipotético-dedutivo), na perspectiva de uma ontologia da compreensão (histórica e linguística, que possibilitam uma pré-compreensão ambiental) para a atribuição de sentidos corretos ao direito.

2. MINERAÇÃO E MEIO AMBIENTE

Sobre a mencionada pré-compreensão ambiental, ressalta-se que a Opinião Consultiva 23/2017 da Corte IDH não surgiu do nada (*ex nihilo*). Há todo um contexto histórico de exploração insustentável que forçou o mundo a refletir sobre a questão ambiental, e coube ao Direito Internacional impulsionar (pressionar) o desenvolvimento do Direito Ambiental.

Do ponto de vista histórico, o surgimento e o fortalecimento do Direito Ambiental sempre foram impulsionados, em grande medida, a partir do cenário jurídico internacional. A título de exemplo, entre inúmeros outros eventos, podemos citar a realização das grandes Conferências da Organizações das Nações Unidas (ONU) em matéria ambiental – Estocolmo (1972), RIO-92 (1992), Johanesburgo (2002) e a Rio+20 (2012), bem como os diplomas (declarações e tratados) internacionais firmados em tais oportunidades”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 105). [Grifo nosso].

Inicialmente, fazendo o devido contexto, destaca-se que a mineração é uma das atividades mais antigas do mundo, perdendo apenas para a agricultura (Curi, 2014). É comum, também, ressaltar a importância da mineração através da divisão de períodos da história: Idade da Pedra, Idade do Bronze, Idade do Ferro e Idade do Aço, a partir da revolução industrial (Mendes, 2021).

No Brasil, a mineração esteve presente desde o início do período colonial (regido pelas Ordenações do Reino).

Legislação Colonial Aplicada ao Brasil: A primeira mineração brasileira foi autorizada por Tomé de Souza a funcionar em 1549 em Salvador para extração de conchas calcárias e se destinava à produção de cal virgem e para caiação. Em 1575 foi autorizada a funcionar na cidade de São Paulo uma olaria para produção de telhas. (HERRMANN, 2021, p. 583).

Com a independência, a mineração foi prevista em todas as Constituições, da Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal de 1988.

A preocupação com a mineração, ou melhor, com a pegada ecológica presente na mineração, surge com o despertar ecológico ou com a consciência ambiental (a partir de 1960).

Segundo o *Global Footprint Network*, no início dos anos 1970 o impacto das atividades de produção e consumo, que equivale a ‘pegada ecológica’, superou pela primeira vez a capacidade regenerativa da natureza, ou sua ‘biocapacidade’. Desde então a pegada ecológica global só tem crescido. Em 2016, a pegada ecológica superou a biocapacidade em 70%, ou seja, para manter o atual nível padrão de consumo, é necessário 1,7 planeta e, se nada for feito para reverter a tendência, em 2050, serão necessários quase três planetas!

Nesse contexto, a mineração se apresenta com uma atividade de grande pegada ecológica não apenas pelo espaço físico efetivamente utilizado para extrair os minérios, mas, principalmente, por seus efeitos sobre a dinâmica do território onde se instala, inclusive, todo o aparato logístico para acessar e escoar os minérios. (ENRÍQUEZ, 2021, p. 603). [Grifo nosso].

A questão da biocapacidade é assunto fundamental quando se trata de Direitos da Natureza. O art. 71 da Constituição do Equador, por exemplo, prescreve que a Natureza (ou Pacha Mama), onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito à manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos, e o art. 72 dispõe que a Natureza tem direito à restauração.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura à preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e a necessidade de prover o

manejo ecológico das espécies e ecossistemas (art. 225, § 1º, I, CF), e a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País (art. 225, § 1º, II, CF).

Como destacado retro, o Direito Ambiental foi e ainda é impulsionado pelo cenário jurídico internacional. As fases de desenvolvimento do Direito Ambiental Internacional são as seguintes, consoante Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 105): a) Fase Conservacionista (final do século XIX até a primeira metade do século XX); b) Fase de Prevenção da Poluição (décadas de 1960 a 1980); e c) a Fase do Desenvolvimento Sustentável (início da década de 1980 até os dias atuais). Fazendo um breve relato, a partir da fase de Prevenção da Poluição, é possível realçar:

Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), que gerou a Declaração sobre o Meio Ambiente, considerada tão importante quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 104). Após essa conferência, no Brasil foi publicada a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a primeira Lei do chamado Direito Ambiental moderno, que criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e instrumentos fundamentais que são utilizados até hoje, como a zoneamento ambiental (ou zoneamento ecológico-econômico), a avaliação de impactos ambientais (gênero que comporta os diversos estudos ambientais), o licenciamento ambiental, a necessidade de se estabelecer padrões de qualidade ambiental (o limite do que deve ser tolerado), entre outros previsto no art. 9º da Lei 6.938/1981; a Conferência da ONU para o meio ambiente e o desenvolvimento – CNUMAD (ECO 92). Nessa conferência é consagrada a expressão “desenvolvimento sustentável” (THOMÉ, 2021, p. 46). Como resultado há diversos instrumentos importantes, como a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção sobre a Mudanças do Clima (e anos depois, 1997, o Protocolo de Kyoto), a Declaração do Rio, a Agenda 21, entre outros; a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2012), com os objetivos de consolidar o desenvolvimento sustentável e uma Economia Verde.

A respeito de outros instrumentos ou questões importantes mais recentes, é possível mencionar os seguintes: (i) o Acordo de Paris; (ii), a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU (com 17 objetivos e 169 metas), a Opinião Consultiva 23/2017 da Corte IDH, e, por fim, a decisão da Corte IDH no caso contencioso das comunidades Indígenas Lhaka Honhat vs. Argentina, ratificando o entendimento já manifestado na Opinião Consultiva 23/2017.

O desenvolvimento sustentável, além de consagrado nos documentos e tratados internacionais, foi citado diversas vezes na Opinião Consultiva 23/2017, para destacar que seus elementos também constam no Programa Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável (PIDS) e na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), e que há uma “relação de interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos, o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável” (OC 23/2017, parágrafo 54).

Os três elementos que o desenvolvimento sustentável deve atender simultaneamente são os seguintes: (i) desenvolvimento econômico (sustentabilidade econômica), (ii) preservação ambiental (sustentabilidade ambiental), e (iii) equidade social (sustentabilidade social).

Entretanto, a partir da OC 23/2017, o desenvolvimento sustentável ganhou uma sofisticação. Pode-se afirmar que o Direito Ambiental, hoje, é bem mais sofisticado (complexo), e que há apenas resquícios do que se poderia compreender por um Direito Ambiental tradicional (antropocentrismo clássico). Na verdade, compreende-se que a expressão correta para o atual desenvolvimento desse ramo do direito seria Direito Ecológico.

Para Leite e Belchior (2021), uma proposta de distinção entre o Direito Ambiental (tradicional) e o Direito Ecológico é a seguinte (tabela conforme Leite e Belchior (2021, pp. 98-99):

Tabela 1. Distinção entre Direito Ambiental (tradicional) e o Direito Ecológico

	Direito Ambiental	Direito Ecológico
Fundamento	Natureza como objeto a ser explorado	Natureza como casa e respeito aos limites planetários
Abordagem	Tradicional	Crítica
Racionalidade	Antropocêntrica	Biocêntrica/ecocêntrica
Natureza	Recurso	Sujeito de direitos
Economia	Crescimento ilimitado; lógica do capital	Desenvolvimento sustentável; lógica dos comuns; limites para o crescimento
Propriedade	Privada; individualista	Social e ecológica; comunitária
Direito e estado	Monistas	Pluralista
Sistema Institucional	Estado-nação	Estado Ecológico
Fundamentos	Economicismo; Antropocentrismo	Sustentabilidade; racionalidade ecológica
Justiça	Tradicional; manutenção dos poderes dominantes	Ecológica; solidariedade intergeracional e interespecies

O desenvolvimento sustentável, como visto, é previsto em diversos documentos. A solidariedade intergeracional é prevista na Constituição Federal (art. 225, *caput*) – o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A solidariedade interespecies é assegurada pela preservação da biodiversidade, dos ecossistemas, enfim, dos Direitos dos Animais não humanos. E a proteção da Natureza por si mesma, o direito ao meio ambiente saudável como direito autônomo, é assegurado pela interpretação da Corte IDH.

A conclusão é que a normatividade existente hoje é própria de um Direito Ecológico, e a mineração deve se conformar a essa sustentabilidade.

3. OPINIÃO CONSULTIVA 23/2017

O Protocolo de San Salvador, Decreto 3.321/1999, preceitua que:

Artigo 11

Direito ao Meio Ambiente Sadio

1. **Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio** e a dispor dos serviços públicos básicos.
2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoria do meio ambiente. [Grifo nosso].

A Opinião Consultiva 23/2017 da Corte IDH teve origem em solicitação formulada pela Colômbia. Nessa oportunidade, a Corte IDH, pela primeira vez, pôde tratar da questão ambiental com mais profundidade.

Consta na Opinião Consultiva 23/2017 que:

Esta Corte considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente saudável como direito autônomo, a diferença de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como bosques, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, ainda em ausência de certeza ou evidência sobre o risco às pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente por sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade pessoal, senão por sua importância para os demais organismos vivos com quem se compartilha o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos. Neste sentido, a Corte adverte uma tendência a reconhecer personalidade jurídica e, portanto, direitos à natureza não só em sentenças judiciais senão inclusive em ordenamentos constitucionais. (OC 23/2017, parágrafo 62). [Grifo nosso].

Como destacado na introdução, além de o direito ao meio ambiente saudável ser um direito autônomo, há uma inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente.

Também foi apontado que o direito ao meio ambiente saudável se constitui em interesse universal (em sua dimensão coletiva), para as presentes e futuras gerações. A sua dimensão individual ocorre pela relação com os demais direitos humanos (com direito à vida, à saúde, à integridade física, entre outros que possam ser afetados pela degradação ambiental). É um direito fundamental para a existência da humanidade.

Os principais direitos vulneráveis a afetações ambientais são “os direitos à vida, integridade pessoal, vida privada, saúde, água, alimentação, moradia, participação na vida cultural, direito à propriedade e o direito a não ser deslocado forçadamente” (OC 23/2017, parágrafo 66). No caso contencioso das Comunidades Indígenas Lhaka Honhat vs. Argentina esse entendimento foi ratificado, e relacionado que o direito à alimentação adequada, à participação da vida cultural e à água, seria vulneráveis a afetações ambientais.

Para evitais danos ambientais, a Corte IDH ressaltou que há o dever de atuar com a devida diligência. É que o direito ao meio ambiente saudável não é apenas uma obrigação de respeito, mas uma obrigação de prevenir violações, uma obrigação de garantia, como previsto no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Algumas das obrigações foram destacadas na OC 23/2017, a saber: a) obrigação de prevenção; b) princípio da precaução; c) obrigação de cooperação; e d) as obrigações procedimentais em matéria de proteção ambiental.

É necessário esclarecer que a consulta respondeu aos questionamentos apresentados pela Colômbia, havendo uma delimitação, não esgotando, portanto, os temas de proteção ambiental. Entretanto, os deveres de diligências apresentados pela Consulta são gerais, e devem ser cumpridos em qualquer atividade. Esses deveres não reduzem à proteção que acaso exista internamente nos Estados (e que, eventualmente, garantam uma maior proteção), tampouco reduzem as obrigações específicas de cada questão ambiental (resíduos, clima, biodiversidade, recursos hídricos etc.).

A obrigação de prevenção relaciona-se com o princípio da prevenção, ou seja, existindo certeza científica do impacto ambiental, há a obrigação de prevenção, e essa obrigação é aplicável para danos que possam ocorrer tanto dentro quanto fora do território do Estado.

A Corte IDH destacou que a prevenção deve ser a principal política de proteção ambiental, considerando a irreversibilidade de alguns danos ambientais, não sendo possível restaurar a situação anterior ao dano (OC 23/2017, parágrafo 130).

Consta no art. 6o, I, da Lei 12.305/2010: “São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: I - a prevenção e a precaução”.

O princípio da prevenção, pela certeza do impacto, é o aplicável, por regra, ao estudo de impacto ambiental, que descreve os impactos conhecidos, mas não se limita a eles. Também o estudo de impacto ambiental deve destacar os impactos potenciais (prováveis), sendo o espaço de incidência do princípio da precaução.

A CF dispõe, art. 225, § 1º, IV, a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental, para obras ou atividade potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. A Corte IDH concluiu da mesma forma, que os danos que se devem prevenir são os significativos, a exemplo de danos que possam levar a uma violação do direito à vida ou à integridade física. O que é significativo ou não deve ser analisado em cada caso concreto.

Sobre a mineração, consta na Consulta que:

Ao mesmo tempo, no âmbito dos direitos humanos, a Corte Interamericana assinalou que a Convenção Americana não pode ser interpretada de maneira que impeça ao Estado emitir qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais. Neste sentido, indicou que o nível aceitável de impacto, demonstrado através dos estudos de impacto ambiental, que permitiria ao Estado outorgar uma concessão em um território indígena pode diferir em cada caso, sem que seja admissível em nenhum caso negar a capacidade dos membros dos povos indígenas e tribais a sua própria sobrevivência. (OC 23/2017, parágrafo 138). [Grifo nosso]

Entre as medidas que se devem tomar relacionados à prevenção, a Corte IDH cita os seguintes deveres: (i) dever de regulação; (ii) obrigação de supervisionar e fiscalizar; (iii) requerer e aprovar estudos de impacto ambiental; (iv) estabelecer um plano de contingência; e (v) o dever de mitigar em casos de ocorrência de dano ambiental.

O dever de regulação relaciona-se à necessidade de dar aplicação prática as disposições gerais, a exemplo da Portarias, Instruções Normativas, Resoluções etc.

Para os estudos de impacto ambiental, verifica-se que, dentro do licenciamento ambiental, há no ordenamento jurídico brasileiro uma normatividade bastante detalhada (Resolução CONAMA 01/1986 e Resolução CONAMA 237/1997), cumprindo esse dever.

A Resolução CONAMA 01/1986 destaca o conceito de impacto ambiental (art. 1º), o conteúdo mínimo do estudo de impacto ambiental (art. 6º), a responsabilidade pelas despesas (art. 8º), o conteúdo mínimo do relatório de impacto ambiental (art. 9º) e a forma de garantir publicidade e sigilo industrial (art. 11). Por outro lado, a Resolução CONAMA 237/1997 também trata do impacto ambiental em diversas partes, incluindo uma lista de atividades (Anexo I), rol exemplificativo, de atividades sujeitas ao licenciamento ambiental.

A obrigação de supervisionar e fiscalizar significa o dever de zelar pelo cumprimento e implementação da legislação ambiental. Essa obrigação não é, de fato, cumprida adequadamente no Brasil.

Como explica Abramovay (2019, pp. 69, 76-78):

Como mostra o acompanhamento do Instituto Centro de Vida, a partir de informações da Secretaria do Meio Ambiente do estado, apenas 10% do desmatamento foi realizado de maneira legal entre janeiro e setembro de 2017. [...] **O Imazon estima que, de todo o desmatamento, na Amazônia, não chega a 20% o total do que foi legalmente autorizado.**

[...]

O ICMBio estima que 5,4 milhões de hectares de Unidades de Conservação estejam sob ocupação irregular no Brasil.

[...]

Além da madeira e da abertura de terras com objetivos patrimoniais, a mineração clandestina é também vetor de desmatamento.

[...]

A proteção legal das Unidades de Conservação não se traduz em estruturas capazes de fazer com que ela seja respeitada. Os dados neste sentido são chocantes. O levantamento dos tribunais de contas da União e dos Estados constatou que em 2013 apenas 4% destas Unidades possuíam recursos, instrumentos e infraestrutura necessárias a sua gestão.

Como se nota, há (i) ocupações irregulares em Unidades de Conservação, (ii) falta de recursos para a proteção adequada das Unidades de Conservação, (iii) e um desmatamento ilegal muito significativo, envolvendo comércio ilegal de madeira e desmatamento relacionado com a mineração ilegal.

Acerca da fiscalização nas atividades de mineração, Trennepohl e Trennepohl (2020) comentam sobre o abandono das áreas exploradas sem o cumprimento do PRAD:

O Plano de Recuperação da Área Degradada deve apresentar as medidas a serem adotadas quando da interrupção ou término das atividades visando o retorno do sítio degradado a condições ambientais mais favoráveis e deve ser analisado conjuntamente com os estudos ambientais considerados para o licenciamento.

Neste particular, é importante observar **que a grande maioria dos empreendimentos de extração mineral, embora obrigatória a apresentação do PRAD, simplesmente o abandona a área quando terminada ou interrompida a atividade exploratória, sem que seja perseguida a recuperação prevista no referido instrumento.** Destarte, em muitos casos, restam as crateras e encostas descascadas, cuja reparação deveria ser exigida pelo órgão ambiental que licenciou a atividade. Urge, por isso, que os órgãos licenciadores fiscalizem sazonalmente as atividades de extração mineral, principalmente as conhecidas ‘pedreiras a céu aberto’, para obrigar o cumprimento das medidas assumidas no Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD. (pp. 102-103). [Grifo nosso].

Sobre o dever de requerer e aprovar estudos de impacto ambiental, a Corte IDH destaca: (i) a necessidade de o estudo abranger os impactos acumulados, ou seja, o projeto principal e os associados (a exemplo de uma estrada de acesso); (ii) que seja realizado um estudo de impacto social, para verificar a compatibilidade do projeto com as demais obrigações de direitos humanos; (iii) e que o estudo seja realizado pelo Estado ou por entidade privada independente e com capacidade técnica. Nesse último caso, o Estado deve assegurar a independência das entidades.

No caso brasileiro, há uma tradição entre o princípio do poluidor-pagador e o ônus pelos estudos ambientais. O art. 11 da Resolução CONAMA 237/97 dispõe que:

Art. 11 - Os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor.

Parágrafo único - O empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos previstos no *caput* deste artigo serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais.

É uma forma de internalização das externalidades negativas. Entretanto, o conteúdo do estudo ambiental não vincula o órgão licenciador, que pode tam-

bém solicitar esclarecimentos e complementações. Essa estrutura pode ser compreendida com uma proteção mais ampla que a requerida pela Corte IDH, porque não sociabiliza os custos dos estudos ambientais e assegura independência do órgão licenciador.

Sobre a participação de pessoas interessadas, a Corte IDH recomenda aos Estados que seja permitido. Isso não é, no Brasil, um problema. A Resolução CONAMA 009/1987 trata das audiências públicas no procedimento de licenciamento ambiental. Além disso, pelo princípio da participação, todos podem cooperar com a decisão.

Nada impede, todavia, que o empreendedor ou responsável contribua com sugestões que poderão ser ou não acatadas. Na verdade, em homenagem ao princípio da participação, qualquer cidadão ou instituição pode se manifestar a esse respeito, sendo recomendável que a população do entorno seja instada a apresentar as suas considerações. (FARIAS; ATAÍDE, 2021, pp. 433-434).

Consoante já destacado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é do interesse de todos, inclusive com solidariedade intergeracional e interespecies, e é dever não apenas do Estado, mas também da coletividade “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput, CF). A possibilidade de participar e influir nas decisões pode ser considerado um direito fundamental.

O art. 2º da Resolução CONAMA 009/1987 dispõe que: “Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado pôr entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão do Meio Ambiente promoverá a realização de Audiência Pública”, e, após essa audiência, o órgão licenciador pode solicitar esclarecimentos e complementações, e ainda reiterar a solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios.

Há o dever de respeitar as tradições e a cultura dos povos indígenas. Por esse dever, revela-se a obrigação de qualquer projeto – que deverá passar pela Consulta Prévia – conservar a sobrevivência física e cultural dos povos afetados, de forma a não prejudicar o modo de vida tradicional.

Por fim, há os deveres de estabelecer um plano de contingência e de mitigação em casos de ocorrência de dano ambiental, ambos relacionados com os desastres ambientais e ao dever de minimizar os impactos.

Eis, então, os deveres ligados à prevenção. Sobre o princípio da precaução, que é também um princípio já consolidado no direito ambiental (conforme o art. 6º, I, da Lei 12.305/2010, o princípio 15 da Declaração do Rio 92, entre outros), encontra incidência quando há ausência de certeza científica, mas com alta probabilidade de ocorrência de danos ambientais. Há uma dúvida, que, em razão da potencialidade de dano, milita a favor do meio ambiente (*in dubio pro natura*).

Como afirmado retro, o estudo de impacto ambiental também deve cuidar os impactos potenciais, como afirmam Sarlet e Fensterseifer (2021):

No âmbito do licenciamento ambiental, o estudo (prévio) de impacto ambiental operacionaliza os princípios da prevenção e da precaução, uma vez que se trata de instrumento administrativo que possibilita a identificação de danos ambientais de forma antecipada (mesmo que apenas potenciais), tornando possível a adoção de medidas preventivas para evitar a sua ocorrência ou ao menos sua mitigação, a dependendo do caso. [Grifo nosso].

Para a Corte IDH, havendo indicadores admissíveis, já é o suficiente para o dever de diligência, e os Estados devem atuar. A falta de certeza científica não permite a inação.

A Obrigação de Cooperação é uma obrigação entre os Estados, quando há possíveis danos transfronteiriços com significância, e envolve os deveres de notificação e o de consultar e negociar (realizadas de forma adequada e de boa-fé, não sendo uma mera formalidade).

Por fim, há as obrigações de procedimento: (i) o acesso à informação sobre possíveis afetações ao meio ambiente; (ii) a participação pública; e (iii) a garantia de acesso à justiça.

O acesso à informação relaciona-se aos princípios de publicidade e transparência, e foi consagrado no princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Para o assunto em questão, trata-se de informação sobre possíveis impactos ambientais, considerando “de interesse público informação sobre atividades de exploração e exploração dos recursos naturais no território das comunidades indígenas e o desenvolvimento de um projeto de industrialização floresta” (OC 23/2017, parágrafo 214).

A participação é o instrumento que permite, ao mesmo tempo, o controle democrático e a possibilidade de influir na tomada de decisão. Também se

relaciona aos princípios de publicidade e transparência. Destaca-se que a participação deve ser garantida desde o início do processo, podendo concretizar-se através de audiências públicas, notificações, consultas, entre outras.

Por fim, sobre o acesso à justiça, a Corte IDH destaca que o acesso deve ser garantido não apenas para evitar violações aos danos ambientais (para todos os deveres de diligências mencionados), mas também para se garantir o acesso à informação e a participação pública, sendo interessante que, sobre a Participação Pública, há o dever de levar os argumentos em consideração, e “os indivíduos devem ter a possibilidade de recorrer judicialmente qualquer decisão, ato ou omissão respeito dos quais estimem que, ao se tomar a decisão ou se adotar a conduta, não se concedeu suficiente atenção a seus interesses ou opiniões” (OC 23/2017, parágrafo 235).

Eis uma síntese da OC 23/2017.

4. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Sobre o carácter vinculante das interpretações da Corte IDH, explica Mazzuoli (2021, pp. 126-127) que:

A Corte não relata casos e não faz qualquer tipo de recomendação no exercício de sua competência contenciosa, mas profere sentenças, que, segundo o Pacto de San José, são definitivas e inapeláveis (art. 67). Ou seja, as sentenças da Corte são obrigatórias (a título de coisa julgada) para os Estados que reconheceram a sua competência em matéria contenciosa. **Ocorre que a jurisprudência atual da Corte Interamericana tem entendido que a sua sentença também vincula (de maneira indireta) todos os demais Estados-partes à Convenção a título de *res interpretata*, pelo que as autoridades desses Estados têm a obrigação não só de aplicar a Convenção, senão também de entendê-la tal como interpretada pela Corte de San José. Assim, segunda o atual pensamento da Corte, para o Estado em causa, a sentença tem autoridade de *res judicata*, e para terceiros Estados, vale como *res interpretata*. [Grifo nosso].**

É o que decidiu a Corte IDH no caso Gelman vs. Uruguai (2011), nestes termos:

Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à

administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. **Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.** (Parágrafo 193). [Grifo nosso].

Sobre os princípios destacadas pela Corte IDH, os princípios da prevenção, precaução, participação e o princípio desenvolvimento sustentável tem aplicação direta no procedimento de licenciamento ambiental. Outros princípios aplicáveis ao licenciamento ambiental seriam o da função socioambiental (ou ecológica) da propriedade e do poluidor-pagador.

Os recursos minerais, como exposto inicialmente, são bens da União (art. 20, IX, CF). Há, portanto, necessidade de dois consentimentos, a saber: consentimento da União, através de algum regime minerário concedido, e o consentimento do órgão ambiental competente.

Como assinala o art. 17-L da Lei 9.985/2000:

Art. 17-L. As ações de **licenciamento**, registro, autorizações, concessões e permissões relacionadas à fauna, à flora, e ao controle ambiental **são de competência exclusiva dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente.** [Grifo nosso]

Como se nota, o licenciamento ambiental é exclusividade de órgão integrante do SISNAMA.

O art. 2º, V, e art. 3º, I, ambos da Lei 13.575/2017, que criou a Agência Nacional de Mineração (ANM), e extinguiu o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) preceitua que:

Art. 2º **A ANM, no exercício de suas competências**, [...] terá como finalidade promover a gestão dos recursos minerais da União, bem como a regulação e a fiscalização das atividades para o aproveitamento dos recursos minerais no País, **competindo-lhe:**

[...]

V - gerir os direitos e os títulos minerários para fins de aproveitamento de recursos minerais;

Art. 3º Compete ao Ministro de Estado de Minas e Energia:

I - **decidir requerimento de lavra e outorgar concessões de lavra**, ressalvado o disposto no inciso XXXIII do **caput** do art. 2º desta Lei; [Grifo nosso]

Em síntese: depende de anuência da Agência Nacional de Mineração e/ou do Ministro de Estado de Minas e Energia.

No mesmo sentido, a Portaria 155 do extinto DNPM menciona a necessidade da licença ambiental (art. 166), e o art. 177 dispõe que “Outorgado o título de licenciamento a extração efetiva da substância mineral ficará condicionada à emissão e à vigência da licença ambiental de operação”.

Os dois consentimentos devem caminhar juntos.

A licença de operação, necessária para o início da atividade minerária, apenas poderá ser concedida se for constatada a viabilidade ambiental do empreendimento (licença prévia), as instalações (licença de Instalação) realizadas conforme todos os condicionantes ecológicos exigidos pelo órgão ambiental (medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias).

Pinto e Salum (2019, p. 23) comentam que “a despeito dos impactos ambientais apresentados pela atividade minerária, é mais importante ter consciência de que existem tecnologias disponíveis para mitigá-los ou mesmo evitá-los”, e citam diversas possibilidades de mitigação.

Para mitigar o impacto da poeira, por exemplo, mencionam que poderiam ser utilizadas as seguintes medidas: “Aspersão de água nas pistas de rolagem de caminhões e equipamentos pesados (pá carregadeira, tratores, etc.); cortina arbórea e filtros para retenção da poeira; substituição de caminhões por correias transportadoras”. (PINTO; SALUM, 2019, p. 23).

Sobre as medidas compensatórias, a Resolução CONAMA 10/87 menciona a possibilidade de implantação de uma estação Ecológica.

Art. 1º - Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de obras de grande porte, assim considerado pelo órgão licenciador com fundamento no RIMA terá sempre como um dos seus pré-requisitos, **a implantação de uma estação Ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área.** [Grifo nosso].

É dentro do licenciamento ambiental, portanto, que o precedente da Corte IDH pode ter aplicação imediata.

O impacto humano tem transformado a Terra com tanta intensidade que os cientistas argumentam que entramos em nova era geológica – o Antropoceno. Nos últimos 150 anos, com o desenvolvimento da fabricação em

massa, adotamos um sistema linear. Extraímos materiais da natureza, produzimos alguma coisa, e ao fim a descartamos, quando não mais se presta aos propósitos originais. Esse sistema ‘extrair, produzir, descartar’ (a economia linear) nos levou a uma situação de ‘sobrecarga ecológica’. A população mundial consome por ano 1,5 planetas. Nos últimos 50 anos, destruímos ou degradamos 60% dos ecossistemas da Terra – nossos sistemas de sustentação da vida. A demanda humana sobre o planeta (nossa pegada ecológica) supera a ‘biocapacidade’ da natureza – a capacidade de repor os recursos do planeta e de absorver resíduos, inclusive dióxido de carbono. [...] **A economia circular resolve esse conflito, desacoplando o crescimento das empresas do consumo de recursos. Em vez da abordagem ‘extrair, produzir e descartar’ da economia linear tradicional, a economia circular adota uma abordagem em que usamos recursos, em vez de consumir recursos, e elimina os resíduos no design do produto, não no descarte de lixo.** (WEETMAN, 2019, pp. 32-34). [Grifo nosso].

A economia circular é uma proposta que pretende revolucionar o mundo (e a proteção da Natureza), mas, enquanto não se torna uma realidade, o licenciamento ambiental é o espaço de gestão ambiental para concretizar o Direito Ecológico.

O art. 225, § 1º, I, da CF, prescreve a obrigação de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. Como explica Farias (2019b, p. 35): “Isso significa que não deverão receber a licença ambiental aquelas atividades econômicas que de alguma forma colocarem em risco os processos ecológicos essenciais e os ecossistemas, a não ser que as medidas precaucionais sejam adotadas”.

E o art. 225, § 1º, II, da CF, prescreve a obrigação de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. Novamente, explica Farias (2019b, p. 35) que: “Isso significa que não deverão receber a licença ambiental aquelas atividades econômicas que de alguma forma colocarem em risco a diversidade e a integridade do patrimônio genético brasileiro”.

As condicionantes socioambientais (ou ecológicas), como as medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias é que poderão dar concretude aos Direitos da Natureza (especialmente a sua biocapacidade) e a aplicação de toda a principiologia destacada pela Corte IDH.

É possível observar que nem tudo depende de uma mudança legislativa, cultural ou de política econômica. Há efeitos concretos e imediatos que devem ser realizados.

No ordenamento jurídico brasileiro há instrumentos de proteção da Natureza. O art. 225, § 1o, III, da CF dispõe que todo os entes federativos podem criar “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”.

A Lei 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Sales e Pereira (2020, pp. 140-143) sintetizam que, para o grupo de unidades de conservação de proteção integral, nenhuma permite atividade de mineração. E, para o grupo de uso sustentável, apenas seria possível mineração nos seguintes tipos: Reserva da Fauna; Área de Proteção Ambiental; Área de Relevante Interesse Ecológico; e, para a Floresta Nacional, quando permitida à mineração antes da Lei 9.985/2000, entende-se que seria uma exceção válida, sendo vedado nas demais situações.

Há também a Reserva Legal, as Áreas de Preservação Permanente e as Áreas de Uso Restrito, que são formas de espaços territoriais protegidos.

Entretanto, saindo dos espaços livres de mineração por Lei (como as unidades de conservação de proteção integral), é o licenciamento ambiental que assegurará a proteção da Natureza.

Sobre os estudos ambientais, o Decreto 97.632/1989 preceitua que o PRAD deve ser apresentado no mesmo momento da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIAM).

A Corte IDH ainda exige estudo próprio de impacto social. Trata-se de um estudo complementar, a exemplo do estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV), previsto no Estatuto da Cidade, cujo art. 38 preceitua: “A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental”. Há, portanto, o acréscimo de um estudo próprio de impacto social, e tudo antes do prévio licenciamento.

São esses estudos ambientais que irão fornecer os dados para a decisão do órgão licenciador.

Como já visto acima: a) atividades que coloquem em risco (certo ou com indicadores admissíveis) os processos ecológicos essenciais e os ecossistemas,

não devem receber a licença ambiental; b) atividades que coloquem em risco (certo ou com indicadores admissíveis) a diversidade e a integridade do patrimônio genético, não devem receber a licença ambiental; c) e todas as atividades licenciáveis devem conter um plano que permita a manutenção e a regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos da Natureza. Não sendo possível, não devem receber a licença ambiental.

Dadas as peculiaridades da mineração, que necessariamente causa impactos negativos, e não é possível retornar ao estado anterior, em razão da extração de recursos naturais não renováveis, o caso é de restauração de outras funções ecológicas. Assim, além da necessidade de preservar os processos ecológicos essenciais, os ecossistemas, a diversidade e a integridade do patrimônio genético, fauna, flora etc., o PRAD deve garantir uma estabilidade ambiental (FARIAS, 2019a, p. 273), com a revegetação da área, recuperação do solo e da paisagem, evitando contaminação, erosões etc., e deve ser exigido, sempre – a Natureza não deve suportar esse passivo ambiental, com risco permanente –, o aproveitamento ou reaproveitamento (econômico ou não) dos rejeitos, e isso vale para as minerações já existentes (todas deverão ser revistas), embora, nesse caso, não dependa apenas do órgão ambiental, considerando que o aproveitamento dos rejeitos depende de um título minerário. Por fim, como o mais adequado é a divisão da lavra em módulos, “de maneira que a exploração/exploração de um novo módulo ocorra em paralelo à recuperação do anterior” (FARIAS, 2019a, p. 269), seguir outro caminho deve ser uma exceção, para raras situações.

Para as atividades já em andamento, como exposto, vale o mesmo critério. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não existe o que se poderia chamar de “direito adquirido a poluir ou a degradar”.

Isso significa que a licença ambiental concedida pode sofrer revisão ou revogação

O art. 9º, IV, da Lei 6.938/1981, estabelece a “revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. E o art. 19 da Resolução CONAMA 237/97, prescreve que:

Art. 19 - O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, **poderá modificar os condicionantes** e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.

II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.

III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Como explicam Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 551)

O próprio aprimoramento do conhecimento pode identificar no futuro a lesividade ecológica de determinadas práticas hoje devidamente licenciadas e não reguladas com maior rigor, exigindo que os órgãos ambientais passem a exigir medidas mais restritivas dos seus empreendedores. O Direito Ambiental não admite o que se poderia denominar de um suposto ‘direito adquirido a poluir’, contra o que já se pronunciou, aliás, a própria jurisprudência do STJ. Eventual restrição aos interesses e direitos do empreendedor de obra ou atividade licenciada, como na hipótese referida anteriormente em que se impõe a revisão de licença ambiental previamente concedida, não ensejará, em regra, qualquer direito à indenização.

Em síntese: não há possibilidade de manutenção de atividades (mesmo licenciadas), que não respeitem o disposto na OC 23/2017 da Corte IDH, não existindo “direito adquirido a poluir ou a degradar”.

Todas devem ser revistas para se adaptar ao precedente (no que for de cumprimento imediato), ou, não sendo possível, devem ser canceladas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pesquisa desenvolvida sobre mineração, Natureza e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e protegido, pode-se chegar às seguintes considerações conclusivas:

a) a interpretação expressa na Opinião Consultiva 23/2017 possui caráter vinculante, e deve ser cumprida imediatamente naquilo que não depender de alteração legislativa ou de políticas públicas;

b) dentro do licenciamento ambiental, todas as atividades licenciáveis devem conter um plano que permita a manutenção e a regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos da Natureza relacionadas ao empreendimento (a biocapacidade específica). Caso não seja viável, não deve receber a licença ambiental;

c) dadas as peculiaridades da mineração – a impossibilidade de retorno à situação ecológica anterior – o caso é de restauração de outras funções ecológicas (garantia de estabilidade ambiental), deve ser exigido aproveitamento ou reaproveitamento (econômico ou não) dos rejeitos, e a lavra deve ser dividida em mó-

culos, para que a recuperação (cumprimento do PRAD) ocorra de forma simultânea à exploração da área, ou seja, a exploração/exploração de um novo módulo libera o anterior para a recuperação;

d) e, por fim, como não há “direito adquirido a poluir ou a degradar”, essa sofisticação à proteção da Natureza vale para as atividades presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

Abramovay, R. (2019). *Amazônia*. São Paulo: Elefante.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Gelman versus Uruguay*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nossa terra) versus Argentina*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_400_esp.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Opinião Consultiva 23 de 15 de novembro de 2017*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpinioConsultiva23versofinal.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Curi, A. (2014). *Minas a Céu Aberto: planejamento de lavra*. São Paulo: Oficina de Textos.

Enríquez, M. A. *Sustentabilidade e Mineração: uma agenda imperativa*. In: Machado, I. F.; Figueirôa, S. F. M. *História da Mineração Brasileira*. Curitiba: CRV, pp. 598-611.

Gudynas, E. (2019). *Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais*. São Paulo: Elefante.

Herrmann, H. (2021). *Síntese Histórica da Legislação Mineral Brasileira*. In: Machado, I. F.; Figueirôa, S. F. M. *História da Mineração Brasileira*. Curitiba: CRV, pp. 583-592.

Leite, J. R. M.; Belchior, G. P. N. (2021) *Direito Ambiental Brasileiro*. In: *Direito Ambiental Brasileiro*. (FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (Coords.)). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters Brasil).

- Pinto, C. L. L.; Salum, M. J. G. (2019). Mineração: aspectos ambientais e socioeconômicos. In: Mineração e Meio Ambiente. THOMÉ, R. (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Mazzuoli, V. O. (2021). 8ª ed. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense/Método.
- Mendes, G. A. R. A. (2021). Internalização dos Impactos Socioambientais e Econômicos da Mineração: normas e políticas públicas. Curitiba: Appris.
- Sales, C.; Pereira, H. S. (2020). Mineração e Unidade de Conservação: legislação e seus conflitos de interesse. Belo Horizonte: Dialética.
- Sarlet, I. W.; Fensterseifer, T. (2021). Curso de Direito Ambiental. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Farias, T. (2019a). A Atividade Minerária e a Obrigação de Recuperar a Área degradada. In: Mineração e Meio Ambiente. THOMÉ, Romeu (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Farias, T. (2019b). Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum.
- Farias, T.; Ataíde, P. (2021). Mineração e Meio Ambiente. In: Direito Ambiental Brasileiro. (Farias, T.; Trennepohl, T. (Coords.)). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters Brasil).
- Thomé, R. (2021). Manual de Direito Ambiental. 11ª ed. Salvador: JusPodivm.
- Trennepohl, C.; Trennepohl, T. (2020). Licenciamento Ambiental. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters Brasil).
- Weetman, C. (2019). Economia Circular. São Paulo: Autêntica Business.

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E QUESTÕES DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS: PALCOS DE LEGITIMAÇÃO E DELIBERAÇÃO

Abel Martins Filho

Mestre em Direito pela Unirio – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Docente na Universidade Estácio de Sá - RJ.
am.advcorp@gmail.com.

Durcelania da Silva Soares

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL.
Docente na Universidade Estácio de Sá - RJ.
durcelania@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O meio ambiente devidamente ecologicamente equilibrado é compreendido pelo Direito Ambiental como tópico necessário para a manutenção da vida digna das presentes e das gerações que estão por vir, devendo a todos, sejam agentes do ramo público, assim como também as pessoas físicas da sociedade civil e as pessoas jurídicas, para que juntos possamos reverter o presente quadro de crise ambiental e garantir um determinado padrão de preservação ambiental aceitável para a manutenção da vida terrena de forma justa e sustentável. Diante dessa responsabilidade de se buscar a preservação do meio ambiente e promover este a meio digno, equilibrado, de forma a sustentar a vida, um tema se destaca, mesmo sendo relativamente recente, por ser de fundamental para tal modo operante ecologicamente correto: a gestão de resíduos sólidos e as políticas públicas no âmbito ambiental.

É de notório saber que com a intensa e constante urbanização há diversas questões que devem ser analisadas para compreensão dos problemas enfrentados pelos grandes centros urbanos, tais como a violência, o desemprego, o lixo, dentre outros. Sem dúvidas, o crescimento das cidades trouxe definitivamente vários problemas para o meio ambiente, principalmente em relação aos resíduos sólidos.

Indaga-se: Como lidar com tal fato?

Percebe-se imediatamente a real importância de uma gestão adequada dos resíduos sólidos e de políticas públicas direcionadas para a proteção do meio

ambiente, consolidando soluções eficazes e duradouras para a questão do descomunal volume do lixo nas grandes cidades.

Neste aspecto, ainda se verifica como parte do presente artigo o realização de Conferências de Políticas Públicas como instrumento de deliberação e de legitimação das próprias políticas públicas ambientais em face da questão dos resíduos sólidos promovendo um processo de tomada de decisão mais homogêneo das preferências individuais com vista à proteção do meio ambiente digno.

1. PRÉVIA DOS DESAFIOS AMBIENTAIS ATUAIS

A vida em sociedade, atualmente, enfrenta uma série de crises em diversos dos seus aspectos, seja nos valores morais e éticos das pessoas, nas atitudes muitas vezes incorretas de nossos governantes, no aumento da violência social, no incontável avanço das desigualdades sociais, dentre muitos outros casos. Um desses aspectos em especial deve ser portador de uma devida atenção, visto que o seu agravamento pode abalar consideravelmente a vida humanado presente e as futuras gerações de modo nunca antes presenciado: a crise ambiental.

A dita crise se caracteriza por diversas atitudes contrárias a preservação ambiental e aos pressupostos de Desenvolvimento Sustentável, tal como concebido atualmente, disseminados em várias partes do globo, e com base num sistema utilitarista e antropocêntrico, contribuindo para o esgotamento dos recursos naturais e, conseqüentemente, para a possível extinção de todos os espécimes do planeta, caso não seja devidamente cuidado desses aspectos danosos ao meio ambiente, tais como o desrespeito aos ecossistemas, desmatamento, a caça predatória, dentre outros exemplos.

Contraopondo-se a esses constantes gravames das condições ambientais planetárias, surge o movimento ambiental a partir da década de 70, buscando realizar uma nova forma de pensar para a sociedade. Conferências Mundiais, tratados internacionais, normas jurídicas novas ciências acadêmicas, ou seja, um acervo se formando em prol dessa nova mentalidade que consiste na preservação do meio ambiente. Marcos Históricos como a Primeira Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente (chamada de ECO-72) realizadas em Estocolmo, na Suécia em 1972, a Segunda Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente (chamada ECO92 ou RIO-92) realizada na nossa cidade do Rio de Janeiro em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas

(COP-15) realizada na cidade de Copenhague, Dinamarca no ano de 2009, e, mais atualmente, a Rio + 20, realizada na cidade do Rio de Janeiro vinte anos depois da última grande conferência, demonstram que, mesmo diante das dificuldades apresentadas, as questões ambientais ganharam espaço nos debates mundiais.

Hoje, o meio ambiente, nas condições de ecologicamente equilibrado, se consagrou como um Direito Fundamental, estando intimamente ligado à vida humana e sua dignidade, a sua proteção deve se alinhar com as leis existentes, evitando extremismos, promovendo o desenvolvimento econômico hábil e respeitoso.

Entende-se por Direitos Fundamentais aqueles determinados direitos que se fazem anteriores a formação do Estado e que são reconhecidos e garantidos como sendo inerente à natureza humana. Tais direitos são interpretados pelas chamadas “gerações ou dimensões dos Direitos Fundamentais”, variando em determinadas fases.

No âmbito das questões ambientais, se destaca a de terceira fase, geração, ou Novíssimo Direito, que estão Em fase de consolidação desde após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), estes Direitos estão ligados aos chamados “Direito Difusos” ou “Transindividuais”, tais como os Direitos do Consumidor, ao Patrimônio Genético, aos bens históricos, direito ao Meio Ambiente, dentre outros. Nesse âmbito, o Estado Social se transforma efetivamente em Estado Democrático de Direito e seus valores e deve ser voltada a preservação da Dignidade da Pessoa Humana, e, por consequência, o Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

No fundamento da nossa Constituição Federal Brasileira de 1988, vem a consolidar o status constitucional ao valor da preservação do meio ambiente como nos indica, numa primeira abordagem, o texto do caput e inciso III do artigo 1º da mesma, sob o Título “Dos Princípios Fundamentais” que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e dentre os seus fundamentos se faz presente a busca pela consagração da dignidade da Pessoa Humana.

A continuação desse valor ao meio ambiente por parte de nossa Constituição Federal se observa, numa segunda abordagem, no artigo 225, caput, no Capítulo VI, de Título Do Meio Ambiente, empregando o conteúdo basilar de todo o estudo ambiental jurídico no Brasil no qual todos têm direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A problemática ambiental ganha cada vez maior destaque, ocupando importantes posições em discussões mundiais. Não se fala mais em crescimento econômico desenfreado, mas sim em um desenvolvimento com base na sustentabilidade, ou seja, aquele que não retira mais do que a natureza pode se regenerar e nem lança a mesmo mais do que ela pode comportar, prezando pela preservação dos recursos naturais.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS, PROTEÇÃO AMBIENTAL E RESÍDUOS SÓLIDOS

No âmbito jurídico, surge tal direito é tutelado pelo chamado Direito Ambiental que visa estudar as normas e princípios que regulam a Relação Homem/Natureza em prol de se promover melhoria na qualidade do meio ambiental, este bem de natureza difusa, e, por consequência da própria vida das antigas e novas gerações.

Dentre os diversos instrumentos advindos dos ensinamentos da dita ciência jurídica em prol da proteção do meio ambiente, tais como o estudo de impacto ambiental, o zoneamento ambiental ou recuperação de áreas degradadas, a questão da devida gestão para com os resíduos sólidos através de política públicas eficazes e permanentes como um meio fundamental para alicerçar esta meta de preservação do patrimônio ambiental.

Num primeiro momento, vale dizer que o a proteção ao meio ambiente possui “status” constitucional dado pela nossa Constituição Brasileira de 1988, no qual se baseia na tutela deste Direito Fundamental de terceira dimensão imprescindível para a vida de boa qualidade e digna ao ser humano e aos outros habitantes de nosso mundo.

A Constituição de 1988, conforme Édís Milaré (2009, p.147), pode ser nomeada como uma constituição verde, pois muito tem agido em face da própria proteção ao meio ambiente. A mesma coloca em foco, com uma adequação inerente à alma nacional, a questão de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza, transmitindo por vários de seus dispositivos o que se compreende como um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente.

Observa-se, a boa lógica constitucional favorável ao meio ambiente. A Constituição de 1988, segundo Paulo de Bessa Antunes (2011, pág. 33), além de ter dado uma nova configuração jurídica à proteção do meio ambiente, estabeleceu em seu capítulo de direitos e garantias individuais uma importante inovação no que se refere aos direitos individuais, cuja inspiração direta se pode encontrar no princípio constitucional da dignidade humana.

Atualmente a ideia de se ter crescimento econômico a qualquer custo se mostra modificada devido à restrição dos recursos naturais, de forma que a visão de desenvolvimento se adaptou para o âmbito da sustentabilidade, na base do princípio do Direito Ambiental e de outras ciências de cunho ambiental, chamado de Desenvolvimento Sustentável, prezando pela melhor qualidade, equilíbrio, dos fatores ambientais dos ecossistemas.

Dessa maneira, os ensinamentos do princípio quarto, da declaração da Segunda Conferência Mundial do Meio Ambiente (Rio-92) nos informa de modo singular o dito acima: “Para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a eles”.

A proteção ambiental como dever e, ao mesmo tempo, direito de todos da sociedade se refere mais especificamente à colaboração no âmbito interno, objetivando a proteção ao meio ambiente. Refere-se, dessa maneira, à cooperação específica entre o Poder Público e a coletividade beneficiária do meio ambiente ecologicamente equilibrado, consistindo no dever a ser feito em face de um direito.

Maria Granziera 2 afirma o seguinte quanto ao exposto acima:

“A atitude cooperativa é o agir conjuntamente. Na batalha contra a poluição e a degradação do meio ambiente, e considerando às fronteiras políticas, cabe aos Estados que os compartilham atuar de forma coordenada, mesmo no que se refere às ações internas, para evitar a ocorrência de danos, assim como para racionalizar as medidas de proteção que se fizerem necessárias. A cooperação surge como uma palavra chave quando há um inimigo a combater, seja a pobreza, seja a poluição, a seca, ou ainda a reconstrução de um Estado ou região em período de pós-guerra. É somar esforços, o ato de se deixar meros aspectos individuais de lado e ampliar

² GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. São Paulo: Atlas, 2009. P. 58.

o poder de atuação em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Observa-se que a preservação do meio ambiente deve ser implementada por todos, seja pelo Poder Público, na variedade de seus órgãos, seja pela população, por meio de organismos não governamentais, associações ou por cada família ou pessoa individual. Portanto, é um consenso em prol de uma manifestação maior: a efetivação do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Luís Paulo Sirvinskas (2008, pág. 70) afirma de modo a amplificar o conhecimento acerca dessas condições de sustentabilidade:

“Como devemos interpretar a expressão meio ambiente ecologicamente equilibrado?

Essa expressão deve ser interpretada conciliando o binômio:

Desenvolvimento (art.170, VI, da CF) versus meio ambiente (art.225, caput, da CF).

Assim, compatibilizar “meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo se adequadamente às exigências de ambos e observando as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculos ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material. O equilíbrio ecológico não significa inalterabilidade das condições naturais. Busca-se, no entanto, a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários bens que compõem a ecologia (populações, comunidades, ecossistemas e biosfera).”

O firmamento do ideal que é meio ambiente ecologicamente equilibrado agrega valor como sendo alicerce ao direito à vida com dignidade, mantendo a boa relação entre natureza e crescimento empresarial, espalhando-se por diversos ramos da sociedade, como o meio acadêmico, o meio político, o meio ambiente das cidades (o artificial), dentre outros.

No mesmo entendimento, Eros Grau (2012, pág. 251) nos ensina:

“O princípio da *defesa do meio ambiente* conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da *garantia do desenvolvimento* e do *pleno emprego*. Além de objetivo em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de *assegurar a todos existência digna*. Nutre também, ademais, os ditames da *justiça social*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*.”

O *desenvolvimento nacional* que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o *pleno emprego* que impede assegurar supõem economia autossustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, com ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.”

A questão da gestão dos resíduos sólidos é atualmente tratada pela Lei 12.305 de 2010, tendo seu devido respaldo no meio jurídico e no meio ambiental, visto que, uma vez fixada as devidas bases legais, há de se acentuar o combate efetivo a poluição exercido por meio de tais dejetos, promovendo, enfim, uma maior proteção ambiental.

Paulo Affonso de Mello Machado (2005 ,pág.546) nos explica:

“O termo *resíduo sólido*, como o entendemos no Brasil, significa lixo, re- fugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvi- dos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dis- solvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água.”

O volume excessivo e com crescimento exponencial dos resíduos sólidos se torna um verdadeiro problema em face ao direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que a poluição advinda dos mesmos é extremamente prejudicial, e, muitas vezes, desconsiderado pela sociedade.

Sabe-se, entretanto, que muitas vezes a edição de uma norma não promove, por si só, os seus ditames. Entra, portanto, o papel fundamental das políticas públicas no intuito de se fazer concretizar o estabelecido pelas leis. No presente caso, cabendo as de âmbito ecológico, promovendo a gestão eficiente do resíduos sólidos em face da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme Celina Souza, na obra Políticas Públicas no Brasil (2012, pág. 68 e 69), na concepção mais clássica, política pública é uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas.

E continua a autora, no qual se pode, então, “resumir políticas públicas como campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o governo

em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.

Bem como observa Secchi³ “uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante”. Tal qual a temática dos resíduos sólidos.

Quando se fala em políticas públicas ambientais, quer se dizer em ações advindas do Poder Público, na visão estadocêntrica, com foco na proteção do meio ambiente. No âmbito da busca por soluções sobre o que se providenciar com os resíduos sólidos, faz-se mais que necessário à consonância com tais tipos de políticas públicas, sempre na busca do combate da poluição e degradação do meio ambiente.

Vale-se lembrar, de acordo com Amartya Sen⁴, para “o fornecimento eficiente de bens públicos, precisamos não só levar em consideração a possibilidade da ação do estado e da provisão social, mas também o examinar o papel que pode desempenhar o desenvolvimento de valores sociais e de um senso de responsabilidade que viessem a reduzir a necessidade da ação impositiva do Estado”.

Portanto, há uma real necessidade contínua de se implantarem políticas públicas com foco na devida gestão dos resíduos sólidos, partindo, num primeiro momento, da plena atuação do Estado, mas que tem como grandioso objetivo conscientizar e, mais, intensificar a atuação da sociedade, visto que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito e, ao mesmo, tempo um dever, em prol das presentes e futuras gerações.

³ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010. Pag. 2.

⁴

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo, Companhia das Letras, 2002. Pag. 343.

2. CONFERÊNCIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: ASPECTOS DE LEGITIMAÇÃO E DELIBERAÇÃO.

Diante do debate acerca da importância de políticas públicas ambientais, principalmente no referente ao foco dos resíduos sólidos como um dos grandes gravames da vida em sociedade moderna, imprescindível se faz uma boa comunicação entre os detentores do poder e os destinatários. Observa-se interessante o papel da busca participativa e deliberativa estabelecido pelas chamadas Conferências de Políticas Públicas.

Segundo Cláudia Faria e demais autoras⁵ “as conferências de políticas públicas são definidas oficialmente como espaços institucionais de participação e deliberação acerca das diretrizes gerais de uma determinada política pública podendo assumir caráter consultivo ou deliberativo”.

Sendo convocadas por lei, decreto, portaria ministerial ou resolução do respectivo conselho, contendo, na sua regulamentação, o tema a ser discorrido, comissões organizadoras, cronogramas, posicionamentos federativos – local, regional ou nacional – dentre outros.

Vale mencionar, ainda segundo a autora, que visam compatibilizar tipos de ação em busca por um sistema integrado de participação e deliberação, uma vez que pretende unir participação, representação e deliberação, ou seja, envolver se com suas tensões na meta de incluir diferentes vozes, agir em nome do outro e ter decisões tomadas com base em justificativas publicamente aceitáveis.

Certamente, muitas vezes, há uma contradição entre deliberação (discussão e interação que irão promover contextos de descobertas públicas com meio de troca de argumentos e de aprendizado social sobre como estruturar os problemas e como solucioná-los, gerar a escolha da política pública) e participação (envolvimento direto, amplo e sustentado dos cidadãos nas questões públicas – preocupação maior com a inclusão e não da qualidade para a efetividade e legitimidade da política pública) na medida em que o aumento da qualidade da primeira pode se dar com a diminuição da segunda, e vice versa.

⁵ FARIA, Claudia Feres; SILVA, Viviane Petinelli & LINS, Isabella Lourenço. Conferências de políticas públicas: um sistema integrado de participação e deliberação? Revista Brasileira de Ciência Política, n.7, pp. 249-284, 2012.

Dessa forma, as Conferências são amplos espaços institucionais de participação onde representantes do poder público e da sociedade discutem e apresentam propostas para o fortalecimento e adequação de políticas públicas específicas.

Relevante se faz a delimitação do tema a ser deliberado em tais conferências, pois de certo se faz que para se obter pelo menos um mínimo, em nosso posicionamento, se deve haver, sem dúvidas, uma redução das temáticas em face de uma otimização do tempo para a busca de decisões efetivas. Portanto, mostrando-se demasiadamente claro, uma Conferência de Políticas Públicas Ambientais com o foco em resíduos sólidos, deve se manter integrado objetivamente com cronogramas de discussões pré-estabelecidas e essencialmente ligadas ao problema em face exposto, evitando discussões que fogem a meta inicialmente prevista.

Entende-se, entretanto, que não se trata de uma tarefa fácil a se realizar, principalmente nos tópicos ambientais que muito se interligam, causando, muitas vezes, a necessidade de se compreender e debater determinado problema apenas para se puder se posicionar diante de outro.

Em tais conferências acerca dos resíduos sólidos, a título de mera exemplificação sobre o acima dito, pode se relacionar a uma série de outras questões, tais como falta de infraestrutura de moradias, a educação e interesse da população (ainda a depender de qual classe), alternativas sustentáveis em face da eliminação de resíduos sólidos, resíduos sólidos e aspectos da saúde, dentre diversos outros. A mensagem das referidas conferências deve ser, portanto, bastante direcionada, permitindo o maior aproveitamento de suas atividades.

Neste sentido, é valoroso mencionar Habermas⁶:

A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao "nós" flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela idéia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão uma relação de deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. Inclusão não significa aqui confinamento dentro do próprio e fechamento diante do alheio.

⁶ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo, Edições Loyola, 1996. Pag. 7-8

Antes, a "inclusão do outro" significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos - também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro - e querem continuar sendo estranhos."

Acrescenta-se, em síntese, o entendimento de Habermas diante da chamada ação comunicativa no qual deve haver uma racionalidade de comunicação por meio da esfera pública política como sendo uma estrutura enraizada no mundo da vida intermediado pela sociedade civil, uma arena de integração do cotidiano onde os problemas sociais são percebidos, identificados e traduzidos em opiniões públicas, superando o individual, estratégico, na busca de um entendimento mútuo.

Como exemplo, fechando o visto, a prática de contribuição para elaboração de políticas públicas ambientais, cita-se a 1ª Conferência Estadual do Meio Ambiente em Roraima, com eleição de delegados representantes do Estado e recolhimento das recomendações para implementação da Lei de nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. A conferência estadual tem como objetivo contribuir para a implantação das políticas municipal, estadual e nacional de resíduos sólidos, debatendo prioritariamente os temas de acordo com alguns eixos temáticos, tais como a produção e consumo sustentáveis; redução dos impactos ambientais; geração de emprego, trabalho e renda; educação ambiental e questões sociais ligadas à geração de resíduos sólidos.

É apenas uma das diversas conferências acerca da temática ambiental do gerenciamento dos resíduos sólidos no cenário brasileiro. Sem dúvidas, as conferências têm suas utilidades plenamente ativas no meio que busque a concretização de objetivos de interesse social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão ambiental se revela de importância atual para a sociedade como um todo, base do próprio direito a uma vida digna, sendo inegável que para a manutenção do mínimo do meio ambiente ecologicamente equilibrado sem perder o ritmo econômico muito deve ser repensado se estabelecendo como uma das grandes metas da modernidade.

As políticas públicas ligadas aos tópicos ambientais de problemática dos resíduos sólidos são uma realidade no mundo e no Brasil. Buscou-se no presente artigo apresentar justamente as intituladas Conferências de Políticas Públicas por

meio de uma abordagem conceitual no qual elas se revelam como um interessante palco de interação social e de deliberação.

Por fim, alerta-se apenas para a objetividade das presentes Conferências de Políticas Públicas e para a sua capacidade de produzir decisões de qualidade, bem como vinculativas para a promoção de políticas públicas conforme o combinado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas Protegidas e Propriedade Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2011.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.
- FARIA, Claudia Feres; SILVA, Viviane Petinelli & LINS, Isabella Lourenço. Conferências de políticas públicas: um sistema integrado de participação e deliberação? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.7, pp. 249-284, 2012.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª Edição, São Paulo. Malheiros, 2010.
- HOCHMAN, Gilberto, ARRETECH, Marta, MARQUES, Eduardo (orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.
- MACHADO, Paulo Afonso Lema. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros 2008.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.