DIREITO E SOCIEDADE

(VOL. 1)

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

CÉSAR EVANGELISTA FERNANDES BRESSANIN,
ÉDGAR HERNÁN FUENTES-CONTRERAS, SANDRA VIDAL NOGUEIRA,
THAÍS JANAINA WENCZENOVICZ

DIREITO E SOCIEDADE

(VOL. 1)

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021 | **César Evangelista Fernandes Bressanin, Édgar Hernán Fuentes-Contreras, Sandra Vidal Nogueira, Thaís Janaina Wenczenovicz (orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito e sociedade / César Evangelista Fernandes Bressanin, Édgar Hernán Fuentes-Contreras, Sandra Vidal Nogueira e Thaís Janaina Wenczenovicz (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

v. 1; 882 p.

ISBN 978-65-89891-18-5

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos civis. 4. Direitos sociais. I. Bressanin, César Evangelista Fernandes (org.). II. Fuentes-Contreras, Édgar Hernán (org.). III. Nogueira, Sandra Vidal (org.). IV. Wenczenovicz, Thaís Janaina (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

CONSTITUCIONALISMO TARDIO, CIDADANIA E SISTEMAS DE GOVERNO: A ANÁLISE DO DEVER FUNDAMENTAL CÍVICO-POLÍTICO NO BRASIL.....17
Anderson Adriano Gonzaga Brito

AS CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DE RENÉ DESCARTES PARA A CONTEMPORANEIDADE.....40
Ademilson Marques de Oliveira

A MORAL E O DIREITO À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO.....54
Matheus Teodoro

TEMÁTICA DAS BARRAGENS DE REJEITOS DE MINÉRIOS NO DIREITO BRASILEIRO.....71
Peterson Lima de Almeida

AS CONTRIBUIÇÕES DE SIGMUND FREUD NO COMBATE À ANGÚSTIA NA ADOLESCÊNCIA.....102
Ademilson Marques de Oliveira

A BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ECOCÍDIO.....117
Nayara Lima Rocha da Cruz

O IMPEACHMENT NO BRASIL: UMA SENTENÇA REDIGIDA POR POLÍTICOS.....135
Filipe Luiz Mendanha Silva
Carolina Batista Gonçalves
Mariane de Oliveira Braga Santos

TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA.....152
Tricia Bogossian

O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS.....175
Tricia Bogossian

COMBATE À LGBTFOBIA: O TRATAMENTO CONFERIDO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AOS ATOS DISCRIMINATÓRIOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....194
Bruno Medinilla de Castilho

UMA ERA "PÓS-GENÔMICA" PARA AS CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS: CONSTRUÇÃO MULTIDISCIPLINAR DA CONFLUÊNCIA ENTRE EPIGENÉTICA, ÉTICA, DIREITO E SOCIEDADE.....212
Adriana Carolina Leão Carpi

FAKE NEWS NO BRASIL PANDÊMICO: RUMO A UM CENÁRIO DE NEGAÇÃO E DESENCORAJAMENTO?.....231
Ramon Romeiro Zanirato

COMPREENDER PARA REFORMAR: A ECONOMIA COMPORTAMENTAL POR TRÁS DO TERRITORIALISMO DOS AUTORES E TITULARES DE DIREITOS AUTORAIS.....247
Pedro de Abreu M. Campos

NEGACIONISMO HISTÓRICO E REDES SOCIAIS: UM OLHAR SOBRE A NARRATIVA NEGACIONISTA EM RELAÇÃO À DITADURA MILITAR BRASILEIRA.....264
Gabriel Victor Maltez Pimentel de Jesus

OS PODERES DO ESTADO DEMOCRÁTICO E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL EM TEMPO DE POPULISMO NACIONALISTA NO BRASIL.....294
Carlos Alberto Ferreira dos Santos
João Batista Santos Filho

PRODUCT PLACEMENT COMO ESPÉCIE PUBLICITÁRIA ABUSIVA NA PERSPECTIVA DO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO CONSUMERISTA.....312
Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa
Fabrício Germano Alves
Kleber Soares de Oliveira Santos

COLABORAÇÃO PREMIADA À BRASILEIRA: ENTRE SILÊNCIO, TRAIÇÃO E JUSTIÇA NEGOCIAL, PRÊMIO PARA QUEM?.....328
Augusto de França Maia
Germanna Gabriella Amorim Ferreira

CRIMES HEDIONDOS: AS REGRAS DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NOS CRIMES HEDIONDOS APÓS O PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019).....345
José Mário Paulain Gonçalves Júnior

O HISTÓRICO DA AGENDA DO GOVERNO FEDERAL PARA A REFORMA AGRÁRIA NO BRASIL.....363
Larissa Ferreira Porto

O DESAFIO DE EDUCAR DURANTE A PANDEMIA: RESSIGNIFICANDO OS ESPAÇOS ESCOLARES.....377
Edir Tereza dos Reis
Sirley Teresa dos Reis

A (I)LEGALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS SOBRE BENS IMPORTADOS PELA MODALIDADE LEASING NO ESTADO DO AMAZONAS.....393
Johnattan Martins Pinheiro
Denison Melo de Aguiar
Ygor Felipe Távora da Silva
Adriana Almeida Lima

A CONSTITUCIONALIDADE DO POLIAMOR SOB UMA CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA.....408
Anna Silvia Alves Fernandes

OPEN BANKING NO BRASIL.....425
Beatriz de Sousa Gonçalves

CONSEQUÊNCIAS ÉTICAS E LEGAIS DO BIG DATA EM SAÚDE.....437
Ana Maria G. Anátocles

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E OS PRINCÍPIOS DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI E DA PLENITUDE DE DEFESA: UM OXIMORO À SEGURANÇA JURÍDICA.....448
Allan Thiago Barbosa Arakaki
Uendel Roger Galvão Monteiro
Fábio Borini Monteiro

PLANEJAMENTO CONTÁBIL ESTRATÉGICO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO TERMO INSUMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....465
Nathália Zampieri Antunes
Amanda Costabeber Guerino
Marina Dal Pizzol Siqueira

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.....483
Letícia Estrela

O TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO DO EMPREGADO À DESCONEXÃO.....499
Christiano Abelardo Fagundes Freitas
Léa Cristina Barboza da Silva Paiva

EDUCAÇÃO EM CRISE: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO.....517
Emilia Davi Mendes

A MÍDIA NA CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA DE FEMINICÍDIO E VIOLÊNCIA SEXUAL.....535
Ana Luiza Barros da Cunha
Roberta Maia Marques

INICIATIVA BRASIL-BIOTEC: RETORNO, MUDANÇAS E PROFISSIONALIZAÇÃO EM BIOTECNOLOGIA.....554
Bárbara Dias Cabral

PANDEMIA DA COVID-19, JUVENTUDE E EVASÃO ESCOLAR NO CENÁRIO BRASILEIRO.....568
Suenne Santos de Aguiar

O ESPECTRO POLÍTICO RELATIVO À IDEOLOGIA FASCISTA: ESQUERDA OU DIREITA?.....580
Henrique Reis Calazans

OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PUBLICIDADES SIMULADAS.....598
Glenda dos Santos Honório da Silva
Lara Jayne dos Santos Mota

A SEMIOLOGIA E O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: PERSPECTIVAS A PARTIR DE WARAT.....613
Rosane da Silva Lima

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606.....626
Joseph Murta Chalhoub
Pedro Germano dos Anjos

O DIREITO BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIANTE DA MORTE: PELA CONVENIÊNCIA DE UMA REGRA QUE IMPEÇA O PROLONGAMENTO FORÇADO DA VIDA.....650
René Vial
Elaine Vieira
Kelly Aparecida Vale
Simoni Miranda

IGUALDADE, DIFERENÇA SEXUAL E OS DIREITOS DAS MULHERES EM PERSPECTIVA: JOAN SCOTT E O GÊNERO COMO CATEGORIA ÚTIL DE ANÁLISE HISTÓRICA.....666
Thaís Duarte Zappelini

TRANSEXUALIDADES E TRAVESTILIDADES: VIOLÊNCIAS E (IN) VISIBILIDADES NA SOCIEDADE BRASILEIRA.....682
Felipe Braga Albuquerque
Almair Morais de Sá
José Ewerton Bezerra Alves Duarte

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: O CASO DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020 700
Amanda Porto Brum
Carina Lopes de Souza
Giulia Signor
Thábata Santa Catarina de Souza

SAÚDE E PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: A INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL COMO ESTRATÉGIA DE SEU ENFRENTAMENTO NO ESPAÇO LOCAL 714
Adriane Medianeira Toaldo

ALEATÓRIO, DIREITO E POLÍTICA: A RECEPÇÃO DE ALTHUSSER NA FILOSOFIA DE ALYSSON MASCARO 731
Vitor Fraga da Cunha

DIREITO INTERNACIONAL ESPACIAL COMO VONTADE DE POTÊNCIA DA HUMANIDADE COMO SUJEITO 746
Érica Paula Gomes de Freitas

DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL E O IDEAL DE ROMPIMENTO DO ACORDO DE VONTADE ENTRE AS PARTES 762
Isabel Christina Gonçalves Oliveira
Heloísa Borges Nascimento

DIREITO CONSUMERISTA FACE À COVID-19: REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO 775
Kaliana Lima Ferreira
Sarah Borges Vasconcelos

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO TENDO-SE COMO LUME O CASO AÍDA CURI 792
Gabrielle Pereira Fontainha de Carvalho

INTERAÇÕES ENTRE MEIO AMBIENTE E POLÍTICAS AMBIENTAIS CONSTITUCIONAIS 813
Andréa Arruda Vaz
Marco Antonio Lima Berberi
Tais Martins

ADEQUAÇÕES E PROGRESSO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA PANDEMIA COVID-19 NO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.....829
Isabela Melo Jacintho

SOBRE (DES)COMPLICAR A LINGUAGEM: BREVE ANÁLISE DA LEI Nº 14.129/21 E O USO DE LINGUAGEM CLARA E COMPREENSÍVEL A QUALQUER CIDADÃO.....850
Francine Pereira Fontainha de Carvalho

BIODIVERSIDADE MARINHA: OS PROBLEMAS AMBIENTAIS DO ESPAÇO MARÍTIMO SOB A PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....863
Laura Soares Lima
Juliana Guedes

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil

Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é uma iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e a interação entre os participantes, através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o Direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações.
- Democratização da divulgação e produção científica.
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão *e-book* aos participantes.
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição.
- Interação efetiva entre os participantes, através de ferramentas via internet.
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no *site* para os participantes.
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do Direito em níveis nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado "A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato".**

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins, e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

CONSTITUCIONALISMO TARDIO, CIDADANIA E SISTEMAS DE GOVERNO: A ANÁLISE DO DEVER FUNDAMENTAL CÍVICO-POLÍTICO NO BRASIL

Anderson Adriano Gonzaga Brito[1]

INTRODUÇÃO

O exercício da cidadania constitui um direto liame com o desenvolvimento da prática e respeito da Constituição, fatores que nos permitem, de forma cristalina, detectar uma democracia consolidada em um país, sem saudosismo ao autoritarismo, ou, em sentido diverso, a degeneração desta forma de governo.

O Brasil, neste parâmetro, com uma constitucionalização reconhecidamente tardia, caminha de forma mais modesta para a consolidação da cidadania na sua forma mais ampla. A incerteza do futuro, atrelada a um presente instável, de desrespeito da Constituição, confunde-se com o próprio processo de formação do Estado brasileiro, sem planejamento, e, advirta-se, com busca de soluções que em nada levavam em conta a realidade do país e suas necessidades.

1 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana Direito.

A partir do reconhecimento destes problemas, busca-se alertar que apenas um possível questionamento acerca da alteração do sistema de governo não sanaria os problemas enraizados, devendo-se vislumbrar de uma forma ampla que o constitucionalismo tardio e a carente educação pública, dentre outros fatores, também são dificuldades a serem enfrentadas no que tange à construção de uma cidadania efetiva, com reconhecimento e exercício bem-sucedido do dever fundamental cívico-político no país.

1 ENFRENTANDO O PROBLEMA BRASILEIRO NA RAIZ

É inviável que se eleve meramente a alteração de uma sistemática por outra e faça desta a solução fundamental para a resolução de problemas que envolvem nuances históricas, políticas e sociológicas, como vem a ser o caso do Brasil.

Neste sentido, se é possível o reconhecimento de uma cultura educacional gravemente deficiente, de uma cultura política arraigada a fatores que ainda demonstram similitude com o período colonial, dúvidas não há de que tais condições também determinam lesão no âmbito jurídico, precisamente tratando do direito constitucional no país.

A cultura nada mais é do que o resultado de imbricações das interações humanas existentes em um contexto local, regional, nacional ou global.

Não se trata de ilações, e sim de fatos. Assim como o histórico latino-americano se funda muitas vezes na instabilidade política, bem como do vagaroso reconhecimento da importância da democracia, razão pela qual ainda há a tendência a formar regimes hipertrofiados, a mesma conclusão deságua quando aludimos à cultura constitucional brasileira, destacadamente tardia.

> O constitucionalismo tardio é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais (SILVA NETO, 2016, p. 19).

Dentro deste contexto, o modo de colonização expropriatório e escravagista implantado na América Latina por Portugal e Espanha, dissonante de qualquer objetivo de desenvolvimento social, na medida em que

se podia perceber segmentos sociais antagônicos no que se refere ao acesso à renda e em termos de qualidade de vida, radica na formação colonial segregacionista, pautada muitas vezes no autoritarismo.

> Na América espanhola (motivo essencial deste trabalho), bem como na portuguesa, a sujeição colonial monárquica foi substituída com o Ascenso das novas elites militares e econômicas, que em alta medida reproduziram o modelo autoritário das metrópoles. Para a consolidação das novas formas de governos republicanas, os nascentes Estados tomaram como modelos a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 (PÉREZ, 2008, p. 36-37).

Não obstante, o referido modelo instituído à base da força e da influência política desembocou no reconhecimento da característica vista na América Latina de hipertrofia do Poder Executivo em relação ao Legislativo e ao Judiciário, associado à projeção de lesões a direitos fundamentais como a saúde, a educação, dentre outros, daqueles segmentos apartados do topo da pirâmide social, política e econômica.

> Fundamentalmente, o modelo presidencialista latino-americano caracteriza-se por um Poder Executivo forte, onde a figura do Presidente é determinante na condução política e econômica nacional. As suas funções chegam até a ultrapassar as clássicas fronteiras dos outros poderes, intervindo diretamente na atividade legislativa, e com maior intensidade, também na judiciária (PÉREZ, 2008, p. 37).

Nesta monta, a consequente incipiência do sistema educacional vigente no país recai na efetividade da cidadania.

O desenvolvimento de uma nação perpassa pela educação. Assim, nações consideradas desenvolvidas, selaram um modelo de avanço crucial para a elevação ao patamar de país de padrão civilizatório.

> Por fim, chegamos à educação, processo que permite ao grupo social assegurar a continuidade da cultura, passando-a às novas gerações. Poder-se-ia alegar que a educação não é um novo sector da cultura, pois quando se educa se praticam todas as outras atividades culturais, técnica, conhecimento, religião, moral, etc. Mas essa atividade de

> transmitir o legado de experiências e criações do grupo é, em sí, também uma atividade cultural, que se desenvolve desde a educação difusa dos primitivos, ou os primeiros esboços de educação formal das suas cerimônias de iniciação, até a mais completa organização universitária moderna (sic) (SAMPAIO, 1953, p. 233).

O Brasil, ainda durante as décadas de 80 e 90 do século passado, possuía gravíssimos indicadores de analfabetismo, afetando, naturalmente, a criação de mão de obra qualificada, debilidade dos alicerces estruturais do país, dificultando, por via reflexa, a inserção do ser humano no seio cultural de maneira mais ampla.

O instrumento educacional é determinante para que haja essa recepção e desenvolvimento psíquico e crítico do indivíduo, tornando-o apto a transformar o meio em que está inserido, atraindo para si o que se pode denominar de emancipação intelectual.

> É importante demonstrar, desde logo, que a educação tem a virtude de tornar realidade a idéia de cidadania, ao garantir e propiciar instrumentos de emancipação intelectual do indivíduo, enquanto sujeito ético e, conseqüentemente, habilitá-lo à participação política livre e consciente; mostra-se, aqui, a finalidade primordial da prática educacional [...] (sic) (CAMPOS; DINIZ, 2016, p. 764).

A educação, portanto, é libertação.

Se assim não ocorrer, estaremos fadados à ignorância, à manipulação e consequente manutenção dos grilhões que insistem em permanecer resistentes no país, favorecendo os interesses de uma parcela ínfima da população, razão pela qual o Brasil é ainda considerado uma das nações com maior percentual de desigualdade[2] e concentração[3] de renda no mundo.

---

2 Brasil é o 7º país mais desigual do mundo, melhor apenas do que africanos, Notícias UOL, destaca que "A desigualdade de renda no Brasil é um dos destaques de um relatório de desenvolvimento humano divulgado hoje pelo Pnud (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). Segundo o estudo, o Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo, ficando atrás apenas de nações do continente africano. O levantamento tem como base o coeficiente Gini, que mede desigualdade e distribuição de renda. Segundo o Pnud, para esse indicador, zero representa igualdade absoluta e 100 representa desigualdade absoluta".

3 Brasil tem a segunda maior concentração de renda do mundo, diz relatório da ONU, FIO-

Essa carência de evolução afeta também as nuances da referida cidadania.

A mera existência do ser humano já o torna um cidadão, na acepção ampla do termo, enquanto sujeito de direitos, com vistas a atribuí-lo um status maximizador de acesso a direitos fundamentais, dentre eles os sociais, não ficando aqui, portanto, limitado à concepção de direito político.

É bem verdade que a ideia propagada a respeito de cidadão, muitas vezes, torna-se restrita, limitando o potencial de mudança do contexto em que a pessoa se insere.

Aceitar, em sentido estrito, cidadão como o indivíduo apto a exercer a sua capacidade eleitoral ativa, fazendo a opção por seus representantes, está aquém das lutas travadas ao longo da história da humanidade para que os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, conhecidos como direitos fundamentais de liberdade, em específico aqui os direitos políticos, fossem conquistados.

> A concepção de cidadania que se mostra mais condizente com a teoria democrática contemporânea é aquela que, paralelamente aos direitos políticos tradicionais, reconhece ao sujeito uma posição de participante ativo da vida sócio-política, para além dos mecanismos tradicionais de participação eleitoral, de participação na vida pública. Tem-se aqui um modelo de cidadão que, devidamente instruído, apresenta-se preparado para viabilizar a efetivação do projeto de desenvolvimento concebido pela Constituição da República (CAMPOS; DINIZ, 2016, p. 764-765).

Diante deste teor, percebemos que a educação tem uma importante função: a determinação da conscientização da pessoa enquanto sujeito agente, apto a modificar o meio em que se insere, enveredando pelo viés de democracia inclusiva, fortalecendo a participação das pessoas na

---

CRUZ, esclarece que "O Brasil está em segundo lugar entre os países com mais concentração de renda, atrás apenas do Catar, quando analisados os 1% mais ricos, aponta o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) – Além da renda, além das médias, além do hoje: desigualdades no desenvolvimento humano no século 21, das Nações Unidas, divulgado em 9/12/2019. Esse 1% mais rico concentra 28,3%, ou quase um terço da renda total do país (29%, no Catar). Se o cálculo considerar os 10% mais ricos a concentração é de 41,9% da renda total" (CEE-FIOCRUZ).

sociedade com vistas a viabilizar a cobrança ao acesso dos demais direitos fundamentais, o que incorrerá, por sucedâneo, na luta por uma sociedade mais equitativa e menos desigual.

> Compreende-se, então, que a educação, para além de transmitir conhecimentos úteis aos indivíduos, pode trabalhar para que o sujeito tenha interações positivas com valores socialmente relevantes, como a democracia, a tolerância mútua e a igualdade, servindo, nesse aspecto, como importante meio de coesão social, através da difusão de uma cultura de paz efetivamente democrática [...] (CAMPOS; DINIZ, 2016, p. 766).

No próprio bojo da historicidade brasileira, vê-se que o sufrágio universal foi conquistado a duras penas, solidificado apenas com a Constituição Federal de 1988, o que demonstra uma necessidade de maior valorização quanto a esse triunfo.

> A Constituição de 1988 eliminou o grande obstáculo ainda existente à universalidade do voto, tornando-o facultativo aos analfabetos [...]. A Constituição foi também liberal no critério de idade. A idade anterior para a aquisição do direito do voto, 18 anos, foi abaixada para 16, que é a idade mínima para a aquisição da capacidade civil relativa. Entre 16 e 18 anos, o exercício do direito de voto tornou-se facultativo, sendo obrigatório a partir dos 18. A única restrição que permaneceu foi a proibição do voto aos conscritos [...] (CARVALHO, 2008, p. 200).

A complexidade das relações sociais, bem como a necessidade de acompanhamento harmônico entre o mundo jurídico e o social, cobra um exercício insistente, seja na exigência e fiscalização de seus representantes, seja na prática de atividades fundamentais para o desenvolvimento social de iniciativa própria, para que se possa compreender, finalmente, que a Constituição atribui responsabilidades amplas e constantes com vistas a fortalecer os mandamentos constitucionais e a democracia.

Para tanto, falemos de deveres fundamentais.

É inconcebível que se fale de consecução e efetivação de direitos fundamentais sem que se pronuncie acerca dos deveres fundamentais.

Atentando-se a esta situação, é importante que se demonstre que todo direito fundamental possui uma existência vinculada a um dever fundamental, cabendo a este o reconhecimento como a face oposta daquele, destinada a garantir a proteção e sua aplicabilidade.

Por este prisma, observando com acuidade os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, exigindo uma mínima intervenção do Estado na esfera privada, presenciamos a existência correlata dos deveres fundamentais de primeira geração ou dimensão, responsáveis pela proteção daqueles.

> Os deveres fundamentais de 1ª dimensão seriam aqueles que corresponderiam às sujeições passivas indispensáveis à existência do Estado Liberal e manutenção das liberdades e propriedade: a) dever de defesa da pátria; b) dever de pagar tributos; c) dever de sufrágio etc (MARTINS, 2011, p. 63).

Ciente dos riscos quanto à sua criação, reconhece-se que apenas as Constituições dão origem aos deveres fundamentais e somente nelas são expressos, com vistas a evitar a sua vulgarização e possível restrição de direitos fundamentais, o que já resultou no estabelecimento de regimes autoritários na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Brasil, dentre outros.

> Donde decorre uma outra ideia que é preciso sublinhar é que a ideia de tipicidade ou de lista fechada dos deveres fundamentais. Isto é, apenas podemos considerar como deveres fundamentais, entre os que o possam ser de um ponto de vista material ou substancial, aqueles que figurem, de maneira expressa ou implícita, na constituição (NABAIS, 2002, p. 16).

Os regimes de hipertrofia foram fundamentais para que os países acima citados e, influenciado por estes, como é o caso do Brasil, restringissem a presença de deveres fundamentais nas Constituições.

Em verdade, a existência de deveres fundamentais em demasia viabilizou a ascensão de regimes autoritários e o consequente cerceamento de direitos fundamentais.

Outrossim, a supressão da face oposta dos direitos fundamentais, por via oblíqua, resultou na banalização de direitos fundamentais, na crise de

sua efetividade, sendo constatada a deficiência no que tange à sua proteção (BOBBIO, 2004, p. 23) e, por conseguinte, gerou a configuração do denominado Estado de Mal-Estar Social.

> Sucede, pois, que a atual crise do Estado de bem-estar social, o denominado período do mal-estar do Estado ou Estado de mal-estar, em decorrência os elevados custos financeiros envolvidos pelo Estado na implementação das tarefas de bem-estar, vem implicando o surgimento do Estado regulador, que cria cada vez mais deveres para os seus cidadãos, na medida em que não pode suportar os direitos que lhes prometera (MARTINS, 2011, p. 45).

Tanto os direitos quanto os deveres fundamentais são figuras jurídicas de categorias autônomas. Sem embargo, é importante que se tenha a noção de que uma estrutura não deve sobrepujar a outra.

Os arcabouços se equivalem. E para assegurar a força normativa da Constituição e sua consequente efetividade, é fundamental que ambas as composições coexistam.

> Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo (HESSE, 1997, p. 21).

Além disso, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, irradiador dos direitos humanos e princípio fundamental das Constituições no Estado Democrático de Direito, os deveres fundamentais são essenciais para o reconhecimento dos direitos fundamentais.

> Quanto ao fundamento dos deveres fundamentais, podemos falar, de um lado, da questão da sua razão de ser lógica e, de outro, do seu fundamento jurídico. No que respeita ao primeiro aspecto,

> podemos afirmar que os deveres fundamentais são expressão da soberania do estado, mas de um estado assente na primazia da pessoa humana. O que significa que o estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana (NABAIS, 2007, p. 170).

Para tal, os deveres fundamentais são ferramentas adstritas à perspectiva da festejada norma jurídica sob a prerrogativa de serem tornados sem efeitos, à vista da eficácia negativa do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2010, p. 14).

O dever cívico-político está inscrito neste contexto e diretamente ligado à cidadania. É bem verdade que, em sociedades com nível educacional destacado, a população é mais consciente e atuante, tendo a noção de que precisam realizar a contraprestação para assegurar a efetividade dos seus direitos.

> Finalmente, num terceiro momento, veio juntar-se a cidadania solidária ou a 'cidadania responsavelmente solidária', em que o cidadão assume novo papel, tomando consciência de que o seu protagonismo activo na vida pública já se não basta com o controlo do exercício dos poderes. Antes passa também pela assunção de encargos, responsabilidades e deveres que derivam dessa mesma vida pública e que não podem ser encarados como tarefa exclusivamente estadual, ou seja, como tarefa a concretizar pelo estado segundo um sistema ou modelo de carácter distributivo, a partir das contribuições do tipo económico que os cidadãos realizam (NABAIS, 2007, p. 150).

Notoriamente, esta conscientização é tardia no Brasil, na medida em que há uma ausência de consciência coletiva, em sua maioria, de que entrega parcela de sua liberdade ao Estado para que possa ter acesso a direitos, ou seja, precisa se atentar à execução e prática dos seus deveres enquanto cidadãos.

Logo, toda pessoa, além de detentora de direitos fundamentais, possui deveres fundamentais, cuja obrigatoriedade de prestação destes faz viável o desenvolvimento e evolução da sociedade, haja vista que estes fazem parte do estatuto constitucional dos indivíduos (NABAIS, 2007, p. 164).

Isto posto, vê-se que os deveres fundamentais consolidam o sentido de que a concepção de cidadania é uma via de mão dupla, em que existe a necessidade de cooperação, na medida em que deve haver uma consciência plena de responsabilidade pelo Poder Público, bem como pelos seus representados, cuja educação faz parte deste processo.

É nestes termos que a pessoa faz jus ao dever de prestação de direitos fundamentais face ao Estado, para que seja viabilizada a denominada inclusão social.

Por outro lado, o Brasil parece caminhar na direção oposta no que se refere ao investimento educacional de base.

> Mas será que, antes delas, não é primordial a realização de uma profunda reforma do ensino brasileiro? E, concomitantemente, uma profunda reforma do sistema de saúde pública? Será que brasileiros com boa educação, competitivos e saudáveis votariam nos políticos e partidos que estão aí? Será que a nação admitiria os desmandos que vamos vendo? A resposta é não! (MENDONÇA, 2006, p. 451).

Na medida em que se vislumbra uma sociedade com um índice maior de pessoas com ensino superior, as taxas de analfabetismo funcional[4] e o progressivo sucateamento da educação pública desde a década de 70 favorecem a restrição de aplicabilidade de outros direitos fundamentais, a exemplo do direito fundamental à segurança, fazendo do país refém de suas próprias mazelas.

Tais fatos revelam o lado distorcido da cidadania: a ausência de exercício e de compreensão do cenário político permanece promovendo em nós a necessidade de surgimento de um "messias". Como se este nos de-

4 A notícia "Três em cada 10 são analfabetos funcionais no país", de 6 de agosto de 2018, Jornal O Estado de S. Paulo, destaca que "Três em cada dez jovens e adultos de 15 a 64 anos no País – 29% do total, o equivalente a 38 milhões de pessoas – são considerados analfabetos funcionais. Esse grupo têm muita dificuldade de entender e se expressar por meio de letras e números em situações cotidianas, como fazer contas de uma pequena compra ou identificar as principais informações em um cartaz de vacinação. Há dez anos, a taxa de brasileiros nessa situação está estagnada, como mostram os dados do Indicador do Alfabetismo Funcional (Inaf) 2018 (sic)".

sincumbisse da responsabilidade e do exercício proativo da cidadania, ou seja, afetando o exercício do dever cívico-político.

> Ligada à preferência pelo Executivo está a busca por um messias político, por um salvador da pátria. Como a experiência de governo democrático tem sido curta e os problemas têm persistido e mesmo agravado, cresce também a impaciência popular com o funcionamento geralmente mais lento do mecanismo democrático de decisão. Daí a busca de soluções mais rápidas por meio de lideranças carismáticas e messiânicas. Pelo menos três dos cinco presidentes eleitos pelo voto popular após 1945, Getúlio Vargas, Jânio Quadros e Fernando Collor, possuíam traços messiânicos [...] (CARVALHO, 2008, p. 222).

Particularmente, o caminho de desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil se deu de forma diferente quando comparado a outros países. Ao passo que outras nações ensejaram a ruptura e formataram os direitos civis em linha de princípio, a exemplo da França e sua revolução, em terras brasileiras presenciamos como destaque primário a formação dos direitos sociais a partir da Constituição de 1934 (CARVALHO, 2008, p. 11-12).

Outrossim, é relevante informar que, na Constituição de 1824, sob forte influência do despotismo esclarecido, já era perceptível alguns direitos de primeira geração ou dimensão (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 80).

Sob esta ótica, percebendo um moroso desenvolvimento no que se refere aos direitos-deveres civis, a população brasileira criou uma certa "dependência" dos órgãos públicos no que tange aos direitos-deveres sociais, não havendo uma luta direta para que estes fossem conquistados por parte da população e executados pelo Poder Público, afetando diretamente a relação entre cidadania e educação (CARVALHO, 2008, p. 11), fortalecendo a ideia de Estado paternalista.

> Uma conseqüência importante é a excessiva valorização do Poder Executivo. Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem, para o grosso da população, da cen-

> tralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com um executivo forte está sempre presente, e foi dela sem dúvidas uma das razões da vitória do presidencialismo sobre o parlamentarismo, no plebiscito de 1993. Essa orientação para o Executivo reforça longa tradição portuguesa, ou ibérica, patrimonialismo [...] (sic) (CARVALHO, 2008, p. 221).

Por decorrência, a cronologia de consolidação dos direitos fundamentais não foi associada diretamente a uma evolução constitucional ou a movimentos no seio social que buscavam uma viabilização do que se entende por cidadania em sentido amplo, relacionando, de outra forma, ao exercício do Poder Executivo.

Neste contexto, é perfeitamente cristalina e reforçada a razão pela qual o referido poder institucional possui um histórico majoritário em relação aos outros, favorecendo a criação de uma concepção assistencialista deste em detrimento da valorização dos mandamentos constitucionais e da importância de seus avanços, refletindo na falta de cultura constitucional e na destituição da força normativa da Constituição.

Vislumbrando a questão sob este marco referencial, a adoção do sistema de governo presidencialista no Brasil, conforme forjado, implantado através de interesses políticos secundários que não os interesses da nação, pressupõe a aculturação política da sociedade, haja vista, conforme assinalado, não ter sido adotado observando as peculiaridades de nosso país.

Na medida em que foi meramente transplantado da experiência estadunidense, apartado de uma cultura governamental desenvolvimentista pautada na educação, ratificou desde o início da experiência republicana nacional, com a dita "Política dos Governadores" e a desigualdade acentuada entre as regiões, a existência de boa parcela da sociedade do país que figurava à margem, sem que fossem, de fato, considerados cidadãos por parte do Estado para o fim de gozo de direitos.

O levantamento histórico do constitucionalismo brasileiro não deixa dúvidas quando analisamos com acuidade as Constituições que já vigeram e a atual Carta Maior. Marcadamente, alguns de nossos documentos supremos mantiveram certos privilégios e podem ser considerados deveras

elitistas, conservando um Brasil no plano fático distante deles, traduzindo a pecha da denominada "insinceridade normativa".

> [...] No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam no uso da insinceridade normativa, no uso da Constituição como mistificação ideológica e na falta de determinação para dar-lhe cumprimento [...] (BARROSO, 2017, p. 5).

Por outro lado, com arrimo nas experiências parlamentaristas vividas pelo Brasil, nota-se que a educação populacional tampouco mudou, tendo as desigualdades permanecidas inertes, na medida em que a sistemática também foi utilizada meramente para a satisfação de interesses que não aqueles da sociedade em sentido amplo, sendo indiferente à preocupação da construção de um dever cívico-político.

Mediante essa análise, a lesão ao direito público subjetivo destacado, extraído da CF/88, deixa à mostra que a sua oferta permanece distante do lastreio dos princípios da máxima efetividade e do mínimo existencial, encontrando como maiores barreiras a falta de interesse político para que o quadro seja alterado.

Assim sendo, a manutenção da noção acrítica majorada da população existe de modo consentido, pois o oposto representaria uma ameaça à classe política, haja vista a presente ausência do senso de representatividade.

Expondo desta forma, a "massa" é incentivada a não racionalizar, levada ao entendimento de que não precisa agir de modo diferente, devendo permanecer satisfeita no seu local ao se comparar com boa parte de seus semelhantes.

> Numa boa ordenação das coisas públicas, a massa é a parte que não atua por si mesma. Essa é a sua missão. Veio ao mundo para ser dirigida, organizada – até para deixar de ser massa, ou pelo menos aspirar a isso. Mas não veio ao mundo para fazer tudo por si. Precisa submeter sua vida à instância superior, constituída pelas minorias excelentes [...] (ORTEGA Y GASSET, 2016, p. 193).

Este estímulo inconsciente diferencia, pois aqueles que se sentem insatisfeitos com sua realidade e buscam algo a mais que o "homem médio" encaminham-se exatamente a galgar objetivos para além das funções estatais, satisfazendo os seus interesses e fazendo de considerável parcela da população uma coletividade de representados sem representantes, o que é um paradoxo.

Sob esta égide, eis que surge o reconhecimento do fenômeno do "homem cordial", adverso aos problemas da ordem constitucional que impactam o contexto do país sem que exercite o dever cívico-político, omitindo-se ou sendo conivente com o desrespeito da Constituição, como bem se pode asseverar com os constantes problemas de corrupção que assolam o país, o que nos permite referenciar o motivo pelo qual o Brasil tem sido considerado por longínquo tempo um gigante deitado eternamente em berço esplêndido.

> Como efeito jurídico disso há os graves e recorrentes casos de corrupção mediante os quais se pinta, com as cores vivas da realidade, o triste cenário; O exercício do cargo público no Brasil passa a se constituir na forma mais eficaz de enriquecer fácil e rapidamente (SILVA NETO, 2016, p. 67).

Aquilatando a discussão, não podemos olvidar que a composição do Brasil enquanto nação teve como regente o domínio cultural e intelectual dos colonizadores, os quais, a partir do teor de mundo eurocêntrico, impuseram a sua cultura sem que tivesse um modelo de organização implantado de forma minuciosa e gradativa com vistas a integrar os povos indígenas e, posteriormente, os africanos escravizados que aportaram ao modelo de sociedade imposto (SILVA NETO, 2016, p. 36).

Por este meandro, percebe-se que a ausência de cultura constitucional vem do berço colonial, criando uma inexistência de identidade ou, no mínimo, um conflito. A consequente falta de identificação desemboca no mundo normativo, dentro do qual a outorga da Constituição de 1824 permitiu ainda que se permanecesse ligado a Portugal pela figura de D. Pedro I.

> Definem-se como cultura constitucional os comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a 'vontade

> da constituição'; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional (SILVA NETO, 2016, p. 19).

Aos colonizadores pertencia o mundo normativo, já dissociando qualquer possibilidade de integração entre os brasileiros, negros e indígenas, os quais, fatalmente, não tiveram quaisquer avanços na qualidade de vida que os fizessem respeitar[5] a Constituição –, isso quando tinham algum conhecimento acerca da existência do referido documento, diferentemente do que ocorrera desde o início da formação do Estado estadunidense (SILVA NETO, 2016, p. 25).

> Por conseguinte, conquanto a ideia de constituição escrita nascesse cerca de trezentos anos após a chegada das naus portuguesas à costa brasileira no século XV, a primeira conclusão que pode ser extratada a respeito de uma das possíveis causas históricas para o constitucionalismo brasileiro tardio é a ausência de *pertencimento* das comunidades nativas relativamente ao modelo de organização social imposto pelo colonizador, estendendo-se o sentimento para o modelo de sistema jurídico imposto pelo português e culminando com a presente resistência nacional à efetivação da *vontade de constituiçã*o (SILVA NETO, 2016, p. 34).

Não obstante, o primeiro documento constitucional brasileiro já estabelecia parâmetros seletivos, ou melhor, excludentes, tanto para o exercício da capacidade eleitoral ativa quanto à candidatura para a capacidade eleitoral passiva, com base na renda.

Se não houve identificação, bem como a acessibilidade a direitos que decretassem avanço na qualidade de vida, não existiu desde o seu início ambiente favorável à criação do "sentimento constitucional".

5 Observando o processo histórico discriminatório que reside na história brasileira, é importante fazer menção à absurda defesa da eugenia, concepção de superioridade de certas composições étnicas da humanidade, na Constituição de 1934. Retroagindo um pouco mais, já se verificava tal entendimento como plano de fundo no que tange ao incentivo à vinda de imigrantes para o país, visando o "embranquecimento" da população brasileira. Na Constituição de 1934, precisamente no artigo 138, b, descrevia-se que os entes federativos deveriam "estimular a educação eugênica".

> [...] O problema é que também torna-se preciso estabelecer uma ligação com a consciência popular, com o tipo médio de conduta social. Além disso, há um abandono ou incompreensão dos conteúdos ideológicos, culturais, históricos e estimativos das normas constitucionais, de modo que algumas posturas teóricas tendem a configurar o ordenamento constitucional de modo asséptico ou pelo menos relativista. Com isso, o ordenamento fica indefeso ante ataque extremistas, além de se afastar da realidade [...] (VERDÚ, 2004, p. 14).

Inexistindo o sentimento constitucional, limita-se à criação da consciência constitucional e se restringe ao seu respectivo alcance, impedindo qualquer possibilidade de expansão e desenvolvimento da cultura constitucional, o que só favorece o desrespeito da Lei Suprema.

> Uma grande vantagem da prática da Constituição é o desenvolvimento de uma consciência constitucional em todo o povo. Onde a Constituição é efetivamente aplicada as pessoas percebem sua existência e suas vantagens e todos estão sempre conscientes, em cada situação, de estarem agindo de acordo ou contra ela (DALLARI, 2010, p. 65).

Com isso, permitiu-se que parcelas socialmente excluídas da população, a exemplo dos africanos escravizados, criassem uma luta de resistência perante a ordem jurídica, política e social (SILVA NETO, 2016, p. 35).

A sensação de pertencimento, por óbvio, é um importante fator de viabilização ao fortalecimento da cultura constitucional, assim como se torna crucial para que se evite o que podemos denominar nos estudos contemporâneos de síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

Diante deste diagnóstico, a Constituição de 1824 já nasceu com uma anacrônica incompatibilidade entre os planos formal e material, o que favorece a destituição da força normativa da Norma Suprema.

Portanto, o fator acima relatado permite o atestado de que se protraiu no tempo no que se refere ao contexto das Constituições já existentes no país, constituindo também o reflexo de vivermos com uma considerável substituição de ordens políticas, principalmente no que tange ao caráter

alternado de períodos democráticos e antidemocráticos, em que vislumbramos uma relação de causa e efeito do constitucionalismo tardio.

Nesta perspectiva, o sentimento constitucional é o responsável pelo estado de ascensão ou de adormecimento do poder constituinte originário.

> Em geral, os períodos constituintes costumam ocorrer em situações críticas que se caracterizam, entre outras coisas, por uma dissonância entre a Constituição formal e material. Estas mesmas situações críticas suscitam a intensificação positiva ou negativa do sentimento constitucional (VERDÚ, 2004, p. 140).

O brasileiro, pois, não[6] está adaptado ao ambiente democrático, razão pela qual, em sua história política, passou mais tempo sob o jugo de regimes hipertrofiados, bem como, dentre as oito Constituições de nossa história, precisamente metade serviu de fundamento ao autoritarismo (SILVA NETO, 2016, p. 40).

É importante também alertar que a adoção da forma de governo republicana, associada ao presidencialismo, foi um meio enxergado para agregar a federação como forma estatal, dissociada completamente da referida valorização da coisa pública e do modo como a população deveria se portar na sua relação de responsabilidade para com o Estado, afetando, novamente, o dever cívico-político, sendo uma nova opção de justificativa ao constitucionalismo tardio brasileiro (SILVA NETO, 2016, p. 43).

Não é demais destacar que a federação, desde a sua implantação, registrou um histórico de desigualdades regionais, o que criou no desenvolvimento constitucional brasileiro a necessidade de referendar o denominado federalismo cooperativo, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

---

6 A notícia "Brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina, diz pesquisa", BBC News Brasil, 27 de outubro de 2017, destaca que "Uma pesquisa realizada em 18 países da América Latina revelou que os brasileiros são os mais insatisfeitos com a democracia. Somente 13% dos brasileiros responderam estar 'muito satisfeitos' e 'satisfeitos' com ela, segundo o levantamento da Latinabarómetro. De acordo com a pesquisa, apresentada nesta sexta-feira em Buenos Aires, o índice de satisfação dos brasileiros ficou abaixo da média da região, que é de 30%. Os cinco primeiros mais satisfeitos com a democracia em seus países são Uruguai (57%), Nicarágua (52%), Equador (51%), Costa Rica (45%) e Argentina (35%)".

Por outro lado, a concentração dos poderes da União, associados com a sua arrecadação, também inflam a insatisfação entre os entes federativos, favorecendo os sentimentos de desunião e desequilíbrio, deixando o pacto federativo fragilizado (SILVA NETO, 2016, p. 43).

A consequente fragilidade pode ser comprovada historicamente, haja vista algumas tentativas de ruptura do pacto federativo por alguns estados federados, o que também dificulta a relação entre os organismos que compõem o país.

Embora, reconhecidamente, a Carta Maior possua instrumentos que permitem o exercício da democracia direta, através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, é importante destacar que uma outra possível causa do constitucionalismo tardio é a ausência de permissivo quanto à possibilidade de PEC exercida diretamente pela população (SILVA NETO, 2016, p. 66).

Na medida em que existe uma necessidade de simbiose entre a Constituição e o seio social, não seria absurda a consideração da hipótese elencada, pois indicaria um avanço digno de uma sociedade aberta de intérpretes, oportunizando uma evolução da cultura constitucional, permitindo o exercício do dever cívico-político para avançarmos ainda mais socialmente, do qual podemos ter como grande exemplo o recente processo de formação da nova Constituição da Islândia, com grande participação da população na sua confecção.

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Diante do exposto, ainda que se possa considerar um sensível avanço democrático com a Constituição de 1988, dúvidas não há de que, dentro do particular processo brasileiro, ainda caminhamos em ritmo mais modesto para a plenitude da cultura constitucional.

O importante, porém, é avançar. A valorização da democracia e os valores intrínsecos que dela decorrem pela população brasileira são fundamentais para que se possa consolidar a cultura constitucional, conscientizar-se dos deveres fundamentais que dela decorrem, bem como lutar pela efetivação dos direitos fundamentais do Texto Constitucional de 1988, algo que apenas a alteração do sistema de governo é incipiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o desenvolvimento deste breve trabalho e tudo que fora demonstrado no seu desenrolar, passamos a aduzir as observações que lhe são inerentes.

A educação é o meio de possibilitar ao ser humano o desenvolvimento intelectual e para oportunizar o discernimento crítico. É um direito público subjetivo que viabiliza o desenvolvimento da entidade estatal.

A educação de um país se encontra diretamente conectada ao exercício da cidadania. Nesta senda, o Brasil, com sérios problemas na oferta de educação pública, é afetado também no exercício da cidadania e o consequente exercício do dever fundamental cívico-político.

Os deveres fundamentais, representando o arcabouço protetivo dos direitos fundamentais, são essenciais na organização do Estado para o gozo de direitos.

Os deveres fundamentais de primeira geração ou dimensão são a face protetora dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, estando o dever fundamental cívico-político inserido neste contexto.

O dever fundamental cívico-político deve ser observado na forma mais ampla no que se refere ao aspecto de cidadão. A limitação de raciocínio afeta também o cumprimento de direitos e deveres fundamentais pelo Estado brasileiro.

A nova perspectiva de visão dos deveres fundamentais os inserem em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A sequência de desenvolvimento de direitos fundamentais no Brasil, com destaque inicial aos direitos sociais a partir da Constituição de 1934, associados a uma demasiada valorização ao Poder Executivo, propicia a hipertrofia do mesmo, como se pode atestar na história brasileira, sendo um claro indicativo do fenômeno do messianismo político no país.

A adoção de políticas sociais desenvolvidas a partir do primeiro mandato presidencial de Getúlio Vargas, criando uma cultura assistencialista do Estado brasileiro, refletiu na ausência de reconhecimento do avanço do direito constitucional no país.

Alguns documentos constitucionais no Brasil podem ser considerados elitistas, permanecendo distantes do plano material, o que favoreceu a denominada insinceridade normativa.

A falta de compreensão do dever fundamental cívico-político no Brasil é um indicativo da cultura constitucional brasileira tardia.

O constitucionalismo brasileiro tardio se reflete na denominada figura do "homem cordial", via de regra omisso ou adepto de práticas irregulares no exercício de cargos públicos.

A ausência de cultura constitucional advém desde o período colonial, em que os portugueses implantaram um modo de colonização e uma ordem normativa que em nada contribuíram para adaptação dos indígenas e africanos escravizados, mantendo as desigualdades sociais, bem como favorecendo o cultivo do sentimento da falta de pertencimento pelos excluídos socialmente.

A falta da ideia de pertencimento à ordem jurídica imposta desemboca na ausência de sentimento constitucional, favorecendo o desrespeito da Constituição e a fragilidade de sua força normativa.

O constitucionalismo tardio e a consequente falta de sentimento constitucional repercutem na instabilidade democrática historicamente vivenciada no Brasil, ocasionando a existência de períodos autoritários em boa parte da história do país. O brasileiro, neste contexto, não está adaptado à democracia.

A adoção da forma republicana de Estado pelo Brasil não foi dirigida à conscientização da valorização da coisa pública.

A concentração de poderes e da arrecadação na União representam ainda um efeito do constitucionalismo tardio. Ainda que a Constituição Federal de 1988 adote o federalismo cooperativo, a disparidade histórica entre os entes federados ainda é causa de insatisfação e de disputas.

O não reconhecimento pelo Poder Constituinte Originário da oportunidade de conferir a Proposta de Emenda à Constituição por meio da iniciativa popular é um dos efeitos do constitucionalismo brasileiro tardio. Essa limitação impede uma maior configuração da sociedade aberta de intérpretes.

Apenas a defesa de mudança do sistema de governo brasileiro não resolve os crônicos problemas do Brasil. O país necessita de massivo investimento na educação pública com vistas a qualificá-la, para que haja a valorização da cidadania e o desenvolvimento do sentimento constitucional, com vistas a ultrapassar os efeitos negativos do constitucionalismo tardio no país, o que incidirá na valorização da Constituição e no consequente fortalecimento de sua força normativa, bem como é importante o controle do multipartidarismo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação, 2010. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>.

_____. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil:** Crônica de um sucesso imprevisto, 2017. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>.

BERMÚDEZ, ANA Carla; REZENDE, Constança; Madeiro, Carlos. Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo, melhor apenas do que africanos. **Notícias UOL**, 9 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/12/09/brasil-e-o-7-mais-desigual-do-mundo-melhor-apenas-do-que-africanos.htm>.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2002.

CAMPOS, Juliana Cristina Diniz; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. O acesso à educação na ordem constitucional brasileira: A consolidação da cidadania no Estado Democrático de Direito. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. p. 762-775, Bra-

sília: DF, novembro/2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/10_309.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CARMO, Maria. Brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina, diz pesquisa. **BBC News Brasil**, 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41780226>.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 10ª edição, 2008.

CEE – FIOCRUZ. Brasil tem a segunda maior concentração de renda no mundo, diz relatório da ONU. **CEE – FIOCRUZ**, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1090>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad**. A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais**. Salvador: JUSPODIVM, 1ª edição, 2011.

MENDONÇA, Antônio Penteado. Só o Parlamentarismo não resolve. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Parlamentarismo:** Realidade ou Utopia? São Paulo: FECOMERCIOSP, p. 446-452, 2016. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/upload/file/2016/09/19/parlamentarismo_tela_final.pdf>.

NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade** – Estudos sobre os Direitos e Deveres Fundamentais. Editora Coimbra, 2007.

_____. A face oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, ano 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>.

ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**. São Paulo: Vide Editorial, 5ª edição, 2016.

PALHARES, Isabela; DIÓGENES, Juliana. Três em cada 10 são analfabetos funcionais no País. **Jornal o Estado de S. Paulo**, São Paulo, 6 de agosto de 2018. Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,tres-em-cada-10-sao-analfabetos-funcionais-no-pais,70002432924>.

PÉREZ, Marvin Carvajal. O Presente dos Sistemas de Governo na América Latina. **Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília**, v. 5, n. 1, p. 35-50, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/655/491>.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Ideologia e Ciência Política**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1953.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Constitucionalismo Brasileiro Tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional:** aproximação ao estudo do Sentir Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

AS CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DE RENÉ DESCARTES PARA A CONTEMPORANEIDADE

Ademilson Marques de Oliveira[7]

INTRODUÇÃO

No final do Renascimento, no século XVII, a Europa passa por profundas transformações, um período em que se desenvolve uma crítica amadurecida ao período metafísico escolástico que se baseava na transcendência em busca de explicações, relacionadas à existência humana.

Ao mesmo tempo em que Descartes era testemunha da crítica que se fazia à escolástica, aconteceu um encontro na Nunciatura Apostólica[8] em Paris, no qual o padre Marino Mercenne, considerado o "Secretário da Europa douta", juntamente com o cardeal Pierre de Bérulle, solicitou para que o pensador construísse uma filosofia nova. Uma filosofia que, na opinião do cardeal de Paris, "fechasse a boca" dos livres pensadores que estavam criticando a escolástica. Foi isso que motivou Descartes a estabelecer uma nova filosofia. E ao mesmo tempo, libertar a filosofia de todos aqueles embaraços que a escolástica trazia como herança da Idade Média.

7 Especialista em Gestão Educacional: Administração, Supervisão, Orientação e Inspeção. Especialista em Filosofia e Psicanálise. Especialista em Informática na Educação. Graduado em Filosofia e História.

8 Nunciatura Apostólica é um alto nível das missões diplomáticas da Santa Sé, equivalente a uma embaixada. Seu titular, o núncio apostólico, é, portanto, como um embaixador da Santa Sé no país a que foi designado.

Neste contexto, nossa proposta é refletir sobre as contribuições de René Descartes para a contemporaneidade. Desta forma, propusemos uma investigação voltada para as Ciências Humanas, a fim de responder a seguinte problemática: quais as contribuições de Descartes para a contemporaneidade?

O objetivo deste trabalho é demonstrar a importância do filósofo para o pensamento atual. Justifica-se pela relevância acadêmica, nos mais variados aspectos educacionais.

Para esta pesquisa, optamos pela metodologia de pesquisa bibliográfica, com base em livros, artigos, monografias, dissertações, teses, jornais, sites e revistas que versam sobre o assunto. Após a leitura do material, fizemos fichamento com os textos destacados e, posteriormente, a comparação entre os diversos autores. Finalmente, construímos nosso artigo.

Como o tema é bastante rico em informações, priorizaremos aquelas que mais se identificavam com a linha de pesquisa adorada para o trabalho.

René Descartes, filósofo, cientista e matemático, realizou diversas descobertas para a humanidade. Apesar da vida intelectual relativamente curta, trouxe várias contribuições para o campo filosófico e científico. Ele possibilitou grandes conquistas, pertinentes à Filosofia Moderna, entre suas diversas obras. Os estudos da metafísica foram considerados um dos mais duradouros de suas realizações intelectuais.

Justifica-se este trabalho pela relevância de Descartes para a sociedade atual. Isto desde a máxima *"*Penso, logo existo*",* as coordenadas cartesianas e as diversas contribuições para o desenvolvimento do pensamento filosófico e científico.

Assim, após nossa introdução, apresentaremos uma análise dos aspectos teóricos referente à temática. Em seguida, refletiremos as contribuições de Descartes para a atualidade. Por fim, após as diversas reflexões, mostraremos nossas conclusões.

ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE DESCARTES

Em pouco tempo de vida, Descartes influenciou sua geração e as gerações posteriores, pois é comum encontrarmos nas obras dos grandes pensadores alguma posição a favor ou contra suas ideias. Aqui destacamos a proposta de quebra de paradigma idealizada pelo filósofo: o Método Cartesiano. Esta metodologia se tornou a base da ciência moderna.

Esta ciência teria, para o filósofo, características independentes dos objetos a estudar. Seriam eles a quantidade (ou seja, a medida) e a ordem. Descartes qualificava as ciências matemáticas como ciências admiráveis.

O filósofo rompe com a tradição escolástica por afirmar que o homem pode chegar ao conhecimento pelo simples fato de ser sujeito cognoscente, sem a necessidade de um ser ontológico, "pois acreditava poder encontrar muito mais verdade nos raciocínios" (DESCARTES, p. 42). Com isso, inaugura a modernidade, caracterizada pela busca do conhecimento último na racionalidade introspectiva. Em outras palavras, o sujeito busca a verdade voltando-se para si e se abstraindo das distrações e erros provocados pelos juízos prováveis e pelos sentidos.

> Depois de concluir que, por mais que o engane, o gênio maligno não poderá enganá-lo se ele não existir, Descartes fica com a tarefa de reconstruir o conhecimento a partir dessa modesta base. Como fazer tal coisa? É neste passo do seu raciocínio que Descartes introduz o princípio de que do menos não pode vir o mais. Descartes raciocina que tem em si a ideia de um ser sumamente perfeito, a que chama Deus. Mas ao mesmo tempo também sabe que ele mesmo, Descartes, erra e se engana — afinal, está precisamente a admitir que o gênio maligno o poderá enganar sempre que pensa ver uma árvore, por exemplo. De modo que conclui que Deus existe porque só de Deus poderia emanar a própria ideia de Deus que Descartes descobre em si. (MURCHO, 2008, p. 1).

Essas foram as consequências do subjetivismo de Descartes, e a relação do cogito, pois, de acordo com o presente autor, "quando duvido estou vivendo um ato de pensar e quando eu penso pelo menos eu existo como um ser pensante. Penso, logo existo. Cogito Ergo Sum[9]".

Todavia, retratando um pouco a respeito de Descartes para melhor entender sua biografia, é válido ressaltar que, aos 41 anos, ele publicou a obra intitulada *O Discurso do Método*. Esta obra, apesar controversa à época, foi bastante lida e tornou-se conhecida por muitos.

9 A palavra Cogito a expressão cartesiana "Cogito ergo sum" (Discours, IV; Méd., II, 6), que imprime a auto-evidência existencial do sujeito pensante, isto é, a certeza que o sujeito pensante tem da sua existência com tal.

Descartes mostra nessa obra como ele chegou às suas conclusões filosóficas. Esta tese trata do caminho que deve ser seguido na busca do conhecimento, ter uma postura de limpeza prévia, de vigilância prévia, no sentido de eliminar todos aqueles elementos que contribuem para uma visão confusa e instintiva do objeto. É proceder de modo analítico decompondo o elemento em todas as suas partes constitutivas.

> Na elaboração do argumento do Cogito, Descartes procede a dúvida hiperbólica, ou seja, a dúvida radical a ponto de constatar que a única certeza é pensar. O Cogito revela: a existência do pensamento puro, o que é possível pela evidência do próprio ato de pensar. No entanto, sempre que se quiser ir além desse pensamento puro, desse pensamento que no máximo pode pensar a sim mesmo, reflexivamente, se encontrará a dúvida. Isso é chamado de solipsismo cartesiano, o isolamento do eu em relação a tudo mais: ao mundo exterior e ao próprio corpo, que é um elemento externo (à mente). O solipsismo é resultado da evidência do cogito, uma certeza tão forte que exige critérios tais que não são aplicáveis a nada mais (FONSECA, 2009, p. 2).

Para Descartes, este método pode ser aplicado tanto em objeto material quanto em qualquer problema. O método seria um instrumento, que, bem manejado, levará o homem à verdade. Este método consiste em aceitar apenas aquilo que é certo e irrefutável e, consequentemente, elimina todo o conhecimento inseguro ou sujeito a controvérsias. Descartes diz: "Eu sempre tive um imenso desejo de aprender a distinguir o verdadeiro do falso, para ver claro nas minhas ações e caminhar com segurança nesta vida" (DESCARTES, 1983, p. 33).

Conforme Stigar (2008), o objetivo de Descartes era abranger em uma perspectiva de conjunto, unitário e claro, todos os problemas propostos à investigação científica. O fundamento principal da filosofia cartesiana consiste na pesquisa da verdade. Isto em relação à existência dos "objetos", dentro de um universo de coisas reais. O método cartesiano está fundamentado no princípio de jamais acreditar em nada que não tivesse fundamento para provar a verdade.

O projeto cartesiano está desde o início pautado por uma busca. Uma maneira de separar o conhecimento seguro do incerto, tornando nossas crenças sólidas, de modo que possam pretender ao status do conhecimento.

O objetivo de Descartes é a pesquisa de um método adaptado à conquista do saber. Ele descobre este método que tem como objetivo clareza e distinção. Com isso, ele quer ser mais objetivo possível e imparcial. Ele quer fundamentar o seu pensamento em verdades claras e distintas.

Uma reflexão particularmente importante sobre o cogito é a que leva Descartes ao critério da clareza e da distinção. Refletindo sobre a primeira certeza "eu penso, eu sou", ele reconhece assim as características que tornam esse conhecimento certo. Descartes esclarece:

> Nesse primeiro conhecimento só se encontra uma clara e distinta percepção daquilo que conheço; a qual, na verdade, não seria suficiente para me assegurar de que é verdadeira se em algum momento pudesse acontecer que alguma coisa que eu concebesse tão clara e distintamente se verificasse falsa. E, portanto, parece-me que já posso estabelecer como regra geral que todas as coisas que concebemos, mui clara e mui distintamente, são todas verdadeiras. (DESCARTES, 1983, p. 99).

Por isso, de acordo com o seu método, devem ser eliminadas quaisquer influências de ideias, que, muitas vezes, não são verdadeiras, mas que são tidas como mitológica, aceitando tais mitos sem que nunca se tenha comprovado de fato. Segundo ele, só se deve basear em enunciados claros e evidentes.

Essa metafísica cartesiana ou método cartesiano ressalta de que é feito e como é feito o mundo. O método cartesiano revolucionou todos os campos do pensamento de sua época, possibilitando, assim, o desenvolvimento da ciência moderna e abrindo caminho para o ser humano administrar a natureza.

A realidade das ideias claras e distintas que Descartes apresentou a partir do método da dúvida e da evidência transformou o mundo em algo que pode ser quantificado. A partir do século XVII, a ciência, que, até então, se baseava em qualidades obscuras e duvidosas, tornou-se matemática, tendo a capacidade de reduzir o universo a coisas e mecanismos mensuráveis, que a geometria pode explicar. Descartes propõe uma espécie de ceticismo para as coisas, tudo tem que ser duvidado, experimentado.

Portanto, a partir deste momento histórico, sendo um contexto de crítica e de recuperação das ciências matemáticas, a obra "Discurso sobre

o método" afirma querer inspirar o método do novo saber na clareza e no rigor, típicos dos procedimentos geométricos. Descartes ressalva:

> Essas longas cadeias de razões, todas simples e fáceis, de que os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações, haviam-me dado ocasião de imaginar que todas as coisas possíveis de cair sob o conhecimento dos homens seguem-se umas às outras da mesma maneira e que, contando que nos abstenhamos somente de aceitar por verdadeira qualquer que não o seja, e que guardemos sempre a ordem necessária para deduzi-las umas das outras, não pode haver quaisquer tão afastadas a que não se chegue por fim, nem tão ocultas que não se descubram. (DESCARTES, 1996, p. 79).

Descartes dividiu a realidade em *Res Cogitans* (consciência e mente) e *Res Extensa* (corpo e matéria). Trata-se de uma espécie de ponto de encontro entre dois mundos, alma e corpo. Cada qual com suas características. Para Descartes, a alma não deve ser concebida em relação com a vida. Ela é pensamento, e sua separação do corpo não provoca a morte. A alma é realidade inextensa, enquanto que o corpo é extenso. Enfim, são duas realidades que nada têm em comum.

Constata-se que a transformação dos argumentos usados por Descartes gera dúvida e o pensamento de que tudo era falso. Chegou a uma verdade firme à qual atribui o caráter de primeiro princípio, que é o cogito.

A ideia é que o cogito do discurso responde a preocupações científicas e metodológicas quando não tem o caráter do eu livre separando-se do ser, sem se reconciliar com ele, a não ser pela veracidade divina. Neste sentido, Descartes destaca que:

> Mas, se estou assim persuadido de que não há nada, nem céu, nem terra, nem espírito, nem corpos, não estou entretanto persuadido de que não existo. Eu sou, se me engano; duvido, penso, existo: essa palavra necessariamente verdadeira todas as vezes que a concebo em meu espírito. Minha existência como coisa que pensa está doravante garantida e vejo claramente que esta coisa pensante é mais fácil, enquanto tal, de conhecer do que o corpo, a cujo respeito até agora nada me certifica. Este cogito, este "eu penso",

> modelo de pensamento claro e distinto, dá-me a garantia subjetiva de toda ideia clara e distinta no tempo em que a percebo. (DESCARTES, 1996, p. 37).

Descartes acreditava que Deus criou o universo como um perfeito mecanismo. Em relação à ciência, desenvolveu uma filosofia que influenciou a muitos – isso até ser passada pela metodologia de Newton. Ele propunha, por exemplo, que o universo era pleno e não poderia haver vácuo. O vácuo é algo impossível.

Para Descartes, a matéria não possui qualidades inerentes. Mas era simplesmente o material bruto que ocupava o espaço. Descartes propunha a criação de um método para chegar a verdade científica, pois a dúvida não pode jamais existir, tem que haver certeza. É a lógica e razão na ciência.

Porém, percebe-se que, na realidade, essas duas vertentes sofrem interferências constantemente. Então, ocorre no fato de que nossos atos voluntários movem o corpo e de que as sensações, provenientes do mundo externo, se refletem sobre a alma, modificando-a. Assim, adverte Descartes:

> Não basta que ela (a alma) seja inserida no corpo como piloto em seu navio, senão, talvez, para mover os seus membros, mas é necessário que ela seja conjugada e unida mais estreitamente com ele, para, ademais, experimentar sentimentos e apetites semelhantes aos nossos, compondo assim verdadeiro homem (REALE; ANTISERI, 2007, p. 382).

Esta visão da natureza despe o mundo de suas qualidades, de sua cor e som e, naturalmente, da mente e da vida como algo interatuando com o físico. Reduz o mundo a uma máquina. Suas mudanças e processos são produzidos e dirigidos por causas antecedentes. Precisamente, como o movimento de uma bola de bilhar segue-se ao impacto do taco.

Mas no mundo do pensamento atuam causas totalmente diferentes. O ser humano faz certas coisas porque visa a um fim distante. É o homem movido por aquilo que ainda não existe. Antes de Galileu e Descartes, os homens pensavam que a natureza era o cenário com um fim em vista, de certo modo semelhante. Algo tencionava um efeito particular. As coisas estavam se movendo para uma mente distante, ainda não realizada.

Agora Descartes substituía esse conceito por explicações puramente matemáticas e mecânicas (causas eficientes). Assim, abandonando totalmente influências ocultas, ou tendências nesta ou naquela direção (causas finais). Na ciência, não se acolhem explicações baseadas em causas finais, pois a matemática só admite relações mecânicas de causa e efeito.

O filósofo baseia o próprio discurso como dúvida, criando a dúvida metódica. Deste modo, com dedicação à pesquisa da verdade e rejeitando como falso tudo aquilo que pudesse supor a menor dúvida, a atitude filosófica de Descartes visa o uso da dúvida como um método na busca de certezas na subjetividade.

A função do método é buscar tais certezas, o que remete a um cuidado maior, pois a partir da subjetividade se faz filosofia e cria-se uma nova imagem de homem, a do homem moderno. Para Descartes, o sujeito moderno e de conhecimento é racional, é "cogito", colocando, até mesmo, a própria existência em dúvida.

Neste sentido, numa palavra, poderíamos dizer que o grande objetivo de Descartes era construir a filosofia à imagem da matemática.

A verdade "eu penso, logo existo" se baseia na solidez e na correta sentença que, mesmo os mais céticos, não seriam capazes de lhes causar abalo. Assim, o Discurso é elucidado e o princípio propulsor do método se faz presente na clareza e na evidência.

Essas regras norteiam todos os juízos possíveis. Destaca-se, portanto, que o objetivo do método se fundamenta na ordenação dos pensamentos em prol de erigir juízos verdadeiros, através de um contexto, cuja verdade da metafísica clássica causa abalo. Descartes instaura um método para alcançar a sabedoria possível, isso com o intuito de engendrar[10] um conhecimento seguro e indubitável.

Logo, vale ressaltar que, ao fazermos uma relação do pensamento aristotélico com o descartiniano, percebemos que, tratando-se de Aristóteles, é válido mencionar que a ideia de Descartes contrapõe-se no que se refere à dualidade humana e, assim, como se observa em Aristóteles, ao relacionar o homem a corpo e forma. Já Descartes relaciona o homem à razão, que se dá pelo contexto do conhecimento.

10 Gerar, inventar, produzir, imaginar, Causar, formar.

> Contrapor-se a atitude realista e a atitude idealista, e é no ponto do conhecimento. No realismo o conhecimento vem, por assim dizer, das coisas para mim, a tal ponto que houve filósofos antigos (os epicuristas) que consideravam que das coisas saíam pequenas imagens — ídolos como eles as chamavam — que vinham ferir o sujeito. Pelo contrário, o idealismo considerará, preferentemente, o conhecimento como uma atividade que vai do sujeito às coisas, como uma atividade elaboradora de conceitos, ao final de cuja elaboração surge a realidade da coisa. Para o realismo a realidade da coisa é o primeiro e o conhecimento vem depois. (MORENTE, 2007, p. 1).

Portanto, diante das reflexões de alguns teóricos, nota-se a sua alta relevância para o desenvolvimento do pensamento científico e filosófico na atualidade. Assim, passaremos para a próxima seção, onde faremos uma análise das Regras do Método Cartesiano.

AS CONTRIBUIÇÕES DE DESCARTES PARA A CONTEMPORANEIDADE

As reflexões que faremos nesta seção procederão em uma análise de Descartes a partir do seu tempo, focalizando nas contribuições do filósofo para a contemporaneidade, em várias áreas do conhecimento, como matemática, física, geografia, filosofia, tecnologia.

As ideias de Descartes são de grande valia nos dias atuais. De acordo com Aczel (2007), o pensador elabora a máxima *"*Penso, logo existo!*"*, na qual há uma nova relação entre corpo e mente, através da teorização sobre a construção do conhecimento. Com as coordenadas cartesianas de Descartes, podemos localizar espacialmente um ponto ou, mesmo, um móvel no espaço. Isto foi possível após os resultados de suas várias teorizações e descobertas.

As descobertas realizadas pelo filósofo se fundamentam na história do desenvolvimento do pensamento da humanidade, inclusive nas novas tecnologias, como é o caso da tecnologia aplicada no GPS[11].

11 Os aparelhos equipados com GPS (Sistema de Posicionamento Global), que permitem localizar algo ou alguém em qualquer lugar do mundo, tornaram-se tão comuns que já co-

Para Aczel (2007), essa tecnologia se destaca por três dimensões – altitude, longitude e latitude –, em que só foi possível através do Sistema de Coordenadas criado por Descartes. Esse método se fundamenta em um sistema de linhas paralelas que se entrecruzam em duas, três ou mais direções, o que permite descrever numericamente a posição de um ponto no espaço. Na posição de um ponto, um carro pode ser detalhado em termos de sua latitude e longitude, traduzidas em seguida, numa localização de um mapa.

Além do GPS, o Sistema de Coordenadas de Descartes contribuiu para outras invenções, principalmente na área da tecnologia da computação, a saber:

- O pixel que se caracteriza por um par de números, ou seja, pelas coordenadas horizontal e vertical;
- Os gráficos, diagramas e mapas de todos os tipos;
- A fotografia digital e imagens que são enviadas por meio da internet;
- As plantas de engenharias.

Contudo, o sistema de coordenadas de Descartes é visto de uma forma mais complexa. Tem-se ainda a tecnologia da computação, assim como os voos espaciais e a exploração de petróleo. Deste modo, percebe-se que todas as aplicações feitas através dos gráficos, formas e imagens, mesmo sobre muitas variáveis, podem ser analisadas, mediante o uso das coordenadas cartesianas.

Segundo Cottingham (1989), o problema do método interessa tanto à ciência quanto à filosofia e contribui na formulação de novas e importantes questões gnosiológicas e metafísicas.

Descartes estabelece um método que, segundo ele, resolve todos os problemas em Geometria, que pode ser dividido em três etapas, a saber:

- Nomear, que consiste em assumir o problema resolvido e, a partir daí, nomear todos os segmentos conhecidos e desconhecidos para a resolução do problema;

meçam a fazer parte do nosso cotidiano.

- Equacionar, que se baseia em estabelecer uma equação com variáveis;
- Construir, no qual se dá a construção das soluções, geometricamente, com o uso de régua e compasso.

Esse método foi usado para resolver o problema de Pappus.

Vale ressaltar que o método de raciocínio de Descartes refletia sobre o eu na consciência humana. Assim, possibilitou a inaugurar uma nova teoria para a Psicologia Moderna, com a criação da autorreflexão e incorporação da filosofia na psicologia moderna.

As diversas obras de Descartes, dos mais variados ramos do saber, estão ligadas por elos invisíveis de lógica, o que mostra a verdadeira essência do filósofo, pois, ao se tratar de um matemático, acredita-se que a aplicação de suas habilidades e métodos matemáticos se direcionou a algumas áreas de estudo do homem, como física, matemática, psicologia, botânica, biologia, medicina e psicanálise.

Com o surgimento da nova física moderna, de Kepler, Copérnico e Galileu, o aristotelismo cai por terra, com a prova de que é a Terra que gira em torno do Sol, e não o contrário. Apenas a causa eficiente vai permanecer na filosofia moderna e se tornar a lei da causalidade. Na causa eficiente, deve haver tanta ou mais realidade que o efeito (conforme explicado por Descartes, no início da 3ª meditação) e causa e efeito deve ser da mesma natureza.

Descartes, assim, concluiu que aquilo que pensa (o sujeito) é alguma coisa diferente daquilo que é pensado (o objeto). Seu raciocínio, ao mostrar a autonomia do pensamento, permitiu o desenvolvimento de toda a filosofia que lhe sucedeu. "A filosofia cartesiana é chamada de *racionalismo* e essa separação entre sujeito e objeto do pensamento deu origem ao que chamamos de filosofia moderna" (STRECKER, 1979, p. 88-89).

De acordo com Pitteri (2018), algumas críticas feitas a Descartes seriam de que o sujeito seria solipsista sem possibilidade de acesso às outras mentes, de que haveria uma dualidade de substâncias (*res extensa* e *res cogitans*), de que o ceticismo assumido inicialmente por Descartes jamais foi totalmente descartado, de que o *"eu penso, eu sou"* não é uma proposição, pois é incorrigível. O sujeito se predica a si mesmo na verdade absoluta e não permite falseamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se que René Descartes proporcionou uma grande evolução para a história da humanidade. Seu pensamento se mostrou de alto padrão intelectual e complexo, no qual toda a filosofia moderna e contemporânea se reporta.

Para o filósofo, Deus, mente e matéria eram ideias inatas e impossíveis de separá-las das experiências sensórias vividas neste mundo. Descartes utilizava seu método para alcançar a verdade, sem pretensão de descobrir multiplicidade de verdades isoladas.

Neste contexto, percebemos que, no final do Renascimento, no século XVII, a Europa passava por profundas transformações, um período em que se desenvolvia uma crítica amadurecida ao período metafísico escolástico, que se baseava na transcendência em busca de explicações.

Notamos que o trabalho de Descartes deixa claro e visível uma nova postura ética, mais ligada à razão natural. No entanto, ele se preocupava em demonstrar que não contrariava a ordem estabelecida, nem confrontava a ética pregada pela Igreja.

Em resumo, uma de suas grandes obras, Método Cartesiano, é um método de construir o objeto. Essa metodologia é bastante valiosa, pois facilita a compreensão do todo, a partir da fragmentação, ou seja, ou estudo das partes. Partindo do simples para o complexo. Então, percebemos que, quando estamos decompondo e recompondo, nós estamos exatamente construindo o edifício do conhecimento.

Percebemos também sua importante contribuição para a Psicanálise, em sua obra "As Paixões da Alma", pois, ao refletirmos sobre o afeto e o amor, entendemos que o texto de Descartes possibilita a inclusão da noção do corpo no tema do amor. O amor é o elemento mais sublime que nos permite criar laços de afetos, de ternura, de acolhimento, de alegria. Enfim, concluímos que estes elementos contribuem para que o ser humano se relaciona melhor consigo mesmo, com o outro, com a natureza e com o mundo.

REFERÊNCIAS

ABBGNANO, NICOLA. **Dicionário de Filosofia**. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

ACZEL, Amir D. **O caderno secreto de Descartes:** Um mistério que envolve filosofia, matemática, história e ciências ocultas. [Original estadunidense: Descartes' Secret Notebook – A True Tale of Mathematics, Mysticism, and Quest to Understand the Universe]. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

COTTINGHAM, John. **A Filosofia de Descartes**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989.

DESCARTES, René. **Discurso do método, meditações e outras obras**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Discurso do Método, Meditações e outras obras**. São Paulo: Abril Cultural, 1996. Col. Os pensadores.

_____. **Discurso do Método;** Regras para a Direção do Espírito. Tradução de Pietro Nassetti. 2ª reimpressão – São Paulo: Martin Claret, 2008. (Col. A Obra-Prima de cada Autor).

DUCLÓS, Miguel. **As meditações cartesianas e o nascimento da subjetividade moderna**. Disponível em: <http://www.consciencia.org/descartes_meditacoes.shtml>. Acessado em: 10 out. 2018.

FONSECA, Flávio Netto. **A questão da subjetividade**. Disponível em: <http://www.philosophy.pro.br/programa_2009.htm>. Acessado em: 5 set. 2009.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia**. Disponíveis em: <http://www.consciencia.org/fundamentosfilosofiamorente13.shtml>. Acesso em: 4 abril 2011.

MURCHO, Desidério. **A religião de Darwin**. Universidade Federal de Ouro Preto. Disponível em: <http://projetophronesis.wordpress.com/category/filosofia-moderna/descartes/>. Acessado em: 6 fev. 2011.

PITTERI, Maria Bernadette Soares de Sant´Ana. **Sujeito e Filosofia**. Disponível em: <http://www.psicanaliselacaniana.com/estudos/sujeitoefilosofia.html>. Acessado em: 10 out. 2018.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia** – Do Humanismo a Kant. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Paulus, 2007.

STIGAR, R. **Discurso sobre o Método de René Descartes**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/discurso-sobre-o-metodo-de-rene-descartes/6171/>. Acessado em: 27 dez. 2010.

STRECKER, Heidi. "**Meditações**". Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1979). (Col. Os Pensadores).

A MORAL E O DIREITO À LUZ DO POSITIVISMO JURÍDICO

Matheus Teodoro[12]

INTRODUÇÃO

A relação entre Direito e Moral é antigo interesse de juristas e filósofos, resistindo ao decurso do tempo, mantendo-se relevante desde a antiguidade até a contemporaneidade, desde Sócrates e sua filosofia ética até o embate atual entre o Juspositivismo Moderado e o Neoconstitucionalismo.

No que concerne ao debate contemporâneo, como retromencionado, especial problemática repousa na relação entre Moral e Direito, postando-se, de um lado, o Juspositivismo que, em um primeiro momento, apregoa a distinção entre ambos os conceitos, e, de outro, o Neoconstitucionalismo, caracterizando-se por uma forte moralização do ordenamento jurídico.

Uma das críticas mais duras realizadas em face do Positivismo Jurídico diz respeito à ausência de valoração sobre as regras legais, fato que tornaria o Direito, por vezes, alheio aos anseios sociais, de modo que proporcionaria danos à coletividade.

12 Advogado. Graduação em Direito pela FAFIT – Faculdades Integradas de Itararé. Pós-graduando em Advocacia Cível, pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Pós-graduando em Direito e Processo Previdenciário, pela Damásio Educacional.

Nada obstante, destas colocações exsurge um interessante ponto de estudo: o Positivismo Jurídico Moderado de fato torna irreconciliável o Direito e a Moral ou trata-se de discurso que visa sua deslegitimação?

Assim sendo, para obter-se a resposta da questão suscitada, recorreremos aos ensinamentos dos expoentes deste movimento jusfilosófico, a fim de constatar-se a veracidade acerca da possibilidade interativa entre o Direito e a Moral, sob a ótica positivista.

1. DO POSITIVISMO JURÍDICO

Em análise propedêutica, imperioso salientar que o juspositivismo é a face jurídica da filosofia positivista de Auguste Comte, guardando, portanto, estreita relação com os objetivos e os métodos utilizados pela teoria base. Assim sendo, como destaca Nader (2019, p. 208), o positivismo, incluída sua vertente jurídica, afasta-se do metafísico, preconizando o empirismo como meio de avanço científico como teleologia da ciência, neste caso, do direito, ou seja, "o espírito humano deve contentar-se com o mundo já dado e se ater ao campo da experiência".

Nesta toada, tem-se que o juspositivismo afasta-se das correntes Jusnaturalistas, haja vista preocupar-se mormente com a lógica e formalidade do direito, com suas aplicações práticas, ao passo que o Jusnaturalismo atenta-se principalmente para a legitimação do direito, realizando cotejamento entre o direito posto e os princípios absolutos (NADER, 2019, p. 209).

Noutros termos, o juspositivismo volta-se à "realidade fática como único objeto merecedor de consideração por parte da Ciência Jurídica" (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 420).

O Juspositivismo nasceu, como aponta Bobbio (1995, p. 27), na transformação das interações políticas medievais para o modo político do Estado Moderno. Ainda consigna que a sociedade medieval encontrava-se eivada de uma inequívoca instabilidade política e institucional, devido à fracionalidade do poder entre os mais diversos níveis da nobreza e da Igreja, de modo que não havia um ordenamento jurídico capaz de efetivamente ordenar o convívio social.

Desta feita, com a consolidação do Estado Moderno e a unificação do processo legislativo sob seu cuidado alcança-se uma segurança

jurídica há muito ausente ou, como ensina Bobbio, o ordenamento jurídico passa a ostentar o "princípio da certeza do direito" (BOBBIO, 1995, p. 207).

Nesta esteira, vale ressaltar que o Juspositivismo apresenta outras duas características marcantes, a saber, completude legal e coerência, como preleciona Ramos (2015, p. 43), corroborando, deste modo, com a desejada estabilidade social e institucional, advinda da previsibilidade do direito, forte nesta jusfilosofia.

Isto considerado, chegamos ao cerne da questão proposta, ou seja, em que pese as características supramencionadas, o Juspostivismo exclui as influências da Moral sobre o Direito?

2. A MORAL E O POSITIVISMO JURÍDICO EXTREMADO

Prefacialmente, imperioso avultar que o Juspositivismo primitivo, oitocentista, de fato afastava por completo o Direito da Moral, representando o estereótipo criticado pelas correntes que se contrapõem ao mencionado sistema jusfilosófico.

Portanto, neste viés, nada há de Direito para além do constante na Lei, numa forma limitada de hermenêutica jurídica, dado que desconsidera outros importantes elementos constitutivos do Direito.

Como ensina Nader (2019, p. 212), a Escola da Exegese é uma das primeiras manifestações do positivismo jurídico, calcando-se somente no Código Napoleônico, no início do século XIX, caracterizada pela "apresentação de uma teoria hermenêutica de índole codicista [...] para a Escola da Exegese o Código representava a única fonte do Direito".

No mesmo interregno, na Alemanha, surgiu a Escola dos Pandectistas, levando este nome pela atenção precípua dada ao estudo das Pandectas de Justiniano. Esta Escola objetivava a elaboração de normas positivas, conceitos e entendimentos doutrinários. Considerava a Lei como resultado da história da sociedade e da vontade do legislador (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 421). Porém, por entenderem o Direito "apenas como sistematização de conceitos, os Pandectistas incidiram em um agnosticismo cultural, deixando de considerar importantes elementos que devem participar da formação do Direito" (NADER, 2019, p. 213).

Ainda neste contexto, John Austin (1790-1859) desenvolveu seu pensamento jurídico, exaltando o Estado como soberano, sob o qual todos devem submeter-se, através da criação das Leis. Por conseguinte, o Direito deveria limitar-se ao exame desta produção legislativa, independentemente de valoração de seu conteúdo (NADER, 2019, p. 214).

Consideradas as correntes jusfilosóficas supraexpostas, afigurando-se precipuamente na Escola da Exegese e na dos Pandectistas, resta evidenciado que, de fato, o Positivismo Jurídico estremado declinava a interação entre Direito e Moral, no mesmo sentido em que comumente critica-se o Juspositivismo em termos generalistas.

Nada obstante, é essencial diferenciar a versão extremada do Juspositivismo da sua vertente Moderada, que ainda será objeto de análise deste estudo.

Bobbio elucida o tema, assim como aduz que a imensa maioria das críticas feitas pelos antipositivistas vale somente para a versão extremada. Vejamos:

> É necessário distinguir a versão forte ou extremista da versão fraca ou moderada do positivismo ético. A maior parte das críticas feitas pelos antipositivistas vale somente para a versão extremista e não pela moderada. a) com referência ao positivismo ético extremista, deve-se observar: em primeiro lugar, muito raramente este foi sustentado coerentemente até suas extremas consequências pelos filósofos (mesmo na concepção convencionalista da justiça de Hobbes (...) põe-se um limite ao dever absoluto da obediência às leis, limite representado pelo respeito ao contrato social). Em segundo lugar, na história não se encontra um acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista (salvo nos casos de alguns juspositivista alemães da segunda metade do século XIX, que adotaram a concepção hegeliana do Estado; mas é errôneo afirmar, como às vezes se faz, que tal concepção seja reencontrada em Jhering): o filão ítalo-francês e o anglo-saxônico do positivismo jurídico são totalmente independentes desta concepção ética (BOBBIO, 1995, p. 235-236).

Portanto, passaremos à análise da interação entre Moral e Direito, sob a ótica do Juspositivismo Moderado.

3. A MORAL E O POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO

Imperioso ressaltar que o Juspositivismo maturou-se ante as críticas internas, bem como as formuladas por sistemas jusfilosóficos que lhe fazem oposição, de modo que, atualmente, não há qualquer óbice em afirmar a possibilidade de interação entre a norma posta e a moral. Entretanto, por tratar-se de Positivismo, que tem forte apelo para a ciência jurídica, as outras fontes do Direito recebem atenção secundária, mantendo-se a centralidade do texto legal, da norma positivada.

Neste sentido, Ramos (2015, p. 322-323) sustenta que excluído o reducionismo do juspositivismo primitivo e a exacerbação de preceitos morais exteriores ao ordenamento jurídico, próprio da corrente moralista, "não há por que não afirmar a perfeita compatibilidade entre os desenvolvimentos mais recentes da Teoria da Interpretação e o positivismo jurídico".

Continua, sustentando que "os positivistas sabem que as normas jurídicas prescrevem condutas e, portanto, intrinsecamente são juízos de valor (dever-ser)" (RAMOS, 2015, p. 38-39).

Nader (2019, p. 211), de modo símile, faz ressalva ao declarar que o jurista positivista não ignora o campo axiológico, tampouco as evoluções no campo sociológico, mormente porque o Direito precisa acompanhar as evoluções sociais. A resistência positivista se dá em face da "especulação ética, metafísica ou sociológica no momento da interpretação ou na etapa do preenchimento de lacunas. Diante do texto legal não compete ao jurista emitir juízos de valor, apenas de realidade".

Em verdade, o Jusnaturalismo e o Juspositivismo se diferenciam pelo grau de importância dada, de um lado, aos aspectos formais, ao Direito positivado, e, de outro, ao campo axiológico. Portanto, em que pese o Juspositivismo priorizar a lógica e a realidade, ao passo que o Jusnaturalismo dá maior notoriedade ao aspecto Moral, as duas correntes não excluem por completo as características tanto da Moral quanto da lógica formalista (NADER, 2019, p. 211-212).

Conforme ensina Hervada (2000, p. 615), o método sistemático contemporâneo, ou seja, a ciência jurídica hodierna não se preocupa somente com o texto posto, mas tem o objetivo de condensar os entendimentos jurídicos e as teorias jusfilosóficas pertinentes em um ordenamento, a fim de

proporcionar maior compreensão e praticidade. Em suas palavras, "Como es sabido, los métodos de construcción y sistematización tienden a facilitar la organización del saber en sistemas o teorías, de tal modo que el encadenamiento de las ideas reproduzca el de las cosas".

Ainda explicita que, através do ordenamento destas lógicas interligadas, há contribuição para a formação de um sistema coerentes. Vejamos:

> Si tenemos en cuenta que la ciencia es un conjunto de verdades lógicamente encadenadas entre sí, de modo que formen un sistema coherente, fácilmente se entenderá que el método sistemático o científico (la construcción sistemática) da a la ciencia jurídica su carácter más propiamente científico. El fin del método sistemático modemo no es solamente la ordenación lógica de la materia a tratar (método sistem.ático antiguo), sino sobre todo la reducción a la unidad y la explicación coherente – mediante la elaboración de conceptos y teorías – de un orden jurídico, de manera que se establezcan los principios, los caracteres generales y las constantes que dan razón de su configuración. Por eso el método científico se basa en la abstracción (HERVADA, 2000, p. 615).

Logo, considerando que a ciência jurídica moderna contempla em seu ordenamento a norma posta, assim como os princípios e teorias que lhes concedem fundamento, aclara-se a plena possibilidade de coexistência do Direito positivado com quesitos morais. Em verdade, o texto posto nada mais é do que a síntese da Moral, compreendidos os princípios e as filosofias jurídicas acerca do que se considera socialmente correto em determinado contexto.

Dando continuidade, como ensina Mascaro (2019, p. 274), o Positivismo pode ser analisado em três grandes momentos, quais sejam: a) o eclético ou pré-reducionista; b) o plenamente reducionista; e c) o ético ou pós-reducionista.

Na vertente eclética, destaca-se a Escola de Ihering, no século XIX, e o Culturalismo de Miguel Reale, já no século XX. Ambos os movimentos não se adstringiram por completo à norma, daí o epíteto "eclético", pois são mantidas certas influências jusnaturalistas, de modo que "não

chegou à identificação total do direito à norma, e, por consequência, da filosofia do direito à analítica normativa" (MASCARO, 2019, p. 274).

A corrente reducionista, por sua vez, tem como expoente Hans Kelsen e, segundo Mascaro (2019, p. 273-274), caracteriza-se pela redução do Direito à norma, observando-a de forma autônoma em relação às influências extrínsecas.

Por fim, tem-se o Juspositivismo ético, afigurando-se em Habermas e, embora não se limitando à norma posta, difere-se do eclético, como aponta Mascaro:

> seja por natureza histórica ou por fundamento filosófico: o ecletismo é uma largueza anterior à plenitude do reducionismo normativo e, portanto, o considera temerário, e o juspositivismo ético é o triunfo do próprio positivismo estrito que, após desvendar seu núcleo fundamental, reinveste os demais fenômenos sociais do orgulho jurídico-normativo. Kelsen é o ápice da redução analítica. Miguel Reale é o exemplo de uma resistência romântica a essa redução total. Jürgen Habermas é o exemplo do proveito dessa redução em benefício de sua posterior reelaboração e extensão à política, à economia, à cultura e à sociedade (MASCARO, 2019, p. 274).

Desta feita, resta evidenciado que há possibilidade de interação entre a Moral e o Direito, especialmente no Juspositivismo Moderado, distinguindo-se na extensão e profundidade desta influência, ou seja, concernente ao momento desta interação, assim como no grau de ingerência da norma positivada. Isto posto, interessante realizar um exame dos mencionados expoentes filosóficos e suas respectivas correntes de pensamento, a saber Ihering, Reale, Kelsen e Habermas.

3.1. O DIREITO E A MORAL SOB A PERSPECTIVA DE RUDOLF VON IHERING

Rudolf von Ihering realizou pesada crítica em face do Juspositivismo extremado, como aponta Larenz (1997, p. 55-59), ao teorizar que o ordenamento jurídico não é autônomo, autossuficiente, desconexo da realidade e dos anseios sociais, caso outro incorreria numa prisão da razão. Em verdade, o sistema legal, justamente por não ser um fim em si mesmo, deve atentar-se para as evoluções

sociais e as problemáticas que destas constantes transformações exsurgem, sob pena de tornar-se obsoleto, letra morta. Logo, o eixo de interpretação do Direito, na visão de Ihering, deve ser alterado, passando a contemplar os interesses sociais e não unicamente os conceitos legais já formulados.

Larenz aduz:

> Nessa ordem de ideias, vê agora IHERING que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é o mesmo que a sua validade prática, declarando-se contra a "ilusão da dialética jurídica, que busca dar ao positivo o nimbo do lógico" [...], contra o "culto da lógica, que pensa erigir a jurisprudência em uma matemática do Direito" (LARENZ, 1997, p. 58).

Destaca Ramos (2015, p. 47) que a "Jurisprudência dos Interesses" alinha-se com os interesses sociais, em desfavor da "Jurisprudência dos Conceitos", que preconiza o caráter lógico da norma. Não obstante, "para a formulação crítica em destaque, a lei continua a ocupar posição predominante do plano das fontes do direito, porém passa a ser vista não como um produto da razão abstrata e sim de interesses concretos dos membros da comunidade".

Ihering contribuiu para o debate jusfilosófico ao apresentar o Direito como "um produto social", destacando a necessidade de uma abordagem histórica para que se compreenda a norma jurídica, pois o "homem cria ou recria o seu destino pela via da luta incansável contra as injustiças" (CASTILHO, 2019, p. 118).

Deste modo, nota-se que o pensamento de Ihering aponta claramente para a interação da Moral no Direito, ao passo que este deve ser acessório da vontade social. Contudo, ainda que admita esta ligação, não se afasta do Positivismo jurídico, tendo em vista a precípua importância dada ao texto posto. Na esteira da doutrina de Castilho (2019, p. 118), "para Rudolf von Ihering, a liberdade deve estar condicionada às leis".

3.2. O DIREITO E A MORAL SOB A PERSPECTIVA DE MIGUEL REALE

O Direito, para Reale (1999, p. 699), possui três sustentáculos, os quais não podem ser afastados, sob pena de produzir-se um exame li-

mitado, incompleto, do contexto jurídico-social. Para tanto, como busca evidenciar em sua Teoria Tridimensional do Direito, é elementar que o Direito seja observado sob o seguinte trinômio: a) norma, representada pelo direito posto; b) fato, compreendido na realidade social; e c) valor, estribado na moral.

Reale (1999, p. 699) adverte que "a integração de três elementos na experiência jurídica (o axiológico, o fático e o tecno-formal) revela-nos a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como *fato*, como *valor* ou como *norma*".

O doutrinador ressalta que o exercício do Direito demanda uma abstração de normas, sempre direcionadas ao coletivo, o que não importa na padronização dos indivíduos. Em verdade, o direito do Estado, o ordenamento jurídico, é a forma mais objetiva do Direito, entretanto não se apresenta como sua única fonte (REALE, 1999, p. 700-701).

Para Reale (1999, p. 702), o Direito positivo mantém sua importância, porém não se pode enjeitar seus outros dois sustentáculos. Assim sendo, a norma posta deve estampar, indubitavelmente, um valor que lhe dê substrato, ao passo que abarque o fato social, uma vez que o valor, ou seja, a Moral, está condicionada a uma interpretação histórico-social do que se tem por correto, por aceitável socialmente. Logo, o Direito está "sempre ligado às circunstâncias de cada sociedade".

Por fim, reafirma a importância de que os fatos sociais e os axiomas preponderantes no contexto coletivo carecem, necessariamente, do texto legal positivado, em claro favorecimento da manutenção do Juspositivismo, dada a segurança jurídica que lhe é corolário, visando manter o Estado coerente e coeso, evitando-se a instabilidade institucional e prejuízos sociais derivados de suas ausências (REALE, 1999, p. 705).

Na esteira do que ensina Diniz:

> Se se conceber, como o faz Miguel Reale, que as dimensões ônticas do direito são fato, valor e norma, a ciência do direito deve levá-las em conta, sem que com isso fique comprometida a sua natureza especificamente jurídica, ante o sentido dialético de suas investigações, que dá prevalência à norma, embora a estude em função do fato e do valor (DINIZ, 2009, 218).

Postas estas observações, conclui-se que, no Culturalismo Realeano, há patente necessidade de observação dos fatos e axiomas sociais. Não obstante, este debate deve ocorrer sob a chancela do Estado, através do devido processo legislativo, dando-se gênese a uma norma jurídica.

3.3. O DIREITO E A MORAL SOB A PERSPECTIVA DE HANS KELSEN

Indiscutivelmente, Hans Kelsen se apresenta como um dos maiores nomes ligados ao Juspositivismo, com seus ensinamentos servindo como sedimentação para diversos ordenamentos jurídicos.

Como extrai-se de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen faz nítida distinção entre a Moral e a Ciência do Direito, considerando que o objeto de seu estudo é o Direito positivado, sem interferências de interpretações estribadas na Moral. Nas palavras do autor: "como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito" (KELSEN, 2009, p. 1).

Vale ressaltar que Kelsen não ignorou a existência da Moral ou da Sociologia, ou seja, dos valores e dos fatos. Contudo, enquadrou-as no conceito político-filosófico do Direito, ao passo que a ciência jurídica deve estar alheia a estas influências, não permitindo que ideologias ou crenças pessoais interviessem em sua análise (NADER, 2019, p. 238).

Assim sendo, dizer que Kelsen ignorava a importância da Moral em face do Direito é um grande equívoco. O doutrinador prestava a devida importância à Moral, passando a estudá-la, como nota-se em algumas de suas obras, como "A Justiça e o Direito Natural" e o "Socialismo e Estado".

Kelsen pretendia aproximar a ciência do Direito dos rigores metodológicos das ciências naturais, de modo que, como nestas últimas, as crenças pessoais de nada importariam, ou seja, os fenômenos por elas estudados não se modificam de acordo com a moral do observador. Com isto, o mestre de Viena desejava afastar toda forma de interpretação do Direito calcada em princípios morais, mormente os de cunho pessoal.

Para tanto, direcionou este argumento axiológico para a Filosofia do Direito, assim como os fatos sociais são objetos, por excelência, da Sociologia Jurídica (NADER, 2019, p. 238).

Na esteira do que ensina Castilho (2019, p. 274 e 279), Kelsen sustentou que o Positivismo oitocentista errou ao defender que somente a Lei era fonte do Direito. Em suas palavras, "inovou ao propor que não mais a Lei, mas a norma jurídica, passasse a ser estudo da ciência do Direito". A noção de norma, por sua vez, necessita de aceitação social, ao passo que a Lei positiva, em sentido primitivo, era imposta pelo Estado.

Bittar e Almeida (2019, p. 432-433) sustentam que, no ideário Kelseniano, a Ciência do Direito visa estabelecer as possíveis interpretações da norma jurídica, ao passo que o juiz é quem assentará qual destas interpretações é mais adequada ao processo sob análise. Vejamos:

> Toda essa regência de normas por uma norma fundamental não exclui a possibilidade de o juiz agir aplicando e interpretando, ou seja, produzindo normas individuais [...] nesse esquema de ideias, interpretação e aplicação estão intimamente relacionadas, pois trata-se de um processo cognitivo em direção à fixação do sentido da norma a ser aplicada. Não há normas jurídicas que não passem pelo processo de interpretação. A interpretação, que é fundamentalmente a compreensão da literalidade das palavras da lei, no entanto, adverte Kelsen, não está ligada somente à aplicação do Direito [...] quem aplica o direito exerce a chamada interpretação autêntica do direito. Autêntica aqui quer dizer que se trata do ato de interpretação copulado com o de aplicação [...] determina o sentido de forma concreta e final [...] Isso tudo se deve ao fato de que a norma jurídica não possui somente um sentido, mas vários possíveis. A ciência do direito procura somente identificar e descrever esses possíveis sentidos (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 432-433).

Dando continuidade, como ensina Kelsen (2009, p. 75), o Direito deve ser diferenciado da Moral, pelo simples motivo de que existem diversas morais distintas, individuais, particulares, relativas, por vezes conflitantes entre si, de modo que os conceitos de Direito e Moral não se confundem, dado que não há uma Moral Universal, absoluta, como sustentam alguns juristas. Desta feita, "a exigência de que o Direito deve ser

moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito Positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis".

Kelsen (2009, p. 72-73 e 76) preleciona que a existência de morais relativas não impende dizer que o Direito não se compatibiliza com o conceito de bom, contido nesta Moral, mas não há relação de dependência entre sua legitimação e preceitos morais, dado que, se escolhido um sentido, uma ideia do que é bom e expresso na norma positiva, será contrariado outro arcabouço moral relativista. Neste sentido, para a moral escolhida como fundamento da norma positivada, o Direito será justo, ao passo que para a corrente moral não contemplada, não o será. Assim sendo, "significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral".

Por fim, na perspectiva Kelseniana, vemos que é falsa a afirmação de que a Moral e o Direito são incompatíveis. O que de fato não deve se comunicar é a Moral e a Ciência do Direito, com isto quer-se dizer que concepções valorativas e sociológicas fazem parte da Jusfilosofia, e não da face científica do Direito. Em suma, Kelsen pretende afastar interpretações do Direito alicerçadas em hermenêuticas morais, que se mostram eminentemente de cunho individual, relativista, dado que não existe uma Moral absoluta. Portanto, a Moral e outros elementos extrínsecos à Ciência do Direito têm seu locus no processo legislativo, na formação da norma jurídica, ao passo que, após sua normativização, devem ser subtraídas.

3.4. O DIREITO E A MORAL SOB A PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Habermas, através de sua Teoria Comunicativa, em apertada síntese, destaca a imprescindibilidade do desenvolvimento de uma Moral social, coletiva, que sirva de fulcro para o Direito posto. Esta Moral deve afastar-se de conceitos singulares, privados, individuais, a fim de que o Direito não sirva somente a uma parcela da sociedade, que se estribe nesta moral parcial. Para tanto, impreterível que haja diálogo social, visando à construção de um mínimo moral para o convívio em sociedade, como destacam Bittar e Almeida (2019, p. 548).

Para Habermas, o "uso público da razão é o lugar de encontro das possibilidades de construção de regras comuns, uma vez congruentemente construídas a partir das deliberações no espaço público" (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 550).

Mascaro (2019, p. 315) salienta que um dos pontos mais interessantes no pensamento de Habermas reside no enfrentamento das teorias pós-modernas. Inobstante não lance mão de argumentos metafísicos, especialmente pelo fato de que, para Habermas, a razão é construída socialmente, afastando-se do engessamento de pretensões de imutabilidade eterna.

Em síntese, Habermas substitui a razão prática pela razão argumentativa, não se limitando a "nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico", devendo, deste modo, edificar-se por meio do diálogo social (HABERMAS, 1997, p. 20).

Entretanto, esta construção social deve ser apresentada por meio de um ordenamento jurídico positivado, que se complemente moralmente através de princípios (HABERMAS, 1997, p. 21-23).

Repise-se, este diálogo social, que culmina num consenso moral "tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explica o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar deste conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral" (HABERMAS, 1997, p. 142).

Rodríguez (2009, p. 2015) ensina que, na visão Habermasiana, o Direito positivado fundamenta-se na Moral, rememorando que se trata de sua versão coletiva, porém isto não importa dizer que haja uma relação de subordinação. In verbis:

> Pues un orden jurídico sólo puede ser legítimo —escribe Habermas— si no contradice a principios morales. El derecho positivo —continúa diciendo—, a través de la componente de legitimidad que representa la validez del derecho, conserva una referencia a la moral. Pero —advierte— esta referencia a la moral no debe llevarnos a poner la moral por encima del derecho en el sentido de una jerarquía entre dos órdenes normativos (RODRÍGUEZ, 2009, 2015).

Deste modo, o Positivismo Jurídico de Habermas não recorre a preceitos metafísicos, tampouco atem-se ao formalismo lógico, mas sim fundamenta-se na construção social de um mínimo moral, que dá gênese e legitimação ao Direito posto. Leia-se, a relação entre Direito e Moral não é necessária, mas desejada, tendo em vista que os dois conceitos se complementam (MASCARO, 2019, p. 318-319).

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta nítida a possibilidade de interação entre Moral e Direito, sob o positivismo jurídico moderado, ainda que consideradas como ideias e construções sociais distintas.

Se de um lado, encontra-se a Moral, possuindo como objetivo assentar quais condutas são adequadas e aceitas socialmente, estabelecendo "princípios gerais sobre temas importantes", de outro vértice, encontra-se o Direito, preocupado com a manutenção da boa convivência social e "da estrutura do poder" (DIMOULIS, 2011, p. 60).

Dimoulis (2011, p. 61) ensina que a Moral mostra-se muito mais exigente do que o Direito, pois abarca todos os aspectos da vida do indivíduo, desde suas ações materializadas até, mesmo, seus "pensamentos e desejos".

Desta feita, é seguro afirmar que o Direito tem campo de atuação muito mais restrito, preocupando-se com o que de fato é relevante a nível social, ou seja, não guarda relação com questões morais individuais, buscando lidar com o que é sensível a toda coletividade, tendo em vista que não há Moral absoluta, mas sim diversos arcabouços morais de cunho individual, como apontam Kelsen (2009, p. 71-72) e Habermas (1997, p. 20).

Repisando o explanado, é oportuno que a Moral e o Direito sejam vistos como conceitos autônomos, precipuamente porque representam linhas de defesa diversas para a manutenção da pacificação social. Com isto, quer-se dizer que há um sistema de contrapeso entre os dois institutos, incorrendo em uma vigilância recíproca, a fim de evitar-se o corrompimento de um ou de outro.

Portanto, apresenta-se a ideia de construção do Direito como uma última linha de defesa coletiva, no sentido de que, se a conduta do indiví-

duo é considerada indesejável socialmente e a Moral não mostrou-se bastante para inibi-la, deve recorrer-se ao Direito, com seu poder de coerção mais elevado. Nas palavras de Kelsen (2009, p. 71), "o Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral [...] como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana".

Se de um lado, o Direito possui maior coercibilidade, as normas morais "apenas impõem dever, prescrevem um comportamento, mas não autorizam ninguém a empregar coação para obter o cumprimento delas [...] ninguém estará autorizado a exigir seu adimplemento" (DINIZ, 2009, p. 387-388).

A formulação intelectual que visa uma fusão entre o Direito e a Moral pode mostrar-se perigosa, visto que não haverá este equilíbrio desejado, dado que ausente os freios impostos entre si, propiciando graves prejuízos sociais.

Esta unificação proporcionou a criação de regimes totalitários, como no caso do governo nazista, considerando que a sua Moral incentivou a reinterpretação do Direito posto, adequando-o aos seus objetivos (SANTOS, 2018, p. 80-84).

Santos (2018, p. 84) preleciona que o clamor por uma efetiva aproximação entre Direito e Moral serviu como alicerce ao Nazismo, visto que, neste contexto, delineava-se o "desprezo pela *bouche de la loi* [...] bem como a ciência jurídica da época, trazem a moralidade para o centro da questão jurídica do nazismo", convergindo na seguinte conclusão "o verdadeiro juiz alemão não se serviria das 'muletas da lei'".

Com isto, tem-se que a Moral é e deve ser individualizada do Direito, que a Moral social deve ser construída com os pontos sensíveis à coletividade, de modo que se evite uma Moral absoluta que, ao ser corrompida, impõe gravíssimos danos sociais. Para além, o Direito deve ser independente da Moral, a fim de evitar-se a destruição desta recíproca vigilância, como já exposto.

Assim sendo, Santos (2018, p. 87) aduz que "a estrutura do pensamento jurídico nazista [...] opunha-se ao positivismo jurídico com toda a veemência possível".

Montalvão (2017, p. 175-176) sustenta que a "identidade entre direito e moral é afirmada pela maioria das doutrinas de direito natural e, não

por acaso, pelas ditaduras contemporâneas". Termina por afirmar que o Direito e a Moral são distintos, mas que não são desconexos.

Estas colocações têm como propósito demonstrar que a Moral e o Direito não devem ser confundidos, entretanto não impende dizer que não se relacionam, como já explicitado.

Maximiliano (2011, p. 131-132) reforça o entendimento de que a Moral e o Direito se complementam, assim como o campo de atuação da Moral é mais amplo, visto que "muita coisa fulminada pela ética é tolerada pelas leis [...] por outro lado, tudo o que os textos exigem ou protegem está de acordo com o senso moral médio da coletividade".

Em suma, conclui-se que há perfeita possibilidade de interação entre a Moral e o Direito, sob o prisma do Positivismo Moderado, porém sempre de forma independente, não subordinando-se um ao outro, mas sim considerando a norma posta em primeiro plano, a fim de que haja um patrulhamento recíproco e seja alcançada uma Moral social, sensível à coletividade, evitando que prevaleçam morais individuais, o que acarretaria visões fragmentadas do Direito. Frise-se, embora o texto legal positivado tenha preferência para o Juspositivismo Moderado, não há exclusão de outras fontes do Direito, como a Moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas por Márcio Pugliese, Edson Bino e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**: definições e conceitos básicos. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERVADA, Javier. **Lecciones propedéuticas de filosofia del derecho**. 3ª ed. Pamplona, Espanha: Eunsa, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTALVÃO, Bernardo. **Resolução nº 75 do CNJ**: descomplicando a filosofia do direito. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRÍGUEZ, Virgilio Ruiz. **Filosofía del derecho**. 1ª ed. Toluca, México: Instituto Electoral del Estado de México, 2009.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo:** a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: JusPODIVM, 2018.

TEMÁTICA DAS BARRAGENS DE REJEITOS DE MINÉRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

Peterson Lima de Almeida[13]

INTRODUÇÃO

O tema das barragens, no Brasil, envolve não apenas discorrer acerca da quantidade e da distribuição espacial dessas construções no território nacional, mas também exige do pesquisador compreensão sobre o histórico e as características dessas obras, bem como questões relacionadas à segurança e ao ordenamento jurídico.

A compreensão sobre o desenvolvimento dos projetos de construção de barragens permite obter respostas relevantes a fim de elucidar questões, tais como: a segurança das barragens e seu atual estado de conservação no país; as principais razões que levaram à ocorrência de desastres ambientais com barragens instaladas no Brasil; bem como a resposta do Poder Público e demais atores responsáveis a esses acidentes.

A temática das barragens no Brasil revela algumas peculiaridades que envolvem características que não se esgotam, tais como geográficas, históricas, sociais, políticas, ambientais e normativas. Todos esses aspectos levam a pesquisa a um dado bastante importante para compreender a si-

13 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduando em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

tuação problemática em que se inserem as barragens no país: o Brasil é um país territorialmente continental, onde, em algumas regiões remotas, o Estado de Direito está ausente.

É importante enfatizar que essa ausência é justamente o que auxilia o estudioso a estabelecer relações íntimas entre a omissão estatal e a precariedade dos atos de fiscalização, prevenção, precaução e reparação de danos ambientais ocorridos em locais remotos ou onde residam cidadãos desfavorecidos economicamente.

Assim, há também os atos que demonstram o empenho do Estado em assistir o cidadão e o meio ambiente em situações de risco ou de vulnerabilidade em matéria de garantia de direitos. Isto demonstra, em contrapartida, ações positivas do Estado, além de haver também os registros de inércia e omissões.

Isto tudo permite identificar a existência de uma pirâmide valorativa construída na sociedade e na política brasileira, em que no topo está a preocupação com o desenvolvimento econômico não sustentável e abaixo dela se encontram as inquietações provenientes do descaso com a conservação do meio ambiente, a qualidade de vida de populações interioranas e o próprio significado de dignidade humana que é, por excelência, um princípio bastante caro do ordenamento jurídico brasileiro, embora negligenciado e omitido em diversas ações estatais.

Inicialmente, é imprescindível trazer considerações sobre o desenvolvimento histórico e o panorama atual do estado de segurança e conservação das barragens de rejeitos de minério no território nacional, bem como compreender as definições sobre barragem e o impacto desses empreendimentos no equilíbrio ambiental e nas relações sociais vigentes nas regiões onde aqueles estão localizados.

A Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei nº 12.334/2010) define barragem, no seu artigo 2º, inciso I, como "**qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas**" (BRASIL, 2010, grifo nosso).

De acordo com esse dispositivo legal, as barragens são classificadas de acordo com a sua finalidade. A partir dessa classificação e de informações fornecidas pelo Ministério do Meio Ambiente, depreende-se que cada ca-

tegoria de barragem é fiscalizada por órgãos diferentes, conforme quadro abaixo:

Quadro 1: Classificação de barragens

Finalidade da barragem	Exemplos de barragens	Órgão fiscalizador
Contenção de rejeitos minerais	Fundão, na cidade de Mariana/MG, e a barragem de Mina do Feijão, na cidade de Brumadinho/MG	Agência Nacional de Mineração (ANM), que substituiu, por conta do Decreto nº 9.587, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)
Usos múltiplos	Barragem de Funil, na cidade de Itatiaia/RJ	Agência Nacional de Águas (ANA) e órgãos gestores estaduais de recursos hídricos
Geração de energia	Barragem da usina de Itaipu/PR	Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

A Lei nº 12.334/2010 regula o funcionamento das barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais no Brasil, conforme apreendido no teor do parágrafo único do artigo primeiro da Lei: "Esta Lei aplica-se a barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais que apresentem pelo menos uma das seguintes características..." (BRASIL, 2010).

A supracitada lei não esgota no dispositivo acima o seu tratamento a respeito da classificação das barragens, na medida em que, na sua Seção I, do Capítulo IV, preconiza a existência de categorias e critérios para a classificação dos tipos de barragens:

> Art. 7º As barragens serão classificadas pelos agentes fiscalizadores, por categoria de risco, por dano potencial associado e pelo seu volume, com base em critérios gerais estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH).

> § 1º A classificação por categoria de risco em alto, médio ou baixo será feita em função das características técnicas, do estado de conservação do empreendimento e do atendimento ao Plano de Segurança da Barragem.
>
> § 2º A classificação por categoria de dano potencial associado à barragem em alto, médio ou baixo será feita em função do potencial de perdas de vidas humanas e dos impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes da ruptura da barragem (BRASIL, 2010).

Conforme visto, no Brasil, a política de segurança de barragens é regulamentada por lei federal e a atividade de fiscalização de barragens de rejeitos minerais é de responsabilidade primária da Agência Nacional de Mineração (ANM), o que não impede que outros órgãos também atuem na fiscalização.

Em Pereira (2018), é possível compreender que, além da ANM, podem ser citados como órgãos de auxílio à fiscalização desse tipo de barragem as autarquias federais: a Agência Nacional de Águas (ANA), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Juntamente com essas entidades, há diversos órgãos de controle e fiscalização em âmbito estadual e municipal, que são auxiliados por instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Assim, a Lei dispõe sobre um aparato estatal de fiscalização de barragens bastante diverso com vários responsáveis, o que distribui o poder de polícia do Estado entre órgãos a nível federal, estadual e municipal.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O CICLO DA MINERAÇÃO E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE BARRAGENS

A presente pesquisa reconhece o papel central que a temática das barragens de rejeitos de mineração assume no Brasil, na medida em que a atividade de mineração é, desde o século XVII, um dos principais setores econômicos do país. Essa atividade socioeconômica foi iniciada no território nacional por meio de expedições chamadas entradas e bandeiras, as quais exploraram o interior das ainda desconhecidas terras em busca de

metais de muito valor, como ouro e prata, e, também, de pedras preciosas como os diamantes (LICCARDO; SOBANSKI II; CHODUR, 2004).

Esse cenário histórico, no Brasil, contribuiu para que as atividades minerárias e, consequentemente, de barragens de rejeitos de mineração tivessem características bastante peculiares, tais como o perfil da distribuição espacial das barragens e o papel considerável do país no mercado de exportação de minérios no mundo.

A respeito dessa distribuição espacial, a partir das lições de Fernandes e Araujo (2016), é possível afirmar que o auge da atividade de mineração no Brasil Colônia se deu com a exploração de lavras de ouro em meados do século XVIII, sobretudo entre os anos de 1750 e 1770. Esse ciclo teve maior destaque nos territórios dos atuais estados de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso.

Esse fato histórico pode ter contribuído para que a região Sudeste do país seja a de maior urbanização e desenvolvimento, visto que o eixo econômico mudou do Nordeste para o Sudeste/Centro-Oeste a partir da exploração de mineração no território nacional (FERNANDES; ARAUJO, 2016).

Destarte, correlacionando com a atualidade, esse processo histórico influenciou diretamente o atual perfil da exploração de barragens de rejeitos de mineração no Brasil, pois a grande maioria das barragens de rejeitos de mineração se encontra localizada na região Sudeste e, mais especificamente, no estado de Minas Gerais (LICCARDO; SOBANSKI II; CHODUR, 2004), que foi justamente a região onde mais se desenvolveu a mineração no período do Brasil Colônia (1500-1822). Alguns dados podem embasar esse fato, tais como:

> (...) Ainda segundo a ANA, em seu Relatório de Segurança de Barragens 2014, os três estados com maior número de barragens no país são: São Paulo (7.353 barragens, sendo 7.200 para usos múltiplos de água, 80 de rejeitos de mineração), Rio Grande do Sul (3.070 barragens, das quais 3.004 para usos múltiplos de água) e Minas Gerais (1.601 barragens, sendo 859 de usos múltiplos de água, 317 de contenção de resíduos de mineração, 289 de geração de energia elétrica e 136 de contenção de resíduos industriais). (...) As bacias do rio São Francisco e rio Doce concentram a imensa maioria das barragens de contenção de rejeitos de mineração em

> Minas Gerais, segundo levantamento da Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM) (ASN, 2015).

Destarte, essas estatísticas ajudam a compreender o porquê de os principais desastres ambientais envolvendo rompimento de barragens de rejeitos de mineração aconteceram na região Sudeste do país e, especificamente, no estado de Minas Gerais, tais como os ocorridos nas cidades de Mariana/MG e Brumadinho/MG, que tiveram grande repercussão midiática e social nos últimos anos.

Não menos importante é destacar uma espécie de "linha do tempo" da legislação nacional regulamentadora da temática das barragens em geral e de contenção de rejeitos de mineração, em particular, uma vez que esse é o tipo de barragem em que ocorreu o desastre ambiental de Mariana/MG.

Com o fito de entender cronologicamente esse histórico legislativo sobre a regulamentação de barragens no território nacional, pode-se recorrer ao site da ANM no qual se observa as normas mais relevantes em termos de barragens:

> Resolução 13/2019
>
> Estabelece medidas regulatórias objetivando assegurar a estabilidade de barragens de mineração, notadamente aquelas construídas ou alteadas pelo método denominado "a montante" ou por método declarado como desconhecido e dá outras providências.
>
> Portaria nº 70.389, de 17 de maio de 2017
>
> Cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens – PNSB.

Portaria nº 14, de 15 de janeiro 2016

Estabelece prazo para apresentação de comprovante de entrega das cópias físicas do Plano de Ação de Emergência de Barragem de Mineração (PAEBM) para as Prefeituras e Defesas Civis municipais e estaduais, conforme exigido pelo art. 7º da Portaria nº 526, de 2013, e dá outras providências.

Resolução nº 144, de 10 de julho de 2012

Estabelece diretrizes para implementação da Política Nacional de Segurança de Barragens, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens, em atendimento ao art. 20 da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que alterou o art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Resolução CNRH nº 143, de 10 de julho de 2012

Estabelece critérios gerais de classificação de barragens por categoria de risco, dano potencial associado e pelo volume do reservatório, em atendimento ao art. 7º da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010.

Anexo I – Matriz de Classificação de Barragens para Disposição de Resíduos e Rejeito

Anexo II – Matriz de Classificação de Barragens de Acumulação de Água

Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010

Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4o da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 (ANM, 2000).

Conforme exposto na presente subseção, a distribuição de barragens no território brasileiro seguiu um percurso histórico conectado a locais

onde havia atividades de extração de minério, tais como as já destacadas na região do estado de Minas Gerais. Esse fenômeno exigiu também do Poder Público uma legislação que contemplasse as políticas de construção de barragens.

2 SEGURANÇA DAS BARRAGENS NO BRASIL

O passado da exploração da mineração no país é de importância ímpar para compreender a atual estrutura de relações socioeconômicas estabelecida nas regiões brasileiras onde há barragens de contenção de rejeitos de mineração. Essa conexão faz todo sentido, na medida em que, nos primórdios da exploração minerária, houve um aumento populacional acentuado na então Colônia de Portugal, acompanhado do fenômeno da urbanização nas regiões mineradoras e da intensificação de uma estrutura social fincada sobre o trabalho livre e o trabalho escravo.

A despeito do aumento populacional, a concentração de renda se intensificou, uma vez que apenas os setores sociais mais privilegiados economicamente conseguiram lucrar com a atividade repleta de impostos cobrados pela Coroa Portuguesa.

Esse caráter elitista da atividade minerária se manteve durante séculos e hoje permite compreender diversos temas relacionados à construção de barragens de rejeitos de mineração, tais como o notório monopólio da empresa multinacional brasileira Vale S.A. na exploração da mineração no Brasil.

Esse traço característico da exploração minerária e da construção de barragens de mineração no Brasil, qual seja a concentração de riquezas nas mãos de alguns poucos que comandam a atividade no país, produz fenômeno que impacta diretamente a sociedade, a economia, a política e, sobretudo, o Direito: a força econômica de uma empresa importante e global como a Vale reproduz um poder político capaz de influenciar e manipular toda a sociedade, a economia nacional e internacional e, até mesmo, o Estado, o qual fica refém, ainda que, muitas vezes, dos ditames da empresa (ALMEIDA AMOY, 2006).

Todo esse panorama de dominação política contribui para que, muitas vezes, eventuais impactos ambientais gerados por atividades dessas companhias não sejam julgados e responsabilizados no ordenamento jurídico

nacional, o que, consequentemente, contribui para a notória sensação de impunidade no Brasil (ALMEIDA AMOY, 2006), conforme se observa no seguinte excerto:

> 3. Este caso ilustra a banalização em que se tornou o processo de licenciamento ambiental. Não se trata de um caso isolado, mas reflete a pressão política que o Estado brasileiro tem recebido dos grandes grupos econômicos para flexibilizar a legislação ambiental e distribuir licenças sem critérios. O processo de licenciamento não se trata mais de uma questão técnica, mas política. No final, quem sai no prejuízo é o meio ambiente e a coletividade (ALMEIDA AMOY, 2006, p. 663).

É possível corroborar esse entendimento a partir das lições de Mansur, Milanez e Santos (2016):

> De maneira geral, a inação do Estado, no que diz respeito a um entendimento amplo e democrático da matriz de disposição e recuperação de rejeitos de mineração no Brasil, provoca uma armadilha de elevação exponencial dos riscos a populações e ecossistemas (MANSUR; MILANEZ; SANTOS, 2016, p. 36).

Essa situação é capaz de denunciar outro aspecto da sociedade brasileira: a má consciência e educação ambiental desde os primórdios da vida de cada cidadão, o que reverbera sistematicamente nas políticas públicas para o setor, que não raro são ineficientes ou que, no mínimo, não são fiscalizadas devidamente pelos agentes de fiscalização ambientais estatais.

As leis de educação ambiental são recentes. Os estados brasileiros passaram a legislar sobre esse tema a partir do século XXI; notoriamente, Minas Gerais, em 2005, com a Lei nº 15.441/2005, e a Bahia, com a Lei nº 12.056/2011. Isso equivale a um atraso constitucional de aproximadamente 17 anos, no caso de Minas Gerais e, na Bahia, 23 anos. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com previsão constitucional no artigo 225 e seus incisos, dispõe sobre garantias e deveres do Estado em prol do meio ambiente, tanto no campo do direito público quanto no plano do direito subjetivo.

A regulamentação da temática de segurança de barragens no Brasil se relaciona diretamente com a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a qual é regulamentada, por sua vez, pela Lei Federal nº 12.334/2010. Essa lei instituidora da PNSB revela sua importância ao estabelecer responsabilidades aos envolvidos em impactos ambientais, especificando as funções do empreendedor da obra e, também, definindo quem deve garantir os recursos suficientes para a segurança de uma barragem.

Inicialmente, é imprescindível ressaltar que a supracitada lei federal se aplica não somente às barragens de rejeitos de mineração, conforme dispositivo abaixo citado

> Parágrafo único. Esta Lei aplica-se a barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais que apresentem pelo menos uma das seguintes características: I – altura do maciço, contada do ponto mais baixo da fundação à crista, maior ou igual a 15m (quinze metros); II – capacidade total do reservatório maior ou igual a 3.000.000m^3 (três milhões de metros cúbicos); III – reservatório que contenha resíduos perigosos conforme normas técnicas aplicáveis; IV – categoria de dano potencial associado, médio ou alto, em termos econômicos, sociais, ambientais ou de perda de vidas humanas, conforme definido no art. 6º (BRASIL, 2010).

A lei oportuniza, outrossim, a conceituação legal de alguns elementos inerentes ao estudo para a compreensão da temática de segurança de barragens. O seu artigo 2º assim dispõe:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: I – barragem: qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas; II – reservatório: acumulação não natural de água, de substâncias líquidas ou de mistura de líquidos e sólidos; III – segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente; IV – empreendedor: agente privado ou governamental com direito

> real sobre as terras onde se localizam a barragem e o reservatório ou que explore a barragem para benefício próprio ou da coletividade; V – órgão fiscalizador: autoridade do poder público responsável pelas ações de fiscalização da segurança da barragem de sua competência; VI – gestão de risco: ações de caráter normativo, bem como aplicação de medidas para prevenção, controle e mitigação de riscos; VII – dano potencial associado à barragem: dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem (BRASIL, 2010).

É oportuno ressaltar que a lei da Política Nacional de Segurança de Barragens confere responsabilidade pela fiscalização das barragens de rejeitos de mineração ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Entretanto, essa autarquia federal foi extinta em 2017 e foi substituída pela Agência Nacional de Mineração (ANM), que realiza atualmente a fiscalização daquele tipo de barragens. Sobre isso, Neto (2019) discorre:

> Com a Lei nº 13.575/17 restou criada a Agência Nacional de Mineração (ANM), agência reguladora cuja natureza é de autarquia de regime especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Nos termos do art. 2º da citada lei, a ANM tem 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". Em específico, o inciso XI do artigo em tela atribui à agência a competência de "fiscalizar a atividade de mineração, podendo realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acautelatórias como de interdição e paralisação, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta", dentre outras matérias.

Não se deve olvidar, contudo, que o papel de fiscalização das barragens deve ser realizado pela supracitada Agência sem prejuízo de eventuais atividades de fiscalização por órgãos ambientais que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). Assim dispõe a lei nº 12.334/2010:

> Art. 5º A fiscalização da segurança de barragens caberá, sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama): I – à entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos, observado o domínio do corpo hídrico, quando o objeto for de acumulação de água, exceto para fins de aproveitamento hidrelétrico; II – à entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico, quando se tratar de uso preponderante para fins de geração hidrelétrica; **III – à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos** (grifo meu)**;** IV – à entidade que forneceu a licença ambiental de instalação e operação para fins de disposição de resíduos industriais (BRASIL, 2010).

Este estudo, ao direcionar o foco para o desastre ambiental ocorrido na cidade mineira de Mariana, evidencia a posição de destaque que aquele estado possui por conta da significativa quantidade de barragens de rejeitos de mineração existentes em seu território. Nesse contexto, a Agência Nacional de Mineração recebe auxílio de um órgão estadual chamado Fundação Estadual de Meio Ambiente (FEAM) para fiscalizar as aproximadamente 317 barragens de contenção de resíduos de mineração existentes em Minas Gerais, segundo dados da Agência Nacional de Águas, em seu Relatório de Segurança de Barragens do ano de 2014.

A fiscalização dessas barragens pela Agência Nacional de Mineração, de acordo com o próprio site do órgão, compreende desde o acompanhamento da pesquisa e da lavra para o aproveitamento dos minérios, bem como das estruturas provenientes de tais atividades, inseridos em Títulos Minerários que são concedidos pela ANM e, outrossim, pelo Ministério de Minas e Energia (MME).

Outra atribuição relevante daquela agência é a de fiscalizar a implementação de Planos de Segurança de barragens de mineração que devem ser feitos pelos empreendedores, assim caracterizados no artigo 2º, IV, da lei 12.334/2010, conforme disposto em vários dispositivos da mesma lei. Assim elucida o diploma:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: I – barragem: qualquer estrutura em um curso perma-

> nente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas; (...) III – segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente;
>
> IV – empreendedor: agente privado ou governamental com direito real sobre as terras onde se localizam a barragem e o reservatório ou que explore a barragem para benefício próprio ou da coletividade (BRASIL, 2010).

E conclui:

> Art. 4º São fundamentos da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB): I – a segurança de uma barragem deve ser considerada nas suas fases de planejamento, projeto, construção, primeiro enchimento e primeiro vertimento, operação, desativação e de usos futuros; (...) III – o empreendedor é o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la (BRASIL, 2010).

Ainda conforme essa legislação, as barragens de mineração inseridas na Política Nacional de Segurança de Barragens devem apresentar, pelo menos, uma das seguintes características dispostas no seu artigo 1º:

> I – altura do maciço, contada do ponto mais baixo da fundação à crista, maior ou igual a 15m (quinze metros); II – capacidade total do reservatório maior ou igual a 3.000.000m^3 (três milhões de metros cúbicos); III – reservatório que contenha resíduos perigosos conforme normas técnicas aplicáveis; IV – categoria de dano potencial associado, médio ou alto, em termos econômicos, sociais, ambientais ou de perda de vidas humanas, conforme definido no art. 6º (BRASIL, 2010).

As principais definições para compreender a temática da segurança das barragens são: Dano Potencial Associado, Categoria de Risco, Método Montante, Método Linha de Centro e Método Jusante.

A Lei Federal 12.334/2010 dispõe, no artigo 7º, que as barragens geralmente são classificadas por categoria de risco, por dano potencial associado e pelo seu volume, critérios gerais acolhidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) na sua Resolução nº 143/2012, conforme categoriza o seu artigo 4º:

> I – características técnicas: a) altura do barramento; b) comprimento do coroamento da barragem; c) tipo de barragem quanto ao material de construção; d) tipo de fundação da barragem; e) idade da barragem; f) tempo de recorrência da vazão de projeto do vertedouro; II – estado de conservação da barragem: a) confiabilidade das estruturas extravasoras; b) confiabilidade das estruturas de adução; c) eclusa; d) percolação; e) deformações e recalques; f) deterioração dos taludes. III – Plano de Segurança da Barragem: a) existência de documentação de projeto da barragem; b) estrutura organizacional e qualificação dos profissionais da equipe técnica de segurança da barragem; c) procedimentos de inspeções de segurança e de monitoramento; d) regra operacional dos dispositivos de descarga da barragem; e) relatórios de inspeção de segurança com análise e interpretação (BRASIL, 2012).

A resolução acima destacada dispõe que as barragens são classificadas por categoria de risco em grau alto, médio ou baixo e que essa classificação é feita de acordo com características técnicas, estado de conservação da obra e atendimento ao Plano de Segurança da Barragem.

Por sua vez, o parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei Federal nº 12.334/2010, relaciona o Dano Potencial Associado alto, médio ou baixo da barragem à possibilidade de impactos ambientais, econômicos, sociais e de perda de vidas humanas em caso de ruptura da barragem: "§ 2º A classificação por categoria de dano potencial associado à barragem em alto, médio ou baixo será feita em função do potencial de perdas de vidas humanas e dos impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes da ruptura da barragem" (BRASIL, 2010).

É oportuno elucidar que os dois repercutidos últimos desastres ambientais ocorridos no Brasil resultantes de rompimento de barragens, em Mariana/MG e em Brumadinho/MG, aconteceram em barragens classi-

ficadas com categoria de risco baixo e dano potencial associado alto, de acordo com dados da Agência Nacional de Mineração.

Contudo, de acordo com o já exposto, e dada a proporção do acontecimento do desastre em Mariana/MG e em Brumadinho/MG, é possível que a classificação daquelas barragens como barragens de categoria de risco baixo seja inadequada, porque dois dos critérios de validação do risco são justamente o estado de conservação da obra e as suas características técnicas. É notório que ambas as barragens rompidas foram construídas por meio de um método pouco seguro, como se verá a seguir.

Partindo para o método de construção das barragens, a Resolução nº 13, de 8 de agosto de 2019, publicada pela Agência Nacional de Mineração, assim dispõe:

> Art. 2º Fica proibida a utilização do método de alteamento de barragens de mineração denominado "a montante" em todo o território nacional. Parágrafo único. Para fins desta Resolução, entende-se por: I – método "a montante": a metodologia construtiva de barragens onde os maciços de alteamento, se apoiam sobre o próprio rejeito ou sedimento previamente lançado e depositado, estando também enquadrados nessa categoria os maciços formados sobre rejeitos de reservatórios já implantados; II – método "a jusante": consiste no alteamento para jusante a partir do dique inicial, onde os maciços de alteamento são construídos com material de empréstimo ou com o próprio rejeito; III – método "linha de centro": método em que os alteamentos se dão de tal forma que o eixo da barragem se mantém alinhado com o eixo do dique de partida, em razão da disposição do material construtivo parte a jusante e parte a montante em relação à crista da etapa anterior; (...) (BRASIL, 2019).

As lições de Sabbo, Assis e Berterquini (2017) ensinam que a diferença significativa entre esses métodos de construção diz respeito à forma de alteamento (novas camadas da barragem) das estruturas em relação ao estágio inicial do dique de contenção (que retém os rejeitos do processo de mineração). É oportuno delimitar peculiaridades e as consequências da adoção de cada método e, para isso, convém identificar os dois métodos

contrapostos em termos de segurança: método a montante e método a jusante.

O método a montante é a técnica mais simples e vantajosa economicamente para a construção de barragens de rejeitos. Historicamente, foi o método mais utilizado no Brasil por conta do baixo custo e, consequentemente, maior lucro para as mineradoras, uma vez que são utilizados menos materiais. Entretanto, apresenta menor segurança, uma vez que a barragem é construída sobre materiais que já foram depositados, que podem não estar consolidados, aumentando o risco de ruptura dessas estruturas (ARAÚJO, 2006).

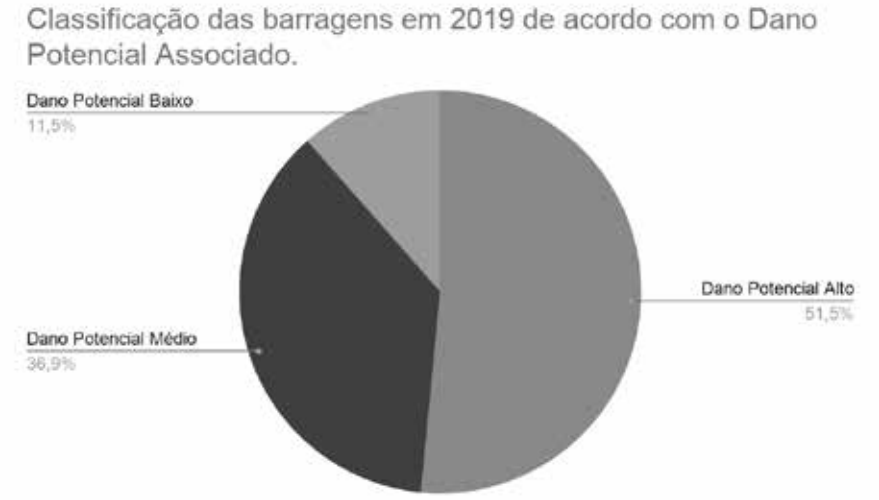
Vale ressaltar que, a partir dos desastres de Mariana/MG e de Brumadinho/MG, localidades onde as barragens eram do tipo montante, a Resolução da ANM nº 13/2019, no seu artigo 2º, proibiu o uso do método a montante para as barragens de mineração em todo o país. Outrossim, os empreendimentos que possuem barragens construídas a partir desta técnica estão obrigados a desativar essas estruturas até setembro de 2027. Há, então, como exemplos desse tipo de barragem a de Fundão, em Mariana/MG, e a da Mina do Feijão, em Brumadinho/MG, que sofreram rompimentos e causaram impactos socioambientais significativos naquelas regiões.

Por sua vez, entende-se em Soares (2010) que o método de construção a jusante é o mais seguro, embora possua um alto custo financeiro, pois o seu processo de alteamento é lento, sendo necessária a movimentação de grande quantidade de material. Esses materiais novos são estruturados independentemente da disposição preexistente de rejeitos, o que confere mais estabilidade.

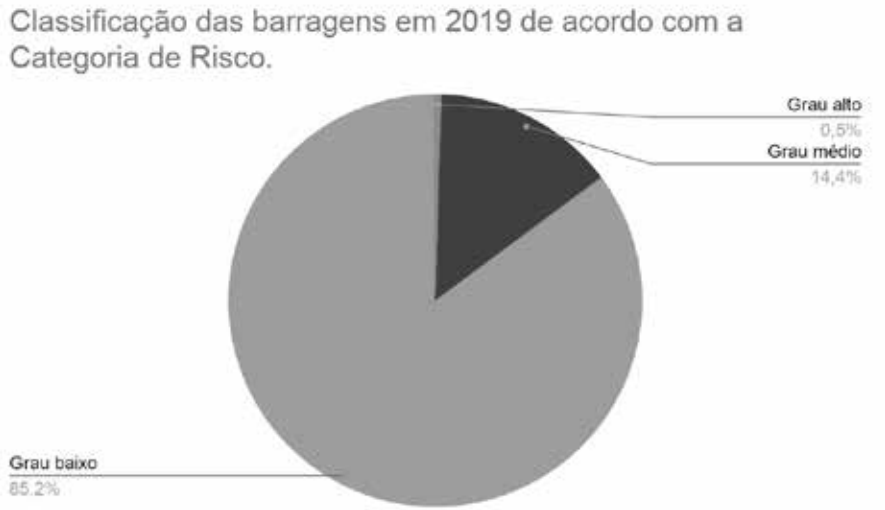
É necessário discorrer acerca de alguns dados estatísticos significativos relacionados às barragens de rejeitos de mineração no Brasil. A ANM (2019) classificou essas barragens em fevereiro de 2019 de acordo com diferentes aspectos e entre eles se destacam os seguintes: inserção ou não da barragem à Política Nacional de Segurança de Barragens; Dano Potencial Associado; Categoria de Risco e Método construtivo.

Em 2019, havia no Brasil 769 barragens de mineração no Cadastro Nacional. Dessas, 425 estavam inseridas na PNSB e 344 não estavam. O gráfico abaixo exibe esses números.

Em relação ao Dano Potencial Associado, entre as 425 barragens inseridas na PNSB, havia em 2019: 219 barragens com Dano Potencial alto; 157 barragens com Dano Potencial médio; e 49 barragens com Dano Potencial baixo. O gráfico abaixo ilustra em porcentagem esses dados.



Acerca da Categoria de Risco, entre as 425 barragens da PNSB havia em 2019: apenas duas barragens com grau alto; 61 barragens com grau médio; e 362 barragens de mineração com grau baixo.



De acordo com o Método Construtivo, de todo o universo de barragens da PNSB, as barragens de método montante correspondem a 19,76%, ao passo que as barragens de método jusante somam 25,17%.

Tabela 1: Classificação das barragens em 2019, de acordo com o Método Construtivo.

Jusante	25,17%
Montante	19,76%

Essa subseção permite entender que o histórico de construção de barragens de mineração no Brasil foi pautado principalmente no desejo pela obtenção de lucros pelas mineradoras, em detrimento da estabilidade das estruturas de seus empreendimentos. Esse fenômeno contribuiu substancialmente para a ocorrência de desastres ambientais sem precedentes nos últimos anos, o que despertou a atenção do Estado para mudanças normativas, tais como vistas na Resolução nº 13/2019 da ANM, que proibiu a utilização do método "a montante" em todo o Brasil devido a sua instabilidade estrutural que pode ocasionar sérios desastres, como o visto em Mariana/MG.

Essa seção elucida a importância do instrumento do Estudo de Impacto Ambiental para a mitigação dos riscos de ocorrência de desastres

ambientais, uma vez que os empreendimentos de barragens, como é notório, são atividades que produzem impactos ambientais, e que, em muitos casos, caso ocorram rompimentos em suas estruturas, podem ocasionar desastres, como o ocorrido na cidade de Mariana/MG, em que muitas vidas humanas foram perdidas.

3 DESASTRES AMBIENTAIS DECORRENTES DE ROMPIMENTOS DE BARRAGENS DE REJEITOS DE MINÉRIOS

3.1. OCORRÊNCIAS DE ROMPIMENTOS DE BARRAGENS NO MUNDO

O número de barragens de rejeitos no mundo começou a crescer significativamente após a Segunda Guerra Mundial, quando a demanda por metais e minerais aumentou fortemente em razão das necessidades de reconstrução dos países afetados pela guerra (AZAM; LI, 2010). Em seguida, houve um aumento no número de casos de rompimentos de barragens.

Depreende-se, dos estudos de Reis, Moura, Cota e Junior (2020), que foram registrados, na literatura do tema cerca de 250 eventos importantes de rompimento de barragens de rejeitos de minério entre os anos de 1910 e 2019. Grande parte desses acidentes e/ou incidentes ocorreu entre os anos de 1960 e 1980.

Ao longo da década de 2010, houve registros de oito ocorrências de rompimentos na América do Sul. O Brasil se destaca nesse aspecto, liderando o ranking no continente, com cinco ocorrências, ao passo que, no Peru, foram catalogados três eventos, segundo dados da Wise Uranium Project (2019).

A busca por respostas para os questionamentos acerca das causas dos rompimentos tem sido uma tarefa difícil. De modo geral, os motivos que desencadearam os rompimentos não são bem esclarecidos. Não raras vezes, há ausência de informações para permitir que sejam reveladas, de forma segura, as raízes dos desastres. Por iguais razões, as investigações sobre acidentes costumam ser longas e se estender por anos, sem muitas vezes haver uma identificação e responsabilização precisas de eventuais

responsáveis pelos eventos. Além exposto acima, em muitos casos, não há um único elemento causador das tragédias, tendo em vista que esses rompimentos de barragens de rejeitos de mineração ocorrem em função de diversos fatores associados.

É possível inferir das lições de Duarte (2008) que os fatores mais determinantes para a ocorrência de rompimentos em barragens de rejeitos são problemas estruturais de fundação, ineficiência no controle da erosão, debilidades no controle e na inspeção na fase do pós-fechamento da obra e falta de dispositivos graduais de segurança durante o período da vida útil das barragens.

As causas de tais episódios, muitas vezes, podem estar associadas com a perda de compreensão sobre os fatores que controlam a segurança das operações. Em suma, é determinante para os desastres a existência de falhas na instrumentação e no seu monitoramento.

Em rápidas pinceladas, pode-se afirmar que, em boa parte das oportunidades, estes desastres ambientais são fruto de condições inapropriadas de investigações de campo, de projeto, construção, operação, monitoramento ou, também, da combinação destes fatores.

A presente pesquisa compreende a temática das barragens de rejeitos no Brasil e a sua intrínseca relação com o ordenamento jurídico nacional. Cumpre assinalar, como já mencionado, que a grande maioria dos desastres envolvendo barragens de rejeitos no Brasil ocorre no estado de Minas Gerais.

Infelizmente, foi apenas a partir de casos recentes de rompimentos de barragens de contenção de rejeitos em Minas Gerais que a legislação ambiental brasileira começou a se desenvolver e ser aplicada à temática, estabelecendo cobrança de diretrizes de gerenciamento e de rotinas de inspeção das obras (DUARTE, 2008).

3.2. RELAÇÃO ENTRE LUCRO E CONSTRUÇÃO DE BARRAGENS NO BRASIL

A característica continental do território, a marcante história da atividade mineradora despreocupada com a conservação ambiental e a fragilidade das instituições fiscalizadoras contribuíram para a ocorrência de

desastres socioambientais decorrentes de rompimentos de barragens no Brasil.

Conforme leciona a doutrina de Mansur, Milanez e Santos (2016, p. 25), "a confrontação entre o endividamento e a receita operacional da companhia aponta para uma pressão crescente pela elevação da produtividade como forma de manutenção dos níveis de remuneração aos acionistas". Isso quer dizer que eventuais endividamentos das referidas empresas podem causar pressões comerciais para aumentar a produtividade na atividade e, assim, manter os altos níveis de remuneração dos acionistas das companhias.

Além disso, essa busca desenfreada pelo lucro é acompanhada por descasos em necessários investimentos em segurança e em tecnologias para garantir a construção de estruturas de barragens mais seguras.

A existência de normatização sobre o tema, portanto, não representa, por si só, como se infere ao longo do texto, solução definitiva para evitar acontecimentos trágicos envolvendo barragens de rejeitos minerais no país. Não é difícil supor serem necessários maiores investimentos em iniciativas que aumentem a fiscalização, bem como tornem mais amplo o acesso a fontes de pesquisa e a estudos no campo da matéria.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ROMPIMENTOS DE BARRAGENS

O drama de famílias vitimadas em consequência da falta de segurança em barragens de rejeitos de minérios confirma o tamanho do impacto negativo da política minerária no Brasil. Os mais pobres e socialmente marginalizados são aqueles que mais sofrem com o histórico do descaso estatal e com a ausência de comprometimento legal e humano das grandes empresas mineradoras, principalmente com as comunidades vizinhas às instalações de barragens (PEREIRA, 2018).

A omissão do Estado, bem como das empresas mineradoras, guarda uma histórica e infeliz realidade nacional. Pode-se supor que, quanto mais distante do litoral uma região estiver, menos o ordenamento jurídico e suas garantias estarão presentes nas vidas dos cidadãos.

Dessa forma, depreende-se que a indústria mineradora, no Brasil, encontra, nas localidades mais distantes das grandes metrópoles, um espaço

perfeito para desenvolver as suas atividades econômicas. Proporcionalmente, acontece que o distanciamento das localidades em que há instalações de barragens em relação aos grandes centros políticos do País ocasiona diminuição da eficácia do Poder de Polícia do Estado. Não obstante, vale ressaltar que as normas técnicas existentes sobre o assunto determinam, por questões de segurança, que essas construções estejam afastadas de grandes centros populacionais.

Vale salientar que a Resolução nº 14/2019 (BRASIL, 2019) do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) dispõe que o desastre ambiental ocorrido em Mariana/MG constitui violações a direitos humanos de excepcional gravidade. Essa consideração do CNDH tem como base a importante contribuição da Organização das Nações Unidas (ONU), que, em 2016, enquadrou a supracitada tragédia como um evento violador dos direitos humanos:

> Na declaração, que marca o primeiro aniversário do desastre provocado pela ruptura da barragem de rejeitos de Fundão, os especialistas destacaram vários danos não solucionados, dentre eles o acesso seguro à água para consumo humano, a poluição dos rios, a incerteza sobre o destino das comunidades forçadas a deixar suas casas, e a resposta insuficiente do Governo e das empresas envolvidas. (...) Após um ano, muitas das seis milhões de pessoas afetadas continuam sofrendo. Acreditamos que seus direitos humanos não estão sendo protegidos em vários sentidos, incluindo os impactos nas comunidades indígenas e tradicionais, problemas de saúde nas comunidades ribeirinhas, o risco de subsequentes contaminações dos cursos de água ainda não recuperados, o avanço lento dos reassentamentos e da remediação legal para toda a população deslocada, e relatos de que defensores dos direitos humanos estejam sendo perseguidos por ação penal (ONU, 2016).

Apenas nos dois trechos acima já é possível extrair mais de um direito humano e fundamental que fora violado a partir do rompimento da barragem de Fundão. Pode-se depreender que não foram assegurados: direito de acesso à água potável e direito à saúde; direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; direito à moradia; direito à assistência aos desamparados; direito ao trabalho, todos constitucionalmente previstos.

O direito de acesso à água potável, flagrantemente violado após a contaminação dos rios afetados pela enxurrada de lama tóxica vinda da barragem de Fundão, pode ser enquadrado no direito à saúde, disposto no artigo 6º, caput, da CF. É notório que a contaminação daqueles rios impede o acesso seguro à água potável pelas populações dependentes das suas águas e isso traduz-se em prejuízos à saúde daquelas comunidades, visto que a água é recurso natural indispensável para a manutenção da vida. "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988).

Foto 1: Águas do rio avermelhadas após o desastre de Mariana.

Fonte: Site do MPF:
<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/galeria-de-fotos>.

Conforme já exposto durante este trabalho, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, previsto no artigo 225, caput, da CF, fora violado no contexto do acidente ambiental objeto da presente pesquisa.

Não é preciso ir muito além para saber que a morte de incontáveis espécies animais e vegetais habitantes dos rios, mares e comunidades ribeirinhas e próximas representa um desequilíbrio ambiental gerado por circunstâncias não naturais.

Ainda é necessário destacar que o direito à moradia, presente no caput do artigo 6º da CF, permanece transgredido neste caso concreto, consoante os reiterados problemas mencionados pelos relatores de direitos humanos da ONU já mencionados. Esse direito também deve ser vinculado ao direito fundamental à propriedade, disposto no inciso XXII do artigo 5º da CF.

> 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: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade (BRASIL, 1988).

Foto 2: Residências destruídas após o desastre de Mariana

Fonte: Site do MPF:
<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/galeria-de-fotos>.

Pode-se inferir, nesse contexto, que há incerteza e morosidade sobre o destino das comunidades forçadas a deixar as suas casas em razão da destruição causada pela enxurrada de lama originada da barragem de rejeitos minerais rompida.

Ademais, de acordo com o relatório da ONU, foram observados lentos avanços nos programas de reassentamentos daquelas famílias, bem como impactos nas comunidades indígenas e tradicionalmente estabelecidas nas regiões ribeirinhas que, devido às suas condições socioeconômicas menos favorecidas, possuem severas dificuldades para fixar moradia em outra localidade, requerendo, desse modo, forte auxílio estatal, que não tem se mostrado presente.

Outro direito fundamental previsto no artigo 6º da CF e transgredido no contexto pós-rompimento de Fundão é o direito ao trabalho. Não é demais salientar que grupos humanos fixados em beiras de rios adotam a pesca como principal atividade econômica. E foi assim em Mariana e em todas as regiões influenciadas direta ou indiretamente pelo curso dos rios poluídos, conforme atestam as fotos e os textos dos relatórios das organizações internacionais.

Desse modo, é permitido concluir que muitos ribeirinhos tiveram violado o seu direito ao trabalho diante da impossibilidade da prática da pesca em ecossistemas poluídos e essa consequência afeta até hoje a subsistência das suas famílias, o que acarretou, por exemplo, a concessão do seguro defeso para alguns pescadores artesanais. As comunidades pesqueiras, tais como a de Regência, localizada em Linhares, município do estado do Espírito Santo, sentem o reflexo do desastre de Mariana/MG, conforme observa-se nas fotos seguintes:

Foto 3: Pescadores do distrito de Regência, da cidade de Linhares (ES), observam o mar poluído.

Fonte: Site <http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/09/juizado-realiza-mutirao-de-acoes-contra-samarco-em-linhares-es.html>.

Foto 4: Pescador no mar poluído em Regência.

Fonte: Site <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2016/06/justica-condena--samarco-a- pagar-r-598-mil-a-moradores-de-regencia-1013949327.html>.

Foto 5: Peixe morto em água tóxica.

Fonte: Site <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/ap%C3%B3s-trag%C3%A9dia-de-mariana-cartografia-%C3%A9-sa%C3%Adda-para-indenizar-pesca-informal-no-rio-doce-1.705183>.

Os direitos fundamentais e humanos aqui elencados não esgotam a lista de violações que surgem a cada dia no lento processo de apuração e responsabilização vinculado ao desastre ambiental de Mariana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado nos apontou algumas características relevantes sobre a situação jurídica das barragens em território brasileiro e, particularmente, no estado de Minas Gerais, onde atualmente é possível catalogar uma série de desastres com rompimentos de barragens acompanhados de severos danos causados ao meio ambiente em suas diversas facetas e às populações em geral.

Ademais, o artigo permitiu concluir o quão frágeis e defasadas são as estruturas da maioria das barragens existentes no estado de Minas Gerais e no Brasil, pois, consoante leis brasileiras, muitas barragens ativas de rejeitos de minérios ainda se encontram construídas através do método

de construção a montante que, conforme já ressaltado, se traduz em um método inseguro, ao passo que revela ser recomendável o método de construção a jusante.

Nesse contexto, vale salientar que o funcionamento das barragens construídas através do método a montante está com prazo de validade, uma vez que, de acordo com a Resolução nº 4/2019 da ANM, todas as barragens de método a montante deverão ser desativadas até 15 de agosto de 2023.

Os resultados do presente trabalho projetam a necessidade da adoção de posturas proativas por todas as pessoas, pois interessadas, direta ou indiretamente, na proteção ambiental. Isso posto, pode-se concluir que muito há a ser feito na seara ambiental brasileira a fim de que desastres como o de Mariana/MG não continuem ocorrendo, de modo que reestruturações podem e merecem ser feitas nas políticas de educação, prevenção, fiscalização e reparação ambiental, com o fito de maximizar a proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado positivado constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Peterson Lima de. **Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental:** o Significativo Impacto à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Monografia (Graduação) – Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ALMEIDA AMOY, Rodrigo de. Princípio da precaução e Estudo de Impacto Ambiental no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 8, jun. 2006.

ARAÚJO, C. B. **Contribuição ao estudo do comportamento de barragens de rejeito de mineração de ferro.** Dissertação (Mestrado em Ciências em Engenharia Civil) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

ASN, **Minas Gerais concentra metade das barragens de rejeitos de mineração no Brasil, inclusive na área nuclear**. Disponível em: <http://agenciasn.com.br/arquivos/4991>. Acesso em: 5 fev. 2021.

AZAM, S.; LI, Q. Tailings Dam Failures: A Review of the Last One Hundred Years. **Waste Geotechnical News**, v. 28, n. 4, p. 50-53, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. **Resolução nº 143/2012.** Estabelece Critérios Gerais de Classificação de Barragens por Categoria de Risco, Dano Potencial Associado e pelo Volume do Reservatório, em Atendimento ao Artigo 7º da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010 – Data da legislação: 10/07/2012 – Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <http://www.cnrh.gov.br/resolucoes/1922-resolucao-n-143-de-10-de-julho-de-2012/file>. Acesso em: 7 fev. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da Rep**ública Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010**. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm>. Acesso em: 24 fev. 2021.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Resolução nº 14, de 11 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre a caracterização de crimes ocorridos em Mariana/MG e na Bacia do Rio Doce, após o rompimento da barragem do Fundão, como violações a direitos humanos de excepcional gravidade, para fins de acompanhamento das providências necessárias a sua apuração, processo e julgamento – Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-14-de-11-de-dezembro-de-2019-236401658>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **Resolução nº 13, de 8 de agosto de 2019**. Diário Oficial [da

República Federativa do Brasil]. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/resolucao-anm-no-13-de-8-de-agosto--de-2019.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

CORREIA, Adilson da Silva. **Práticas pedagógicas voltadas para a construção de cidadania ambiental desenvolvidas no Parque das Dunas, no município de Salvador-Bahia**. Monografia (Graduação) – Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

DUARTE, Anderson Pires. **Classificação das barragens de contenção de rejeitos de mineração e de resíduos industriais no estado de Minas Gerais em relação ao potencial de risco.** Programa de Pós-Graduação em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

FERNANDES, F.R.C.; ARAUJO, E.R. Mineração no Brasil: crescimento econômico e conflitos ambientais. In: **Conflitos ambientais na indústria mineira e metalúrgica**. Rio de Janeiro: CETEM/CICP, 2016.

LICCARDO, Antonio; SOBANSKI, Arnoldo; CHODUR, Nelson Luiz. O Paraná na história da mineração no Brasil do século XVII. **Boletim Paranaense de Geociências**, Curitiba, n. 54, p. 41-49, 2004.

MANSUR, M. et al. Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referentes ao desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton. In: ZONTA, M.; TROCATE, C. (Org.). **A questão mineral no Brasil** – Vol. 2. Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton. Marabá, PA: Editorial iGuana, 2016.

NETO, Manoel Martins Parreira. Regulação da segurança em barragens de rejeitos e responsabilidade civil em matéria ambiental a partir da tragédia de Brumadinho/MG. **Revista Jus Navigandi**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72066/regulacao-da-seguranca-em-barragens-de-rejeitos-e-responsabilidade-civil-em-ma-

teria-ambiental-a-partir-da-tragedia-de-brumadinho-mg>. Acesso em: 4 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Íntegra do comunicado de relatores de direi**tos humanos sobre 1 ano da tragédia em Mariana**. 2016. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/11/1567971-integra-do-comunicado-de-relatores-de-direitos-humanos-sobre-1-ano-da-tragedia>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PEREIRA, Diego. **Histórias de vida interrompidas pelo mar de lama:** desastre de Mariana (MG). Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania da Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

REIS, Matheus de Oliveira et al. Panorama dos rompimentos de barragens de rejeitos de minério no mundo. **Caderno de Geografia**, v. 30, n. 61, 2020.

SABBO, G. R.; ASSIS, M.M.G.; BERTERQUINI, A.B.T. Barragens de retenção de rejeitos de mineração. **Revista Engenharia em Ação**, Araçatuba, v. 2, n. 1, UniToledo, 2017.

SOARES, L. **Barragem de rejeitos**. Rio de Janeiro: CETEM, 2010.

WISE Uranium Project. **Chronology of major tailings dam failures**. Disponível em: <https://www.wise-uranium.org/mdaf.html> Acesso em: 10 fev. 2021.

AS CONTRIBUIÇÕES DE SIGMUND FREUD NO COMBATE À ANGÚSTIA NA ADOLESCÊNCIA

Ademilson Marques de Oliveira[14]

INTRODUÇÃO

A escolha deste tema surgiu da importância de se compreender os adolescentes e de se refletir sobre as tantas angústias e conflitos que recaem sobre esses indivíduos em suas buscas pela identidade. Entendemos que, quem compreende o mundo e as questões da adolescência, consegue desenvolver uma comunicação de qualidade com os adolescentes e, assim, tem mais possibilidades de ajudá-los a superar as dificuldades surgidas no processo do desenvolvimento físico, emocional, social e cognitivo.

Acreditamos que a Psicanálise, criada por Freud, a partir do estudo do inconsciente, tem muito a colaborar no tratamento de sintomas decorrentes da angústia, pois ela fornece mecanismos que possibilitam melhor entendimento das subjetividades e das complexidades dos adolescentes.

14 Psicanalista Clínico pelo Instituto Brasileiro de Psicanálise Clínica e Membro Pleno da Ordem Nacional dos Psicanalistas, registro nº 3012721. Especialista em Filosofia e Psicanálise pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo; Especialista em Gestão Educacional pelo CESAP; Especialista em Informática na Educação pelo Instituto Federal de Educação do Estado do Espírito Santo. Graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília; Graduado e História pelo Claretiano-Centro Universitário.

Freud é nascido de família judaica em Freiberg, na Morávia. Porém, sua família muda-se para Viena em busca de melhor qualidade de vida, pois lá os judeus tinham melhor aceitação social. Nessa época, Freud tinha apenas quatro anos de idade. Vale destacar que diversos acontecimentos ocorriam mundo afora. E alguns merecem destaque: como a Primeira Guerra Mundial, o início da Segunda Guerra Mundial, além da forte perseguição de Adolf Hitler aos judeus.

Em 1881, Freud formou-se em Medicina, pela Universidade de Viena. E posteriormente, especializou-se em Neurologia. Também é considerado importante Psicólogo austríaco, além de lhe ser atribuído o título de criador, ou seja, o Pai da Psicanálise.

Por volta do ano de 1895, Freud, juntamente com um amigo, por nome de Josef Breuer, publicou um estudo sobre histerismo – um forte descontrole emocional – sustentando que o sujeito histérico, em estado hipnótico, volta à origem do trauma, iluminando aqueles pontos que geraram a doença durante sua vida e que estão ocultos em suas profundezas. Portanto, eles perceberam a causa do mal e, em uma espécie de catarse, se liberta do distúrbio. Vale ressaltar que catarse "significa libertação do que é estranho à essência ou à natureza de uma coisa e que, por isso, a perturba ou corrompe" (ABBAGNAMO, 2007, p. 137).

Enfim, para a confecção desse artigo, formulamos a seguinte questão-problema: como superar os sintomas gerados pela angústia no período da adolescência, na perspectiva Freudiana? Pretendemos demonstrar que tais questões poderão ser superadas com diálogo, ética, afeto e amor.

Procuramos refletir sobre a origem da angústia que, frequentemente, acomete o adolescente na busca por descobrir o que ele é e o que deseja em sua vida. Isto é, na busca pelo desenvolvimento de sua identidade individual.

Este trabalho caracteriza-se como pesquisa bibliográfica, já que trabalhamos com fontes secundárias, como livros, páginas da internet, revistas, artigos científicos, monografias e dissertações. Após a leitura do material bibliográfico, foram feitos fichamentos dos textos destacados. Posteriormente, cotejamos as ideias dos diversos autores mobilizados e refletimos sobre elas. Como a adolescência é um tema muito abrangente e bastante rico em informações, priorizamos aquelas que mais se identificam com nossa linha de pesquisa.

Nossa principal meta é estudar a angústia do adolescente e pensar mecanismos que o auxilie na sua relação consigo mesmo, com o outro, com a natureza e com o mundo, a partir do autoconhecimento.

Esta pesquisa poderá servir a todos que desejarem compreender a fase da adolescência, suas angústias e conflitos, com base no conhecimento psicanalítico e filosófico, com foco nas ideias de Sigmund Freud. Acreditamos que este estudo poderá contribuir com diversas áreas do conhecimento que toquem na questão da adolescência.

Portanto, inicialmente, é feita uma relação: adolescência versus angústia. Em seguida, falamos sobre a ética na orientação do adolescente e, posteriormente, apresentamos a importância do afeto e do amor na superação da angústia da adolescência. Por fim, após as diversas reflexões, mostramos nossas conclusões.

Para este artigo, utilizamos as obras/textos de Sigmund Freud, "Inibição, Sintoma e Angústia" e "Futuro de uma Ilusão". Entendemos que estes textos são de alta relevância para a reflexão da angústia da adolescência, na perspectiva freudiana.

ADOLESCÊNCIA VERSUS ANGÚSTIA

Durante as primeiras fases da adolescência é que as pessoas vivem a puberdade, período em que o indivíduo pode situar seu ego no tempo e no espaço, reconhecendo que teve um passado único e vislumbrando um futuro para si próprio. Por ser, então, uma fase de tantas descobertas e de elaboração da própria existência do indivíduo, a adolescência pode vir, muito frequentemente, acompanhada de um sentimento de angústia e de algumas crises existenciais.

> Assim sendo, não é de admirar que ela seja, na avaliação do próprio Freud, um dos problemas mais difíceis da existência humana. E qual o segredo desta dificuldade? Freud lembra que não é a falta de observação que torna difícil o problema da angústia, pois o seu fenômeno é seguramente um dos mais conhecidos. Ninguém o desconhece. A Angústia é um dos problemas fundamentais da existência humana, que todos nós, quando não somos interrogados, quase nada sabemos a seu respeito. A angústia não se com-

> preende facilmente e a reflexão especulativa muito pouco vale para sua elucidação. (ROCHA, 2000, p. 16).

Importa para este trabalho que Freud tenha estudado a angústia, além de ter postulado sobre a sexualidade enquanto condição crucial para a formação da identidade. Desde modo, o criador da Psicanálise faz uma relação entre inibição e angústia. Assim, ele se posiciona: "A existência de um laço entre inibição e angústia não pode nos escapar por muito tempo. Várias inibições são claramente renúncias à função, pois o exercício desta produziria angústia"[15].

O que ocorre, sobretudo durante a adolescência, é, em muitos aspectos, relacionado com eventos ocorridos na infância, bem como poderá influenciar em outras etapas da vida. Logo, a adolescência ocupa uma posição importante na teoria de Freud como um período que, ao mesmo tempo, recapitula os estágios anteriores da vida e antecipa todos àqueles que virão.

É na adolescência que o sujeito desenvolve os pré-requisitos de crescimento fisiológico, de maturidade mental e de responsabilidade social que o preparam para ultrapassar os conflitos e suportar as angústias.

Para esta investigação, inicialmente, levantemos algumas hipóteses: será que essas angústias ocorrem em função do fato de a adolescência constituir uma fase de inúmeras alterações físicas, orgânicas e psicológicas? Ou as crises e as angústias estão ligadas à sexualidade, em relação aos desejos reprimidos, geradores de recalques? Ou ocorrem devido às questões sociais que o cercam e impedem o desenvolvimento de sua identidade?

> Nos anos de 1890, a angústia surge na escritura freudiana como um subproduto indesejável da sexualidade. Um produto alheio ao psíquico, que representa, para o observador (Freud), algo que não se deixa representar para o sujeito, isto é, que, justamente por não chegar ao psíquico, não se deixa simbolizar. Em carta a Fliess, cuja data provável é de junho de 1894, no Manuscrito E (Freud, [1894a] 1950a/1991), Freud diz-se surpreso com o fato de que a angústia nos neuróticos pode ser seguramente relacionada à sua sexualida-

15 Sigmund Freud (1856-1939). Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13383.pdf>.

> de. E, ainda, com o fato de que a prática do 'coitus interruptus' poderia conduzir, com bastante probabilidade, ao desenvolvimento de sintomas do que ele próprio chamou de neurose da angústia (RAMOS, 2003, p. 19).

Frequentemente, nos deparamos com pessoas se expressando: estou angustiado. Portanto, esta palavra aparenta ser característica do ente humano. Em diversas culturas, o termo angústia aparece com acepções como aperto no coração, opressão e sufoco, entre outras bastante presentes na fase da adolescência. "A angústia é um afeto e como tal pertence ao campo da consciência [...]. A angústia humaniza o homem, [...] enlaça o desejo ao corpo vivo" (MURTA, 2017, p. 42).

Compreendemos que, a partir do entendimento sistematizado do que poderá causar as angústias na adolescência, talvez, conseguiremos desenvolver ações de acompanhamento e orientações eficientes na superação dos sintomas prejudiciais à qualidade de vida dessa população.

As questões ligadas a angústias, em decorrência dos conflitos da adolescência na busca da identidade, podem ser diferentes de acordo com a cultura de cada população. Por exemplo, os comportamentos podem variar em relação à localidade onde os indivíduos moram, em relação ao grau de escolaridade do adolescente e da família, em relação à situação civil dos pais. Outro fator relevante é a realidade socioeconômica do sujeito.

Quando consideramos esses fatores, surgem melhores possibilidades de uma avaliação diagnóstica mais assertiva, aumentando-se, assim, as chances de intervir com qualidade na vida do adolescente, visando ajudá-lo a se relacionar melhor consigo mesmo, com o outro, com a natureza e com o mundo.

Entre os diversos fatores que levam os adolescentes à angústia, merecem destaque as transformações do corpo, característica dessa fase da vida. Sabe-se que na adolescência ocorrem diversas mudanças físicas que provocam diretamente mudanças de comportamentos, uma vez que ocorrem também mudanças nas suas estruturas mentais.

Dessa forma, os adolescentes se deparam com um mundo estranho, onde é perdido o corpo familiar da primeira infância: é neste momento que poderão surgir sintomas de angústias, devido ao mal-estar em relação ao aparecimento do novo corpo.

A partir desses eventos, é muito frequente que, na vida de muitos indivíduos, surjam os conflitos da adolescência decorrentes das transformações próprias deste momento e da busca do desenvolvimento da identidade do adolescente. Nesse contexto, ressaltamos que a identidade está ligada aos valores, às crenças, às culturas relacionadas a cada pessoa. A construção da identidade é a definição de quem o sujeito é.

> A teoria freudiana destaca nesta fase duas grandes transformações: um novo fim sexual e a escolha do objeto sexual ao lado de uma nova excitação sexual da qual o sujeito não pode escapar. É o momento em que há o risco de pane e uma tendência a agir como solução para os impasses. Esse agir decorre da descoberta que o corpo se torna estranho. O corpo familiar da primeira infância é perdido e em seu lugar aparece um mal-estar em relação ao corpo (DIAS, 2000, p. 1).

É importante a percepção desses comportamentos, influenciados pela percepção desse corpo que se torna estranho e fonte de angústia para que se avaliem as situações com qualidade, visando antecipar possibilidades de tragédias, visto que a adolescência é um período da vida com inúmeras possibilidades geradoras de crises existenciais, na busca da identidade – o que pode ocasionar os sintomas de angústias, depressões, que poderão, em casos mais extremos, levar o adolescente ao suicídio.

Sobre o problema da angústia, entendemos que Freud relaciona o id – responsável pelos impulsos orgânicos e os desejos inconscientes –, o ego – o harmonizador dos desejos do id com a realidade do superego – e o superego – o aspecto moral da personalidade do sujeito, controlador do id, reprimindo os instintos primitivos, através dos valores morais, culturais, como leis e costumes. Dessa forma, constata-se que vivemos um forte mal-estar originário de um conflito entre essas três dimensões psíquicas, que, possivelmente, poderá ser responsável pelo equilíbrio do ser humano.

O ego tende a buscar o balanço entre as repressões e as vontades. É ele que tem a função de analisar se é possível colocar em prática uma ação que o id deseja. Além disso, o ego, possivelmente, busca controlar o rigor imposto pelo superego. Neste sentido, nota-se que o id está ligado aos desejos, já o superego, à realidade. Compreende-se que o ego tem como

função harmonizar a relação dessas duas forças. Os impulsos indesejados do id querem expressar-se. Dessa forma, tende a ocorrer diversos conflitos entre o id e ego, pois o ego busca levar o sujeito a comportar-se. Diante deste processo do desenvolvimento social, emocional e fisiológico dos adolescentes, é possível que eles se deparem com questões que os levam a angústias.

> A angústia na adolescência deve-se não a uma, mas a muitas causas. As mais importantes são as seguintes: Desenvolvimento rápido e irregular. Depois do período de crescimento relativamente lento na meninice, produz-se uma súbita aceleração, acompanhada de um desenvolvimento físico e mental muito rápido e irregular. À medida que o adolescente cresce, a despreocupada segurança da meninice abandona-o; a sua crescente maturidade mental prepara-o para encarar a realidade. Como carece dum fundo de experiência que lhe dê perspectiva e que modere os seus juízos, sente-se desprovido de equilíbrio. Então alterna entre o temor e a esperança, tendendo a exagerar os problemas e a não se sentir seguro. Falta de conhecimento e experiência. (PAUSEIRO, 2009, p. 4).

Nesse sentido, questiona-se: qual a função dos pais, na visão freudiana? Freud (1927/2015), na obra "O Futuro de Uma Ilusão", entre as páginas 3 e 37, deixa clara a função primeira do pai: a de autoridade, de ser aquele que impõe limites, ou seja, o que estabelece regras. Por essa via, podemos entender o pai, na psicanálise, como representante simbólico da autoridade. A paternidade teria, assim, um papel primordial na estruturação do sujeito. É o legítimo representante da lei. Inclusive, é o que tem a atribuição de ser convocador do desejo do sujeito a ser formado. "A sexualidade envolvida mostra que a Psicanálise liga-se a vida e às funções orgânicas, rejeitadas naquele momento pelo desconhecimento, do recalque e pelo desdém ao pulsional" (SPARANO, 2017, p. 11).

Frente a essa realidade, destaca-se a sexualidade infantil como objeto de estudo da psicanálise, cujas propriedades estão presentes no nível biológico do ser humano, mas não se reduzem a ela. Salienta-se, aqui, que, assim como não podemos "psicologizar" a biologia, também não devemos "biologizar" a psicanálise.

Ressaltamos, então, a relevância do conhecimento da psicanálise para auxiliar os adolescentes a vencerem os mais variados desafios da própria idade mental e cronológica.

Vale lembrar que, em relação à fase da adolescência, epistemologicamente, entende-se que a psicanálise trabalha com conceitos fundamentais, como o *inconsciente*, que apresenta o sonho como uma forma de manifestação. Portanto, o sujeito da psicanálise é o sujeito do inconsciente. Sendo assim, diversas informações são manifestadas por meio do inconsciente, atos falhos, sonhos, lapsos de memórias, etc.

Ao estabelecermos um paralelo entre mental e social, é possível que encontremos elementos suficientes para compreendermos que o sujeito é um conjunto de "competências e habilidades" adquiridas ao longo da vida, por meio de diversas formas de interação, do relacionamento com a natureza, com o mundo e consigo mesmo, ou seja, o processo de desenvolvimento da identidade é influenciado pelo meio.

Dessa forma, a teoria freudiana coloca o sujeito na condição de ser em construção, sujeito a imperfeições, cujas personalidades psíquicas e patológicas são desenvolvidas no âmbito social. Vale ressaltar que, nesse processo, o comportamento do sujeito se dá por uma via de mão dupla: ele é influenciado, mas também influência com seus costumes, mitos, crenças, desejos e motivações.

Para Freud (1927/2015), a culpa desenvolveu papel importante na sociedade. Entretanto, ele dá a entender, na obra "Futuro de Uma Ilusão"[16], que teríamos um futuro duvidoso. Neste texto, ele admite a ideia de que a religião foi um importante instrumento civilizador no sentido de que permitiu reprimir os instintos mais destrutivos que impossibilitariam a vida em sociedade. A civilização, a vida em sociedade, é a única esperança de sobrevivência do animal humano, que é frágil demais diante de uma natureza ameaçadora e impiedosa. Tal como acontece com o amadurecimento individual, a humanidade precisou reprimir os instintos destrutivos para poder se desenvolver inicialmente.

A repressão, porém, é um modo frágil de lidar com impulsos indesejáveis, pois eles voltarão de alguma maneira, sob a forma de neuroses ou outro tipo de psicopatologia. É por isso que, embora a religião tenha sido

16 É um livro escrito por Sigmund Freud, em 1927. Ele descreve as interpretações sobre a origem da religião.

fundamental na infância da humanidade, ao reprimir instintos antissociais, aos poucos, esse instrumento de repressão vai se mostrando ineficaz e vai gerando outros problemas.

Portanto, compreendemos que, para Freud (1927/2015), o amadurecimento da espécie humana exige um gradual abandono da religião e a sua substituição por um modo mais adulto de lidar com instintos destrutivos: a razão, à qual a religião se opõe claramente. Ao instituir um Pai transcendente que castiga quem transgride os tabus, a religião garantiu o mínimo de paz e convivência necessárias à produção do conforto e segurança que a civilização oferece.

A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NAS QUESTÕES DA ANGÚSTIA NA ADOLESCÊNCIA

A partir das reflexões acerca do pensamento freudiano sobre a angústia, entendemos que ela surge do sexo que é repreendido, ou seja, represado. Portanto, as razões da angústia é a sexualidade, na perspectiva freudiana. Freud (1976, p. 134) fala que: "Na neurose de angústia a excitação, em cujo deslocamento a neurose se expressa, é puramente somática (excitação sexual somática), enquanto na histeria é psíquica (provocada por um conflito)".

Ressaltamos que a adolescência é um período de diversas transformações, no âmbito sexual, biológico, psicológico e psíquico. É um momento de construção de maturidade e responsabilidade, pois essas são características dos adolescentes da faixa etária dos 12 aos 18 anos. E talvez, na contemporaneidade, ainda mais cedo estas mudanças podem eclodir.

Notamos que há alguns conflitos no que tange à relação do que se idealiza com o que se realiza, pois há um distanciamento entre o ideal e real.

Nesse sentido, Platão, por meio da reflexão sobre o mundo ideal em relação ao mundo real, apresenta uma proposta ética.

> Platão foi o primeiro a enfrentar filosoficamente, isto é, compor um rigor de método e profundidade de reflexão, a questão do bem. A interrogação platônica visará a questão do 'bem em si mesmo' e de como este 'bem' se apresenta com bem-para-nós, ou seja, como bem na vida humana (BONIFÁCIO, 2009, p. 2).

Neste processo conflitante, talvez, de frustração na relação entre o mundo ideal com o mundo real, o adolescente poderá desenvolver um sentimento de desamparo. Entendemos que a ideia do desamparado para Freud é um mecanismo que antecede a angústia. Sobre esta situação, ele fala:

> Em relação à situação traumática, na qual o paciente está desamparado, convergem perigos externos e internos, perigos reais e exigências instintuais. Quer o ego esteja sofrendo de uma dor que não para ou experimentando um acúmulo de necessidades instintuais que não podem obter satisfação, a situação econômica é a mesma, e o desamparo motor do ego encontra expressão no desamparo psíquico (FREUD, 1926, p. 193).

Por essa via, compreendemos que a ausência da representação simbólica da figura paterna ou de outros provedores de cuidados, que sejam capazes de dialogar, ouvir e compreender os adolescentes, poderá constituir um sinal de perigo, visto que eles poderão possivelmente servir na formação de um sentimento de desamparo.

Por outro lado, através deste estudo, percebemos que a angústia é própria do ser humano. Entretanto, ela poderá desenvolver aspectos positivos, como também negativos.

Segundo Freud (1926/2014)[17], há casos em que pessoas se recusam a comer, em consequência da angústia. São situações características de pessoas em estado psicótico, devido ao delírio de envenenamento. Situações como estas poderão ocorrer também na adolescência.

Logo, se faz necessária a presença da ética nas ações desenvolvidas pelos docentes, analistas, familiares, enfim, todos provedores de cuidados, a fim de colaborar no processo de desenvolvimento do adolescente, nos aspectos emocionais, psicológico, sociais e físico, nesse período conflitante e angustiante.

A partir da ética aristotélica, voltada para as virtudes, entende-se que as virtudes éticas do homem resultam no hábito: o que é próprio do homem é que ele é capaz de estabelecer fins que visem à justiça e, pelo

17 Freud (1926-1929), no livro "Inibição, Sintoma e Angústia", traduzido em 2014, por Paulo César Souza, através da editora Companhia das Letras, de SP.

exercício, de atualizar esse bem. Aristóteles é fundador da ética filosófica. Todo o esforço da ética enquanto disciplina autônoma será, a partir de Aristóteles, o de pensar diante dessa fragilidade e instabilidade que são inerentes ao ser humano, diante das possibilidades de existência que possam pretender a uma certa constância. E nesse sentido, pensar as práticas que merecem ser habituais, sem que se abandone as exigências de concretude que condicionam a vida prática do homem.

Por outro lado, a ética na psicanálise está ligada a nossa história pessoal. O sujeito precisa se autoconhecer e se compreender, para guiar o seu agir no mundo. Aqui, percebe-se às ideias socráticas: "conheça-te a ti mesmo". Por isso, a necessidade de levar os adolescentes a se autoconhecerem.

Diante de várias reflexões acerca da ética filosófica, nota-se que ela está ligada à virtude, à prudência, ao dever, à felicidade e à justiça. A ética na psicanálise, baseada nas orientações de Freud, está de certa forma conectada ao inconsciente, que faz com que o sujeito tenha certos comportamentos sem que o perceba.

Em alguns casos, esses comportamentos são antiéticos, o que pode ser considerado como desvio de caráter. Esses comportamentos estão muito presentes nos atos falhos. Às vezes, nos lapsos de memória ou, até mesmo, no ato de falar sem querer o inconsciente acaba por trair o consciente.

Neste contexto, será que o analista tem, então, um modelo, ou técnica, ou um método para tratar o sujeito-paciente? Não tem, considerando-se que a ética na psicanálise está voltada para a experiência da análise, e não para prescrições. Portanto, não há determinação de estilo, de ideal, de exemplos a serem seguidos, de certezas de que aquilo que o sujeito estiver fazendo é coisa certa a se fazer.

Para Peres (2017), a ética da psicanálise adere ao argumento de Kant, segundo o qual o progresso ético não tem nada a ver com a forma do progresso que promove a indústria moderna, ou o serviço do bem, mas se trata de um assunto de transformação pessoal, da necessidade subjetiva de ir para além de si mesmo. Ele considera que a psicanálise se ocupa com a experiência ética em que as condutas humanas seriam determinadas pela relação do sujeito com os seus próprios desejos. E esses desejos seriam da ordem do irrepresentável e mobilizariam o sujeito permanentemente.

A IMPORTÂNCIA DO AFETO E DO AMOR NA SUPERAÇÃO DA ANGÚSTIA NA ADOLESCÊNCIA

O ser humano apresenta diversas complexidades, e a afetividade é um tema que ultrapassa a constituição de todas as funções psíquicas superiores. É por meio do afeto que o homem vivência sua humanidade. Talvez, por isso, vários estudiosos, em diversas áreas do conhecimento, buscaram sistematizar o conceito de afeto.

Lembramos que, na filosofia, o afeto é entendido como emoções positivas, que, de certa forma, estão ligadas às paixões. As emoções ligam-se às pessoas, já os afetos constituiriam emoções que estão conectadas às relações interpessoais. Nesse sentido, nos deparamos com vários adjetivos que remetem ao afeto, tais como: apego, gratidão, devoção, perdão, ternura, bondade, proteção, cobiça, etc. O afeto e o amor são essenciais para colaborar na superação das diversas dificuldades sofridas pelos adolescentes.

Assim, entendemos que o amor é o elemento mais sublime que nos permite criar laços de afeto, de ternura, de acolhimento, de alegria. Enfim, o afeto passa pelo acolhimento, e acolher é fazer o outro feliz, ou seja, é a mais bela experiência de amar. "O amor em si mesmo consiste nessa união ou vínculo. Por isso, Agostinho diz que o amor é quase 'um laço que une ou tende a unir duas coisas, o amante e o amado', referindo-se o une à união do afeto, sem a qual não há amor; e tende a unir, à união real"[18].

Salientamos que esta análise documental pode ter interpretações diferentes, em razão da subjetividade de cada indivíduo. Na sistematização de nosso pensamento e na colocação das ideias neste trabalho, encontramos um grande desafio na busca de estabelecer diálogo entre diversos temas relevantes ligados ao tema desta pesquisa: a angústia, a ética e o amor relacionados ao período da adolescência do ponto de vista da filosofia e da psicanálise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adolescência consiste em um período crucial no desenvolvimento do indivíduo devido a diversos tipos de transformações que nele ocorrem,

18 Informações retiradas do site: <http://www.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/40/24>.

como as transformações fisiológicas que acontecem no corpo, sobretudo na fase da puberdade. Trata-se de um momento de muita instabilidade e vulnerabilidade, uma vez que os adolescentes buscam descobrir quem são e o que querem.

Os adultos, por sua vez, nem sempre são preparados para lidar com as situações próprias da realidade do adolescente, no sentido de orientá-lo no seu processo de desenvolvimento físico e mental, resguardando seu equilíbrio emocional. Então, registra-se a relevância do trabalho de profissionais especializados nessa fase da vida, como os psicanalistas que atuam na análise do inconsciente, observando os atos falhos, os recalques, os traumas, os sintomas de histerias, etc.

Entendemos que a ética da psicanálise busca colaborar com as relações entre analistas e analisados. Já em relação à filosofia, há variados tipos de éticas. Sua aplicação é importante, no sentido de conduzir os sujeitos rumo a um padrão social desejado em relação à cultura que estão inseridos. A ética na psicanálise está voltada para a experiência da análise, e não para prescrições. Portanto, não há determinação de estilo, de ideal, de exemplos a serem seguidos, de certezas de que aquilo que o sujeito estiver fazendo é coisa certa a se fazer.

Diante das reflexões, percebemos a importância da filosofia e da psicanálise como mecanismo de orientação para o exercício do cultivo do afeto e como um meio de busca de equilíbrio emocional, visando criar obstáculos para o desenvolvimento de sintomas ligados às doenças emocionais.

Infere-se que as pessoas que se sentem amadas tendem a desenvolverem autoconceitos positivos. Entendemos que a afetividade enquanto interatividade pode servir de obstáculos para o surgimento de depressão, em decorrência do agravamento da angústia, em razão dos conflitos na adolescência.

Portanto, para a filosofia e a psicanálise, quem cultiva o sentimento do afeto, do amor, se relaciona melhor consigo mesmo, com o outro, com a natureza e com o mundo. Assim, concluímos que os adolescentes, ao se sentirem amados, passarão por esta fase de diversas dificuldades com mais condições de superar as angústias e os conflitos e, assim, poderão ter uma qualidade vida melhor.

REFERÊNCIAS

ABBGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Alfredo Bosi (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONIFACIO, Cláudia Maria. Ética – O que significa Ethos? Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/etica-o-que-significa-ethos/28870>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRITTO, Arthur Heller. O conhecimento afetivo em Tomás de Aquino [Affective knowledge by Thomas Aquinas]. **Revista Ágora Filosófica**, v. 1, n. 1, p. 7-14, jan. 2012. Disponível em: <http://www.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/40/24>. Acesso em: 22 fev. 2019.

DIAS, Sandra. A Inquietante estranheza do corpo e o diagnóstico na adolescência. **Psicologia USP**, v. 11, n. 1, p. 119-135, 1 jan. 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/108083/0>. Acessado em: 22 fev. 2019.

FREUD, Sigmund, 18561939. **Obras completas, volume 17:** Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (19261929). Tradução Paulo César de Souza. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13383.pdf>. Acessado em: 16 fev. 2019.

_____. **O Futuro de uma Ilusão, O Mal-Estar da Civilização e Outros Trabalhos (1927/2015).** Disponível em: <http://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/01/freud-sigmund--obras-completas-imago-vol-21-1927-1931.pdf>. Acessado em: 15 fev. 2019.

_____. **Um Estudo Autobiográfico**; Inibições, Sintomas e Ansiedade e A Questão da Análise Leiga. (1925-26) Rio de Janeiro: Imago, 1976.

KOOGAM, Abrahão; HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Delta, 1997.

MARTINS, Ana Rita. **A Busca da Identidade na Adolescência**. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/401/a-busca-da-identidade-na-adolescencia>. Acessado em: 14 fev. 2019.

MURTA, Cláudia; PESSOA, Fernando. **Angústia em filosofia e psicanálise**. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Secretaria de Ensino a Distância, 2017.

MURTA, Cláudia. **A Angústia entre a Psicanálise e a Tecnociência** [recurso eletrônico]. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2017.

PAUSEIRO, E. et al. **Angústia na Adolescência**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3498/349832320026.pdf>. Acessado em: 25/09/2018.

PERES, Daniel Omar. Ética da psicanálise. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Secretaria de Ensino a Distância, 2017.

RAMOS, Graciliano. **Angústia**. Campinas, SP. Editora Folha, 2003.

ROCHA, Zeferino. Os destinos da angústia na psicanálise freudiana. Perdizes, SP Editora Escuta, 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/8941/material/Roudinesco_Elisabeth_Plon_Michel_Dicionario_de_psicanalise_1998.pdf>. Acessado em: 21 fev. 2019.

SPARANO, Maria Cristina de Távora. **Epistemologia da Psicanálise**. Vitória, ES: UFES, 2017.

A BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ECOCÍDIO

Nayara Lima Rocha da Cruz[19]

INTRODUÇÃO

A Câmara dos Deputados propôs a criação do tipo penal do ecocídio, a partir dos acontecimentos de rompimento de barragens, que lançaram ao ecossistema daqueles locais imensas quantidades de minério, causando a morte de diversos ecossistemas.

Contudo, o Projeto de Lei nº 2787, de 2019, busca atrelar a tipificação do ecocídio ao resultado calamidade pública, o que desvia o objetivo da proposta, visto que confere, novamente, uma visão antropocêntrica a um ecocrime (FOUCHARD, 2015, p. 305-442). Ademais, a ausência de uma definição jurídica com parâmetros estabelecidos que permitam enquadrar as condutas que violam um ecossistema, bem como a utilização de termos vagos em sua definição, como danos "graves", "a longo prazo" e "de grande extensão", são fatores que impedem a concretização do tipo penal, bem como a sua aplicação de forma objetiva, com critérios claros para sua identificação.

Deste modo, partindo de uma análise estrutural dos elementos que compõem o tipo penal já existente do genocídio, considera-se o ecocídio como um homônimo ambiental do referido crime, sendo possível realizar uma transposição de seus elementos, adequando-se às teorias jurídico-ambientais já fixadas e utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

19 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Neste contexto, questiona-se: é possível identificar os elementos necessários para obter uma definição jurídica do ecocídio a partir de critérios concretos e objetivamente estabelecidos?

Este trabalho consiste numa tentativa de tipificação de condutas que destroem, em todo ou em parte, um ecossistema por atos ou omissões de pessoas que têm responsabilidade direta ou indireta na proteção do meio ambiente.

1. A CONSTRUÇÃO DE UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA COMO FORMA DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ECOCÍDIO

No cenário de discussões acerca de uma definição para o crime de ecocídio, a primeira tentativa de criminalizar a destruição ambiental de um ecossistema como sujeito se deu a partir de uma extensa investigação da Convenção sobre Genocídio pela ONU (NAÇÕES UNIDAS**,** 1978) acerca de sua efetividade. O termo ecocídio surgiu a partir de um liame intrínseco com o crime de genocídio, sob um viés de que a destruição ambiental pode ter um impacto genocida (ZIERLER, 2011), como também de que o ambiente pode ser vítima do ecocídio, da mesma forma que um grupo social específico pode ser vítima do genocídio (GALSTON, 2001).

1.1. A CONSTRUÇÃO DE UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DE ECOCÍDIO A PARTIR DE ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CRIME DE GENOCÍDIO

O conceito de genocídio surgiu a partir da combinação das palavras barbaridade e vandalismo, utilizando a justaposição da palavra grega "genos", que significa tribo ou raça, com o termo latino "caedere", significando matança, destruição (LEMKIN, 1944). Neste sentido, o elemento vandalismo representa um método ou técnica de destruição de um grupo, no qual a ontologia central de Lemkin é de que a cultura é uma condição prévia necessária para a realização das necessidades materiais individuais. É a cultura que anima o "genos" no genocídio (SHAW, 2007).

Contudo, durante o processo de construção do projeto de Convenção das Nações Unidas sobre Genocídio, a previsão do genocídio cultural,

que deveria ter sido a parte mais importante deste documento (MOSES, 2008), deixou de ser considerada como um dos métodos de consumação deste crime. Assim, a intenção de destruir um grupo social específico (2.1.1) e o resultado do dano mental ou corporal (2.1.2) passaram a ser definidos como elementos fundamentais e estruturantes do genocídio (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2000).

1.1.1 O REQUISITO MENTAL – A INTENÇÃO DE DESTRUIR UM GRUPO SOCIAL ESPECÍFICO – COMO ELEMENTO PARA A DEFINIÇÃO JURÍDICA DO GENOCÍDIO

Para a caracterização do crime de genocídio, é preciso mostrar que os atos foram cometidos com a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso[20] (NAÇÕES UNIDAS, 1998). A grande dificuldade figura em demonstrar a intenção ou elemento de conhecimento do crime, pois deve haver ainda a demonstração de uma intenção específica de também destruir a referida população (SHARP, 1999).

A implicação da exigência desse elemento mental é que o agressor não precisa ter sucesso em sua tentativa de destruir todo o grupo protegido, sendo necessário apenas um ato proibido cometido contra uma parte substancial do grupo protegido, visando à destruição deste grupo; mesmo que, no final, nada realmente tenha acontecido com o grupo em questão (THE SENTINEL PROJECT, 2013).

Deste modo, verifica-se que os elementos estruturantes do crime de genocídio são bem definidos, de modo que a *mens rea,* a intenção específica, dos autores da conduta deve ser comprovada, bem como o requisito físico do dano deve ser bem delimitado, de forma a caracterizar esse *dolus specialis*.

20 No art. 6º do Estatuto de Roma genocídio é definido como "qualquer um dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: (a) Matar membros do grupo; (b) Causar sérios danos mentais ou corporais aos membros do grupo; (c) Infligir deliberadamente ao grupo condições de vida calculadas para provocar sua destruição física total ou parcial; (d) impor medidas destinadas a prevenir nascimentos dentro do (e) Transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo".

Nesse contexto, concebido como um homônimo ambiental do genocídio, o ecocídio teve uma de suas primeiras definições, a de Berat (1993, p. 339):

> destruição intencional, no todo ou em parte, de qualquer parte do ecossistema, matando membros de uma espécie; causando sérios danos corporais ou mentais aos membros da espécie; infligir à espécie condições de vida que ocasionem sua destruição física total ou parcial; e impor medidas que impeçam os nascimentos dentro do grupo ou levem a defeitos de nascença.

No entanto, é neste requisito mental que reside a significativa diferença entre o genocídio e o ecocídio, uma vez que este último frequentemente não é intencional, mas sim um crime de consequências. Desse modo, o ecocídio deve ser reconhecido como crime de responsabilidade objetiva, de forma a "encorajar o comportamento preventivo, fortalecer os princípios do poluidor-pagador e da precaução e simplificar questões de prova de conhecimento, intenção e causa" (GRAY, 1995, p. 218).

Portanto, mesmo que o ecocídio não seja intencional, mas sim o efeito colateral de outra atividade, seus perpetradores devem ser estritamente responsáveis pelos danos que causam. Assim, transpor o requisito mental do crime de genocídio para o ecocídio é criar um tipo penal sem aplicabilidade, uma vez que tornaria o limite para seu estabelecimento muito alto.

1.1.2. O REQUISITO FÍSICO – O DANO MENTAL OU CORPORAL A MEMBROS DE UM GRUPO ESPECÍFICO – COMO ELEMENTO PARA A DEFINIÇÃO JURÍDICA

Além do requisito mental, "destruir", no sentido da Convenção sobre Genocídio, conota uma aniquilação física ou biológica do grupo protegido. Portanto, o elemento dano também possui características específicas.

Assim, "uma distinção clara deve ser feita entre destruição física e mera dissolução do grupo, ressaltando ainda que a expulsão de um ou parte de um grupo não é, por si só, suficiente para caracterizar o genocídio" (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2003). O *actus reus* do crime de genocídio exige que o possível resultado dano, proveniente da conduta perpetrada

pelo agente, seja capaz de causar a morte ou sérios danos corporais ou mentais a vários membros de um grupo, suficientes para formar uma parte significativa dele (JESSBERGER, 2009, p. 87-99).

Neste sentido, a Convenção lista cinco atos físicos que podem constituir genocídio, se associados à intenção necessária. A prática de qualquer um desses atos, que tenham por consequência destruir física ou biologicamente um grupo específico, é suficiente para que uma pessoa seja considerada culpada de cometer genocídio, desde que o elemento mental necessário também esteja presente.

Conforme pode-se verificar, essa versão reduzida e taxativa de atos que caracterizam o crime de genocídio não abarca as crescentes ameaças culturais e ecológicas ao meio ambiente. Isso pode ser demonstrado através dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos *Maya Indigenous Communities of the Toledo District Belize* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000, p. 727) e no Parecer consultivo pedido pela Colômbia (*Advisory Opinion Requested by the Republic of Colombia)* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019), no qual foi declarado que os danos ambientais são vividos com maior força nos setores da população indígena, visto que esta depende essencialmente, economicamente ou para a sua sobrevivência de recursos ambientais provenientes do meio marinho, áreas florestais e bacias hidrográficas. No entanto, não houve o reconhecimento do crime de genocídio, em razão da ausência da intenção específica de eliminar tal grupo.

Nesse contexto, considerando somente o elemento físico do dano, estruturante do genocídio, este é perfeitamente transponível ao tipo penal do ecocídio, uma vez que é baseado em danos ecológicos, sérios e extensos ou duradouros, comensurados pela aniquilação física ou biológica do ecossistema atingido. Como o genocídio, o ecocídio pode ser direto e indireto, pode ser a destruição de um território e também pode ser o enfraquecimento de um modo de vida – tanto ecológico como cultural.

1.2. A INEFICÁCIA DA CONSTRUÇÃO DE UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ECOCÍDIO COMO UM HOMÔNIMO AMBIENTAL DO CRIME DE GENOCÍDIO

Nesse contexto de codificação do genocídio e discussões sobre a melhor forma de lidar com as crescentes ameaças culturais e ecológicas à

sobrevivência de grupos sociais humanos distintos, as discussões sobre o ecocídio foram ainda mais afloradas.

Contudo, também veio à tona o debate acerca do ecocídio ser um crime de intenção, assim como o genocídio, mas com uma aplicação mais restrita. Para que fossem definidos os elementos estruturais deste crime, iniciou-se uma análise acerca da intenção como condição para responsabilidade de punição, bem como do elemento dano como condição restritiva de sua aplicação.

1.2.1. O ELEMENTO MENTAL – TEORIA OBJETIVA – COMO ELEMENTO DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO CRIME DE ECOCÍDIO

A proposta de que o escopo do genocídio abrangesse também os crimes de genocídio cultural, etnocídio e ecocídio como reflexo da necessidade de salvaguardar e preservar o meio ambiente fez com que o elemento intenção integrasse a estrutura dos tipos penais propostos, adicionando um alto teste de fatores volitivos, em razão de sua previsão de "danos intencionais ao meio ambiente" (ILC et al., 1991, artigo 26).

É certo que o ecocídio geralmente ocorre como consequência da atividade econômica humana, em vez de ser resultado de um ataque direto predeterminado e pretendido ao meio ambiente. Como os perpetradores do ecocídio usualmente agem com fins lucrativos (ILC et al., 1993, p. 68), não seria possível, em muitos casos, caracterizar a sua intenção.

Deste modo, tomar os elementos estruturantes do genocídio como ponto de partida para a criação de uma definição jurídica para o ecocídio, é fixar requisitos para a responsabilização de um crime de consequências, partindo de um crime de intenção.

Uma das mais robustas legislações acerca do ecocídio, *The Ecocide Act,* foi redigida e testada na Suprema Corte do Reino Unido através de um julgamento simulado pelo *Hamilton Group* (WALSH, 2015). Nesse julgamento, fixou-se que o ecocídio é um crime de responsabilidade (absoluta), justamente porque "a causa de danos, destruição ou perda de ecossistemas em larga escala é tão indesejável que merece a imposição de punição criminal, independentemente do conhecimento de um indivíduo e / ou da empresa, estado de espírito, crença ou intenção" (THE SU-

PREME COURT LONDON, 2011). Tal entendimento foi consolidado ainda pelo princípio 4, presente no Rascunho das Diretrizes de Sentença (UCLA, 2012), elaboradas para o julgamento.

Os crimes de responsabilidade estrita não exigem prova de *mens rea*, intenção, mas uma vez que o *actus reus*, no caso o dano, é comprovado, o ônus da prova recai sobre o réu para refutá-lo e evitar a responsabilidade. Portanto, caberá ao réu demonstrar a tomada de todos os cuidados razoáveis ou todas as precauções razoáveis, bem como comprovar que a sua obrigação de cuidado não foi violada.

A imposição da responsabilidade estrita, também conhecida como responsabilidade objetiva, não é apenas consistente com a lei ambiental doméstica, como também meio adequado de fortalecimento aos princípios da prevenção e precaução, que fundamentam e estão presentes em toda a legislação nacional ambiental e políticas públicas de meio ambiente.

Tal situação pode ser ilustrada através do caso de Brumadinho, em que o documento que previa os danos em caso de rompimento da barragem da Vale era o Plano de Ações Emergenciais (PAEBM) já fazia um prognóstico de que a lama chegaria a até 65 km da barragem (IG SÃO PAULO, 2019). Contudo, nos casos em que há a identificação de risco, a empresa, conforme portaria do Governo Federal, é obrigada a avisar ao órgão ambiental responsável (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2017), à Defesa Civil e às comunidades que vivem no entorno por meio das sirenes, o que não ocorreu.

Deste modo, a tipificação do ecocídio destina-se a impor uma obrigação legal preventiva por meio de um dever de cuidado (ECOCIDE ACT, 2010), de forma que a prevenção de danos seja o objetivo principal ao tomar decisões ou implementar ações que possam ter efeitos ambientais adversos (BRASIL, 1981)[21], bem como que a falta de total certeza científica não seja usada como motivo para adiar medidas coeficientes para impedir ameaças de danos graves ou irreversíveis (NAÇÕES UNIDAS, 1992)[22] ao meio ambiente.

21 A Lei nº 6.938/81 consagra o princípio da prevenção ao dispor nos incisos III, IV e V do art. 4.

22 O Princípio da Precaução é encontrado no Princípio 15 da Declaração do Rio, 1992.

1.2.2. O ELEMENTO FÍSICO – O DANO ECOLÓGICO – COMO ELEMENTO DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO CRIME DE ECOCÍDIO

O crime proposto de ecocídio tem como enfoque o dano ambiental como um problema que resulta em consequências ecológicas e humanitárias. Propõe-se que a responsabilidade seja imposta em casos em que "os danos extensos, destruição ou perda do(s) ecossistema(s)" (HIGGINS, 2012, p. 159) diminua severamente o desfrute pacífico desse(s) ecossistema(s) por habitantes no território em que o ecossistema está localizado ou em outro território. Deste modo, o uso do termo "habitantes" pode ser interpretado de forma a abranger tanto humanos quanto vida não humana, visando à mudança do foco antropológico da questão.

Os casos de mudança climática, pleiteados com o fito de proteger o ecossistema, falham na porta do tribunal por serem discutidos por violações dos Direitos Humanos. No entanto, pelo crime de ecocídio, os danos são para o meio ambiente e para todos os que vivem lá (ou que são impactados pelo ecocídio) (HIGGINS, 2012, p. 34), e não apenas os seres humanos.

É certo que os danos humanos podem ser, e frequentemente são, secundários (surgem do dano primário – por exemplo, as águas poluídas podem causar doenças). Assim, o *actus reus* (o elemento físico – o ato do ato) do crime é o estabelecimento de danos ao território, não especificamente o dano causado diretamente às pessoas. Por exemplo, a análise não se volta para a questão de que as pessoas sofreram danos, mas à terra, ao ecossistema em que vivem e, como resultado, veja-se, dano indireto à saúde e bem-estar dos seres humanos (HIGGINS, 2012, p. 36).

O ecocídio implica o direito à vida de todos os habitantes da Terra, incluindo flora e fauna (CROOK et al., 2014), visto que geralmente não afeta apenas os seres humanos, motivo pelo qual propõe-se que o conceito de "habitantes" envolva todos os seres.

A definição mais apropriada, de forma a abranger todos os aspectos importantes do ecocídio, é aquela proposta por Polly Higgins (2015, p. 62), segundo a qual o ecocídio constitui "os danos extensos, a destruição ou a perda de ecossistemas de um determinado território, seja por agência humana ou por outras causas, a tal ponto que o gozo pacífico pelos habitantes desse território tenha sido ou será severamente diminuído".

Portanto, é notório que o elemento central de caracterização do crime de ecocídio está atrelado ao dano ambiental causado, sua extensão e consequências. Tomar o ecocídio como homônimo do crime de genocídio, sendo necessário analisar a intenção do agente, é criar obstáculos para a responsabilização do dano ambiental, visto que o elo entre estes crimes se dá pela inexistência de um bem jurídico específico em risco, pois, em ambos, a lesão advinda não se restringe ao meio ambiente físico (ECOCIDE LAW, 2019). [23]

1.2.2.1. A EXTENSÃO DO DANO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO CRIME DE ECOCÍDIO

Conforme exposto, prevê-se um caso em que a jurisdição será limitada a condutas que ensejam a "extensa destruição, dano ou perda do (s) ecossistema (s) de um determinado território" (ERADICATING ECOCIDE, 2014). Assim, a palavra "extenso" denota a ideia de que a intervenção legal será limitada a situações em que o suposto dano ambiental é grave, em que a gravidade será determinada com referência à dimensão desse dano (MWANZA, 2018, p. 586).

Como já explicitado anteriormente, o tamanho do dano é relevante, com a palavra "generalizada" sendo definida como "abrangendo uma área de várias centenas de quilômetros quadrados". Contudo, é muito improvável que o dano físico ao meio ambiente atenda a este critério, visto que a maioria destes atinge a faixa de dezenas de quilômetros de dano físico real. Como exemplo, temos o *White Gold case* (NEW ZEALAND, 2012), em que 45.000 litros de efluente foram descarregados para formar um lago de quase 29.000 metros quadrados, incluindo até 100 milímetros de sólidos no terreno, que teve sua extensão limitada a dezenas de quilômetros de dano físico real.

Deste modo, atrelar a extensão do dano a uma faixa geográfica delimitada para caracterizá-lo como dano generalizado, é tentar quantificar algo incomensurável. Uma privação considerada significativa ao mesmo

23 No original: "[...] it can be cultural and emotional as well and affect communities at a deep level, especially when a way of life is profoundly and/or practically connected to the affected ecosystem".

tempo ou em uma região pode não ser necessariamente assim considerada em outra época ou em outra região.

Tendo em vista que apenas um dos três critérios precisa ser atendido para que o teste do ecocídio seja estabelecido (NICHOLSON, 2012, p. 50), é improvável que uma falha ao estabelecer que os danos sejam fisicamente difundidos seja fatal para sua caracterização, devendo este critério servir apenas como garantia que as disposições sobre ecocídio não sejam abusadas por sua invocação para todos os tipos de danos ecológicos.

O ecocídio deve ser estabelecido considerando os danos ecológicos graves e extensos ou duradouros, sendo esses critérios analisados de forma alternativa (GRAY, 1995).

1.2.2.2. A DURAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO CRIME DE ECOCÍDIO

A duração é o segundo critério na avaliação do dano. Também utilizando a Convenção sobre a Proibição de Uso Militar ou Qualquer Outro Uso Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental (ENMOD) e, ainda, a definição estabelecida pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) (ICRC, 1991), os danos de longo prazo são definidos como "durando um período de meses ou aproximadamente uma estação" (NAÇÕES UNIDAS, 1977).

Esse critério deve ser analisado levando em conta a persistência do dano no tempo, dos efeitos ambientais consequentes decorrentes do dano ou de um risco aumentado de efeitos ambientais consequentes decorrentes do dano. Um exemplo é o desastre de Mariana, ocorrido em 2015, que liberou cerca de 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração (DINIZ, 2015) e formou um verdadeiro mar de lama em importantes recursos hídricos da região do Rio Doce, contaminando a água e o solo. O rompimento dessa barragem formou uma espécie de cobertura no local, que não se tem previsão de quando irá secar. Decerto, essa cobertura de lama impedirá o desenvolvimento de espécies vegetais, uma vez que é pobre em matéria orgânica, o que tornará a região infértil, além de alterar o ph do solo e causar a sua desestruturação química, levando à extinção total do ambiente presente antes do acidente (SANTOS, 2015).

É nítido que os danos decorrentes do rompimento da barragem de Mariana têm tido e continuarão tendo efeitos que durarão um período de várias temporadas, visto que ainda hoje, após 5 anos do ocorrido, não se sabe precisar os impactos advindos deste desastre anunciado.

Com base nesta discussão, é altamente provável que, embora o tamanho possa ser problemático, os desastres ambientais que destroem ecossistemas têm um impacto e uma duração necessários para satisfazerem a definição de Ecocídio. Outrossim, tal critério permite a responsabilização somente quando esses danos resultarem em consequências negativas para os interesses e valores da comunidade global, considerando não apenas os seres humanos e suas futuras gerações, como também os efeitos destes danos ao longo do tempo sobre qualquer espécie viva que habita um local específico.

O último critério de avaliação acerca do dano infligido ao meio ambiente se dá em torno do impacto ambiental causado ao ecossistema em questão, de forma que este deve ser gravo e severo.

1.2.2.3. O IMPACTO AMBIENTAL DO DANO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO CRIME DE ECOCÍDIO

O impacto ambiental do dano, a fim de que seja caracterizado como ecocídio, tem sido descrito como um dano severo, "envolvendo perturbações graves ou significativas ou danos à vida humana, recursos naturais e econômicos ou outros ativos" (TARASOFSKY, 1993).

O dano severo deve ser visto como a introdução ou remoção de qualquer substância, biomassa, forma de vida, material genético, elemento, composto químico, mineral ou quantidade de energia (ICC, 2016) capaz de causar a eliminação, obstrução ou redução, a ponto de prejudicar ou criar um risco maior de prejudicar a resiliência do ecossistema da Terra (ICC, 2016).

Aplicando tal definição ainda ao caso do rompimento da barragem de Mariana, a camada de lama liberada na região do Rio Doce afetará a água de várias maneiras. Primeiro, o enriquecimento de nutrientes (predominantemente, nitrogênio e fósforo) promoverá a proliferação de algas, incluindo cianobactérias tóxicas (PROFFITT, 2010), levando ao esgotamento dos níveis de oxigênio e à destruição do habitat em larga

escala das espécies nativas que podem finalmente dizimar as populações (DIBLEY, 2008). Ademais, a presença de amônia pode ocorrer em concentrações que podem levar à degradação da flora e da fauna (NEW ZEALAND, 2012, p. 7). Resta evidente que tais efeitos se adequam claramente ao teste de "perturbações ou danos sérios ou significativos" aos recursos naturais.

Portanto, o objetivo é trazer ao ordenamento jurídico um crime com um viés ecocêntrico, sem atrelar seu conceito aos impactos econômicos e culturais. Assim, deve-se considerar os seres vivos que integram o ecossistema em questão como detentores de direitos e/ou como objetos que ensejam um dever de cuidado por parte dos seres humanos.

O impacto ambiental, qualificado pela expressão dano severo ou destruição significativa, tem como objetivo a proteção dos recursos naturais, o ambiente natural por si só, considerando o dano como um impacto sobre os componentes vivos ou não vivos desses ambientes ou ecossistemas.

Tal definição deve abranger a necessidade de reformular as obrigações ambientais com um foco mais ecocêntrico. Deve ser, assim, uma tentativa de criminalizar as atividades humanas que destroem e diminuem o bem-estar e a saúde dos ecossistemas e das espécies dentro deles (incluindo os humanos) (HIGGINS, 2013), com a percepção de que o futuro da vida na Terra depende diretamente da salvaguarda da integridade ecológica (SALONI, 2017, p. 49-70).

CONCLUSÕES

Este trabalho buscou identificar uma definição jurídica para o ecocídio, no sentido de permitir o reconhecimento de suas condutas ensejadoras, bem como dos perpetradores dessas. A responsabilização dos indivíduos por condutas que causem danos graves e extensos a ecossistemas, nesta perspectiva, torna-se atual e relevante, frente aos recentes e cada vez mais frequentes desastres que vêm acontecendo no cenário nacional, sem qualquer reparação ao ecossistema degenerado, com vistas a retornar ao *status quo ante*.

A criação de um novo tipo penal adotando conceitos objetivos e concretos que visam à delimitação das condutas e à caracterização do ecossistema em si como um sujeito de direitos, apoiado pela crescente juris-

prudência nacional, permite traçar uma argumentação que justificaria a responsabilização dos perpetradores dessas condutas.

Não obstante a tipificação do ecocídio ser base de grandes discussões a níveis internacionais – em que se analisa a possibilidade da inclusão desse novo tipo penal no Estatuto de Roma, visando a responsabilização de indivíduos pelos atos que caracterizam o ecocídio –, a legislação em âmbito nacional ainda carece dessa discussão e previsão.

Tal situação possivelmente se dá em razão da legislação pátria não prever sujeitos não humanos, no caso o ecossistema e a natureza, como sujeitos de direitos capazes de constituírem sujeitos ativos em busca de proteção frente ao Judiciário, situação ilustrada através do Projeto de Lei do Ecocídio, que atrela seus efeitos jurídicos à situação de calamidade pública, que diz respeito à possibilidade de resposta do ente frente aos danos causados, conforme Decreto nº 7.257 (BRASIL, 2010).

Nesse contexto, a criação do tipo penal do ecocídio é aqui apresentada não como a solução do problema, mas como mais uma alternativa com vistas a garantir o cumprimento efetivo do dever legal de cuidado e prevenção, do direito constitucional ao meio ambiente saudável e da proteção de direitos das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BERAT, Lynn. **Defending the right to a healthy environment**: Toward a crime of Genocide in international Law. Boston University International Law Journal. 11, p. 327-348, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 10 ago 2020.

_____. **Decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistên-

cia às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

_____. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 743/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Notícias, 18 setembro 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451963>. Acesso em: 19 de setembro de 2020.

BRASÍLIA: MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Módulo de formação**: resposta: gestão de desastres, decretação e reconhecimento federal e gestão de recursos federais em proteção em defesa civil para resposta: apostila do instrutor / Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, Departamento de Minimização de Desastres, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) de Awas Tingni contra o Estado da Nicarágua**, 1998, parágrafo 149.

_____. **Comunidades Indígenas Maias v. Belize**, caso 12.053, Inter-Am. C.H.R., Relatório nº 78/00, OEA / Ser.L / V / II.111, doc. 20, rev. 2000.

_____. **Solicitação de parecer consultivo da República da Colômbia**. CDH-SOC-1-2019 / 002, Observações escritas dos Estados Unidos.

CROOK, Martin et al. **Marx Lemkin and the Genocide-Ecocide Nexus.** The International Journal of Human Rights, 18:3, p. 298-319, 2014.

DIBLEY, Douglas. **'Dirty Dairying'**: What are the processes responsible for eutrophication within the Lake Rotorua Catchment and what strategies can be implemented to alleviate these? Fonterra Co-Operative Group Limited Annual Review 2008 (Auckland, 2008b), (University of Canterbury, 2009) at 19.

DINIZ, Maiana. **Rompimento liberou 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos, diz mineradora**: O volume é suficiente para encher 24,8 mil piscinas olímpicas. Agência Brasil – Brasília, 6 nov. 2015. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-11/rompimento-liberou-62-milhoes-de-metros-cubicos--de-rejeitos-diz-mineradora>. Acesso em: 27 de julho de 2020.

ECOCIDE ACT (EA) 2010, see Appendix I. Preamble, clause 6. Further, clause 4 states that Ecocide "creates an international and transboundary duty of care", clause 5 refers to the "explicit responsibility" imposed over all "…CEOs, Directors and any person(s) who exercise rights, implicit or explicit, over a given territory"; clause 8(i) lists as one of the regime's primary purposes as "hold[ing] persons to public account"; and clause 11 states that "this Act creates a legal duty of accountability and restorative justice obligations".

ECOCIDE LAW. **What is ecocide?** Stroud: Ecocide Law, 2019d, par. 4. Disponível em: <https://ecocidelaw.com/ecocide-law-2/>. Acesso em: 17 de dezembro de 2019.

ERADICATING ECOCIDE. **What is ecocide?**. 2014. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/overview/what-is-ecocide/>. Acesso em: 6 de junho de 2020.

GRAY, Mark Allan. The International Crime of Ecocide. **California Western International Law Journal.** v. 26, n. 2, 2013. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwilj/vol26/iss2/3>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

HIGGINS, Polly, et al. '**Protecting the Planet**: A Proposal for a Law of Ecocide'. Crime Law and Social Change 251, 2013.

HIGGINS, Polly. **Earth is our Business**: Changing the Rules of the Game. Shepheard-Walwyn, 2012.

_____. **Eradicating Ecocide**: exposing the corporate and political practices destroying the planet and proposing the laws to eradicate ecocide. 1ª ed. Londres: Shepheard-Walwyn (Publishers). 2015.

ICC – INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Ecocide Amendments Proposal.** ICC-Amendements-Ecocide-ENG-Sept-2016. Disponível em: <https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendements-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

ICRC, Additional Protocol I, Article 35(3) (adopted by consensus) (cited in Vol. II, Ch. 14, §283). Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule45#Fn_4C6D-6F6B_00042>. Acesso em: 26 de julho de 2020.

ICSID. **Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru**, Case No. ARB/14/2. Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands QC, 2018.

IMAZON. **Imazon confirma tendência de crescimento no desmatamento da Amazônia nos últimos 12 meses**. 16 ago. 2019.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Prosecutor v. Stakic**, IT-97-24-T, judgment, parágrafo 519, 31 July 2003

INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. **Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind until 1987**; see: General Assembly resolution 42/151 of 7 December 1987. DOCUMENT ILC(XLVIII)/DC/CRD.3. p. 25.

_____. **Yearbook of the ILC.** Vol II, Part 1, A/CN.4/448 and Add.1, 1993. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1993_v2_p1.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

_____. **Yearbook of the ILC.** Vol. II, Pt. 2, p. 46, para. 96, 1986.

_____. **Yearbook of the International Law Commission.** Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind' of 1991

A/CN.4/SER.A/1991. Disponível: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v1.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Estudo da questão da prevenção e punição do crime de genocídio.** E / CN.4 / Sub.2 / 416. 4 de julho de 1978.

JESSBERGER, F. **'The Definition and the Elements of the Crime of Genocide'** in P Gaeta (ed.), The UN Genocide Convention (Oxford: Oxford University Press 2009), p. 87-99.

MWANZA, Rosemary. "Enhancing Accountability for Environmental Damage Under International Law: Ecocide as a Legal Fulfilment of Ecological Integrity." **Melbourne Journal of International Law**, v. 19, n. 2, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Modificação Ambiental (Environmental Modification Convention).** 1977. Conference of the Committee on Disarmament, Understanding relating to Article I of the ENMOD Convention. Additional Protocol I, Article 35(3) (adopted by consensus) (cited in Vol. II, Ch. 14, §291).

_____. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Declaração do Rio. 1992.

_____. **Estudo Da Questão Da Prevenção E Punição Do Crime De Genocídio**, E/CN.4/Sub.2/SR.658, p.53. 4 July 1978.

_____. **United Nations Office On Genocide Prevention and the Responsibility to Protect.** UN. Genocide: DEFINITIONS. In: Genocide. 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide.shtml>. Acesso em: 2 de julho de 2020.

NEW ZEALAND. **Canterbury Regional Council v White Gold Limited DC Christchurch**. CRI-2011-009-004949, 18 June 2012.

NICHOLSON, Meghan. **Evaluating Ecocide: Invaluable or Invalid?.** A dissertation submitted in partial fulfilment of the degree of Bachelor of Laws (with Honours) at the University of Otago. 2012.

PROFFITT, Fiona. **How clean are our rivers?**. NIWA, 2010. Disponível em: <http://www.niwa.co.nz/publications/wa/water-atmosphere-1-july-2010/how-clean-are-our-rivers>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

SALONI, Malhotra. The International Crime That Could Have Been but Never Was: An English School Perspective on the Ecocide Law. **Amsterdam Law Forum**, v. 9, n. 3, p. 49-70, 2017.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Impactos ambientais do acidente em Mariana (MG)**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/biologia/impactos-ambientais-acidente-mariana-mg.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2020.

SCHWEGLER, Vanessa. The Disposable Nature: The Case of Ecocide and Corporate Accountability. **Amsterdam Law Forum**, v. 9, n. 3, Summer 2017.

SHARP, Peter. **Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court**, 18 VA. ENVTL. L.J. 234, 1999.

SYMPOSIUM. **The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law and Management**, 14 UC DAVIS L. REV. 181, 1980.

TARASOFSKY, Richard G. **Legal Protection of the Environment During International Armed Conflict**, 24 NETH. Y.B. INT'L L. 17, 45. 1993.

THE SENTINEL PROJECT. **Uncovering the Components and Elements of Genocidal Acts.** Faculty of Law, University of Toronto, 2013. Disponível em: <https://thesentinelproject.org/2013/05/08/uncovering-the-components-and-elements-of-genocidal-acts/>. Acesso em: 3 de julho de 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Elementos dos Crimes**, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/ Add.2 (2000).

WALSH, Bryan. **Is Ecocide a Crime?**. Time. Retrieved 2015-11-08.

O IMPEACHMENT NO BRASIL: UMA SENTENÇA REDIGIDA POR POLÍTICOS

Filipe Luiz Mendanha Silva[24]
Carolina Batista Gonçalves [25]
Mariane de Oliveira Braga Santos[26]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como marco principal levantar a discussão por uma análise crítica sobre a natureza do impeachment, permeando as diversas faces do instituto através do viés político e jurídico. A finalidade

24 Advogado. Especialista em direito público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Praça da Liberdade (2018-2019), especialista em administração pública, planejamento e gestão governamental pela fundação joão pinheiro (2018-2020), especializando em infraestrutura, concessões e parcerias público-privadas pela pontifícia universidade católica de minas gerais - praça da liberdade (2019-2021), especialista em direito eleitoral pela faculdade pólis civitas (2020-2021).

25 Advogada e consultora em direito público. Graduada em direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos. Especialista em direito público pelo CAD, universidade Fumec. Especialista em direito eleitoral pela Faculdade Pólis Civitas. Especializando, lato sensu, em direito administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti.

26 Advogada. Aluna especial do mestrado em administração pública do IDP. Especialista em administração pública, planejamento e gestão governamental pela Fundação João Pinheiro - escola de governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Especialista em direito público pela universidade Fumec. Especialista em direito eleitoral pela Faculdade Pólis Civitas. MBA em curso em infraestrutura, concessões e parcerias público-privadas pela PUC-Minas.

é abordar o procedimento sob a ótica da sua natureza política, a fim de compreender o exercício de jurisdição excepcional do Senado Federal no que tange ao julgamento do processo de impeachment e, também, a eventual interferência do poder judiciário neste cenário.

Serão analisados quais são os motivos motores para a eventual instauração do processo de impeachment em face de um agente público, bem como os ritos e os achaques que viabilizam a abertura do mesmo. Ademais, após a instauração, o processamento e o julgamento pelo Senado Federal, contata-se que a máxima punição ao acusado não ultrapassa da esfera política do indivíduo, fato que nos possibilita a questionar a natureza jurídica criminal do processo de impeachment, passando este, então, a desempenhar uma função política no ordenamento jurídico brasileiro.

Em suma, o trabalho buscou realizar uma análise política em face de um instituto. Para tanto, municiado dos métodos hipotético/dedutivo, pesquisas bibliográficas e estudos jurisprudenciais dos recentes casos que nortearam a sociedade brasileira, fora possível elencar o quanto os critérios políticos nas hipóteses determinantes do processo de impeachment podem se sobrepor aos jurídicos.

Assim sendo, devem-se apontar os fatores que o impeachment poderá sofrer e ser configurado por aspectos de natureza política, analisando sua controversa natureza jurídica, isto é, admitindo-se a possibilidade da destituição do presidente da República do exercício da sua função, por julgadores que compõem o cenário político brasileiro – Senadores Federais –, os quais formarão sua *opinio delict* sobre o caso através de outros fatores (pressão social, alianças partidárias, emendas parlamentares, relacionamento pessoal com o acusado), não necessariamente utilizando de fundamentos técnico-jurídicos para decidir sobre o mérito objeto da denúncia que deu origem ao processo de impeachment.

Neste cômoro, no primeiro capítulo, serão analisadas correntes que ensejam a controvérsia da natureza do procedimento do impeachment, sendo elas: a natureza jurídica-criminal e a natureza política. O objeto de estudo afasta-se da superficial aplicação da norma para, então, expor o fato em sua realidade jurídica, alcançando fatores que nos viabilizam a fomentar tais discussões acerca da real natureza do intuito, tais como: as sanções aplicadas aos agentes, o poder legislativo enquanto corte jurídica,

a intervenção do poder judiciário na decisão e proferida pelo Senado e sua eventual revisão.

Não obstante, frisa-se que o presente trabalho não tem o objetivo de propor discussões políticas acerca do tema, nem fazer qualquer menção ideológica ou partidária sobre os procedimentos de Impeachment já consumados no Brasil. Assim, destaca-se que o cerne deste estudo é a estritamente a análise crítica da técnica do procedimento, não adentrando no mérito da destituição do cargo de presidente da República – Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff.

Por tais motivos, atesta-se o quão palpitante e intrigante se mostra o estudo acerca das correntes controversas que sustentam a natureza jurídica ou política do processo de impeachment.

1. O IMPEACHMENT COMO CONFIGURADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ENTRE SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS

Ab initio, destaca-se que neste capítulo serão abordados temas que ensejem as principais discussões acerca do processo de impeachment no cenário da República Federativa do Brasil. Será desenvolvida uma análise acerca da natureza jurídica do impeachment, abordando as duas correntes doutrinárias majoritárias: do impeachment que pende para a natureza política e a tese que defende o instituto como matéria de natureza penal no ramo da esfera jurídica.

A posteriori, buscou-se, por meio de uma análise crítica, indagar de que forma o Congresso Nacional, qual seja o Senado Federal, poder responsável para elaborar as leis vigente do país, seria um tribunal parcial e legítimo/apto para julgar um crime de responsabilidade cometido pelo maior cargo de chefia no país, o presidente da República.

Ainda salientam-se quais são as reais possibilidades que poderá haver a intervenção do poder judiciário no procedimento de impeachment, sua necessidade de fiscalizar o estrito cumprimento da lei e suas limitações de interferências. Por último, procura-se materializar o procedimento analisando os casos já julgados de impeachment na realidade no país, destacando o caso Collor, que inaugurou a instauração do processo de impeachment em face de um presidente da República.

2. A CONTROVÉRSIA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO IMPEACHMENT

Em primeira análise, frisa-se que o instituto do impeachment esteve presente na história brasileira consubstanciado de muitas formas, mas, apenas no ano de 1950, com o advento da legislação especial Lei nº 1.079/50, que regulamenta o processo em estudo, é que tal figura tomou corpo e forma, sendo materializada na esfera legislativa do Brasil, tornando-se um instrumento regulamentador dentro do ordenamento jurídico que conduz nosso país.

É importantíssimo mencionar que o processo de impeachment deve ser visto pela sociedade como algo extraordinário e de caráter excepcional, de forma que não torne algo corriqueiro e habitual, vez que a democracia e o respeito à decisão da maioria dentro do nosso sistema eleitoral deve ser tratado como regra geral de um Estado democrático de direito.

Neste ponto, essa forma de controle jurídico-social serve como uma válvula de escape e um incentivo ao exercício da moralidade pública dentro de um governo, haja vista que, caso o agente político viole alguns de seus deveres e obrigações como governantes, deverá sofrer penalidades que resultem como consequência àquele ato que não deveria ser praticado no âmbito da administração pública.

Todavia, para ser julgado na forma e nos ditames da Lei do impeachment, o crime cometido pela autoridade pública deverá nitidamente afrontar a Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, um crime político. Este instituto resguarda para si a legitimidade de condenar e afastar a autoridade que pratique atos ou se omita a praticá-los no cerne dos interesses do Estado, do governo ou de seu sistema político como um todo, ou seja, que ameace a ordem institucional vigente.

Nomeados de crimes de responsabilidade, o cometimento destes inaugura o processo de impeachment em face da autoridade pública que fora o infrator e realizou a tipificação legal, dentro dos limites do conceito tripartite de crime. Tal procedimento essencialmente jurídico, por regulamento em Lei vigente no país, se mostra muitas vezes influenciado e impregnado de caráter político, por ter como julgadores políticos.

A natureza jurídica do referido instituto começa a ser questionada em razão de interferências políticas de suma importância para a efetivação do mesmo.

Neste diapasão, Riccitelli sustenta que cabe tal argumentação acerca da natureza do procedimento, uma vez que o processo segue desta forma:

> A câmara dos deputados aprecia, politicamente, a procedência da acusação e o Senado julga o processo de impeachment. Tal interpretação é discutível, pois há larga margem para apreciação de caráter político, ao se encarar o que seja uma conduta contrária a Constituição. Todavia, se a essa conduta vem definido em lei como configurando crime de responsabilidade, é difícil compreender de que maneira pode a Câmara, sem violar a lei, deixar de reconhecer como tal uma figura na lei descrita (RICCITELLI, 2006, p. 19).

Outrossim, emergem correntes doutrinárias com posicionamentos que defendem a natureza jurídica do processo de impeachment e outros que sustentam a natureza política do mesmo, sendo necessário uma análise mais aprofundada sobre os fundamentos de tais correntes.

Para alguns autores que sustentam o processo do impeachment com uma visão politizada, as argumentações não se dão nem quanto ao processo propriamente dito, mas sim dos crimes que a ele ateiam. Neste sentido, e dentro dessa linha de raciocínio, argumenta José Frederico Marques:

> Não nos parece que o crime de responsabilidade de que promana o impeachment possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertence ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão-somente o caráter de sanctio júris política, tal crime se apresenta como ilícito político e nada mais. (MARQUES, 2000, p. 445).

Por não se tratar de sanções nitidamente de caráter penal – restritivas de liberdade, restritivas de direitos ou de multa – aos sujeitos que cometeram o ilícito, emerge outra crítica ao constituinte quanto ao órgão julgador do impeachment. Logo, ao delegar a competência de julgamento do impeachment ao Senado Federal, se fez por afastar o crime da esfera jurídica, surgindo premissas no sentido:

> O Senado é um tribunal político e não um tribunal de justiça criminal. A sua missão não é conhecer dos crimes de responsabilida-

> de do Presidente da República para puni-lo criminalmente, mas para decretar uma medida de governo, a qual é a destituição do presidente delinquente (BROSSARD, 1992, p. 78).

Desta feita, o Senado Federal como órgão competente para julgar e realizar o processo de impeachment, não possui um viés jurídico – penal nas suas decisões acerca do tema, devido a sua composição ser estritamente formada por políticos, de cargo eletivo e, que, por muitas vezes, desconhecem os aspectos formais e materiais do Direito.

3. O IMPEACHMENT NO BRASIL E A NATUREZA POLÍTICA

O jurista Paulo Brossard nos esclarece com tamanha propriedade sobre as fortes interferências políticas no processo de impeachment, demonstrando exímia condução do tema já no delineamento preliminar da definição:

> A definição do impeachment vem dando margem a divergências de monta:foi tido como instituição penal, encarado como medida política, indicado como providência administrativa, apontado como ato disciplinar, concebido como processo misto, quando não heteróclito, e é claro, como instituição suigeneris. As divergências resultam, talvez, da defectiva terminologia do Direito Constitucional, mas existem (BROSSARD, 1992, p. 76).

O autor supramencionado utiliza o direito comparado como base para a defesa de seu posicionamento acerca da natureza do processo de impeachment confrontando o instituto brasileiro com o norte-americano e argentino, cuja natureza é essencialmente política, pois "não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob condições de ordem política e julgado segundo critérios de ordem política" (BROSSARD, 1992, p. 76). Ou seja, o julgamento questionado por Brossard não afasta a utilização de critérios jurídicos, uma vez que "isso ocorre mesmo quando o fato que o motive possua caráter penal e possa sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário" (RICCITELLI, 2006, p. 20).

Tal acepção política defendida por Paulo Brossard baseia-se fundamentalmente no modelo americano e argentino, que remove qualquer designação criminal neste tipo de processo. Nesta linha, acentua que o processo de impeachment é puramente político, e não assume identidades de natureza penal ou de procedimento jurídico criminal.

No mesmo sentido, Riccitelli nos ensina:

> O então ministro justifica ainda a dificuldade de fixação da natureza do impeachment na apuração de responsabilidade do Presidente da República, apresentando vários motivos entre eles: a deficiência terminológica do Direito Constitucional; o emprego de vocábulos iguais para designar realidades diversas; [...] as reminiscências do instrumento que foi criminal e que persistem em alguns pontos, apesar da mudança substancial nele operada; pela manutenção das formas e exterioridades do processo judicial; pela presença de fatos que apresentam simultaneamente traços políticos e criminais (RICCITELLI, 2006, p. 20).

Nesta esteira, Themístocles B. Cavalcanti (1948), em sua obra "A Constituição Federal Comentada", assevera que, ainda que existam tantas discrepâncias, o instituto do impeachment é um processo claramente político que possui como consequência máxima a extinção da capacidade para o exercício de função política durante certo lapso temporal, não se comunicando em momento algum com as penas criminais dispostas no Código Penal Brasileiro.

A fim de corroborar com a corrente que sustenta a natureza política do instituto do impeachment, Cavalcanti contribui com o tema esclarecendo o conceito de crime político e a distinção do crime penal:

> 1) São delitos políticos os dirigidos contra a organização e o funcionamento do Estado e os direitos dos cidadãos; 2) são políticos também os delitos comuns que constituem a execução de direitos políticos e os atos destinados a favorecer a sua execução; 3) não podem ser considerados políticos aqueles determinados por motivos vis e egoístas; 4) não se consideram políticos os atos de terrorismo (CAVALCANTI, 1948, p. 338).

Para tanto, ao se manifestar acerca da natureza jurídica do processo de impeachment, José Cretella Júnior expressa:

> tem o impeachment, atualmente, características predominantemente políticas, pois objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e é também, julgado segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório (CRETELLA JR, 1992, p. 106).

Portanto, à luz dos ensinamentos supracitados, percebe-se uma forte tendência política na condução de um processo de impeachment, pois os sujeitos, julgados e julgadores, são políticos, assim como o efeito da condenação, que, apesar de ser jurídico, também produz uma gravíssima consequência política e administrativa, a destituição do cargo, conforme art. 78 da Lei 1.079/1950.

4. O IMPEACHMENT NO BRASIL E A NATUREZA JURÍDICA CRIMINAL

Doutra montra, controverso ao que é defendido pelos doutrinadores citados no tópico acima, Pontes de Miranda sustenta a natureza do instituto de impeachment como jurídica criminal. Para tanto, compete esclarecer que o autor defende a tese criminal em sua obra escrita para comentar a Constituição de 1967, ou seja, não se trata da natureza jurídica do instituto à luz da Constituição Federal vigente no Brasil. Contudo, a fim de nos dar uma visão comparativa e diversa das posições acima elencadas, é importante compreender a posição de Pontes Miranda.

Segundo o autor, o principal objetivo do processo de impeachment é remover a pessoa pública do exercício de suas funções e, consequência disso, sua natureza não se configura como política. Assim, sustenta o autor que, caso o presidente da república renuncie do cargo o qual está em pleno exercício, há perda do objeto do processo de impeachment, não sendo possível o seu prosseguimento. Assim, não cabe instaurar processo político, nem prosseguir no existente, caso o acusado tenha deixado

definitivamente as funções que exercia, porque gozava de foro especial (MIRANDA, 1967, p. 347).

Em sua elucidação, a tese jurídica-criminal se motiva no fato de que a destituição do agente público não se dá de forma unilateral, ou melhor, "não se trata de declaração de vontade unilateral, não-receptícia" (MIRANDA, 1973, p. 356).

Neste sentido, à luz dos argumentos do autor, os atos do impeachment no Brasil são atos próprios de processo, como a presença dos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório. Ademais, acrescenta-se que a utilização do termo "impeachment" – que significa impedimento ou impugnação – restaria inadequada, sendo os crimes de responsabilidade previstos em lei federal, figuras criminosas penais.

5. O IMPEACHMENT ENTRE SEUS CONTORNOS JURÍDICOS E POLÍTICOS

Há de se estabelecer uma estrita relação entre as normas jurídicas e a política, isso porque são os próprios políticos que emanam poderes para a elaboração de leis – através das suas deliberações e decisões parlamentares – que surtirão efeitos na sociedade. Eduardo Mendonça argumenta sobre a aproximação entre política e a força normativa da Constituição em seu artigo "Impeachment: o Direito Constitucional fora dos tribunais":

> Em termos simples, deixando de lado discussões filosóficas quanto a conteúdos mínimos extraíveis da ideia de Justiça, uma lei nada mais é do que uma decisão política que transforma determinadas opções em comandos obrigatórios. Tanto assim que o legislador conserva a faculdade de mudar de ideia, revogar a legislação e, assim, trocar as opções vigentes. Enquanto isso não ocorrer, contudo, a garantia do Estado de Direito exige que as normas sejam respeitadas. Vale dizer: a política molda o Direito e tem o poder de alterá-lo, mas não o de atropelar as suas disposições casuisticamente.
>
> No limite extremo representado pelas cláusulas pétreas, determinadas mudanças são vedadas até mesmo pela via das emendas constitucionais e exige nova manifestação do poder constituinte

> originário, o que pressupõe níveis elevados de mobilização das forças políticas e/ou sociais (MENDONÇA, 2015).

Nesse sentido, frisa-se que a própria Carta Magna impõe certas restrições a determinadas cláusulas pétreas, o que nem mesmo a vontade política dos legisladores poderá alterá-las, sendo necessária uma nova manifestação do poder constituinte através de um enorme apelo social.

No que tange à relação do contorno político nas decisões judiciais, é imprescindível que cabe aos juízes e tribunais analisar certa questão judicial. Eles deverão decidir com bases no contexto sociocultural que vivem, pois, caso não exista um diálogo respeitoso entre suas decisões "com a sociedade, bem como uma distância segura em relação às suas convicções, tende a minar as bases de sustentação de qualquer órgão estatal" (MENDONÇA, 2015).

6. O SENADO ENQUANTO CORTE POLÍTICA

Imperativo mencionar neste trabalho que, em caráter extremamente excepcional, no caso do processo de impeachment, o Senado Federal afasta-se da sua competência para exercer a tutela jurisdicional. Como destaca Cretella, o Senado passa a

> Exercer a função material de proferir julgamento, prolatando sentença de força jurisdicional, processando e julgando os réus, o Presidente e o Vice-presidente da República, o Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, sempre que se trate de crime de responsabilidade, não de crime comum (CRETELLA, 1992, p. 2).

Ocorre que a Constituição Federal sustenta a teoria da Separação dos Poderes, de autoria de Montesquieu, no célebre "O espírito das leis", que nos traz a ideia de que os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) são harmônicos e independentes entre si. A legislação, ao permitir ao Congresso nacional o poder de fiscalizar e julgar o presidente da República do País, salientando não haver possibilidade de recursos da decisão em

qualquer outra instância, pode vir a se configurar como a hegemonia de um poder sobre outro.

Paulo Brossard nos esclarece que pode, sim, vir a ocorrer o fato de o Senado Federal julgar o crime de responsabilidade cometido pelo chefe do Executivo, entendendo que "no exercício de suas atribuições específicas, cada Poder é, de certo modo, soberano, incontestável e, portanto, superior aos demais. Mas somente naquilo que lhe é específico, exclusivo, peculiar" (BROSSARD, 1992, p. 131).

Importante esclarecer que o legislador, ao conferir o Senado Federal o poder de exercer a tutela jurisdicional neste caso específico, não fora por mera discricionariedade, pois mister lembrar que a origem de tal costume provém das práticas consuetudinárias britânicas, raízes do surgimento do instituto do impeachment.

Lado outro, convém ressaltar que pairam críticas sobre a escolha do Senado Federal como órgão competente para julgar o processo de impeachment. Nesta linha, João Barbalho Uchoa Cavalcanti acrescenta uma eventual invenção de um Tribunal misto para o julgamento do impeachment, compondo neste colegiado de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Senado em igual número, "equilibrando-se destarte 60 os elementos componentes dessa comissão político-judiciária" (CAVALCANTI, 2002, p. 97).

Ao analisar a ideia desenvolvida por João Barbalho, torna-se perceptível que o eventual "tribunal misto" não seria de algo predominantemente fora da lógica, porque, caso o julgamento fosse realizado apenas por Ministros da Suprema Corte, estaríamos sob os olhos de uma incerteza, a exemplo da nomeação de seus Ministros serem feita pelo próprio presidente da República, bem como os "juízes togados são alheios ao maneio de negócios políticos e governativos". Noutro norte, persistem as controvérsias na legislação que torna o julgamento do processo de impeachment competência exclusiva do Senado Federal, pois, neste órgão, "pode-se afirmar sem injúria), nem todos são habilitados para juízes" (CAVALCANTI, 2002, p. 97).

Em igual sentido, confirma Giovanni Batista Hugo, argumentando que, em se tratando de julgamento de impeachment, "não basta o conhecimento das leis comuns; é indispensável também o da vida política" (HUGO, 1949, p. 135).

O jurista e ex-presidente do Brasil, Michel Temer, invoca a imprescindibilidade de um viés político do órgão que irá julgar o processo de impeachment, para quem, por conta de oportunidade e conveniência, teria o Senado Federal o poder de apreciar o resultado do julgamento, não obstante ter ocorrido a conduta tipificada. De tal modo,

> Não nos parece que, tipificada a hipótese de responsabilização, o Senado haja de, necessariamente, impor penas. Pode ocorrer que o Senado Federal considere mais conveniente a manutenção do Presidente no seu cargo. Para evitar, por exemplo, a deflagração de um conflito civil; para impedir agitação interna. Para impedir desentendimentos internos, o Senado, diante da circunstância, por exemplo, de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo. Foi para permitir esse juízo de valor que o constituinte conferiu essa missão à Câmara dos Deputados (que autoriza o processo) e ao Senado Federal. Não ao Judiciário, que aplica a norma ao caso concreto, segundo a tipificação legal (TEMER, 2008, p. 169-170).

Porém, com a máxima vênia, o presente trabalho se vê no direito de discordar do exposto acima. Deste modo, atendendo ao parecer da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, deve-se atentar que o Senado Federal "não julga ou deixar de julgar segundo a sua vontade ou o seu arbítrio, nem determina o processamento segundo os seus interesses ou as suas conveniências" (1993, p. 156-157) ou ao menos assim deveria o ser.

Chega a ser curioso que o posicionamento do Jurista Michael Temer é contrário (caso o Senado não realizasse o impeachment de Dilma Rousseff) ao fato que lhe conferiu assumir a Presidência do país. Portanto, entendo que o Senado Federal tem o dever de julgar eventuais casos de impeachment, pois o ato prima de sua competência, e não de mera faculdade. Também o que se deve notar no prosseguimento do julgamento,

> É necessário dizer atentar-se a que o exercício deste dever conferido constitucionalmente ao Senado Federal não passa ao largo das normas jurídicas. Tal desempenho põe-se nos termos da legislação vigente sobre a matéria, a começar pelos princípios processuais constitucionalmente fixados e de que se não pode afastar o órgão

> julgador, em respeito ao mesmo princípio democrático que obriga a atuação, quando for o caso (ROCHA, 1993, p. 157).

Nesta ótica, o julgamento do processo de impeachment deve ser proceder conforme o supracitado, sendo presidido e julgado pelo Senado Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do explanado acima e após o desenvolvimento do estudo *in caso*, foi possível chegar a certas conclusões acerca do instituto do impeachment, seu processamento, julgamento e, principalmente, o viés político que o permeia desde a sua admissibilidade até a eventual sentença condenatória proferida pelo poder legislativo, através dos Senadores Federais.

Preliminarmente, salienta-se que o procedimento de impeachment tem como finalidade conservar a probidade de um agente público no exercício de suas funções, a fim de limitar sua autoridade máxima. Neste ínterim, o instituto em tela visa reforçar o princípio de que todo governante deverá ser responsável e responsabilizável pelos seus atos, não sendo senhor do poder que exerce, mas apenas um representante do povo que o elegeu mediante a maioria dos votos, tendo o dever de representá-los de forma correta, leal e com o estrito respeito aos ditames da Constituição da República Federal do Brasil e todas as leis que vigoram no ordenamento jurídico deste país.

Neste sentido, o Brasil sob influência da Constituição norte-americana e com reflexos oriundos da Inglaterra – país que inaugurou o processo de responsabilização dos agentes públicos –, por meio da Constituição da Primeira República, incorporou em nosso ordenamento jurídico o instituto do impeachment como forma de zelar pela postura proba do presidente da República limitada aos ditames legais. As constituições republicanas *a posteriori* mantiveram o procedimento do impeachment, sem exceção, ressaltando a necessidade de atribuir aos agentes públicos penalidades e sanções a eventuais atos praticados em desconformidade com os dispositivos da nossa Carta mãe.

Ao longo da história do país, o procedimento do impeachment conquistou mais espaço e visibilidade jurídica, chegando até a figura que é hoje.

Isso porque em menos de 20 anos dois presidentes da República, eleitos por maioria de voto popular, foram destituídos do seu cargo, pela excepcional ação jurisdicional do poder legislativo, por meio de sentença condenatória exarada pelos Senadores Federais que concluíram que os mesmos foram responsáveis pelo cometimento do crime de responsabilidade.

Merece destaque a observação sobre os crimes de responsabilidade e sua natureza intrinsecamente política, que urge no procedimento como princípio norteador da conduta que será ou não julgada pelo rito do impeachment. Tal premissa é retirada do fato de a punição não ultrapassar a esfera política dos direitos do indivíduo condenado, que será afastado do cargo público por ordem do processo de impeachment.

Logo, o procedimento de impeachment pende para o viés político de sua natureza, pois, originando-se de causas políticas, visa atingir resultados políticos, bem como é instaurado e julgado por políticos. É notório que os critérios utilizados para a análise da peça acusatória em face do agente público desvinculam-se da esfera jurídica e permeiam as negociações políticas, fatores externos e pressões que emergem da sociedade, os quais claramente interferem na convicção dos julgadores, que são eleitos por essa massa social que se manifesta nas ruas, nos meios de mídias, nas redes sociais ou em qualquer ambiente seja público ou privado.

É possível perceber em um viés crítico que o impeachment é um processo claramente político que importa em redução da capacidade para o exercício de função política, não se comunicando com a pena criminal. O processo de impeachment objetiva resultados políticos, pois é instaurado sob considerações de ordem política e é, também, julgado segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório. Em outras palavras, o conteúdo do processo é todo jurídico, mas os sujeitos, julgados e julgadores são políticos, assim como o efeito da condenação, que, apesar de ser jurídico, também produz uma gravíssima consequência política e administrativa, a destituição do cargo, conforme art. 78 da Lei 1.079/1950.

Por se tratar de julgadores que não estão investidos aos princípios da equidade e imparcialidade, conforme se procede com magistrados, ficamos diante de uma fragilidade constante em razão de interesses políticos próprios, em que, muitas vezes, a técnica jurídica, ou seja, a tipificação do crime de responsabilidade, é afastada em detrimento de colisões e interes-

ses políticos/partidários. Desta forma, é muito possível que um julgamento realizado pelo Senado Federal seja mais influenciado pelo ambiente político do país, não considerando questões legais com a mesma rigidez que o Poder Judiciário deve sempre observar.

Neste sentido, o legislador, ao estabelecer as formalidades e os trâmites legais os quais o processo de impeachment deva se submeter, não dirimiu as discordâncias sobre a natureza deste instituto que se faz político desde sua tipificação criminal até a sanção aplicada. Com isso, à luz do que fora explanado ao longo deste trabalho, a natureza política do instituto o acompanha desde seus precedentes históricos, sendo inerente ao procedimento.

O impeachment, como configurado no ordenamento jurídico brasileiro, se apresenta como procedimento de natureza incontestavelmente política, em que a sentença condenatória é redigida por senadores que receberam a competência de julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo presidente da República. No entanto, frisa-se que, caso a acusação feita ao agente público fosse analisada sob uma ótica de um magistrado, os critérios para a formação de sua convicção estariam presos à exclusiva legalidade, sem recorrer a critérios metajurídicos e extrajudiciais, o que tornaria a fundamentação da sentença condenatória mais imparcial e estritamente legal.

Noutro norte, muito embora seja nítida a natureza política do instituto analisado, o mesmo é revestido de uma solenidade tão específica que muito se aproveita do caráter do processo judicial. Elementos inerentes ao processo, tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa, que se fazem presentes também ao longo processo de impeachment. Ressaltando o julgamento como ainda mais maleável e com maior gama de possibilidades no tocante à defesa do agente acusado, a observância do princípio confere ao processo jurídico a legalidade do procedimento.

Conclui-se que a decisão sobre o *impeachment* em caso de crime de responsabilidade é de competência do Congresso Nacional e, especificamente, julgamento é do Senado Federal. Deste modo, o referido processo é essencialmente político, não somente porque é julgado pelo Congresso, mas porque, em eventual decisão dos deputados e dos senadores, os aspectos políticos prevalecerão sobre os jurídicos, em que decidirão os parlamentares conforme suas conveniências políticas e partidárias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 abr. 1950.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva 1992.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**. 3ª Edição, Volume II. Ed. José Komfino. Rio de Janeiro, 1956.

CRETELLA JR, José. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

JÚNIOR, José Cretella. **Do impeachment no Direito Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunal. São Paulo, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000.

MENDONÇA, Eduardo. **Impeachment:** o Direito Constitucional Fora dos Tribunais. Brasília, 25 mar. 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 01 de 1969**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

RICCITELLI, Antonio. **Impeachment à Brasileira:** Instrumento de Controle Parlamentar. Barueri: Minha editora, 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Processo de responsabilidade do Presidente da República.** Renúncia do presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptabilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do presidente renunciante. In: Ordem dos Advogados do Brasil. A OAB e o impeachment. Brasília: OAB, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOLOMEI, Fernando Soares. **Do Julgamento Do Presidente Da República Por Crimes De Responsabilidade.** Presidente Prudente: Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA

Tricia Bogossian

INTRODUÇÃO

O teletrabalho foi concebido principalmente como uma resposta à necessidade de flexibilização e descentralização do processo produtivo para atender às demandas do novo mercado e da economia informacional, bem como em decorrência das facilidades tecnológicas, características do paradigma da sociedade da informação. Em se tratando de trabalho realizado à distância, por meio do uso das tecnologias da informação e da comunicação, essa forma de organização do trabalho permite a flexibilidade de horários e de local de exercício das atividades laborais.

A flexibilidade apontada pode representar vantagem para o trabalhador, garantindo-lhe total autonomia para autodeterminar o exercício das tarefas relacionadas ao labor, podendo adequar a jornada de trabalho ao seu biorritmo e à sua própria conveniência. Paradoxalmente, contudo, pode implicar a impossibilidade de aferição do tempo efetivamente trabalhado e de estabelecer-se uma separação entre o tempo de trabalho e o tempo de repouso, o que pode ocasionar a submissão do trabalhador a jornadas exaustivas, extirpando-lhe o tempo livre para recompor-se e para exercer atividades não relacionadas ao trabalho.

As mudanças decorrentes da Revolução da Tecnologia da Informação deram origem a um novo paradigma social: o paradigma da sociedade da informação. Dentre os principais impactos ocasionados por tais mudanças, anota-se a transformação da economia e do mercado, que, por conse-

quência, impactaram na forma de organização e nos processos produtivos relacionados às empresas e ao trabalho. O teletrabalho foi concebido em meio a esse período da história, visando atender às demandas do novo mercado.

O presente estudo objetiva discutir os requisitos caracterizadores do teletrabalho com o advento da Reforma Trabalhista. Assim, busca-se compreender aspectos gerais inerentes a essa nova forma de organização do trabalho, como conceito, características e modalidades.

1 A ECONOMIA INFORMACIONAL: O NOVO MERCADO E A REORGANIZAÇÃO DA EMPRESA

A difusão da tecnologia de processamento e armazenagem da informação permitiu a conexão entre computadores sem limitação espacial. Além de modificar as concepções de espaço e de tempo, geraram efeitos na economia (GIANNASE, 1999).

Quanto aos efeitos da informatização, da automatização e da globalização na economia, Alexandre Belmonte (2007) ressalta o aumento da capacidade produtiva e a respectiva diminuição do custo dessa produção, a diminuição de preços referentes a serviços e produtos, um aumento da circulação do capital, a minimização ou eliminação das fronteiras espaciais, o enfraquecimento do Estado Nacional diante das empresas multinacionais e transnacionais, bem como a dificuldade em implementar os direitos sociais.

Benkler (2006) atribui a dois movimentos a origem do sistema que denomina de **Networked Information Economy** (Economia Informacional em Rede, em tradução livre). Primeiro, o surgimento de uma economia centrada na informação (serviços financeiros, contabilidade, **software** e ciência), produção cultural (filmes e música) e manipulação de símbolos. E em segundo, a mudança para um ambiente de comunicação desenvolvido sobre processadores de baixo custo e alta capacidade computacional, interconectados a uma rede (internet).

Essa comunicação de baixo custo e o desenvolvimento das tecnologias e processamento da informação possibilitaram aos indivíduos criar e trocar informações, conhecimento e cultura de modo cooperativo, recíproco e partilhado. Desse modo, tornam-se mais atraentes e eficazes

os modelos de produção não-proprietários. Foi criada a possibilidade de desenvolvimento de colaborações sustentáveis e compartilhamento de recursos baseado em **commons**, diferente dos tradicionais arranjos baseados na propriedade. Isso ocasionou a descentralização da produção e o desenvolvimento de novas criações, bem como o **commons based peer production** (BENKLER, 2006).

A economia informacional em rede emergiu a partir da ruptura da barreira de alto custo, característica da organização da produção do modelo industrial. A produção da informação e sua transmissão exigia alto investimento financeiro com equipamentos, como uma impressora mecânica ou uma estação de transmissão, por exemplo. O desenvolvimento das novas tecnologias, bem como seu consequente barateamento, tornou essa produção acessível a todos (BENKLER, 2006).

Surgiu, portanto, uma economia informacional, global e em rede. O termo informacional refere-se ao fato de que a competitividade, nesse novo cenário, decorre diretamente da capacidade de gerar, processar e aplicar a informação com base em conhecimentos. Global designa uma economia mundializada, ou seja, cuja organização do setor produtivo, de consumo e distribuição dá-se mediante uma rede de conexão de atores econômicos em escala global. Em rede, porque remete à rede global de interação entre redes empresariais, que gera a produtividade e a concorrência (CASTELLS, 2016).

A economia torna-se ainda mais virtualizada ou desterritorializada em decorrência da utilização de bancos de dados **online** e outros instrumentos informáticos. Fala-se em tornar-se "ainda mais", porque, como se sabe, o setor de finanças é "uma das atividades mais características da escala da virtualização". Isso ocorre porque a própria moeda, base do setor financeiro, é um objeto virtual em si, facilitando a troca em detrimento de bens mais concretos, como era o caso da terra ou de serviços que eram utilizados como "moeda de troca" (LÉVY, 2001, p. 31-33).

A inserção das tecnologias viabilizou a comunicação instantânea, sem limitações geográficas, dos mercados, das finanças e das cadeias de produção, resultando essa tendência na mundialização da economia. François Chesnais (1996, p. 34) aponta dois movimentos que, conjuntamente, ocasionaram a dita mundialização. O primeiro seria "a mais longa fase de acumulação ininterrupta do capital que o capitalismo conheceu desde

1914"; e o segundo, se trataria das "políticas de liberalização, de privatização, de desregulamentação e de desmantelamento de conquistas sociais e democráticas".

Essa mundialização ou globalização decorre da ausência de limites geográficos. Nesse sentido, Manuel Castells destaca que essa ampliação do alcance da economia não se deu exclusivamente em decorrência das novas tecnologias, mas sim de um conjunto destas com um novo modo de organização.

Um desses fatores organizacionais decorre da especialização dos territórios, que ocasionou a diminuição da arena de produção e o aumento da respectiva área. Ou seja, há uma diminuição do espaço destinado ao processo direito de produção e o respectivo aumento do espaço destinado a outras instâncias da produção, circulação, distribuição e consumo (SANTOS, 2010).

A especialização dos territórios ocasionou a separação, por área geográfica, da produção, implicando concentração do processo produtivo de determinado item em um local onde sua produção é mais vantajosa. Essa vantagem é aferida não só pela disponibilidade de recursos naturais; pelo contrário, dá-se mais em razão de critérios técnicos e sociais, do que ambientais. Surgiu, portanto, uma necessidade de intercâmbio, ou "ampliação da área", com o intuito de circular os objetos do processo produtivo (SANTOS, 2010).

A descentralização do processo produtivo faz com que as suas etapas possam ocorrer cada uma em um local diferente, de forma dissociada e autônoma. A necessidade de "ampliação da área" nada mais é do que a necessidade de complementação ou cooperação entre os diversos lugares, ocasionando circuitos produtivos e fluxos de troca (SANTOS, 2010, p. 17).

A nova economia é marcada por um elevado grau de internacionalização, havendo uma globalização dos produtos, do dinheiro, do crédito, da dívida, do consumo e da informação. Há, portanto, uma homogeneização, a busca por um padrão único. Nesse sentido, Milton Santos (SANTOS, 2010, p. 9) destaca a ideia de uma "mais-valia" em nível global. Essa "mais-valia" seria viabilizada pela produção unificada e pela ação de grandes organizações, que, em decorrência da competitividade, buscam melhorar sua própria capacidade de inovar e produzir, como um meio de

obter maior lucro. Desse modo, "a cada momento, a maior mais-valia está sempre buscando ultrapassar a si mesma".

Um impacto notório das novas tecnologias e da economia globalizada foi a unificação da técnica produtiva. Os sistemas técnicos eram locais ou regionais, diversificados ao redor do globo. Embora pudessem ser similares, normalmente não eram similares ao mesmo tempo (contemporâneos), menos ainda interdependentes uns aos outros. No novo paradigma, contudo, verifica-se que os sistemas técnicos são, de modo geral, os mesmos ao redor do globo. Essa unicidade dá-se em razão da mundialização dos impulsos que recebem os processos técnicos (SANTOS, 2001).

A unicidade técnica, então, decorre do fato de que "as técnicas atuais formam sistema à escala do globo, cada lugar abrigando fragmentos ou peças interdependentes" (SANTOS, 2010, p. 8). Assim, ainda que os diferentes lugares possam apresentar diferentes graus de presença e complexidade, participam da mesma técnica global.

O ciberespaço deu origem a um mercado **online** que não se limita a fronteiras geográficas e em cujos papéis do consumidor, do produtor e do intermediário transformaram-se substancialmente. A facilidade de acesso e a diversidade de ofertas apresentadas ao consumidor dotam o novo mercado de maior transparência diante do mercado clássico. Decorre desta transparência um mercado diferenciado e personalizado, que permite que os produtores se adequem, em tempo real, às evoluções e variedades da demanda dos consumidores (LÉVY, 2001).

Dessa forma, verifica-se o avanço gradual de um mercado financeiro mundial, que, operado mediante redes de computadores, reveste-se de regras diferenciadas para o investimento de capital e para a avaliação de ações e de títulos em geral. Pierre Lévy (2004) evidencia que, nesse ciberespaço, os movimentos da nossa atenção guiam tudo, uma vez que as passagens e retornos a sítios eletrônicos e os movimentos de clique no **mouse** são fatores que definem o marketing que, por sua vez, determina os caminhos que devem ser seguidos pela produção.

Inexiste a necessidade de que os consumidores efetivamente comprem para determinar as especificidades da demanda e orientar a produção e a economia, visto que o simples direcionamento da atenção dos consumidores a determinado bem ou serviço é suficiente para tal desiderato.

Os sistemas que acessamos na internet possuem algoritmos com a capacidade de captar e sistematizar dados. Assim, conseguem captar in-

formações sobre preferências pessoais, relacionamentos, carreiras, hábitos, etc., sistematizando-os em perfis e, por consequência, conhecendo as pessoas e suas predições (HARARI, 2016). Por consequência, a companhia que possuir um maior banco de dados tem a possibilidade de obter predições acuradas e, potencialmente, virá a monopolizar o mercado.

Ou seja, "cada instante de consciência pessoal contribui para dirigir o mercado do mundo" (LÉVY, 2004, p. 182). Isso ocorre em razão da virtualidade reagir mais rápido do que a realidade aos deslocamentos da atenção das pessoas, que passam a comandar a organização no mundo físico, tornando a economia informacional uma "economia da atenção" ou "economia da consciência".

A produção precisou ser remodelada para atender a uma demanda extremamente diversificada, dinâmica e globalizada. Abandonou-se o modelo de produção em massa, caracterizado pela automação e produção padronizada em linhas de montagem, dando lugar ao modelo de produção flexível, que foi desenvolvido para superar a rigidez do modelo anterior e atender às demandas do novo mercado, por meio da adaptação à sua transformação contínua (CASTELLS, 2016).

A internet e as demais tecnologias transformaram a prática empresarial, "em sua relação com fornecedores e compradores, em sua administração, em seu processo de produção e em sua cooperação com outras firmas, em seu financiamento e na avaliação de ações em mercados financeiros" (CASTELLS, 2016, p. 56-57). Originou-se, nesse contexto, a empresa eletrônica, entendida como a empresa cujo local de realização das operações-chave ligadas à administração, financiamento, produção, distribuição, vendas, dentre outros, seja predominantemente a Internet.

Esse tipo de negócio virtual proporciona à empresa, em razão de suas cinco características, "uma capacidade de se desenvolver organicamente com inovação, sistemas de produção e demanda de mercado, mantendo ao mesmo tempo a atenção focada na meta suprema de qualquer negócio: ganhar dinheiro" (CASTELLS, 2003, p. 66). Primeiro, tem-se a escalabilidade, que se refere à possibilidade de incluir em rede quantos componentes forem desejados, em escala global ou local, podendo reduzir-se ou ampliar-se sem que haja custo adicional, porque o sistema produtivo pode ser redefinido facilmente.

Em segundo, tem-se a interatividade, que viabiliza o contato, em tempo real, entre a empresa e seus fornecedores, empregados ou consumidores. A terceira característica refere-se à administração da flexibilidade, ou seja, da possibilidade de manter o controle das atividades ao mesmo tempo que se expande o seu alcance e se diversifica sua composição, conforme a necessidade (CASTELLS, 2003, p. 66).

O uso de marca é outra possibilidade, que tem notória importância, por se tratar de "um símbolo de capacidade reconhecida de criação de valor" em um universo onde os projetos empresariais são fruto de um esforço multilateral. Por fim, a customização, que se destina a atender a uma demanda de mercado individualizada e diversificada, adaptando a produção à vontade do consumidor (CASTELLS, 2003, p. 66-67).

A empresa eletrônica, ou virtual, em oposição à empresa tradicional, tende a substituir a presença física dos empregados, em horários determinados, para inseri-los em uma rede ou redes de comunicação eletrônica e de instrumentos e programas que viabilizem essa relação. Desse modo, o centro produtivo deixa de ser um espaço físico para ser um processo de organização, não se podendo precisar sua localização geográfica, cuja importância perece nesse contexto, sendo seus elementos nômades e dispersos (LÉVY, 2001).

Essa nova configuração da empresa visa atender a uma demanda de mercado extremamente diversificada e imprevisível, buscando garantir a inovação e o atingimento do ótimo produtivo decorrente de uma produção acelerada, flexível, barata e planejada, fazendo emergir a necessidade de um trabalho intelectual capaz de prever a demanda de mercado e coordenar a produção nessa direção (JARDIM, 2003).

A organização das empresas tornou-se, outrossim, mais flexibilizada e especializada, adotando a forma de empresa em rede, ou empresa-rede. Essa reformulação da empresa pode ser entendida como "uma nova forma de organizar e de gerenciar essas hierarquias, bem comode maximizar as possibilidades de 'internalizar' as 'externalidades' (isto é, as vantagens externas, no sentido de Alfred Marshall), proporcionadas pelo funcionamento da rede" (CHESNAIS, 1996, p. 109).

Com o objetivo de adaptar-se à imprevisibilidade do mercado diante das novas tecnologias, as redes tornam-se o componente fundamental das

organizações. A capacidade de expandir-se geograficamente e o poder de permitir a circulação de informação viabilizado pelas novas tecnologias são características das redes que representam fator chave para o funcionamento de um modelo flexível e adaptável (CASTELLS, 2016).

As empresas organizadas a partir do princípio de integração vertical e da divisão social e técnica de trabalho, características do Fordismo, que buscavam o aumento da produtividade com base em um processo mecanizado de produção padronizada, em massa, tornaram-se obsoletas diante das características da nova economia (CASTELLS, 2016).

A empresa verticalizada, cujo trabalho era organizado hierarquicamente, poderia ser representada por uma pirâmide – os cargos mais altos representando o topo, ocupado por poucas pessoas; e os cargos mais baixos representando a base, ocupado por um contingente maior de pessoas. Na economia informacional, contudo, a empresa não se apresenta dessa forma, poderia ser representada como um cérebro, englobando suas sinapses e neurônios, ou uma rede tridimensional, desvinculada do tempo e do espaço (MASI, 2003).

Destarte, tem-se que o paradigma da Sociedade da Informação deu origem a uma economia global, em rede e informacional, transformando o mercado em uma versão mais dinâmica, diversificada e transparente. Por consequência, foi necessária uma reestruturação organizacional das empresas com vistas a garantir uma produção mais célere e flexível.

2 REFORMA TRABALHISTA: ASPECTOS GERAIS

O ano 2017 certamente será um marco histórico nas relações de trabalho e na proteção do trabalhador. A realidade socioeconômica e política brasileira desenhou um cenário no qual as discussões acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas e da transferência da tutela do Estado para as partes envolvidas nestas relações, bem como para os sindicatos, se concretizaram de forma rápida e alheia aos princípios democráticos.

A reforma trabalhista na forma do Projeto de Lei 38, de 2017, sob o argumento de gerar empregos e deixar o país mais competitivo, fora aprovada "a toque de caixa", graças a "acordos" firmados entre o chefe do Executivo e representantes do Poder Legislativo. Infelizmente, o diálogo com a sociedade e a classe trabalhadora foi preterido sob o pretexto da

"necessidade urgente de modernizar a legislação trabalhista e gerar empregos" (TEIXEIRA, 2018, p. 27).

Assim, a Lei 13.467/2017, publicada no Diário Oficial de 14.07.2017, entrou em vigor no dia 11.11.2017, promovendo alterações em mais de 100 artigos da CLT. Marcada por um processo legislativo polêmico, tem gerado entendimentos diversos e controvertidos no que tange à lesão aos direitos trabalhistas, precarização das relações de trabalho, fragilização dos sindicatos e, por que não dizer, deterioração das condições de vida e saúde do trabalhador. Por sua vez, o período de *vacatio legis* restou insuficiente para que magistrados, doutrinadores, operadores do direito, entidades associativas, sindicatos e, mesmo, as empresas firmassem um entendimento acerca de sua aplicabilidade e da própria constitucionalidade da lei (BARBA FILHO, 2018).

A reforma trabalhista tem impacto nas relações de trabalho e na vida do trabalhador como um todo. De um modo geral, a Lei 13.467/2017 engendrou profundas alterações nas relações de trabalho, com impactos na saúde do trabalhador, cujas consequências poderão ser identificadas num lapso temporal não muito longo. A descaracterização da jornada de trabalho como norma de higiene e segurança do trabalho pode ser considerada um dos pontos críticos e, por que não dizer, um grande equívoco da reforma.

2.1 REFLEXOS DA REFORMA SOBRE OS DIREITOS TRABALHISTAS

Apesar de todas as alterações promovidas pela reforma trabalhista, é possível afirmar com segurança que estes princípios negociais coletivos não foram afetados pela lei alteradora.

A Reforma faz uma opção decisiva em favor da autonomia privada ao dispor no caput do art. 611-A, introduzido na CLT, que o negociado coletivamente prepondera sobre a lei quando dispuser sobre os diversos temas que dispõe em seus 15 incisos, além de assinalar que o rol seria puramente exemplificativo.

Ainda que se possa questionar a técnica legislativa de fixar um rol puramente exemplificativo, consignando no caput uma tessitura muito mais aberta ao aludir a "entre outros", o que se verifica é que esse dispositivo

marca um momento decisivo de passagem da predominância do caráter imperativo das regras de direito material do trabalho para um viés muito mais dispositivo, ao menos sob o prisma da negociação coletiva.

Após a reforma trabalhista, e especialmente conjugando-se tanto o disposto no art. 611-A quanto a alteração do critério de relação entre acordos coletivos e convenções coletivas, já não é mais possível se entender que permanece essa construção "dinâmica", em que o intérprete estaria sempre aplicando ao caso concreto a norma que entendesse mais favorável porque o caráter derrogatório da norma convencional é expresso na CLT. E se isso já não se extraísse da literalidade do caput, o § 2º incluído no mesmo artigo torna essa conclusão ainda mais evidente: "§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico" (BRASIL, 1943).

Privilegia-se, assim, uma modalidade de flexibilização de regras trabalhistas que podem ser tanto criadoras de direitos para muito além das previsões legais, mas que pode ser igualmente vista como prejudicial ao trabalhador, dependendo de seu conteúdo e da avaliação do intérprete, sem que isso, contudo, implique qualquer ilícito ou invalidade da negociação.

Se por um lado, essa alteração rompe efetivamente com um entendimento doutrinário e jurisprudencial que, embora majoritário, vinha apresentando crescente tendência à moderação e flexibilização, por outro não se pode afirmar que é anacrônico sistematicamente ou írrito frente à estrutura normativa consolidada (ASSIS, 2017).

O que muda com a introdução dos arts. 611-A e 611-B é o ponto de equilíbrio nesta relação. Enquanto pela interpretação dominante até então vigente a balança se inclinava em favor da fonte heterônoma, que condicionava a validade das fontes autônomas à necessária implantação de "padrões setoriais" superiores e exigia que, mesmo em tais casos, a transação incidisse apenas sobre parcelas de indisponibilidade relativa, a Reforma amplia de forma categórica quais parcelas devem ser consideradas disponíveis, limitando em seu art. 611-B quais dispositivos se consideram indisponíveis em caráter absoluto. Este fator consagra o regime dispositivo, além de retirarem a necessidade de uma setorização necessariamente mais benéfica, até mesmo porque nem sempre a interpretação e apreensão

do que é precisamente mais benéfico pode ser facilmente constatada em qualquer situação de escassez de recursos.

Não se trata nesse caso de se fazer uma defesa a um suposto "direito a reduzir direitos", até mesmo porque isso seria uma visão tacanha do próprio papel que a negociação coletiva tem representado no direito brasileiro. Não são poucos os direitos trabalhistas que são rotineiramente concedidos em todo o território brasileiro não por força de imposição legal, mas livre negociação entre as partes: vale-refeição, cestas básicas, participação em lucros e resultados, treinamentos e cursos de aperfeiçoamento profissional, abonos, custeio de escola e creche, seguro de vida, plano de saúde, plano odontológico, fora os diversos acréscimos a direitos legalmente constituídos, como adicionais superiores aos previstos legalmente ou reconhecimento de dias de repouso e feriados que não são assim considerados *ex lege*.

O que a Reforma constata neste ponto é que todos esses direitos e vantagens não existem de forma isolada nem alheia ao mundo real e às limitações econômicas a que todos os sujeitos de direito estão submetidos, e que não apenas o engessamento jurídico, mas como a miopia de se examinar cada direito de forma compartimentalizada e isolada do todo em que se insere, invariavelmente, se traduz em prejuízo à atividade econômica – obstáculo ao desenvolvimento do empreendimento e sua capacidade de resposta e adaptação a um ambiente econômico e comercial e, sobretudo, que todos estes prejuízos e limitações de forma nenhuma se revertem em benefícios efetivos aos trabalhadores envolvidos. Pelo contrário, alimentam desemprego e a rotatividade dos trabalhadores dentro da atividade econômica, eis que incentivam e praticamente impõem a necessidade periódica de extinção de antigas relações contratuais e início de novas relações de emprego que não estejam sobrecarregadas por condições contratuais ou convencionais supostamente inalteráveis.

Embora, em tese, tudo aquilo que não seja expressamente proibido seja permitido, nas relações privadas, o legislador da reforma manifestou, como visto em outros dispositivos, uma nítida desconfiança com relação à aplicação das alterações promovidas pelo Poder Judiciário, razão pela qual, por vezes, se tornou redundante e, por vezes, com a nítida intenção de evitar interpretação diversa.

Antes da reforma, os acordos e as convenções coletivas de trabalho, além de respeitar o patamar mínimo garantido legalmente, visavam favorecer o trabalhador no sentido de conceder benefícios não previstos em lei. Assim, o negociado estava subordinado ao legislado. A Lei 13.467/2017 inverteu este entendimento ao estabelecer em seu art. 611-A a prevalência da negociação sobre legislado em questões relacionadas à jornada de trabalho, banco de horas, intervalo de intrajornada, adesão ao seguro-desemprego, plano de cargos e salários, regulamento da empresa, representação dos trabalhadores, teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente, remuneração por produtividade, registro de jornada de trabalho, permuta de feriados, enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, incentivos e participação nos lucros. Nota-se que as negociações envolvem uma gama de fatores que interferem direta e indiretamente na segurança e saúde do trabalhador.

Embora a nova lei tenha trazido óbices à negociação de alguns direitos conforme previsão do art. 611-B, quando o assunto é negociação, faz-se necessário considerar as condições socioeconômicas e culturais dos trabalhadores brasileiros, agravadas num cenário de crise política e econômica, que fragiliza o trabalhador e gera insegurança de diversas ordens (ASSIS, 2017). Nestas condições, e tomado pelo medo do desemprego, o trabalhador poderá abrir mão de sua dignidade, tornando-se mais individualista e propenso a "aceitar" desenvolver atividades em condições prejudiciais à sua saúde para manter-se empregado. Melhor dizendo, a preocupação maior do trabalhador tenderá a voltar-se para a manutenção do emprego e para o atendimento de condições básicas de subsistência em detrimento de questões estruturais político-econômicas que afetam a sua vida como um todo, comprometendo suas condições de negociação.

3 TELETRABALHO

Teletrabalho é apenas um nome diferente para coisa antiga conhecida por trabalho em domicílio ou, mais apropriadamente, trabalho à distância. O termo já era usado na década de 70, por conta do telégrafo (BARBA FILHO, 2018).

O teletrabalho teve início na década de 1970, ocasião em que os escritórios satélites eram conectados aos *mainframes* centrais, fazendo uso de

linhas telefônicas. Pouco a pouco, os custos foram reduzidos, o desempenho e a usabilidade dos computadores de uso pessoal aumentaram e observou-se que muitas pessoas mudaram seus escritórios para suas residências. No começo da década de 1980, foi possível que filiais e trabalhadores domésticos se conectassem a *mainframes* de organizações valendo-se de computadores individuais e emuladores de terminal. Atualmente, o teletrabalho conta com muitas outras facilidades, pois existe uma diversidade de ferramentas a exemplo da tecnologia de voz sobre IP (VOIP), possibilidade da realização de videoconferências, redes privadas e call center virtuais e, especialmente, em razão da melhor qualidade e substancial redução dos custos dos computadores portáteis. Isto agregou eficiência às empresas, pois viabilizou a comunicação dos trabalhadores por longas distâncias, gerando economia de tempo e também de custo, em razão de ter tornado possível que o número de viagens fosse reduzido. À medida que as conexões de Internet foram se popularizando e passaram a apresentar maior qualidade, o empregado pode se valer dessas ferramentas e vincular sua residência à intranet corporativa ou às redes de telefonias internas (RIBEIRO, 2018).

O toyotismo, assentado na ideia do mínimo desperdício e na figura do trabalhador multitarefas, contrapondo-se à produção em massa e concentrada do fordismo, elevou a inspiração desse modelo. A realidade socioeconômica não pode ser ignorada. Deve-se entender por teletrabalho o trabalho realizado em domicílio, em *home office* ou em *anywhere office*, fora das dependências e do controle de horários pelo empregador, que tenha por método de execução o uso de tecnologias de informação e de comunicação (RIBEIRO, 2018).

O trabalho em domicílio esteve previsto na CLT, art. 6º, já por muitas décadas. Em recente alteração legislativa (Lei 12.551/2011), foi incluída a figura do trabalho à distância (não necessariamente em domicílio) e fixada disposição expressa de que os meios telemáticos de comando, controle e supervisão não descaracterizam a relação de subordinação típica do contrato de trabalho por conta alheia (art. 6º, parágrafo único). Ressalte-se que subordinação jurídica não é o mesmo que controle na jornada ou frequência do trabalho.

O teletrabalho poderá ser ótima opção para ambos os sujeitos do contrato de trabalho, compreendendo, de parte a parte, vantagens com

custos, economia, praticidade e maior excelência nos resultados obtidos, muito embora perca, notoriamente, a interoperabilidade da equipe de trabalho que costuma aprender e se desenvolver em conjunto e, em muitos casos, é possível que as chances que o trabalhador possui de ascender profissionalmente sejam reduzidas. Porém, para certas atividades de trabalho mais isolado, exclusivista ou mecânico, o regime deverá ser mais utilizado.

A forma mais comum do teletrabalho é o realizado em domicílio do empregado, mas também pode ficar caracterizado pela lotação em telecentros remotos de outras estruturas empresariais diversas do empregador. O trabalhador poderá trabalhar conectado (*online*) ou desconectado (*off line*), mas o trabalho estará associado ao uso de tecnologias de informação e de comunicação, utilizadas no controle e na prestação de contas do trabalho, sem nenhum comprometimento do conceito de subordinação (CLT, art. 6º, parágrafo único) (RIBEIRO, 2018).

O novo capítulo criado pelo legislador (a partir do art. 75-A) pode representar algum incentivo mais ostensivo para o empresário, mas está repleto de peculiaridades que poderão causar muitos problemas. O texto legal é muito ruim, a começar do art. 75-A ao afirmar que o regime de teletrabalho observará o disposto neste capítulo, deslembrando que há outras disposições igualmente aplicáveis fora desse mesmo capítulo. A previsão de que o teletrabalho se configurará pelo trabalho "preponderantemente" fora das dependências da empresa atormentará a pauta dos Tribunais para definir como irá se decodificar o adjetivo, gerando muitos anos com alguma insegurança jurídica.

O legislador bem que poderia ter dado desde logo uma fórmula definida, digamos de 60% do tempo de trabalho à distância. Não só deixou de ser claro quanto a isso, como ainda preferiu fazer uma confusão ao implantar a ideia de que o teletrabalho não seria trabalho externo. Esse é um erro, porque como já se disse em nota ao art. 62, III, o trabalho externo é o que se realiza fora do controle assistido do empregador, e não exatamente fora das dependências físicas do empregador (RIBEIRO, 2018).

Conquanto tenha o legislador feito alusão ao "contrato individual de trabalho" (no caput) e "mútuo acordo" (no § 1º), como expressão de vontades pactuadas, não conseguiu vencer a realidade natural de que o contrato de trabalho materializa uma forte injunção da vontade de quem contrata e reconheceu, já no § 2º do art. 75-C, que o empregador pode

"determinar" a transmudação do trabalho à distância para trabalho presencial. A redação do art. 75-C, § 2º, expressa uma clara impropriedade jurídica ao afirmar a vontade unilateral do empregador na transmudação do regime à distância para o presencial, que se materializaria por "aditivo contratual" (BRASIL, 2011).

Para a prevalência da vontade de apenas uma das partes não há que se falar em aditivo contratual, mas em mera notificação de ordem expressa, com imposição unilateral. O que era contrato e acordo de vontades de ambas as partes se desmorona pela vontade unilateral do empregador. A verdade é que quem contrata é que tem a demanda de mão de obra e, naturalmente, direciona as condições para a realidade que irá lhe atender. Apesar disso, ficou claro que essa contratação não admite um contrato coletivo de trabalho, mas um ajuste individual resolvendo, caso a caso, as singularidades (RIBEIRO, 2018).

As formalidades impostas às relações do trabalho são, em regra, baixadas como critério de proteção ao trabalhador e assim precisam ser consideradas. O desatendimento da formalidade legal obriga que se adote solução em benefício de quem a formalidade foi instituída, não em seu prejuízo. No caso de teletrabalho, a ausência de contrato escrito instituindo o sistema, impossibilita que seja como tal reconhecido para todas as consequências que possam prejudicar o trabalhador (RIBEIRO, 2018).

3.1 OS REQUISITOS CARACTERIZADORES DO TELETRABALHO COM O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

A circunstância de um determinado trabalhador prestar serviços eventualmente em domicílio ou mediante mecanismos de tecnologia de informação por si só não basta para caracterizar um teletrabalhador (por exemplo, um empregado que estivesse em viagem eventual a serviço da empresa).

A lógica a contrário sensu é a mesma com relação ao trabalhador que, embora contratado para teletrabalho, eventualmente compareça na empresa para executar alguma atividade específica que exija sua presença pessoal na empresa para executar alguma atividade específica que exija sua presença pessoal.

A justificativa para a exigência de formalização do contrato é que as condições desta modalidade de contrato laboral efetivamente são *sui generis* em razão da natureza mais rarefeita da subordinação e da direção das atividades do trabalhador por parte do empregador.

Não há dúvida de que, do ponto de vista da caracterização do vínculo empregatício, a circunstância de o trabalho ser realizado fora do estabelecimento do empregador não constitui qualquer impeditivo. Aliás, essa é a característica precípua de todo o empregado externo, e isso jamais constituiu impeditivo para que se caracterizasse o vínculo de emprego em tais hipóteses.

O § 1º do art. 75-C, ao seu turno, estabelecendo a possibilidade de alteração do regime de trabalho mediante mútuo acordo entre as partes não traz maiores desafios. Neste caso, a modificação de regime pode atender aos interesses de ambas as partes, não havendo qualquer elemento que permita considerar que uma pactuação poderia implicar em alteração prejudicial ao trabalhador.

Já a modificação trazida pelo § 2º gera mais polêmica quando dispõe sobre uma hipótese para o exercício do *ius postulandi* que afeta de forma direta o contrato de trabalho pactuado.

Não obstante se compreenda que a ideia de que isso ocorre em razão do reflexo do direito do empregador de conduzir seu negócio e do fato de que as circunstâncias do mercado possam ensejar a necessidade de os empregados trabalharem de forma presencial, e não na forma remota, mesmo assim há uma manifesta ruptura daquilo que se acordou inicialmente com o trabalhador, motivo pelo qual a imposição unilateral dessa modificação, mesmo que sujeita a um aviso prévio de 15 dias, deveria, ao menos, conferir ao empregado a oportunidade de considerar extinto o contrato de trabalho, sem justa causa, tendo em vista a violação de termo pactuado na contratação (BARBA FILHO, 2018).

3.2 CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO

Há que se abordar também sobre a jornada de trabalho e o direito à desconexão. O descanso é essencial para a saúde do trabalhador, por ser neste período que o empregado recompõe sua higidez psicofísica. O aumento da jornada de trabalho, bem como a existência de contatos

constantes entre trabalhadores e empregadores, durante os períodos de descanso prejudica o restabelecimento psicofísico do trabalhador e, por consequência, afetam sua saúde.

Assim, o direito à desconexão relaciona-se a esses direitos fundamentais, na medida em que a limitação de jornada e o gozo do repouso demonstram, segundo Oliveira (2010), a maior preocupação com o trabalhador ou, melhor dizendo, com sua incolumidade física e psíquica e com o restabelecimento de suas energias.

O trabalho excessivo, por certo, causa prejuízos à saúde e à vida do trabalhador, comprometendo o tempo que se destinaria ao descanso, bem como a realização de atividades de natureza não atrelada ao labor, como sociais e familiares, por exemplo. Christian Mañas (2005, p. 126) pontua, ademais, que o trabalho nos períodos determinados de repouso "contribui para a dissolução da sociedade e a estabilidade do indivíduo; também repercute sobre a produção, a economia, a criminalidade etc.".

Essa preocupação com a efetividade do direito ao descanso, que sempre foi latente, como já demonstrado, restou ampliada em face da inserção das tecnologias nas relações laborais. As tecnologias viabilizaram uma extensão do ambiente de trabalho ao domicílio do trabalhador, fazendo com que estes estejam permanentemente atrelados à ingerência, pedidos ou contatos vindos do empregador, seja ele pessoa física ou, mesmo, um empreendimento empresarial (OLIVEIRA, 2010).

Assim sendo, o simples fato de possuir um aparelho de telefonia móvel pode significar uma vinculação permanente com o trabalho, visto que o teletrabalhador fica disponível, esteja onde estiver, para o empregador, quer por meio de ligações, de aplicativos de bate papo ou do e-mail convencional. Em razão dessa extensão do ambiente laboral, emergiu a discussão ainda mais relevante quanto ao direito ao não trabalho, ou seja, à desconexão do trabalhador das atividades inerentes ao exercício laboral, nos momentos de descanso.

A questão atinente ao direito à desconexão, embora esteja relacionada diretamente aos avanços tecnológicos, não se resume unicamente a esses. Deve ser pensado o direito à desconexão, portanto, não somente pela conexão estabelecida entre trabalhador e trabalho por meio de instrumentos tecnológicos, mas por qualquer outro meio que o impeça de usufruir plenamente do seu direito ao repouso.

Um trabalhador que permanece em casa, no tempo destinado ao seu repouso, elaborando relatórios financeiros, projetos ou executando atividades inerentes ao exercício do labor, por exemplo, tem negado o seu direito à desconexão, mesmo sem que esteja conectado por meio de aparelhos tecnológicos.

Almeida e Colnago (2016) assinalam que o direito à desconexão relaciona-se intrinsecamente aos direitos fundamentais referentes às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, aliado ao direito de ter a jornada de trabalho limitada, direito ao descanso, férias, proteção contra doenças e acidentes laborais e o direito à intimidade e à vida privada.

O trabalhador que cumpre exaustivas jornadas de trabalho está mais suscetível a incorrer em acidentes relacionados ao labor. Embora os acidentes de trabalho tenham múltiplas causas, a submissão do trabalhador a extensas jornadas de trabalho parece ser uma das causas mais relevantes.

Isso se dá, segundo Dellagrave Neto (2014), em razão da fadiga e do estresse ocupacional que decorre do labor excessivo. Fala-se, inclusive, em síndrome de burnout, moléstia que decorre da ausência de óbices à conexão estabelecida entre empregados e empresa, hipótese em que restam completamente esgotados, sem energia para realizar adequadamente quaisquer atividades.

O direito ao repouso adequado, portanto, possui incidência direta na garantia da saúde do trabalhador, bem como na segurança do ambiente de trabalho, minimizando os riscos inerentes a este e assegurando um ambiente propício ao regulamentar o desenvolvimento das atividades, sem que haja qualquer comprometimento da higidez psicofísica do trabalhador.

Dito isto, o direito à desconexão possui fundamento, também, no direito à mitigação dos riscos relacionados ao trabalho, por meio da adoção de normas de saúde, higiene e segurança, visto que, somente com a desconexão efetiva, o trabalhador pode obter períodos de repouso efetivos e, por conseguinte, restabelecer-se do cansaço decorrente das atividades laborais. Desse modo, tanto terá resguardada a sua saúde, como terá assegurada sua segurança mediante a redução da possibilidade de acidentes de trabalho decorrentes do cansaço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet remodelou o processo comunicativo, praticamente eliminando limitações geográficas e temporais, viabilizando a comunicação mundializada e instantânea. Por esse motivo, passou a figurar no centro estrutural da economia, dos processos sociais, políticos e culturais. Emergiu, nesse contexto, uma cibercultura, marcada pela universalidade e pelas tecnologias digitais inseridas no cotidiano e vivência das pessoas.

Dentre as transformações inerentes a esse contexto histórico, pode-se ressaltar a tendência geral de virtualização – da economia, das organizações e do próprio trabalho, que passou a poder ser realizado à distância, por meio dos instrumentos tecnológicos. Essa tendência ocasiona o desprendimento do espaço geográfico ordinário e da temporalidade do relógio, modificando fundamentalmente as concepções de espaço e de tempo.

A economia industrial deu lugar à economia informacional, global e em rede. A atividade produtiva precisou ser reestruturada para atender à demanda de mercado extremamente diversificada e dinâmica, adotando formas mais flexíveis e objetivando o aumento da eficiência da produção e a diminuição dos respectivos custos. Em decorrência das necessidades atreladas ao novo mercado e da inserção das tecnologias no processo produtivo, a prática empresarial foi modificada. A organização das empresas voltou-se para a flexibilização e para a especialização das funções, assim como para a descentralização do processo produtivo. O objetivo era de adaptar a produção às condições da economia informacional e viabilizar a competitividade.

Por consequência, o trabalho também foi remodelado, observando-se a preponderância do setor de serviços e do trabalho intelectual, assim como uma tendência à flexibilização dos processos de trabalho, das formas de contratação e de remuneração. Houve uma ressignificação do local e do tempo de trabalho, sendo adotadas jornadas de trabalho mais maleáveis e adaptáveis e, por meio do uso das TICs, possibilitado o exercício das atividades laborais sem a necessária presença física do trabalhador no ambiente de trabalho.

Foi visto neste estudo que o teletrabalho apresenta vantagens e desvantagens para o trabalhador, para as empresas e para a sociedade. De modo geral, observa-se que, caso não seja desvirtuado o sentido do te-

letrabalho e, se implantado com a devida cautela e mínima observância dos padrões aconselhados, essa modalidade de trabalho tende a mostrar-se benéfica para as partes integrantes da relação laboral e a impactar positivamente a sociedade.

Quanto à natureza jurídica, observou-se que o teletrabalho pode ser prestado com ou sem subordinação, por conta alheia ou por conta própria. Ou seja, pode ser autônomo ou subordinado. Para o enquadramento dos teletrabalhadores enquanto empregados, necessário se faz avaliar, de acordo com o caso concreto, a presença dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício mencionados anteriormente. Assim, se verificada a existência de subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade, a relação entre teletrabalhador e empregador deve ser reconhecida como uma relação de subordinação e, por consequência, o teletrabalhador fará jus aos direitos decorrentes do vínculo empregatício.

Até recentemente, a única menção legislativa ao teletrabalho vigente no ordenamento jurídico brasileiro decorre da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou o artigo 6º, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Esse dispositivo, que entende-se ser aplicável ao teletrabalho, equipara, para fins de subordinação jurídica, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho.

A reforma trabalhista recentemente aprovada trouxe algumas inovações quanto ao teletrabalho, excluindo esta categoria do regime de duração de trabalho previsto na CLT, exigindo a modalidade escrita de contrato de trabalho para o implemento do teletrabalho, expressando garantias quanto ao cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, dentre outros.

Conclui-se que, para o enquadramento dos teletrabalhadores enquanto empregados, necessário se faz avaliar, de acordo com o caso concreto, a presença dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício mencionados anteriormente. Os requisitos para o trabalho à distância, de que é espécie o teletrabalho, são os mesmos exigidos para o trabalho prestado nas dependências do empregador, conforme se extrai da redação do **caput** do artigo 6º, da CLT.

Além dos requisitos expressos na lei, ainda podem ser citados outros fatores que caracterizam o vínculo empregatício na relação de teletrabalho,

ainda que não sejam imprescindíveis para o enquadramento como relação de emprego. O primeiro é a integração do teletrabalhador na atividade econômica do tomador de serviços, pela execução de tarefas vinculadas às atividades-fim da empresa que representam papel vital na consecução dos fins econômicos.

Outro seria a propriedade dos equipamentos que viabilizam o teletrabalho – quando pertencentes ao empregador evidenciam o caráter de dependência econômica do teletrabalhador com relação à empresa; quando pertencentes ao trabalhador não evidenciam, por si, uma relação de autonomia. Além disso, pode ser analisada, também, a responsabilidade por riscos e custos do teletrabalho, tais como aquisição de equipamentos, manutenção, conta de telefone, energia elétrica, etc. Do mesmo modo da propriedade dos equipamentos, se forem de responsabilidade da empresa, evidenciam a subordinação, porém se forem de responsabilidade do trabalhador, não implicam necessariamente em autonomia.

Enfim, diante do exposto, percebe-se que o tema demanda um estudo mais aprofundado, tendo em vista existir um grande campo para suscitar questionamentos judiciais, especialmente no que tange à jornada de trabalho em regime de teletrabalho. Os reais efeitos, benefícios e danos aos direitos e saúde do trabalhador só o tempo poderá revelar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Favilla; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 169, n. 42, p. 113-126, mai./jun. 2016.

ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas de. A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, ano V, n. 9, out., 2017.

BARBA FILHO, Roberto Dala. **Reforma Trabalhista & Direito Material do Trabalho.** Curitiba: Juruá Editora, 2018.

BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. **Revista de direito do trabalho.** São Paulo, v. 33, n. 127, p. 13-27, jul./set. 2007.

BENKLER, Yochai. **The wealth of networks:** how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del5452 compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital.** Trad. Silvana FinxiFoá. São Paulo: Xamã, 1996.

DALLAGRAVE NETO, José Affonso. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 33, p. 8-27, set. 2014.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus:** uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades.** São Paulo: Ltr, 2003.

LÉVY, Pierre. **A conexão planetária:** o mercado, o ciberespaço, a consciência. São Paulo: 34, 2001.

_____. O ciberespaço e a economia da atenção. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede.** Porto Alegre: Sulina, p. 174-188, 2004.

MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e trabalho**: a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: LTr, 2005.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho:** fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

RIBEIRO, Rafael E. Pugliese. **Reforma Trabalhista Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

SANTOS, Adelson Silva. **Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Milton A. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

TEIXEIRA, Maria Alaíde Bruno. **Saúde do trabalhador na reforma trabalhista**: proteção e produtividade – teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2018.

O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Tricia Bogossian

INTRODUÇÃO

Antecedente aos problemas da noção de subordinação jurídica situa-se o cenário atual de crise do Direito do Trabalho. Os últimos 30 anos foram conturbados para o juslaboralismo, especialmente pelo retorno robusto do velho liberalismo e pela força simbólica das novas formas de trabalho e suas dinâmicas de autonomia. O então Direito do Trabalho indiscutivelmente protecionista teve de assimilar a flexibilidade, seja por cumprimento da reforma trabalhista ou pela observância da doutrina atual, seja pela aceitação de práticas mais flexíveis pela jurisprudência.

Estas mudanças nos sistemas produtivos suscitaram um contexto de discussões no direito, principalmente a partir daquilo que se chama de novas formas de trabalho. As novas formas de trabalho são justamente taxadas por "novas" pelo seu descompasso com a "antiga" forma de trabalho – o empregado clássico fordista sob intensa direção e fiscalização –, outrora bem normalizada pelo velho Direito do Trabalho. Cuida-se de uma reengenharia jurídica oriunda da reengenharia produtiva que interfere no mercado de trabalho brasileiro, o qual já era caracterizado pela informalidade, ilegalidade e desemprego.

As mudanças no mundo do trabalho, resumidas na ideia de pós-fordismo[27], ensejam alterações profundas nos contratos de trabalho, pois

27 Por pós-fordismo entende-se o padrão produtivo flexível, descentralizado e cooptador,

pretendem aviltar as relações de trabalho e as conquistas sociais obtidas no contexto do sindicalismo forte e do Estado do Bem-Estar-Social. Para tanto, forjam um ataque ao contrato de trabalho[28]. Não há vínculo trabalhista.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, o presente estudo objetiva discutir o trabalho em plataformas digitais. Trata-se de um tema relevante, atual e de interesse da sociedade, pois, nos dias de hoje, cada vez mais a flexibilidade se impõe dando origem a novos formatos de postos de trabalho. O tema é amplamente discutido, e embora alguns doutrinadores defendam a flexibilização como alternativa ao desemprego, a grande maioria vislumbra uma crescente precarização das relações e direitos trabalhistas.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, como metodologia, optou-se pela pesquisa bibliográfica realizada em legislações, doutrinas, artigos e outras pesquisas acadêmicas que agregaram conhecimento ao tema em análise.

1 AS RELAÇÕES DE TRABALHO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O trabalho está na base da estrutura social, sendo fator determinante para várias questões da vida humana. Por essa razão, os impactos decorrentes das transformações impostas pelo paradigma tecnológico refletem substancialmente na forma como é exercido o trabalho, assim como em sua organização, que permanece em constante transformação.

Zygmunt Bauman (2008, p. 42-43) refere-se ao período contemporâneo, da Sociedade da Informação, como "modernidade líquida". Esse período resultou da passagem de uma "sociedade sólida" para uma "sociedade líquida", ou fluida. O termo "líquido", para o autor, remete à

bem ilustrado no modelo de trabalho da Toyota.

28 O ataque no contrato de trabalho é forjado em três sentidos: "[...] no interno, levando à flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores; no externo, retirando a proteção ou regulamentação da relação de trabalho, através da precarização; no misto, expulsando seus trabalhadores do quadro da empresa para relocá-los em empresas prestadoras de serviço, mediante a terceirização ou pelo fenômeno que ficou conhecido como uberização das relações de trabalho em que os indivíduos desenvolvem seus serviços em plataformas digitais como autônomos ou parceiros" (OLIVEIRA, 2009, p. 43).

ideia de fluidez, ou seja, a sociedade líquida, assim como os variados aspectos da modernidade líquida, não consegue manter-se em formas estáveis durante muito tempo, permanecendo em contínua mutação. Tem-se, dessa forma, uma sociedade extremamente fluida e flexível.

Caracterizada por desejos instáveis e necessidades insaciáveis, a sociedade líquida não se compatibiliza com o planejamento e armazenamento a longo prazo. Os bens tendem a perder o seu valor com uma maior velocidade, tornando-se obsoletos, e os desejos dos consumidores tendem a modificar-se continuamente (BAUMAN, 2008).

No contexto das tendências dessa sociedade líquida, houve uma "recomodificação" do trabalho, para adaptar-se às tendências da nova sociedade. As empresas passaram a buscar empregados "flutuantes", ou flexíveis, sem vínculos emocionais e capazes de adaptar suas inclinações, reajustando-se a novas prioridades (BAUMAN, 2008, p. 17-18).

Somado ao fator do interesse das empresas por uma categoria de trabalhadores mais flexíveis, a inserção das tecnologias nas relações laborais reconfigurou o exercício do trabalho, viabilizando uma execução de tarefas mais célere e facilitada e sendo determinante na capacidade de inovação e competitividade das empresas. Além disso, as tecnologias fornecem a estrutura apta a viabilizar a flexibilização e a descentralização da força laboral, assim como a adaptabilidade ao longo do processo produtivo, elementos estes que apresentam maior relevância na contemporaneidade (CASTELLS, 2016).

O mercado de trabalho, ao longo do tempo, foi dividido em três principais setores: agricultura, indústria e serviços. Observa-se que, até meados de 1800, havia uma preponderância da agricultura. Após a Revolução Industrial, houve um aumento, em especial, do setor industrial. Nas últimas décadas, o aumento registrou-se no setor de serviços (HARARI, 2016).

Serviço, nesse contexto, é "todo trabalho que uma pessoa precisa e que não pode, não sabe ou não quer fazer ela mesma", ou seja, abrange uma vasta categoria de profissionais, desde cabeleireiros, garçons, advogados, professores, etc. O aumento no respectivo setor refere-se tanto à quantidade de pessoas que passou a laborar nas atividades designadas por este setor quanto ao aumento de renda. Por essa razão, o setor de serviços, existente desde as primeiras civilizações, ganha notório destaque na So-

ciedade da Informação, ultrapassando o setor da agricultura e da indústria (SANTOS, 1997, p. 109-110).

Observa-se, outrossim, profundas transformações na classificação das relações laborais. Carla Jardim (2003, p. 18) identifica, nesse contexto, a consolidação de três categorias de trabalho assalariado. A primeira, dos "assalariados estáveis", alberga os trabalhadores especializados, cujas atividades relacionam-se aos setores criativos e estratégicos. A segunda categoria também abrange atividades especializadas, porém os trabalhadores seriam manuais não especializados, cujos contratos de trabalho revestem-se de atipicidade, como é o caso do trabalho temporário e por tempo determinado. Por fim, a terceira categoria refere-se aos trabalhadores "avulsos", consubstanciados nos prestadores de serviços ou colaboradores, autônomos e contratados para exercer atividades não estratégicas.

Vera Winter (2005, p. 19-20) também se refere a uma divisão dos trabalhadores decorrente do aumento da produção planejada, característico desse período. Os trabalhadores seriam setorizados, portanto, a partir de quem incumbe dirigir a atividade e quem incumbe executá-la. A depender da categoria em que esteja enquadrado, o trabalhador exercerá suas atividades conforme condições e forma de organização específica.

1.1 OS AUTÔNOMOS

Como conceito antagônico do empregado, o trabalho autônomo compõe a outra faceta das possibilidades de trabalho pessoal na sociedade capitalista. Paulo Emílio Vilhena conceitua o autônomo como "o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução" (VILHENA, 2005, p. 532). Neste conceito, dois caracteres são marcantes: propriedade e organização. Sendo titular dos meios necessários à sua atividade, este trabalhador, como condição de atuação, deve organizar e dirigir sua atividade. Trata-se da simples, embora elucidativa, concepção de trabalho por conta própria, inclusive adotada na legislação previdenciária[29].

29 A Lei 8.212/1991 define o trabalhador autônomo como "a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não" (Art. 12, V, "h").

As profissões de feirante, pescador profissional (definido no art. 1º da Lei 10.779/2003) e leiloeiro (Decreto 21.981/1932) são exemplos, a priori, de situações de trabalho autônomo. Em todas estas situações, o trabalhador organiza sua atividade, detendo uma propriedade – ainda que seja bem diminuta – para exercer a atividade profissional. Quando se contrata um trabalhador autônomo, compra-se um bem/serviço, e não a força de trabalho deste.

É de se destacar a situação paradigmática dos condutores autônomos de veículos. A Lei 6.094/1974 criou a figura do auxiliar de condutor autônomo estipulando que, em relação ao motorista-proprietário, não há qualquer vínculo empregatício. Neste caso, tem-se uma situação de arrendamento parcial da propriedade em favor do auxiliar, no período em que o motorista-proprietário não está dirigindo seu veículo. Entretanto, esta sociedade entre um trabalhador-proprietário com outro trabalhador não-proprietário tende, naturalmente, à conformação de uma relação de dependência.

Os critérios de remuneração (percentuais sobre a produção) ou de custeio (diárias, quilometragem, combustível e demais custos) são, normalmente, fixados pelo proprietário, justamente porque a nota distintiva (propriedade) lhe permite estabelecer as condições de trabalho, enquanto ao outro, não proprietário e impelido a trabalhar para sobreviver, caberá aceitar estas condições. Assim, a dependência ocorre independentemente da manifestação de ordens ou do exercício do poder punitivo, ainda que a fórmula legal seja a do arrendamento (OLIVEIRA, 2019).

Para que não haja esta dependência, a parceria entre o motorista e seu auxiliar não poderia permitir a apropriação alheia do trabalho do auxiliar, mediante o estabelecimento de limites aos valores da locação do veículo e eliminando as demais cláusulas abusivas, devendo ambos os parceiros atuar como trabalhadores. Entretanto, o proprietário do veículo, percebendo a notória possibilidade de acumular, tende a cessar sua atividade de condução do veículo para, agora em tempo integral, locá-lo a outros auxiliares, pois ganhará mais fazendo menos, somente em nome de sua propriedade.

Esta é a situação comum dos táxis e seus sistemas de locação por diárias pelo dono do veículo e da licença. A propriedade da licença é tão cara que enseja sempre uma relação de dissociação entre o titular do veículo

(que, normalmente, não dirige) e o motorista. O patrimônio do primeiro enseja uma "parceria" com o segundo: um entrega a propriedade; o outro, o trabalho. Assim, tem-se o aluguel/arrendamento do veículo pelo proprietário – que não dirige – ao auxiliar condutor, o qual entrega somente seu trabalho em favor do proprietário do meio de produção (veículo). Encontra-se em real relação de emprego, ou seja, trata-se da clássica relação de trabalho assalariado.

Nestes casos de táxi, a perquirição pela subordinação clássica é irrelevante para a verificação do estado de assalariamento. Ainda que seja possível identificar residualmente manifestações de direção dos serviços ou de poder punitivo, a situação concreta passa ao largo da noção de subordinação hierárquica. O motorista detém autonomia técnica, sendo capaz de executar seus serviços (dirigir o veículo) sem heterodireção, como também dispensa a fiscalização de horário. Caso não desempenhe seu dever (não dirigir), receberá a maior punição possível: deverá arcar com seu próprio bolso o pagamento da diária, ainda que não tenha obtido clientes naquele dia. Portanto, a subordinação jurídica, neste caso, é inexistente, embora esteja presente a dependência (OLIVEIRA, 2019).

Constata-se que a insinuação formal ou a aparência de autonomia na prestação de serviços têm servido de mecanismo de afastamento do reconhecimento da relação de emprego.

Logo, autonomia técnica ou inexistência de hierarquia rígida não são mais traços constitutivos do assalariamento atual. A ocorrência destes sintomas não retira a caracterização de trabalho "sob dependência", todavia não permite que a relação típica de trabalho assalariado seja subsumida ao conceito doutrinário hegemônico de subordinação.

Percebe-se que a pluralidade de tomadores é inerente ao trabalho autônomo, justamente porque, ao dirigir sua atividade, deve buscar o maior número de contratantes para, cada vez mais, expandir sua produção e seu decorrente proveito econômico. Contudo, o pensamento inverso não é correto, pois o empregado não é caracterizado necessariamente pelo monismo no polo tomador. A exclusividade de um trabalho pessoal apenas serve para negar o caráter autônomo deste serviço, haja vista que a autonomia se realizava na pluralidade de tomadores. A exclusividade é uma consequência da subordinação, por isso sua manifestação implica existência de relação de emprego. "A exclusividade da prestação de trabalho não

é propriamente condição de existência do contrato de trabalho, mas, sim, decorrência normal do estado de subordinação que esse contrato cria para o empregado" (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 84).

Pode-se pensar o autônomo como aquele que, trabalhando pessoalmente, possui domínio técnico conjugado com a titularidade sobre os meios de produção (propriedade). Caso apenas possua o domínio técnico (especialização, habilidade, profissão), pode ser absorvido por uma empresa quando trabalhar somente para esta. A questão econômica, então, é a distintiva entre a autonomia e a dependência, uma vez que o domínio técnico por si só não garante a autonomia.

2 FIGURAS "NOVAS": O TELETRABALHO E A PARASSUBORDINAÇÃO

Nos dias atuais, a aludida tecnologia tem dispensado, para um número considerável de trabalhadores, o deslocamento até o estabelecimento do tomador de seus serviços. O deslocamento, na contemporaneidade, é realizado pela informação produzida pelo trabalhador, via telecomunicação. Assim, o teletrabalho ascende no cenário das novas formas de trabalho, sem, contudo, implicar avanços sociais aos teletrabalhadores.

Neste contexto externalizante, o trabalho fora do estabelecimento empresarial ressurge como modalidade de trabalho por conta alheia. A sociedade contemporânea, articulada pela interação global virtual sofre, fisicamente, inúmeros problemas de deslocamento, notadamente nas grandes regiões metropolitanas, além do que a complexidade das demandas e suas diversidades de origens exigem grande mobilidade e agilidade nos modos de produzir. Desse modo, detecta-se uma grande tendência de utilização do trabalho fora da empresa, inclusive com o resgate do trabalho em domicílio (OLIVEIRA, 2019).

Neste passo, pode-se entender o teletrabalho como aquele realizado fora do estabelecimento do tomador dos serviços mediante transmissão da produção (informações) através de meios tecnológicos. Em seus diversos conceitos, o teletrabalho pressupõe que a via de transmissão do resultado do trabalho é a comunicação tecnológica. Percebe-se que o deslocamento físico do empregado do local de trabalho para a empresa é substituído do deslocamento da informação/produção via tecnologia de comunicação.

Mas nem todo trabalho à distância será tido como teletrabalho, somente quando se valer da tecnologia de comunicação para sua operação. Por esta razão, as grandes empresas de comunicação, de seguro e do setor financeiro foram as primeiras a manejar o teletrabalho[30].

O teletrabalho pode ocorrer no domicílio do trabalhador, enquadrando-se no trabalho em domicílio (OLIVEIRA, 2007). A distinção do teletrabalho com o trabalho em domicílio é complexa, pois poderá haver teletrabalho em domicílio ou em telecentros. O elemento caracterizador do teletrabalho não é o local de trabalho, como ocorre com o trabalho em domicílio, que exige necessariamente que este ocorra na residência do trabalhador. No teletrabalho, há conectividade pela tecnologia que supre a conexão física entre o local de trabalho e o estabelecimento do empregador. Ou seja, as figuras do trabalho em domicílio e do teletrabalho são distintas, apesar de poderem confundir-se quando o teletrabalhador desenvolve seu ofício em sua residência. Destaque-se que o teletrabalho é forma de estruturação da empresa ou de parte do processo produtivo, expressão do poder diretivo, não definindo, por si só, a existência ou inexistência de relação de emprego. Portanto, o teletrabalho poderá ser juridicamente identificado como um contrato de emprego comum (em telecentros), contrato de emprego em domicílio (quando realizado na residência do trabalhador) e um contrato de prestação de serviços por um trabalhador autônomo (OLIVEIRA, 2019).

A grande questão desta forma de organizar o trabalho é reconhecer que seu fundamento destoa da clássica forma de subordinação, isto é, seu modo de organizar o trabalho suprimiu o modo comum da manifestação da subordinação jurídica, qual seja a emanação de ordens direta, presencial e pessoalmente pelo superior hierárquico. Verifica-se uma subordinação "despersonalizada" e automatizada, uma vez que "[...] as instruções e ordens já não procedem diretamente das pessoas que ostentam o poder

30 Nos telecentros, tem-se pequenas filiais interligadas à rede da empresa, sendo exemplos os famosos sistemas de call center existentes em países asiáticos que deslocam a informação prestada a clientes americanos e europeus. O teletrabalho nômade não tem local certo para o trabalho, ocorrendo em qualquer lugar, conforme a demanda, mediante pagers, palmtops, celulares e notebooks conectados à internet, tendo como exemplos os representantes comerciais e vendedores que usam estas tecnologias (OLIVEIRA, 2019, p. 69).

de direção e controle, e sim de programas" (BRANDOLINO, 2005, p. 138).

No entanto, há possibilidade técnica de controle no teletrabalho, inclusive nos períodos offline, através de softwares apropriados para esta finalidade. Tais sintomas do teletrabalho permitem o questionamento da distinção entre obrigação de meio e de fim para identificação da subordinação. "É perfeitamente possível que no trabalho subordinado – e o tele-trabalho é um bom exemplo – o controle patronal não se exerça durante a prestação da atividade, mas, sim, sobre os resultados" (PORTO, 2009, p. 88). De qualquer sorte, trata-se de um controle também diferido do clássico controle da sujeição pessoal.

Em plano similar de inovação, depara-se com a figura da parassubordinação. A ideia da parassubordinação pressupõe a insubsistência do critério de aplicação do Direito do Trabalho, haja vista que os processos de externalização da organização da produção tendem a constituir uma periferia de trabalhadores (tidos juridicamente como autônomos), embora englobados e vinculados, quanto ao resultado e outras obrigações, ao empreendimento empresarial (OLIVEIRA, 2019).

Os caracteres da parassubordinação são a continuidade, pessoalidade e coordenação. A característica da continuidade possui semelhança com a concepção doutrinária nacional da não eventualidade. Neste sentido, a prestação pessoal deve ocorrer com certa frequência e habitualidade. Aliás, a relação de coordenação somente se revelaria por reiteradas prestações (continuidade), excluindo das relações de parassubordinação aquelas prestações pessoais autônomas únicas, por serem eventuais e esporádicas.

A ligação funcional é a medida da relação de coordenação ou colaboração. Nesta, não há situação de hierarquia clara e manifesta entre o colaborador e o tomador. Cabe ao colaborador prestar seus serviços com alguma autonomia no tocante ao *modus facere* (horário, local de trabalho e ajuda de terceiros), entretanto sujeita-se a entregar o resultado nos padrões definidos pelo tomador (objeto, qualidade, quantidade, matéria-prima e acessórios). Na comparação, o parassubordinado é mais subordinado no resultado do que o autônomo e mais autônomo no modo de fazer do que o trabalhador subordinado (OLIVEIRA, 2019).

A pequena parcela de autonomia do trabalhador parassubordinado provém do poder de organizar seu trabalho de colaboração, afastando,

aparentemente, a possibilidade de configuração da relação empregatícia por ausência do poder diretivo. Pequena é a autonomia, porque este poder de organização limita-se a executar o padrão produtivo daquele que, efetivamente, controla o processo produtivo na sua inteireza: o tomador dos serviços. É o tomador que, necessariamente, predetermina partes da etapa produtiva delegada ao colaborador. Isto demonstra a pseudo ou limitada autonomia do trabalhador parassubordinado.

A partir da concepção majoritária de subordinação, verifica-se que já tinha ocorrido a redução do conceito de subordinação, outrora amplo, para uma versão diminuta, adstrita à "forte heterodireção", muito antes da cogitação da figura da parassubordinação. Logo, não se pode concordar com Lorena Porto, que assevera que a parassubordinação resultou na redução do conceito de subordinação[31]. Ao contrário de ser um obstáculo teórico[32], a parassubordinação não limita o Direito do Trabalho, mas demonstra a insuficiência da subordinação e mostra o resgate da dependência econômica.

Diversamente destas leituras que culpabilizam esta nova figura, a parassubordinação no Brasil somente veio a confirmar a insuficiência já existente do conceito de subordinação. Isto porque a concepção objetiva da subordinação sempre foi incipiente na jurisprudência e minoritária na doutrina, não perdendo espaço quando da chegada da parassubordinação. Inversamente, a figura demonstra que é preciso retomar as concepções mais amplas de subordinação, justamente porque se tem, novamente, trabalho dependente sob o prisma da pseudo autonomia. Note-se que são as práticas de externalização no contexto do pós-fordismo que justificam a criação de formas autônomas de trabalho excluídas do marco do emprego.

---

31 Lorena Porto explica a redução conceitual, a qual atribui à parassubordinação: "[...] a criação da parassubordinação propiciou a redução do conceito de subordinação – em sede doutrinária e jurisprudencial –, por meio da sua regressão à noção tradicional, o que o identifica à forte heterodireção patronal da prestação laborativa, em seus diversos aspectos. Trabalhadores tradicionalmente – e pacificamente – enquadrados como empregados passaram a ser considerados parassubordinados, sendo, assim, privados de direitos e garantias" (PORTO, 2009, p. 103).

32 "A parassubordinação, desse modo, exerce uma função de evitar, criando um obstáculo teórico, que o Direito do Trabalho atinja por completo os novos modos que o capital encontra para explorar o trabalho" (SOUTO MAIOR, 2010, p. 14).

Ocorre que o grau de dependência econômica destes parassubordinados, em alguns casos, é tamanho que o próprio sistema jurídico-trabalhista foi bastante atingido, pois não incidia sobre considerável contingente de trabalhadores já tidos como autônomos – eis que a concepção de subordinação de poder-punição já era hegemônica –, embora estes obreiros estivessem ontologicamente na mesma situação de hipossuficiência que legitimou a criação do Direito do Trabalho. Ou seja: a tentativa de proteger os parassubordinados é sintomática da crise teleológica do Direito tutelar que, até então, não conseguia cumprir seu desígnio (OLIVEIRA, 2019).

O uso desvirtuado da parassubordinação na Itália não prejudica a constatação de que a regulação da parassubordinação significa o reconhecimento da insuficiência do conceito predominante de subordinação. Ao contrário, apenas confirma que o conceito anterior era tão insuficiente que foi necessário pensar em um novo marco regulatório, uma nova fattispecie (PORTO, 2009, p. 199).

As figuras do teletrabalho e da parassubordinação denotam as novas realidades do mundo do trabalho. Porém, trazem no seu histórico uma direção de fuga à proteção trabalhista, exatamente pelo não enquadramento na definição predominante na dogmática de subordinação jurídica. Infelizmente, têm servido para burlar os direitos fundamentais do trabalho, em total dissenso com as contemporâneas defesas da dignidade do ser humano e do ser trabalhador (OLIVEIRA, 2019).

3 O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS: INCERTEZA, INSTABILIDADE E UBERIZAÇÃO

O cenário do mercado de trabalho brasileiro, a despeito do crescimento do assalariamento formal na primeira década do século XXI e retorno à crise a partir de 2015, continua heterogêneo, inclusive flertando com a precariedade do assalariamento sem registro. Mesmo no período de crescimento econômico e criação de novos empregos (2006-2014), o marco regulatório para a venda da força de trabalho ainda não se aplicava de modo hegemônico ao conjunto dos trabalhadores. Neste particular, o padrão pós-fordista muito se assemelha com o passado: perduram a instabilidade e a incerteza, sob a dependência do capital (OLIVEIRA, 2019).

Nos seus primórdios, a industrialização capitalista foi produtora de uma condição miserável de vida, inclusive pior do que a indigência, porque incidente sobre um número bem maior de pessoas. "Essa indigência que não é devida a ausência de trabalho mas, sim, à nova organização do trabalho, isto é, ao trabalho 'liberado'. É filha da industrialização" (CASTEL, 1998, p. 284). Tratava-se de primeiro pauperismo, que forjou o contexto da questão social.

Justamente aquele contexto inicial da industrialização é demarcado pela instabilidade do trabalho. "A instabilidade do trabalho, a ausência de qualificação, as alternâncias de emprego e não-emprego, os desempregos caracterizam a condição geral da classe operária nascente [...]" (CASTEL, 1998, p. 286). As práticas do presente podem, então, ser facilmente reconhecidas como retorno ao pauperismo inicial do capitalismo, no qual prevalecia a intensa exploração do trabalho humano com poucos ou mesmo sem limites pelo sistema jurídico.

O cenário da atualidade, justificador da reforma trabalhista de 2017, construiu ideologicamente uma questão social às avessas, pois o artificial clamor social é aquele de autonomia, flexibilidade e colaboração. Em nome da proteção da empresa e em promoção da competitividade, foi realizada a mais ampla alteração da legislação trabalhista nacional, com mais de 100 modificações perpretadas pelas Leis 13.429/2017, 13.467/2017 e pela expirada MP 808/2017.

As regras e institutos incorporaram a precariedade dentro da legalidade, além de flexibilizar ou mesmo eliminar diversas regras protetivas. Com a Lei 13.467/2017, os teletrabalhadores são afastados, a priori, do regime de jornada de trabalho (art. 62, III, da CLT) e assumem os custos dos equipamentos e demais despesas para o trabalho (art. 75-D, da CLT). Certos empregados, com salário razoável, são autorizados a negociar os direitos previstos em lei (art. 444, parágrafo único, da CLT) como se fossem equiparados a sindicatos. Tenta-se validar o trabalho autônomo apenas pela previsão formal de contrato de autônomo (art. 442-B, da CLT). Cria-se a figura do intermitente que não tem direito a um salário-mínimo mensal e que arca com os riscos empresariais da falta de demanda, mas que, caso falte à convocação, pagará multa ao seu empregador (arts. 452-A e seus §§).

Em paralelo, a reforma trabalhista amplia para todas as atividades a terceirização, inclusive prevendo a contratação de trabalhadores via pessoa

jurídica (art. 5-C, da Lei 6.019/1974). A nova legislação escancara que seria lícita à quarteirização, pois o §1º do art. 4-A, da Lei 6.019, com a redação dada pela Lei 13.429/2017, indica que a empresa prestadora poderia subcontratar. Esse alargamento da terceirização é um típico exemplo de que se quer ter de volta a experiência da intermediação de mão de obra via "gato"[33] que ainda inspira as atuais terceirizações.

As consequências desta intermediação de mão de obra são demasiadamente conhecidas: baixos salários, risco de inadimplemento pelo intermediador, dificuldades na responsabilização do tomador. Realiza-se uma intensa exploração da mão de obra pelo tomador a partir de uma relação indireta (OLIVEIRA, 2019).

Em verdade, tais situações pretéritas, presentes e provavelmente futuras sinalizam que o capital nunca aceitou, irresignadamente, os limites sociais impostos pelo Estado. Karl Marx narrava diversas práticas de fraude à lei já em 1845[34]. Atualmente, prossegue-se o trabalho sem registro, com horas extras não pagas e outras séries de sonegação do Direito do Trabalho. Apesar de ser uma obrigação legal, o Direito do Trabalho, sempre que possível, tende a ser sonegado pelo capital, por ser obstativo à extração de riqueza no trabalho, por atuar como custo na produção capitalista. Exatamente por contestar, parcialmente, a racionalidade da máxima extração de lucro, a legislação trabalhista tem propensão, conforme as circunstâncias da situação concreta, a ser descumprida.

Com o advento das plataformas de comunicação, o padrão do trabalho precário se reproduz agora articulado com a tecnologia, em particular com o algoritmo, envolto no (falso) discurso de economia do comparti-

33 Jorge Luiz Souto Maior indica como o "gato" torna-se "empresário": "As experiências de formação das empresas de prestação de serviços, no Brasil, demonstram que aquela pessoa que antes se identificava como o 'gato', aquele que angariava trabalhadores para outras empresas (tática que inviabilizava o adimplemento dos créditos trabalhistas, pela dificuldade de identificação do real empregador, reforçado pela ausência de idoneidade econômica do 'gato'), foi, como um passe de mágica, transformada em 'empresário', titular de empresas de prestação de serviços. Legalizou-se a prática, mas não se alterou o seu efeito principal: o desmantelamento da ordem jurídica protetiva do trabalhador" (SOUTO MAIOR, 2008, p. 145).

34 Demonstrando a política de sonegação e ilegalidade, Marx registra as ocorrências de fraude nos registros de horário na Inglaterra já em 1845, que, no intento do aumento da mais-valia, não se computavam na jornada de trabalho diversos minutos trabalhados. (MARX, 2006, p. 281).

lhamento. Apesar das propagandas de conexão, envolvimento com a comunidade local e do uso compartilhado ("o que é seu é meu"), os modelos de empresas de plataforma, tal como a Uber e o Airbnb, têm sido casos de sucesso empresarial e econômico justamente por se situar num campo de atividade não regulada. Tom Slee sintetiza:

> Comece com trocas informais (dando carona a um amigo, emprestado uma furadeira, executando algumas tarefas para o vizinho) e use a força conectora da internet para dar escala a isso, de modo que nós como indivíduos possamos contar cada vez mais uns com os outros e menos com corporações distantes, sem rosto. Cada troca ajuda alguém a fazer uma graninha e ajuda alguém a economizar um tempinho: como não gostar? Participando desse movimento, nós ajudamos a construir nossa comunidade, em vez de sermos consumidores passivos e materialistas (SLEE, 2017, p. 22).

A plataforma Uber talvez seja a mais conhecida no Brasil entre as plataformas digitais existentes. Trata-se de um aplicativo que envolve os serviços de transporte individual de pessoas. Ferrer e Mollica define:

> O UBER é um aplicativo que pode ser baixado nos smartphones através de download e consiste em uma plataforma digital que possibilita a contratação de serviços de transporte individual de pessoas pelos usuários – consumidores – diretamente com os prestadores, que seriam os motoristas (FERRER; MOLICA, 2017, p. 780).

Está inserido dentro de um modelo chamado de two-sided-markets ou multi-sided platforms que propicia a interação de dois grupos distintos que buscam realizar negociações. "Sem a plataforma, que tem como objetivo ligar os dois lados, possivelmente e esse mercado não existiria. Nos modelos tradicionais a relação consumidor e fornecedor é instituída diretamente sem a necessidade de um intermediário" (MACEDO, 2018, s.p).

Dentre muitas controvérsias sobre o seu objeto, a qualificação jurídica e a regulação a que se submete, a empresa se posiciona como uma empresa de tecnologia, que apenas facilita o contato entre motoristas e usuários, enquanto algumas autoridades a qualificam como empresa de transporte.

Por meio da ideia do compartilhamento de informações foi que se desenvolveu o negócio da Uber. A empresa não possui frota própria de veículos. Ela administra, por meio da tecnologia, o contato entre motoristas e usuários, ambos cadastrados no aplicativo. O motorista detém o veículo que será utilizado para os deslocamentos, não a empresa.

Os trabalhadores destas plataformas são postos, no prisma formal-contratual, na posição jurídica de parceiros autônomos. São tidos como livres para se ativar ou desativar no horário de sua escolha, contudo, por ganharem tão pouco, são impelidos sempre a trabalhar o máximo da jornada fisicamente possível. Curioso que, na condição de autônomos, não têm autonomia para fixar o preço de seu trabalho, recusar clientes ou mesmo avaliar seu parceiro, a plataforma eletrônica.

As circunstâncias fáticas dos trabalhadores de plataformas eletrônicas afastam-se da clássica situação de subordinação jurídica, embora seja relativamente fácil a visualização de um poder fiscalizatório e disciplinar, numa subordinação algorítmica e escancaram uma clara condição de hipossuficiência, bem expressada nos baixos salários e longas jornadas (TEODORO et al., 2017).

Agrava ainda mais essa situação de precariedade a transferência dos riscos da atividade para os trabalhadores, os quais são responsáveis pela, nos casos de aplicativos de entrega, aquisição e manutenção dos veículos, despesas de combustível, impostos sobre o veículo, seguro por acidente, além de outros, sofrendo ainda os riscos e custo econômico da ociosidade, visto que estão disponíveis para trabalhar e não receber pelo tempo à disposição.

O trabalho por aplicativo, nesta conjuntura de desregulação, é a intensificação associada à tecnologia da precariedade e da evidente hipossuficiência do trabalhador[35].

35 No conhecido caso da decisão inglesa que reconheceu o vínculo empregatício dos motoristas da Uber, o traço da dependência econômica foi de considerável importância para essa conclusão. José Amado enuncia: "No caso em apreço, aplicando o referido teste, o tribunal não teve dúvidas de que os motoristas da Uber eram workers e não genuínos independent contractors. Eles estão, em relação à Uber, numa situação de subordinação ou, ao menos, de 'parasubordinação', prestando trabalho para esta empresa numa posição de acentuada dependência econômica. Trata-se, na 'parassubordinação', de um fenômeno difuso, algo híbrido – marcado pelas notas da autonomia jurídica e da dependência econômica – e de fronteiras mal definidas, ao qual o direito positivo português dá também guarida [...]" (SLEE, 2017, p. 347).

Por isso, todo o processo de precarização nada mais é do que mais uma estratégia do capitalismo que, sem freios políticos ou legais, retorna às práticas de extração de valor no trabalho humano, ou seja, um resgate da mais-valia absoluta. Novas formas e renovados discursos para o que sempre se fez, a exemplo das formas precárias de trabalho do pré-capitalismo.

Reitere-se que, no caso dos países periféricos, a questão se agrava, pois se precariza um mercado de trabalho historicamente frágil. Nestas nações, a sociedade salarial não se completou, de modo a tornar hegemônico o padrão de assalariamento formal. Entretanto, são retomadas práticas de precarização de um mercado de trabalho que já era precário. No bojo de flexibilidade, o trabalho informal se apresenta como uma estratégia funcional, conjunta com o assalariamento formal para geração de valor, justamente porque inserida e coordenada nos sistemas produtivos descentralizados (SLEE, 2017).

Apesar das roupagens jurídicas e simbólicas contemporâneas, a sociedade prossegue dividida, sociologicamente, entre proprietários e não proprietários de meios de produção, o que não impede a identificação de uma classe intermediária. Isto porque esta divisão é fundante para a conformação do mercado de trabalho e seus laços ocultos de dependência. Ora, o trabalhador – aquele não proprietário – continua a vender trabalho, e não mercadoria, mesmo que labore fora do local físico da empresa através de recursos do teletrabalho ou, mesmo, que não precise mais se reportar diariamente a um gerente ou encarregado. O grau de determinação do resultado estabelecido pela descentralização produtiva é tão intenso que, ao tempo em que exige um certo produto (obra), também estabelece, implicitamente, seu modo de fazê-lo, relegando ao prestador certa flexibilidade apenas no horário de execução de serviços (OLIVEIRA, 2019).

Todavia, a mesma flexibilidade de horários, em grande medida, joga contra o trabalhador, uma vez que a demanda de quantidade do produto/serviço, normalmente alta, exige sempre mais trabalho, agora sem ter o limite legal máximo de jornada de trabalho, eis que é o próprio trabalhador seu capataz e a remuneração por produção protagoniza o papel de fiscal do desempenho. A tônica da eficiência econômica orquestrada na acumulação flexível rearranja as formas de prestação de serviços na tentativa de reduzir o campo de empregos formais dentro da empresa principal.

Nesta pauta da precariedade, o capitalismo e sua proposta de Direito do Trabalho mínimo perdem seu efeito civilizador. Ao impor a maior extração de riqueza sem uma correspondência de direitos e proteção social ou mesmo uma tutela mínima, o clássico liberalismo alija o trabalhador da condição de cidadão e de sujeito de direitos, inclusive com evidentes prejuízos ao mercado consumidor que, cada vez mais, terá menos poder aquisitivo (OLIVEIRA, 2019).

Nestes termos, o capitalismo brasileiro nunca universalizou a condição salarial, seja pela recorrente prática de trabalho ilegal (não registrado), pela dissimulação do trabalho assalariado (precariedade) ou, mesmo, pela exclusão dos falsos autônomos (trabalhadores por conta própria dependentes). Mais que isso, retorna-se ao passado, mesmo sem se ter chegado ao presente. Isto é, adotam-se práticas de reestruturação produtiva que corroem o assalariamento formal, o qual nunca chegou a ser hegemônico, enfraquecendo aquilo que ainda estava a se estruturar.

CONCLUSÃO

A opção pela subordinação jurídica, na sua acepção clássica, representou uma guinada reducionista do campo de incidência do Direito do Trabalho, que, indevidamente, limitou o conceito de dependência à situação de sujeição hierárquica.

Por esta razão, a superação da dinâmica fordista produziu tantas dificuldades ao Direito do Trabalho, notadamente pelas inadequações do conceito (fordista) de subordinação. No bojo destes problemas da subordinação jurídica e visando a redução do espectro da noção de empregado, a crise do Direito do Trabalho se estrutura na ascensão das tendências flexibilizantes – outrora explícitas e atualmente silenciosas – que forjam uma operacionalização cada vez mais liberal no juslaboralismo. Destarte, falar em crise consiste em reconhecer as dificuldades da dogmática em, ao menos, manter o padrão protetivo do fordismo que vem sendo, contemporaneamente, corroído pelas flexibilidades da reestruturação produtiva. Uma visão contra-hegemônica da crise do Direito do Trabalho serve de alerta para demonstrar que o trajeto adotado dirige-se para a desconstituição do passado fordista de proteção, em favor de uma nova precariedade e instabilidade.

Referente ao trabalho nas plataformas digitais, foi visto que a flexibilidade não abrange somente os processos de trabalho, mas a relação de trabalho como um todo, desde as formas de contratação até as formas de remuneração, dando azo a novas formas de contratação, como a terceirização e o contrato temporário de trabalho. Esta flexibilização quase sempre implica em precarização das relações de trabalho, porém acredita-se que esta seja uma tendência irreversível.

Não existem garantias e nenhum direito assegurado ao trabalhador que passa a receber por aquilo que produz, o que gera insegurança e desalento. No entanto, acredita-se que esta é uma tendência que veio para ficar. Talvez seja uma forma de mitigar o desemprego. Mas não restam dúvidas, em termos de direitos, implica em sérios retrocessos.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRANDOLINO, Enrique Ricardo. Teletrabalho. In: VARGAS, Luiz Alberto et al. (Coord). **Avanços e Possibilidades do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, p. 137-150, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão salarial:** uma crônica do salário. 6ª ed. Petropólis: Vozes, 1998.

FERRER, Catharina Martinez Heinrich; MOLLICA, Rogerio. Direito de Concorrência e UBER. **Revista Argumentum**, Marília-SP, v. 18, n. 3, p. 779-797, set./dez. 2017.

HARARI, Yuval Noah. Homo **Deus:** uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **O caso UBER e as possíveis práticas restritivas à concorrência:** colusão ou conduta unilate-

ral? 2018. Disponível em: <http://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/12/SSRN-id3305603.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: um conceito desbotado. **Revista de Direito do Trabalho,** São Paulo, v. 126, p. 107-138, 2007.

_____. **(Re)Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Relação de Emprego, Dependência Econômica & Subordinação Jurídica:** Revisitando os Conceitos. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho:** uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Osmar de Almeida. **Em busca do emprego perdido:** o futuro do trabalho na era tecnológica. São Paulo: Textonovo, 1997.

SLEE, Tom**. Uberização:** A nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Elefante, 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DAFONSECA, T. C; FERNANDES, M. A. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno uber. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 20, p. 1, 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego:** estrutura legal e supostos. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho:** uma forma alternativa de emprego. São Paulo: Ltr, 2005.

COMBATE À LGBTFOBIA: O TRATAMENTO CONFERIDO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AOS ATOS DISCRIMINATÓRIOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bruno Medinilla de Castilho[36]

INTRODUÇÃO

De acordo com os critérios científicos-metodológicos explanados por Antônio Joaquim Severino (2007), utilizando-se da pesquisa bibliográfica, este trabalho pretendeu estudar o tratamento conferido pela legislação brasileira aos atos discriminatórios após a Constituição de 1988, desde a sua concepção mais ampla até as práticas LGBTfóbicas (SEVERINO, 2007).

Inicialmente, abordou-se o conceito de "criminalização" e as principais nuances atreladas aos crimes de ódio, de modo a conceber sua natureza e suas características primordiais. Tal abordagem culminou com a reflexão em torno dos principais diplomas normativos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro – dentro do lapso estudado – em face dessa espécie de crime.

36 Advogado na área Criminal. Membro Colaborador da Comissão Especial de Direito Penal da OAB/SP. Graduado em Direito pela "Universidade Estadual Paulista 'Júlio de Mesquita Filho'" (UNESP).

De maneira a pensar, pontualmente, no combate à LGBTfobia, realizou-se uma análise de dois importantes Projetos de Lei que já tramitaram no Congresso Nacional, quais sejam, o Projeto 122/2006 e o Projeto 5002/2013. Com isso, pretendeu-se ambientar o leitor não só no tratamento conferido pela legislação aos crimes de ódio em si, mas, também, gradualmente, àqueles de cunho LGBTfóbico, proposta central deste trabalho.

Dessa forma, vislumbra-se uma compreensão não somente plena e rica em saberes, mas que sirva como atributo para emancipação ideológica e a consequente formação de opinião.

1. A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E OS ATOS DE PRECONCEITO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – a intitulada "Constituição Cidadã" –, inicia-se o período mais recente da política brasileira, o de redemocratização, pautado nas referências – ao menos em tese – de direitos sociais, liberdades públicas e solidez das instituições. Durante esses mais de 30 anos, sucederam-se sete presidentes: Fernando Collor de Mello (1990-1992), Itamar Franco (1992-1994), Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), Dilma Rousseff (2011-2016), Michel Temer (2016-2018) e Jair Messias Bolsonaro (2018-atual), conforme "Galeria de Presidentes", acessível no site do "Planalto Central" (BRASIL, online, 2020).

De acordo com levantamento realizado por Clara Masiero, em sua tese de doutorado, pode-se observar, nesse intervalo, uma significativa expansão legislativa na seara penal. Em 19 anos da República Populista, identificaram-se seis legislações (média de 0,3/ano), sendo que, na época da Ditadura Militar, a proporção foi ainda menor, com apenas cinco leis distribuídas em 24 anos (média de 0,2/ano). Com os dados coletados até 2015, a partir da redemocratização, foram identificadas 20 legislações atreladas ao combate à discriminação e/ou ao preconceito, perfazendo média de 0,7/ano. Disserta Masiero:

> Quanto às categorias mencionadas por essas leis, matém-se a predominância da "raça" (9), seguida da "religião" (7) e da "etnia" (5).

> Destaca-se, neste período, a atenção às violências sofridas pela mulher, com cinco leis dedicadas a enfrentá-las, ainda que não mencionem a categoria expressamente [por isso, a categoria está grafada como "(Mulher)"], duas falam em "sexo", uma em "sexo feminino" e outra menciona "mulher" expressamente, totalizando, portanto, sete leis. A "orientação sexual" não é diretamente criminalizada, mas está mencionada na Lei Maria da Penha, quando diz que protege a mulher, independe da orientação sexual (MASIERO, 2018, p. 237).

Tendo em vista o cenário recente de vultosa expansão legislativa em âmbito penal, no combate ao preconceito, imprescindível o pensamento sobre o significado íntimo dessas propostas, através da conceituação de "criminalização", para, somente depois, penetrar na real essência dos crimes de ódio e nos Projetos de Lei no combate à LGBTfobia.

1.1. O CONCEITO DE "CRIMINALIZAÇÃO"

Dentre os principais autores que discorrem sobre o assunto, elencou-se dois deles para, através de suas obras, servirem como marco teórico a esta abordagem precipuamente conceitual, mas que exerce influência, sobretudo, nas relações interpessoais. São eles: Eugênio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta.

Em "Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral", escrita em coautoria com demais pensadores – Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar –, Zaffaroni reflete, a princípio, sobre a diferença pujante entre "criminalidade" e "criminalização". Em seu conceber, a "criminalidade" relaciona-se à prática de atos tipificados em lei como crime, os quais infringem valores e normas sociais. Já a "criminalização" constitui seleção penalizante do Estado em face de um número reduzido de pessoas, resultado da gestão de um conjunto de agências que integram o sistema penal. Toda sociedade contemporânea, indubitavelmente, institucionaliza ou formaliza uma modalidade específica de poder estatal, que é administrado pelo sistema penal e exercido também pela própria coletividade (ZAFFARONI, 2015).

É nesse sentido que caminha a reflexão de Baratta, em clássico intitulado "Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal". Para ele (2002),

o "status social" de delinquente pressupõe, de forma indissociável, efeitos de instâncias de controle social, uma vez que, enquanto não adquire essa condição, o mesmo comportamento não se mostra passível de punição.

A seletividade discutida por ambos os pensadores no processo de criminalização pauta-se, sobremaneira, no que posteriormente ficou conhecida como "teoria do etiquetamento" – ou, em inglês, "labeling approach". O processo, sob essa ótica, fundamenta-se em duas frentes primordiais de criminalização: a primária e a secundária.

Nos dizeres de Zaffaroni (2015), a primeira delas é desempenhada pelo legislador na elaboração da lei penal, com o seu respectivo tipo incriminatório e a sanção a ele cominada. Baratta (2002), de forma crítica, entende que esse momento reflete a predominância de grupos poderosos, capazes de influir sobre a legislação, utilizando as instituições penais como arma de combate e neutralização aos comportamentos de setores contrários.

A criminalização secundária, por sua vez, de acordo com Zaffaroni (2015), corresponde à atividade punitiva do poder estatal aos crimes identificados, por intermédio das mais diversas agências que compõem o sistema, como "a polícia, a magistratura, órgãos de controle da delinquência juvenil" (BARATTA, 2002, p. 98). Ressalve-se que alguns operadores do Direito preferem categorizar os mecanismos da execução da pena ou das medidas de segurança em apartado, como "criminalização terciária".

Os diversos agentes de atuação, tanto em suas esferas administrativas quanto em seus segmentos judicial e de execução, acentuam o caráter seletivo do sistema penal originado da primeira onda de criminalização. Os preconceitos e estereótipos que guiam a ação dos órgãos investigadores e judicantes engendram buscas e persecuções voltadas à criminalidade naqueles estratos sociais inferiores em que se faz "normal" esperá-la, ampliando a discriminação seletiva (BARATTA, 2002).

Salienta-se, nesse diapasão, o que muitos denominam de "criminalização terciária" – ou extensão da segunda criminalização. A partir do instante em que o sujeito faz-se inserido, principalmente, no mundo do cárcere, seu contato com as agências criminalizantes intensifica-se. Notemos:

> A prisão se caracterizaria por dois processos complementares: um processo de desculturação em face da sociedade, com redução da

> vontade, perda do senso de responsabilidade, formação de imagens ilusórias da realidade e distanciamento progressivo de valores sociais; e um processo de aculturação em face da prisão, com absorção de valores e adoção de modelos de comportamentos próprios da subcultura carcerária: o condenado assume o papel de "bom preso, com atitudes de conformismo e oportunismo, ou assume o papel de criminoso, compondo a minoria dominante na organização informal da comunidade carcerária, com poder sobre "recursos" e culto à violência ilegal (BARATTA, 2002, p. 17).

1.2. OS CRIMES DE ÓDIO E SUAS NUANCES

Pretende-se, nesta seção, explanar as principais características dos conhecidos "crimes de ódio", dentre os quais se insere a LGBTfobia. O intuito constitui-se em trabalhar as subjetividades mascaradas pelos atos violentos e agressivos em face das minorias, a fim de que se tenha, ao menos teoricamente, dimensão da magnitude que tais condutas representam em nosso país, tanto em termos de causa quanto em seus espectros de consequência.

De início, cumpre destacar alguns dados estatísticos que assolam a população LGBT brasileira, de modo a desconstruir quaisquer mitos ou crenças ideológicas de que tal pauta não merece o devido destaque e a cirúrgica atenção. Isso porque o Brasil atingiu o "status" de país que mais viola direitos humanos em razão da orientação sexual e da identidade de gênero abertamente exercidas pelas pessoas. Embora, neste tópico, pretenda-se discorrer sobre os "crimes de ódio" em escala macro, utiliza-se o parâmetro estatístico da comunidade LGBT por constituir temática nevrálgica deste trabalho.

No ano de 2018, o extinto Ministério dos Direitos Humanos revelou, através do incremento de denúncias registradas pelo canal comunicativo "Disk 100" (BRASIL, online, 2018), que apenas naquele ano teriam havido 2.963 violações, embora patente as subnotificações dos casos. Na mesma linha, a organização não governamental "Internacional Transgender Europe" denunciou a ocorrência, entre os anos de 2008 e 2016, de aproximadamente 868 homicídios no Brasil contra pessoas transexuais, atingindo a maior taxa em todo o planeta ("Internacional Transgender Europe", online, 2016).

Fornecido esse panorama, teçamos considerações acerca dos principais traços característicos que envolvem os "crimes de ódio", com o intuito de que se faça crível tentar compreender as causas das violências contra os grupos vulneráveis.

A professora universitária Stevie-Jade Hardy e o também professor e criminólogo Neil Chakraborti, ambos do Reino Unido, em obra intitulada "Blood, Threats and Fears, The Hidden Worlds of Hate Crime Victims", realizam ponderações bastante importantes, de modo a servirem como aporte teórico neste primeiro momento.

O conceito de "crime de ódio" enfrentado por eles é interpretado em sua mais alta extensão de mutabilidade, pois está sujeito às modificações evolutivas dos mais variados campos do conhecimento, como o criminológico, o político e o da justiça penal. É justamente a intersecção desses dois últimos que cria, no saber acadêmico-jurídico, as respostas interventivas em nome das pressões e campanhas sociais.

Tem-se, diante da explanação, que os "crimes de ódio" encontram-se cultural e historicamente enraizados no tecido social. As formas de agressão direcionam-se a toda a comunidade que aquela pessoa representa, transcendendo, portanto, ato ofensivo em si. O mecanismo de "poder e opressão" elucidado na obra reforça a superioridade do agente causador do dano, ao mesmo tempo em que mantém o indivíduo em seu "acertado" patamar inferior dentro da estrutura da sociedade.

Nessa esteira, o advogado argentino Pablo Slonimsqui, em produção nomeada "Estudios sobre discriminación y xenofobia", publicada em 2005, pela editora Plácido, também discorre sobre a temática, em trecho que aborda precipuamente o bem jurídico afetado pelos "crimes de ódio". Nesse ínterim, pauta dois bens jurídicos lesionados pelo viés da discriminação, sendo eles a dignidade humana, na esfera dos direitos individuais, e, no âmbito coletivo, a ordem daquela comunidade à qual a pessoa pertence. As consequências são somatizadas, na visão do autor, uma vez que o direito daquele cidadão, quando violado, acentua o sentimento de medo e menosprezo do grupo como um todo, acentuando o grau de vulnerabilidade e estigma social atribuído pelos ataques da maioria dominante.

Assim, o marco divisório entre ofensa e dano à dignidade deve ser cautelosamente delineado. De acordo com o neozelandês Jeremy Waldron, em sua consagrada obra "The Harm in Hate Speech", publicada

em 2012, o discurso de ódio, por si, atenta contra a dignidade de certos grupos sociais, de modo que macula o meio social daquela comunidade e torna o dia-a-dia mais penoso, dificultando a inclusão. Sob esse prisma, ainda entende que as vítimas dos chamados "crimes de ódio" não são qualquer pessoa, já que possuem peculiaridades muito próprias a depender do grupo em que se encaixam, restando sua apreciação bastante fundamental para sua configuração. A confirmação como membro da minoria vulnerável, então, estar-se-ia atrelada, principalmente, ao recente passado de discriminação e preconceito (WALDRON, 2012).

Para Waldron (2012), a legitimidade de criminalização imprescinde da análise conjuntural do conflito. É o que se propõe a discorrer no tocante à história dos Estados Unidos da América, em que a regulamentação dos "discursos de ódio", durante os primeiros anos da República, voltava-se a punir exposições críticas de cunhos político e religioso devido à fragilidade do novo regime que se instaurava. Entretanto, após a solidificação do poder estatal, tal não se fez mais necessária, dispensando-se o tratamento punitivo. Quando, porém, minorias vulneráveis, em lógica semelhante, necessitam da proteção, por ainda se encontraram em latente desigualdade de "status" como cidadãos, encontram resistência.

Logo, o "discurso de ódio" residiria justamente nessa desigualdade de "status". A dignidade eleva os grupos vulneráveis como idealizadores de seus reconhecimentos a nível de "status social", e não de mera "identidade cultural" (WALDRON, 2012).

Ainda sob a perspectiva estadunidense, mas que pode se aplicar à maioria das sociedades ocidentais, o professor Bruno Heringer Júnior reflete sobre o multiculturalismo e os crimes de ódio, em artigo publicado junto à "Revista de Estudos Criminais", no ano de 2018. A reflexão parte do alegado paradoxo entre as guinadas multiétnicas e multiculturais das sociedades atuais e a sensibilidade negativa contra a diversidade, principalmente no que tange, nas palavras do autor, às identidades de "caráter étnico, racial ou religioso" (JÚNIOR, 2018, p. 113).

A pauta norte-americana, que, ressalvadas as particularidades, assemelha-se às demais sociedades ocidentais, considera o enfrentamento aos crimes de ódio, principalmente, em face de minorias específicas, como índios, negros, judeus, latinos, muçulmanos, dentre outros. Cita o autor que, inclusive, o termo "hate crime" foi cunhado após fatídi-

co episódio ocorrido em Howard Beach, em Nova York, na década de 1980, quando um negro foi morto por jovens que bradavam termos racistas (JÚNIOR, 2018).

Antes de adentrar às particulares da legislação dos EUA – o que, definitivamente, não deve ser objeto deste tópico –, o pensador pensa em estratégias para o enfrentamento dos "crimes de ódio". Em seus dizeres:

> Preventivamente, é preciso que se criem programas sociais voltados à descontrução de estereótipos negativos, à inclusão de grupos marginalizados, à promoção de integração comunitária, à educação voltada ao reconhecimento e ao respeito às diferenças, entre outras. Nesse aspecto, dois focos são indispensáveis: a comunidade, principalmente por meio de seus líderes, deve oferecer apoio às pessoas ofendidas e manifestar repúdio à ação dos agressores; além disso, jovens ainda em formação merecem atenção especial para evitar o aprofundamento do sentimento de aversão étnica ou cultural para reverter tendências agressivas.
>
> Isso, porém, não basta. Medidas legais de caráter repressivo também se afiguram indispensáveis, as quais devem levar em conta as diversas formas de manifestação de violência de ódio (JÚNIOR, 2018, p. 119).

Desse modo, depreende-se que, para Heringer Júnior (2018), a rede de enfrentamento deve ser ampla e diversificada. Considera-se, nesse contexto, a ferramenta da "Internet", a qual, por sua vez, tem alavancado as manifestações de ódio, disseminando os discursos em larga escala e, muitas vezes, dificultando a identificação da origem das agressões.

1.3. Os principais diplomas normativos

A abordagem em torno da legislação penal brasileira e o enfrentamento aos atos de preconceito encerra-se neste tópico com a elucidação sobre os principais diplomas normativos existentes no Brasil após a redemocratização, com a identificação pontual dos períodos em que foram aprovados. Vejamos, sumariamente.

Clara Masiero (2018), em sua tese de doutorado, ao realizar pesquisa minuciosa sobre temática semelhante – cuja contribuição, novamente, faz-se oportuna –, constata que, no supracitado período, até o ano de 2015,

foram sancionadas 17 leis com repercussão na esfera penal, cujo combate se volta majoritariamente à discriminação em decorrência de raça, sexo, gênero ou orientação sexual.

Ressalta Clara (2018) que os dois mandatos do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) se consagraram como recordistas, com nove leis, o que representa 53% do total. Deste período, destacam-se: a Lei 10.741/03, que passou a qualificar o crime de injúria; a Lei 10.803/03, concernente à redução à condição análoga a de escravo; a Lei 10.886/04, que inseriu a qualificadora da lesão corporal aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica; a conhecida "Lei Maria da Penha" (Lei 11.340/06); e a Lei 12.015/09, no que toca os "Crimes contra a Dignidade Sexual".

Entre a Constituição de 1988 e o fim do mandato de Itamar Franco, em 1994, o número de leis foi de apenas três, quais sejam, a Lei 7.716/89, a Lei 8.081/90 e a Lei 8.882/94, sendo o motivo de raça o norteador desses diplomas. Já o mandato de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) abarcou quatro leis: a Lei 9.029/95 e a Lei 10.224/01 enquadram-se na categoria "mulher", ao passo que as Leis 9.455/97 e 9.459/97 visam combater o preconceito atinente à raça e à religião (MASIERO, 2018).

Já parte dos mandatos de Dilma Rousseff, entre os anos de 2011 e 2015, nos dizeres da autora, "foi aprovada a Lei do feminicídio [Lei 13.104/15]. Além disso, foram aprovadas a Lei nº 2.984/14, que definiu o crime de discriminação dos portadores do vírus do HIV e doentes de aids; e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15)" (MASIERO, 2018, p. 349).

De qualquer modo, alguns pesquisadores atribuem severas críticas aos governos que, muitas vezes, utilizam os direitos LGBT como espécie de "moeda de troca". João Silvério Trevisan, em obra intitulada "Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade", na qual aborda, histórica e politicamente, a temática em tela de modo bastante profundo e informativo, discorre:

> os direitos LGBT funcionavam como simples moedas de troca na prática fisiológica tão cara à bancada evangélica fundamentalista e praticada à exaustão (...)
>
> Os direitos LGBT pareciam ter função quase decorativa, uma espécie de verniz para o campo da esquerda parecer moderno. Na

> hora da disputa para valer, eles se tornavam tão secundários quanto enfeito de bolo de noiva. Não que isso fosse novidade, pela repetição dos mesmos avanços e recuos em décadas anteriores. No caso, os incidentes geraram mal-estar pela saturação do padrão de retrocessos (TREVISAN, 2018, p. 469).

Tem-se, desse modo, os principais diplomas normativos existentes no país após a redemocratização. Considera-se, à luz das investigações realizadas, que não foram identificadas legislações pertinentes em momento posterior a 2015. Frisa-se, ademais, como se nota, escassa abordagem à temática LGBT – ou de orientação sexual –, vez que os Projetos de Lei sobre o assunto não obtiveram sucesso em sua tramitação. Passemos, então, à análise dos principais deles.

2. OS PRINCIPAIS PROJETOS DE LEI NO COMBATE À LGBTFOBIA

Nota-se, doravante, que o lapso temporal correspondido entre a Constituição Federal de 1988 e o atual contexto político brasileiro não trouxe muitas inovações legislativas na área penal, no que diz respeito aos atos LGBTfóbicos – ou de orientação sexual. Destaca-se, timidamente, algumas normas, como dois dispositivos elucidativos da "Lei Maria da Penha", quais sejam:

> Art. 2º Toda mulher, **independentemente de** classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.
>
> (...)
>
> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

> (...)
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual** (BRASIL, 2006a, grifo nosso).

Entretanto, no plano político-criminal, sabe-se que a pauta positiva, além de reconhecer igualdade de tratamento independente da orientação sexual – como a observada na supracitada "Lei Maria da Penha" –, outros interpretam a intervenção penal através da criminalização de condutas propriamente ditas. É justamente nesse diapasão que alguns Projetos de Lei, nesse tempo, buscaram contemplar a pauta LGBT por intermédio da criminalização. Far-se-ão analisados, então, dois dos principais deles: o PL 122/2006 e o PL 5002/2013.

2.1. O PROJETO DE LEI 122/2006

O enfrentamento entre parlamentares religiosos e o movimento LGBT acalorou-se diante da tramitação do Projeto iniciado na Câmara dos Deputados, sob o número 5003/2001, e renomeado como Projeto de Lei 122/2006, no Senado Federal, nacionalmente conhecido por este – que, por tal motivo, intitula o presente subtópico. Os embates entre seus diversos atores – principalmente, a bancada evangélica e o movimento LGBT – marcaram, de um lado, a capacidade de articulação religiosa e suprapartidária apoiada, muitas vezes, no aparato midiático e, de outro, o histórico de lutas do movimento com sua recente – e ainda frágil – capacidade de influenciar nas decisões políticas.

Consagrada como a primeira proposta apresentada no Poder Legislativo com o intuito de penalizar condutas discriminatórias no tocante à orientação sexual, o Projeto, de autoria da deputada Iara Bernardi, à época, filiada ao Partido dos Trabalhadores de São Paulo (PT/SP), continha cinco artigos e determinava sanções para as Pessoas Jurídicas que "por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual" (BRASIL, 2001).

Em sua redação original, o artigo 2º previa oito acontecimentos a que as sanções seriam aplicadas, ao passo que o artigo 3º estabelecia as

espécies sancionatórias. Dada sua ineditude junto ao ordenamento pátrio, transcrevamos:

> Art. 2º. Para os efeitos desta Lei são atos de discriminação impor às pessoas, de qualquer orientação sexual, e em face desta, as seguintes situações:
>
> I – constrangimento ou exposição ao ridículo;
>
> II – proibição de ingresso ou permanência;
>
> III – atendimento diferenciado ou selecionado;
>
> IV – preterimento quando da ocupação de instalações em hotéis ou similares, ou a imposição de pagamento de mais de uma unidade;
>
> V – preterimento em aluguel ou locação de qualquer natureza ou aquisição de imóveis para fins residenciais, comerciais ou de lazer;
>
> VI – preterimento em exame, seleção ou entrevista para ingresso em emprego;
>
> VII – preterimento em relação a outros consumidores que se encontrarem em idêntica situação;
>
> VIII – adoção de atos de coação, ameaça ou violência.
>
> Art. 3º. A infração aos preceitos desta Lei sujeitará o infrator às seguintes sanções:
>
> I – inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;
>
> II – acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;
>
> III – isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária (BRASIL, 2001).

Nota-se que, dentre as sanções explicitadas no artigo 3º, não se vislumbra o viés criminalizatório do Direito Penal, restando abarcadas apenas as sanções em âmbito administrativo. Entretanto, posteriormente, a

deputada apresenta nova proposta, voltada à criminalização, visando modificar os artigos 1º e 20 da Lei que trata sobre o Racismo (Lei 7716/89) e o §3º do artigo 140 do Código Penal, com o intuito de incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual. Do mesmo modo que se acrescentou a temática de gênero ao Projeto – ao lado da orientação sexual –, também se enveredou para a atuação da sistemática jurídico-penal.

Deve-se pontuar que, nesse ínterim, o foco da atuação dos parlamentares religiosos voltava-se ao Projeto de Lei 1151/95, de iniciativa da deputada Marta Suplicy (PT/SP), o qual versava sobre a "União Civil entre pessoas do mesmo sexo".

No âmbito do Senado, o já nomeado PL 122/2006 passou a tramitar nesta Casa em 12/12/2006. De acordo com o repositório online atualizado do Senado Federal, o qual expõe a tramitação completa do Projeto de Lei – desde seu protocolo legislativo até o seu arquivamento definitivo, em 17/05/2017 –, pode-se observar a ocorrência de inúmeras discussões em formato de audiência pública, mais precisamente 19, sendo 12 na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e sete na Comissão de Assuntos Sociais. Ambas as Comissões emitiram parecer favorável à aprovação (BRASIL, online, 2021).

Nesse lapso, também se criou um grupo de trabalho junto à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para a realização de debates sobre a então denominada "criminalização da homofobia". Integrado, principalmente, por parlamentares, membros da sociedade civil, pessoas declaradas religiosas, representantes do Ministério Público e do Poder Executivo, as reuniões iniciaram-se em 2007, sob a coordenação da Senadora Fátima Cleide (PT/RO), relatora do projeto na mencionada Comissão. O objetivo crucial era inaugurar um espaço de diálogo entre os mais variados atores interessados no tema, cujo embate possuía, como pano de fundo, a contradição entre liberdade religiosa e sexual, bem como o tênue limite entre liberdade religiosa e respeito aos demais princípios norteadores do Estado Democrático de Direito (BRASIL, online, 2021).

Mister ressaltar, por derradeiro, que, dentre as alterações realizadas no Projeto Original, uma das mais emblemáticas era a que previa pena de prisão para quem impedisse manifestação da afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, ou que proibissem a manifestação da afe-

tividade quando essas expressões fossem permitidas aos demais cidadãos (BRASIL, 2006b). Como dito, porém, o projeto restou arquivado em sua integralidade.

2.2. O PROJETO DE LEI 5002/2013

De autoria do deputado Jean Wyllys, à época filiado ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL/RJ), e da deputada Érika Kokay (PT/DF), o Projeto de Lei 5002/2013 ficou conhecido como "Lei João Nery", em genuína homenagem ao primeiro homem transexual a realizar a cirurgia de readequação sexual no Brasil[37]. Inspirada na Lei de Gênero Argentina, que se encontra em vigor, no país, desde 2012 – cuja análise minuciosa dar-se-á em Capítulo posterior –, a proposta legislativa continha 14 artigos que versavam, principalmente, sobre autonomia de identidade e enfrentamento no âmbito civil. Em seu bojo, propunha-se reformas nas normas acerca das alterações de nome e sexo em documentos oficiais, bem como a despatologização das dissidências de gênero por intermédio da obrigatoriedade dos tratamentos biotecnológicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse sentido, destacam-se:

> Artigo 2º – Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.
>
> Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.
>
> (...)

37 Nascido em 12/02/1950, o carioca João Nery ficou conhecido como o primeiro homem transexual a realizar a cirurgia de readequação sexual no Brasil. A cirurgia de transgenitalização ocorreu na década de 70, mais especificamente em 1977, quando o procedimento ainda era proibido no país. Nery faleceu em Niterói, RJ, em 27/10/2018, aos 68 anos, vítima de um câncer no pulmão. O livro "Viagem Solitária", publicado em 2011, conta a trajetória de intensa luta travada em busca do reconhecimento de sua verdadeira identidade de gênero.

> Artigo 4º (Parágrafo único): Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome:
>
> I – intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial;
>
> II – terapias hormonais;
>
> III – qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; IV – autorização judicial.
>
> Artigo 9º – Os tratamentos referidos no artigo 11º serão gratuitos e deverão ser oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º da Lei 9.656/98, por meio de sua rede de unidades conveniadas.
>
> Parágrafo único: É vedada a exclusão de cobertura ou a determinação de requisitos distintos daqueles especificados na presente lei para a realização dos mesmos. (BRASIL, 2013).

Ponto interessante refere-se à idade mínima para a pessoa socorrer-se da retificação registral de sexo e da mudança do prenome e da imagem. O artigo 4º do Projeto, em seu inciso I, entende que a pessoa demandante deverá ser maior de 18 anos. Entretanto, o artigo 5º prevê requisitos para que os indivíduos que ainda não tenham atingido a maioridade também possam gozar das alterações. Nesses casos, o procedimento deverá ser realizado através de seus "representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente" (BRASIL, 2013). Entende-se, porém, que, em tais hipóteses, a assistência da Defensoria Pública faz-se irremediável, seja quando restar impossibilita a possibilidade de se obter o consentimento do representante ou, até mesmo, nos casos em que haja expressa e pacífica autorização. As mesmas regras se aplicam para as intervenções cirúrgicas totais ou parciais, à luz do que dispõe o artigo 8º do Projeto.

No que toca as alterações do prenome e do gênero em cartório, o artigo 7º do Projeto de Lei 5002/2013 lista, em seu parágrafo 1º, todos os documentos que, necessariamente, também devem ser modificados, quais sejam, "diplomas, certificados, carteira de identidade, CPF, passaporte, título de eleitor, Carteira Nacional de Habilitação e Carteira de Trabalho

e Previdência Social" (BRASIL, 2013). O mesmo artigo prevê as respectivas moldagens nos registros civis dos filhos e das filhas.

A justificativa contida no Projeto de Lei em estudo mostra-se bastante densa e com acentuado teor de pessoalidade. Citando, dentre outros aspectos, a Lei de Gênero Argentina, passagens da já mencionada obra de João Nery, experiências europeias de despatologização, declarações internacionais publicizadas em Conferências e determinadas orientações normativas, como os "Princípios de Yogakarta", no seio da aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, exige-se um posicionamento estatal efetivo. Destaca-se:

> Falamos de pessoas que se sentem, vivem, se comportam e são percebidas pelos outros como homens ou como mulheres, mas cuja identidade de gênero é negada pelo Estado, que reserva para si a exclusiva autoridade de determinar os limites exatos entre a masculinidade e a feminidade e os critérios para decidir quem fica de um lado e quem do outro, como se isso fosse possível. Travestis, transexuais e transgêneros sofrem cada dia o absurdo da lei que lhes nega o direito a ser quem são. E andam pelo mundo com sua identidade oficialmente não reconhecida, como se, das profundezas da história dos nossos antepassados filosóficos gregos, Crátilo voltasse a falar para Hermógenes: "Tu não és Hermógenes, ainda que todo o mundo te chame desse modo" (BRASIL, 2013).

Cumpre salientar, por fim, os principais pontos de tramitação do Projeto, de acordo com o repositório eletrônico da Câmara dos Deputados. Em regime de tramitação ordinária, a proposta foi apresentada em 20/02/2013. Apreciada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), a partir de 27/02/2014, foi arquivada inicialmente pela Mesa Diretora em 31/01/2015. Após deferimento do pleito de desarquivamento realizado pelo deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ), voltou à CDHM, sendo emitidos diversos pareceres. Entretanto, o último arquivamento deu-se em 31/01/2019.

Vale destacar que, atualmente, no Brasil, muitos dos direitos pleiteados no Projeto passaram a encontrar respaldo após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se inferir que houve um recrudescimento da legislação penal brasileira após a redemocratização, o que nos levou a refletir, necessariamente, sobre o conceito de "criminalização" e seus principais estratos, nas palavras de consagrados operadores do Direito, como Alessandro Baratta e Raúl Eugênio Zaffaroni. Tais propostas de estudo ainda restariam insuficientes, se não houvesse um pensamento crítico em torno dos denominados "crimes de ódio", já que constituem pilar essencial deste trabalho, inclusive para o processo de criminalização. Suas nuances e seus paradigmas complementam-se com a análise das principais leis que atuam em seu combate, com ênfase em cada período político pós-1988, em se tratando de grupos vulneráveis, como "mulher", "negro" e, mesmo que muito timidamente, da "população LGBT".

Após a devida ambientação, a fim de imergir à temática central, analisou-se dois dos principais Projetos de Lei voltados ao enfrentamento da LGBTfobia, quais sejam, o PL 122/2006 e o PL 5002/2013. Notou-se que o primeiro deles, a princípio, somente previa sanções em âmbito administrativo, restando as punições criminais inseridas apenas em momento posterior. A longa tramitação, marcada por intensos conflitos entre o movimento LGBT e determinados setores conservadores, como a bancada evangélica, culminou com o seu arquivamento. O mesmo ocorreu com o PL 5002/2013, que se voltava para outro aspecto que não a criminalização de condutas, mas, na realidade, a despatologização, por intermédio da facilitação das cirurgias de readequação sexual e as possibilidades de alteração de registro cível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 122,** 2006.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5003,** 2001.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5003,** 2001.

_____. **Galeria de Presidentes**, 2021.

_____. **Lei nº 11.340,** 2006.

_____. Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil**: dados da violência, 2018.

EUROPE, Trangender. Transrespect versus Transphobia Worldwide. In: **Transrespect.org**. Disponível em: <htttps://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>. Acesso em: 10/03/2021.

HARDY, Stevie-Jade; CHAKRABORTI, Neil. **Blood, Threats and Fears, The Hidden Worlds of Hate Crime Victims**. Londres: Palgrave Pivot, 2017.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. "Nada pessoal": multiculturalismo e crimes de ódio na experiência estadunidense. In: **Biblioteca Sophia**. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=141996>. Acesso em: 11/03/2021.

MASIERO, Clara Moura. **Lutas sociais e política criminal**: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

SLONIMSQUI, Pablo. **Estudios sobre discriminación y xenofobia**. Buenos Aires: Fabián J. Di. Plácido Editor, 2005.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambrige: Harvard University Press, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; et al. **Direito Penal brasileiro** – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

UMA ERA "PÓS-GENÔMICA" PARA AS CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS: CONSTRUÇÃO MULTIDISCIPLINAR DA CONFLUÊNCIA ENTRE EPIGENÉTICA, ÉTICA, DIREITO E SOCIEDADE

Adriana Carolina Leão Carpi[38]

INTRODUÇÃO

Em 1940, o biólogo Conrad Hall Waddington conceituou como epigenética a interação entre genes e ambiente que permite o surgimento dos fenótipos. O modelo epigenético considera a interação entre a herança genética do indivíduo e os fatores ambientais. A diferente interpretação do genoma pelas células é definida pelo seu estado epigenético, em constante alteração durante o desenvolvimento do organismo e mesmo em um estado final de diferenciação, que modula as interações da célula com o ambiente circundante.

Exteriorizada como uma promessa, ainda que envolta em controvérsias no campo da investigação científica na última década, acadêmicos

38 Pós-Graduada em Direito Ambiental e Gestão Ambiental; Pós-Graduanda em Ciências Forenses; Graduada em Direito e História; Graduanda em Ciências da Natureza, Nutrição e Biomedicina. Vencedora do concurso de monografias jurídicas IASP/CIEE em 2017 e 2019 (profissional) e do concurso Pequena História do Ceara, 2020.

de diversas disciplinas têm formulado alegações tanto otimistas quanto cautelares a respeito das potenciais implicações normativas relacionadas à epigenética.

Estudos críticos vêm surgindo em paralelo às investigações e reivindicações bioéticas e biopolíticas, apresentando abordagens analíticas distintas, mas complementares. Um campo cada vez mais diversificado de investigação científica, com perspectivas de estudo que englobam, por exemplo, associações entre exposições tóxicas e modificações epigenéticas, epigenéticas variantes e doenças, ou a possível herança inter-/transgeracional de traços epigenéticos.

Este artigo fornece uma revisão de literatura nascente na encruzilhada da epigenética com a ética, o direito e a sociedade, a partir da descrição de cinco áreas emergentes de discussão, a saber:

1. Natureza *versus* Criação;
2. Biologização Social;
3. Saúde Pública, Reprodução e Paternidade;
4. Teoria Política;
5. Procedimentos Legais.

As interpretações foram formuladas em relação ao campo de significância e possível impacto na sociedade em vários níveis: médico, filosófico, legal, político e comercial.

Subcampos, como epigenética ambiental ou social, têm sido chamados de "revolucionários", devido ao potencial de fornecerem bases adicionais para revisitar teorias centradas no gene há muito percebidas por um viés simplista e reducionista da identidade, comportamento e saúde humana.

Enquanto os estudos de epigenética vêm produzindo afirmações bioéticas e biopolíticas aparentemente conflitantes, o resultado geral é a produção de um corpus cada vez mais matizado, sob quatro diferentes abordagens analíticas complementares: descritivas, instrumentais, dialéticas e reflexivas.

Objetiva-se chamar a atenção para os debates de tais áreas em âmbito de epigenética. Afinal, é o Direito parte das ciências sociais aplicadas, campo de conhecimento dinâmico, interdisciplinar e voltado para as necessidades da sociedade. Convida-se o Direito a refletir sobre esse novo entendimento científico, em prol de novas estratégias jurídicas.

1 EPIGENÉTICA

Waddington descreve epigenética como o ramo da Biologia que estuda as interações causais entre os genes e seus produtos, conduzindo à manifestação do fenótipo (WADDINGTON, 1957). Posteriormente, a definição passa a referir-se sobre as mudanças, positivas ou negativas para o organismo, no comportamento de alguns genes, que não estão relacionadas a alterações no DNA.

Apesar de proferidas em 1957, as palavras sobre epigenética do evolucionista Julian Huxley ainda são bastantes atuais:

> O método pelo qual tecidos e órgãos diferenciam-se no curso do desenvolvimento é atualmente o maior espaço em branco no mapa da Biologia... Sabemos pouco sobre os precisos passos dados pelos processos epigenéticos, os fatores bioquímicos envolvidos e, acima de tudo, o que determina a especificidade reprodutível dos tecidos diferenciados (HUXLEY, 1957, p. 1)[39].

O estado epigenético é determinado pela camada de informação imposta sobre a sequência de nucleotídeos do genoma. Todavia, ainda permanece em aberto se essa camada de informação pode ser considerada por si só epigenética ou se requer um caráter hereditário.

Para alguns cientistas, um estado epigenético consiste em informação não codificada pela sequência de DNA que é transmitida à próxima geração por divisão celular, por mitose (no contexto de um indivíduo) ou mesmo por meiose (pela linha germinativa, para gerações seguintes).

O estado epigenético depende de interações com o ambiente que ocorrem através dos sistemas de processamento e "retroalimentação" dessas informações com o controle de expressão gênica, denominado *feed back loops* (BERGER et al., 2009). Assim, a transição entre estados epigenéticos pode ser determinada por uma alteração do ambiente.

39 Do original: "The method by which tissues and organs differentiate in the course of normal development is at the moment the main blank space in biology's map. . . . [W]e know little of the precise steps taken by epigenetic processes, of the biochemical factors involved, and above all, of what determines the replicable specificity of differentiated tissues" (Huxley, 1957, p. 1). (Trad. livre).

Por sua vez, se considerarmos uma transmissão epigenética através da linha germinativa, a teoria de Jean-Baptiste Lamarck, relacionada à transmissão hereditária de características adquiridas durante a vida de um organismo, conduz a possibilidade da ocorrência desse evento em casos específicos, inclusive, em humanos.

A transmissão de informação epigenética parece estar na base de alguns casos individuais de doenças – o que se deve as modificações de histona e DNA em diferentes tipos celulares, podendo vir a elucidar mecanismos alterados em doenças, principalmente patologias complexas ou multifatoriais, que não são explicadas por mutações em um ou poucos genes, como a maioria dos cânceres e doenças comuns, como a diabetes.

À medida que as células se dividem, as modificações epigenéticas permanecem e, em alguns casos, podem ser herdadas ao longo de gerações, significando, portanto, que alterações epigenéticas podem ser transferidas de célula-mãe para célula-filha. Mas, influências ambientais, como a dieta ou a exposição a poluentes, podem impactar no epigenoma e alterar o fenótipo de um indivíduo.

De acordo com um artigo publicado na *Environmental Health Perspectives*, uma grande variedade de doenças, comportamentos e outros indicadores de saúde possui relação com mecanismos epigenéticos, incluindo câncer, distúrbios metabólicos e distúrbios degenerativos (WEINHOLD, 2009).

Face aos avanços promovidos pela área, coexistem, em um mesmo espaço, avaliações otimistas e cautelares quanto às consequências potenciais da pesquisa epigenética e suas interações com a saúde e políticas públicas. Levando ao protagonismo das ciências sociais aplicadas nas discussões sobre a relação da epigenética com a ética, o direito e a sociedade.

1.1 NATUREZA VERSUS CRIAÇÃO

A epigenética chamou a atenção de antropólogos, filósofos e sociólogos, em virtude do seu potencial para unir conceitos tradicionalmente opostos, "natureza" e "criação", gerando uma oportunidade de reunir pesquisadores de disciplinas comumente vistas como isoladas em investigações produtivas e conjuntas na intersecção da biologia e da cultura. De acordo com Panofsky (2015, p. 1106), a epigenética deve ser observada

como um "objeto de fronteira", servindo como um argumento para promover o trabalho interdisciplinar e novas formas de colaboração.

Se por um lado, a epigenética pode servir como argumento contra as visões centradas no gene identidade e saúde humana (determinismo genético), por outro, pode servir como argumento contra alegações polêmicas de que as influências sociais e ambientais são mais importante para a individualidade (personalidade, gênero e saúde) do que a biologia.

Para alguns autores, a epigenética representa um terreno fértil para revisitar a teoria da Síntese Moderna da Evolução, promulgada pelo neo-Darwinismo. Para estes, as teorias da evolução deveriam integrar níveis mais elevados de adaptação, como a epigenética, às teorias de seleção.

Em vez de focar apenas na competição pela sobrevivência a longo prazo entre "genes egoístas" (DAWKINS, 2007), uma teoria atualizada da evolução, consistente com epigenética, deve incluir postulados ecologicamente relevantes de herdabilidade. Isso incluiria o papel do altruísmo e da cooperação entre os indivíduos organizados em sociedade, como a "visão pró-social" da evolução (MELONI, 2014, p. 594).

Na Era pós-genômica, o genoma deve ser entendido como "biossocial", e o gene, definido como uma entidade fixa quimicamente estável, deve ser reconceitualizado como mais "plástico" e "reativo" ao seus vários ambientes, além dos representados originalmente (MÜLLER et al., 2017).

Embora a epigenética possa lançar luz sobre o reducionismo das teorias centradas no gene, alguns autores estão preocupados com o ressurgimento de relatos lamarckianos de sua herdabilidade.

É importante reconhecer que, até agora, só há evidência limitada da herança transgeracional de algumas variantes epigenéticas em humanos. Isso limita as interpretações sobre a persistência de características epigenéticas adquiridas em várias gerações.

Além disso, existem preocupações emergentes sobre novas formas de determinismo que podem surgir com a epigenética. De acordo com Wagoner e Uller (2015, p. 178), conceituar epigenética como fundamentalmente "anti-determinista" ou "não-determinista" poderia nos cegar para o potencial aumento de formas igualmente problemáticas de "determinismo ambiental" ou "determinismo epigenético".

1.2 BIOLOGIZAÇÃO SOCIAL

A convulsão epistêmica proposta pela epigenética parece residir em uma certa valorização do social por meio de uma melhor compreensão de suas complexas inter-relações e influências sobre a biologia. Seguindo os desenvolvimentos nesse campo, as circunstâncias ambientais e socioculturais podem ser entendidas como "sinais" externos que podem ser "mecanicamente" internalizados no corpo, produzindo ativamente a longo prazo mudanças bioquímicas, tornando-se uma parte integrante da "história epigenética" de uma pessoa.

Niewöhner (2011, p. 291-292) define este contexto de "personificação" das experiências e do meio circundante de uma pessoa como "molecularização de biografia e do meio". De acordo com o autor, a nova "biologização" do espaço social pode, ao longo do tempo, tornar-se parte integrante de discursos e práticas sob uma nova realidade, denominada por ele "sociabilidade somática", que se baseia no conhecimento sobre processos epigênicos.

Pesquisas no campo da epigenética poderiam contribuir para a reconfiguração de noções complexas de mudanças sociais e políticas de forma a corresponder com o nível biológico. Nesse caso, os marcadores epigenéticos poderiam ser utilizados por indivíduos ou grupos privados como prova de exposição a ações injustas de adversidade social e como argumento adicional do nível molecular para pleitear por justiça (JAARSMA, 2017).

De outra forma, poderá haver efeitos adversos ao traduzir as disparidades sociais em desigualdades biológicas, reduzindo problemas sociais complexos a códigos moleculares (LICKLITER; WITHERINGTON, 2017).

Observam Wagoner e Uller (2015) que o pensamento determinístico simplista pode ser nutrido, em um futuro próximo, por mais evidências de associações entre algumas variantes epigenéticas e genótipos, pela persistência de variantes epigenéticas programadas durante o desenvolvimento de uma criança e pela possível transmissão de algumas variantes epigenéticas ao longo das gerações.

Sugerem Müller et al. (2017) que devemos aprender com as pesquisas em sociobiologia sobre a biologização dos fenômenos sociais, mas sejamos cautelosos com seu potencial de criar armadilhas, como o ressurgimento

do "reducionismo somático" ou "neo-reducionismo biológico" (LOCK, 2015, p. 151).

1.3 SAÚDE PÚBLICA, REPRODUÇÃO E PATERNIDADE

Ao permitir uma melhor compreensão dos mecanismos relacionados aos processos de desenvolvimento de saúde e doença, a epigenética pode ser mobilizada para encorajar formuladores de políticas a utilizarem melhores estratégias preventivas. A epigenética ambiental, por exemplo, pode ser usada como um instrumental no fortalecimento dos argumentos existentes em favor de melhorias políticas e regulamentações ambientais.

Ao lançar luz sobre o estreito entrelaçamento do corpo humano com o seu entorno, a epigenética tem sido considerada como uma oportunidade para se questionar concepções biomédicas relacionadas ao campo da bioética, como forma de ampliar seu escopo ao meio ambiente englobando questões de saúde pública. Isso se dá mediante o empréstimo de novas técnicas da genética ecológica, buscando-se na análise das variações epigenéticas em populações parâmetros que possam auxiliar na reunião de evidências necessárias capazes de justificar as mudanças.

A epigenética social pode fornecer novos argumentos à promoção de políticas sociais, demonstrando, por exemplo, como as experiências da infância influenciam na expressão do gene em fase tardia de existência, possibilitando, assim, o desenvolvimento de políticas que melhor incidiriam na saúde futura das crianças.

Ao ajustar o foco das atenções as determinantes sociais da saúde estar-se-ia a prevenir uma ampla variedade de condições relacionadas à saúde, incluindo ansiedade e saúde mental, como apontam Lang e colaboradores (2016). Ocorre que a potencial herdabilidade de algumas variantes epigenéticas eleva o risco dessas questões. Se o dano epigenético for oriundo de exposições tóxicas ou de adversidades sociais, provavelmente, tais danos também afetarão as gerações futuras.

Todavia, para Huang e King (2017), a importância da epigenética para a saúde pública não deve ser exagerada, tendo em vista a carência de evidências convincentes de heranças epigenéticas em humanos e a alta probabilidade de variáveis em estudos de epigenética ambiental e social,

em razão das questões metaéticas relacionadas ao grau de valor normativo/prescritivo que deve ser concedido aos resultados empíricos.

Estudos científicos sobre a potencial transmissão de riscos epigenéticos de pais para filhos, como fatores resultantes do ambiente *in utero* na programação epigenética, assim como o impacto da situação familiar e o comportamento dos pais sobre a futura saúde mental da criança, têm se inserido no campo de vanguarda dos delicados debates sobre a reprodução humana.

De acordo com Hens (2017), as análises preventivas surgiram devido ao foco de estudos epigenéticos sobre os deveres dos pais em relação à saúde epigenética futura de seus filhos situarem-se em um nível individual. O autor oferece críticas à epigenética por seu potencial de colocar uma culpa adicional às mães que adotam determinados comportamentos durante a gravidez ou, até mesmo, ao longo do desenvolvimento do filho, o que poderia ensejar a um novo senso de hiper-responsabilidade materna.

Soma-se, ainda, a questão polêmica acerca de possíveis influências promovidas pelas tecnologias de reprodução assistida na programação epigenética que poderiam, porventura, afetar a saúde futura das crianças concebidas. Esses estudos levantam questões importantes relacionadas à tensão ética entre redução de danos em crianças e autonomia reprodutiva, na medida em que a reprodução assistida poderia, às vezes, representar o único caminho para casais que tentam engravidar.

Da mesma forma, pesquisas epigenéticas sugerem que a composição genética e o ambiente de um substituto, como no caso da barriga de aluguel, resultaria em impactar a expressão do gene na criança.

Como consequência dos fatos discriminados, Richardson (2015) demonstra preocupação em relação ao corpo materno ser visto como um vetor epigenético, podendo levar a um aumento da manipulação e controle sobre o corpo feminino.

A escassez de evidências sobre as implicações das modificações epigenéticas em diferentes pontos no ciclo de vida obrigou os pesquisadores a ter cautela ao fazer reivindicações sobre descobertas emergentes nos mecanismos relacionados aos processos de desenvolvimento de saúde e doença.

A temática envolve grandes desafios, considerando que traduzir os resultados dos estudos com animais em dimensão da reprodução humana

implica em certa imprecisão quanto ao comportamento humano, podendo, inclusive, segundo Richardson (2015), reforçar estereótipos sexuais existentes.

Hens (2017) e Richardson (2015) ilustram a questão referindo-se aos estudos com ratos que examinam o comportamento materno e seu impacto sobre seus filhos, linha de pesquisa que se debruça sobre a programação epigenética da mãe e comportamentos. No entanto, lembram os autores que ao se investigar a ocorrência de consequências semelhantes nas interações humanas mãe-filho, grande parte dessa pesquisa ignora o papel dos pais em termos de ambas contribuições epigenéticas herdadas e de criação dos filhos.

Em contraparte, Shields (2017) posiciona-se de forma otimista quanto à "exposição materna", entendendo que a mãe possuía uma vida antes de gerar filhos e, em vez de se concentrar apenas nas ações individuais das mulheres durante suas janelas reprodutivas, as descobertas resultantes dessa interação poderiam apoiar medidas pertinentes à melhoria em âmbito da saúde de pessoas vulneráveis ao longo da vida. Assim, essas evidências podem ser utilizadas na promoção de políticas públicas voltadas para a melhoria dos fatores sociais e econômicos, gerando impactos tangíveis na biologia.

Destarte, a pesquisa epigenética pode afetar a direção das intervenções em saúde, ao mesmo tempo, em que respeita os melhores interesses de pais e filhos.

1.4 TEORIA POLÍTICA

Diversos são os autores que se debruçam em discussões consistentes sobre o significado da epigenética para as teorias da justiça. Alguns concentram seus esforços em questões concernentes à tradicional oposição apresentada pelo filósofo John Rawls, focadas exclusivamente em disparidades induzidas socialmente, trazidas pelas oportunidades de vida e teorias igualitárias de justiça, que consideram desigualdades biológicas inatas ou herdadas como fatores que reduzem injustamente as oportunidades de vida ao nascimento.

A epigenética pode ser utilizada para demonstrar que as exposições desproporcionais de alguns grupos a poluentes e/ou adversidades sociais influenciam nas desigualdades biológicas entre pessoas e, possivelmente,

entre gerações, podendo servir como um argumento para alegar que disparidades injustas na saúde deveriam ser evitadas pela política social. De acordo com Rothstein e seus colaboradores (2017), essas discussões poderiam ser enquadradas, respectivamente, junto aos princípios de justiça ambiental e equidade intergeracional.

Ao apontar as formas como as injustiças sociais estão sendo incorporadas e até mesmo transferidas para as crianças, para Erwin (2015, p. 670), a epigenética estaria confundindo a fronteira entre a chamada "loteria social" (dotações induzidas socialmente) e a "loteria genética" (dotações biológicas). Para Meloni (2015), inclui-se nesse equívoco as teorias da justiça ambiental e equidade intergeracional.

Lafaye (2014) enfatiza o importante papel dos Estados na prevenção de riscos epigenéticos. Entretanto, encontra-se na literatura acadêmica um grande número de análises dialéticas sobre responsabilidades epigenéticas que apontam para uma possível tensão entre as responsabilidades morais coletivas e individuais para saúde epigenética.

Enquanto alguns exploram o tema sobre em que medida e sob quais circunstâncias os indivíduos têm a capacidade de modular os seus próprios riscos epigenéticos e os de seus filhos (BONIOLO, 2013), outros observam a dificuldade em determinar com certeza quais danos epigenéticos foram adquiridos ou impostos a terceiros após ações voluntárias (ERWIN, 2015).

Mais desafios emergem na tentativa de identificar epigenomas de "referência" e na busca de uma definição subsequente dos epigenomas "saudáveis", pois nem sempre é fácil distinguir entre variantes epigenéticas que devem ser consideradas interrupções biológicas levando a maiores riscos para algumas doenças e aquelas que são biologicamente vantajosas como adaptações a contextos de desenvolvimento específicos (STAPLETON et al., 2012).

Em adição, tem-se a estabilidade e o dinamismo, ou reversibilidade, variáveis de diversos tipos de modificações epigenéticas, em diferentes células e em diferentes períodos de tempo, que introduzem dificuldades na atribuição de responsabilidades epigenéticas morais, como ressalvam Vears e D'Abramo (2018).

Da mesma relevância, o enigma filosófico decorrente da questão metaética de saber se é possível prejudicar alguém que ainda não existe – pro-

blema da não identidade – e como se dá um limite previsível para nossos deveres em relação à saúde epigenética das gerações futuras (ROY et al., 2017).

1.5 PROCEDIMENTOS LEGAIS

Consoante estudiosos do Direito, como Vandenbergh e colaboradores (2017), a pesquisa epigenética pode afetar os procedimentos legais no futuro, fornecendo dados adicionais de evidências nos domínios da responsabilidade civil.

Compreende-se por responsabilidade civil, em linhas gerais, como sendo um dano ou uma perda causada a outra pessoa, resultando em responsabilidade legal pelo ato ilícito. Essa responsabilidade é mensurada sob o viés de três componentes: ato, lesão e nexo de causalidade. É o elemento "nexo de causalidade" o aspecto mais difícil de ser provado como evidência convincente entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Para Vandenbergh e colaboradores (2017), a epigenética pode vir a preencher essa lacuna de evidências, fornecendo informações sobre os mecanismos moleculares que ligam, por exemplo, a exposição a produtos químicos, como poluentes, cosméticos e medicamentos, à ocorrência de doenças. Ao fazê-lo, estudos epigenéticos seriam capazes de oferecer aos requerentes evidências complementares valiosas de responsabilidade civil potencialmente admissível em juízo.

A capacidade de rastrear danos epigenéticos de volta à sua causa apresenta novas oportunidades não apenas para fornecer compensação às vítimas de danos ambientais, mas também no desenvolvimento de novos regulamentos e políticas que possam melhor refletir a compreensão dos efeitos das toxinas sobre o corpo.

Além disso, há possibilidade de que evidências mais precisas de dano epigenético, devido à negligência dos pais, ensejem em novas repercussões jurídicas no que tange ao preconceito e à percepção sobre comportamento parental.

Rothstein (2013) reflete que as evidências epigenéticas, mesmo cercadas por um otimismo quando de seu uso potencial em delitos tóxicos, têm uma série de barreiras à sua implementação por parte dos juristas. O longo período de latência entre o ato prejudicial e o surgimento dos sintomas de

danos pode entrar em conflito com os estatutos de limitações. Além disso, a falta de acesso ao sistema judicial e as evidências epigenéticas necessárias podem impedir as partes vulneráveis de fazer uso total dessas inovações na lei de responsabilidade civil. Por fim, há a dificuldade de quantificar, com certeza, o dano epigenético. Mas, esses fatores podem ser mitigados pela atualização de leis, regulamentos e políticas, através do reconhecimento de novos tipos de evidência.

Até o momento, implicações potenciais da epigenética em âmbito de direito penal não ocuparam o mesmo espaço de atenção concedido à responsabilidade civil. No caso dos impactos neurológicos e psicológicos de longo prazo do trauma, por exemplo, a pesquisa epigenética pode alterar nossa compreensão da responsabilidade criminal.

Na reconceituação de condições tradicionalmente consideradas como distúrbios comportamentais, a exemplo de transtornos de psicopatia e sociopatia, ou distúrbios biológicos causados por exposições tóxicas ou experiências adversas, ou ainda no caso de dano epigenético anterior, a epigenética pode impactar tanto a previsão de risco criminal quanto as formas como punimos, prevenimos e/ou tratamos tais comportamentos.

A pesquisa epigenética pode auxiliar a entender os caminhos biológicos através dos quais alguns dos efeitos negativos de estruturas sociais injustas e discriminação podem persistir ao longo de gerações. Por exemplo, pesquisas sugerem um modelo epigenético de disparidades de saúde racial em relação ao marcador epigenético que se relaciona com o nascimento prematuro e as doenças cardiovasculares entre afro-americanos. Esse modelo foi promovido como uma oportunidade a populações marginalizadas e carentes para reivindicarem uma compensação pelos danos e consequências duradouras de níveis desproporcionais às exposições ambientais tóxicas e às adversidades sociais com as quais lutam (KUZAWA; SWEET, 2009).

Entretanto, os novos entendimentos epigenéticos das disparidades sociais conduziram a questionamentos éticos inerentes às comparações biológicas entre os grupos sociais. Nesse sentido, Saulnier e Dupras (2017) discutem os riscos associados à reificação da ideia de que existem "raças" (*sic*) biológicas.

A pesquisa epigenética pode oferecer novos insights sobre as consequências de longo prazo de atitudes, discursos, práticas e/ou estruturas so-

ciais discriminatórias sobre a biologia e a saúde de indivíduos e populações discriminadas. No entanto, alguns temem que o surgimento de métodos reducionistas e visões fatalistas possam levar a um aumento da "racialização" condicente à interpretação de que alguns grupos vulneráveis podem ser epigeneticamente danosos para serem contemplados por políticas públicas preventivas (MELONI, 2017).

Autores envolvidos com os estudos de genômica e com a história da pesquisa biológica adotaram um tom cauteloso ao medir e discutir as disparidades sociais utilizando métricas biológicas. O potencial da epigenética ambiental em permitir a medição de biomarcadores de desigualdade ressalta preocupações relacionadas a novas medições de "normalidade", podendo conduzir a uma espécie de "epi-eugenia". Assim, populações historicamente racializadas, como mulheres, minorias sexuais e indivíduos socioeconomicamente desfavorecidos, enfrentariam o risco de um escrutínio mais intenso, implicando em culpa por práticas ou comportamentos socioculturais que se desviam da nova norma epigenética (LOCK, 2013).

Sugere-se um equilíbrio entre o reconhecimento dos problemas gerados pelo passado racializado e o potencial para uma nova visão "plástica e biossocial" de etnia que, juntos, conformam-se em evidências sociais e biológicas de dano (JAARSMA, 2017; MELONI, 2017).

Autores se preocupam com a proteção da privacidade e confidencialidade dos participantes envolvidos em pesquisa epigenética, pois a informação epigenética, se não tratada com o cuidado necessário, poderia resultar em estigmatização adicional e/ou tratamento diferencial adverso de grupos. De certa maneira, na epigenética individual, os dados podem ser considerados eticamente mais sensíveis do que os dados genéticos, já que podem fornecer informações não apenas sobre o perfil de risco de doença de um indivíduo e, algumas vezes, sobre o estado atual da doença, mas também sobre as exposições anteriores e estilo de vida (ERWIN, 2015).

Embora a maioria das publicações na categoria possuem um tom de cautela, há divergências quanto ao nível de proteção de dados epigenéticos e a sua relação com a privacidade dos pacientes e/ou participantes da pesquisa. Equívocos sobre a identificabilidade de certos tipos de informações epigenéticas podem levar a uma sub ou superestimação dos riscos de privacidade associados.

É comumente acreditado que a variabilidade temporal inerente de microRNAs (miRNAs) protege os dados de serem rastreados e vinculados a um indivíduo, mas um estudo específico descobriu que os perfis de expressão de miRNA no sangue podem, de fato, ser combinados a um indivíduo em particular com uma taxa de sucesso de 90% (BACKES et al., 2016).

Outro estudo demonstrou que certas informações confidenciais sobre os participantes de pesquisas podem ser ligadas a indivíduos utilizando conjuntos de dados epigenéticos que estavam sendo compartilhados online (PHILIBERT et al., 2014).

Outros autores se preocupam com a restrição excessiva ao acesso dos dados em epigenética sem avaliações adequadas das reais probabilidades de violação de privacidade, que pode variar de acordo com o conjunto de dados específicos e contexto do estudo. De acordo com eles, o nível de proteção de privacidade deve ser compatível com uma justa avaliação dos riscos. Estudos epigenéticos em populações vulneráveis, por exemplo, são geralmente pensados no caso da insurgência de cuidados especiais, especialmente quando as populações são associadas a localizações geográficas ou etnias específicas.

Nos últimos anos, houve um aumento no número de publicações de cientistas sociais fornecendo análises críticas importantes sobre discursos promissórios ou alarmistas neste campo. Os aspectos "revolucionários" da epigenética e a mobilização de seu poder retórico para fins ideológicos, políticos ou comerciais foram particularmente examinados por uma ampla gama de estudiosos. Resulta dos estudos empíricos uma alta variabilidade na natureza e grau de expectativas em relação ao campo, à luz das persistentes incertezas científicas. Outro estudo semelhante identificou a mídia como tendo uma responsabilidade importante em problemas emergentes relacionados à transferência de conhecimento.

Verificou-se, ainda, pressões financeiras por parte de atores privados para mercantilizar resultados de pesquisas e comercializar aplicações clínicas de epigenética que poderiam impedir outros tipos de traduções de epigenética, impedindo estratégias coletivas de prevenção direta no enfrentamento de injustiças ambientais e desigualdades sociais.

Destaca-se uma necessidade de investigar mais a fundo e abordar vieses sutis e barreiras que podem impedir a tradução adequada de desco-

bertas científicas em justas e eficazes intervenções de saúde. Como tal, as perspectivas subjetivas e os diferentes interesses das partes interessadas devem ser reconhecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma consciência crescente da importância da epigenética tanto em âmbito de saúde quanto de política. Isso se deve em grande parte à constatação de que o epigenoma é altamente sensível e responsivo a influências ambientais, incluindo exposições tóxicas, fatores dietéticos e impactos comportamentais. Embora a natureza e a importância de algumas mudanças epigenéticas encontrarem-se bem estabelecidas, muitas das implicações e mecanismos epigenéticos ainda permanecem incertos ou especulativos.

Neste artigo, fornecemos um panorama multidisciplinar das discussões atuais sobre epigenética, incluindo análises hermenêuticas de questões epistêmicas fundamentais levantadas pela epigenética na era pós-genômica. Enquanto a teoria consequencialista lida com a avaliação de afirmações sobre futuros possíveis, em termos de sua plausibilidade, a hermenêutica do discurso sobre futuros tecnológicos concentra-se no significado desses debates para as atitudes contemporâneas em relação às novas tecnologias.

Assim, caracterizamos cinco áreas de discussões recorrentes e apontamos o ponto de tensão entre elas, servindo-nos de autores que defendem diferentes perspectivas ou posições. Ao fazer isso, revelamos uma grande heterogeneidade em foco e interpretação neste campo emergente. A coexistência de descritivos, instrumentais, dialéticos e análises reflexivas das implicações potenciais de um novo campo científico ou biotecnológico é um sinal de discussões interdisciplinares sólidas.

É evidente a natureza multidisciplinar da literatura emergente que se origina de um corpo de discussão rico e matizado em torno da importância da epigenética para a saúde e a sociedade. Com os novos desenvolvimentos em epigenética, será importante validar ou invalidar os diferentes cenários hipotéticos com mais evidências empíricas das ciências biológicas e sociais. Estudos interdisciplinares reconhecem a coexistência de distintas abordagens analíticas, mas resultam em contribuições complementares para a riqueza das ciências sociais aplicadas, tornando-se a chave para avaliar e abordar a epigenética no futuro. Por vezes, um vácuo se forma e deve

ser preenchido. Isso é possivelmente o que afirma nosso título: uma era "pós-genômica" para as ciências sociais e humanas.

REFERÊNCIAS

BACKES, Michael; BERRANG, Pascal; HECKSTEDEN, Anna, et al. Privacy in epigenetics: Temporal linkability of MicroRNA expression profiles. In: **Proceedings of the 25th USENIX Security Symposium,** Austin, TX, 10–12 August, p. 1223-1240, 2016, Berkeley: USENIX.

BERGER, Shelley L.; KOUZARIDES, Tony; SHIEKHATTAR, Ramin; SHILATIFARD, Ali. **An operational definition of epigenetics**. In: **Genes and Development,** v. 23, n. 7, p. 781-783, 2009.

BONIOLO, Giovanni. Is an account of identity necessary for bioethics? What post-genomic biomedicine can teach us. **Studies in History and Philosophy of Science Part C**, v. 44, n. 3, p. 401-411, 2013.

DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ERWIN, Cheryl. Ethical issues raised by epigenetic testing for alcohol, tobacco, and cannabis. **Behavioral Sciences & the Law,** v. 33, n. 5, p. 662-674, 2015.

HENS, Kristien. The ethics of postponed fatherhood**. International Journal of Feminist Approaches to Bioethics,** v. 10, n. 1, p. 103-118, 2017.

HUANG, Jonathan Y; KING, Nicholas B. Epigenetics changes nothing: What a new scientific field does and does not mean for ethics and social justice. **Public Health Ethics**, v. 11, n. 1, p. 69-81, 2017.

HUXLEY, Julian. Cancer biology: Viral and epigenetic. **Biol. Rev. 32,** p. 1-37, 1957.

JAARSMA, Ada S. The existential stakes of epigenetics. In: **Kierkegaard After the Genome: Science, Existence and Belief in this World.** Cham: Palgrave Macmillan, p. 45-86, 2017.

LAFAYE, Caroline Guibet. L'épigénétique: pour de nouvelles politiques de santé? [Epigenetics: For new health policies?] **Humanistyka i Przyrodoznawstwo,** v. 20, n. 1, p. 4-22, 2014.

LANG, Thierry; KELLY-IRVING, Michelle; LAMY, Sébastien, et al. Construction de la santé et des inégalités sociales de santé: les gènes contre les déterminants sociaux? [Construction of health and social inequalities of health: Genes against social determinants?]. **Santé Publique,** v. 28, n. 2, p. 169-179, 2016.

LICKLITER, Robert; WITHERINGTON, David C. Towards a truly developmental epigenetics. **Human Development,** v. 60, n. 2-3, p. 124–138, 2017.

LOCK, Margaret. The epigenome and nature/nurture reunification: A challenge for anthropology. **Medical Anthropology,** v. 32, n. 4, p. 291-308, 2013.

_____. Comprehending the body in the era of the epigenome. **Current Anthropology,** v. 56, n. 2, p. 151–177, 2015.

MELONI, Maurizio. How biology became social, and what it means for social theory. **The Sociological Review,** v. 62, n. 3, p. 593-614, 2014.

_____. Epigenetics for the social sciences: Justice, embodiment, and inheritance in the postgenomic age. **New Genetics and Society,** v. 34, n. 2, p. 125-151, 2015.

_____. Race in an epigenetic time: Thinking biology in the plural. **British Journal of Sociology,** v. 68, n. 3, p. 389-409, 2017.

MÜLLER, Ruth; HANSON, Clare; HANSON, Mark, et al. The biosocial genome? **EMBO Reports,** v. 18, n. 10, p. 1677-1682, 2017.

NIEWÖHNER, Jörge. Epigenetics: Embedded bodies and the molecularisation of biography and milieu. **BioSocieties,** v. 6, n. 3, p. 279-298, 2011.

PANOFSKY, Aaron. Commentary: A conceptual revolution limited by disciplinary division. **International Journal of Epidemiology,** v. 44, n. 4, p. 1105-1107, 2015.

PHILIBERT, Robert A; TERRY, Nicolas; ERWIN, Cheryl, et al. Methylation array data can simultaneously identify individuals and convey protected health information: An unrecognized ethical concern. **Clinical Epigenetics,** v. 6, n. 1, p. 28-34, 2014.

RICHARDSON, Sarah. Maternal bodies in the postgenomic order: Gender and the explanatory land scape of epigenetics. In: RICHARDSON, Sara; STEVENS, Hallam (eds). **Postgenomics Perspective on Biology after the Genome.** Durham, NC: Duke University Press, p. 210-231, 2015.

ROTHSTEIN, Mark A. Epigenetic exceptionalism: Currents in contemporary bioethics**. Journal of Law, Medicine & Ethics,** v. 41, n. 1, p. 733-736, 2013.

ROTHSTEIN, MARK A; HARRELL, Heather L; MARCHAN, Gary E. Transgenerational epigenetics and environmental justice. **Environmental Epigenetics,** v. 3, n. 3, p. 1-12, 2017.

ROY, Marie-Christine; DUPRAS, Charles; RAVITSKY, Vardit. The epigenetic effects of assisted reproductive technologies: Ethical considerations. **Journal of Developmental Origins of Health and Disease,** v. 8, n. 4, p. 436-442, 2017.

SAULNIER, Katie Michelle; DUPRAS, Charles. Race in the postgenomic era: Social epigenetics calling for interdisciplinary ethical safeguards. **American Journal of Bioethics,** v. 17, n. 9, p. 58-60, 2017.

SHIELDS, Alexandra E. Epigenetic signals of how social disadvantage 'gets under the skin': A challenge to the public health community. **Epigenomics**, v. 9, n. 3, p. 223-229, 2017.

STAPLETON, Greg; SCHRÖDER-BÄCK, Peter; TOWNEND, David. Equity in public health: An epigenetic perspective. **Public Health Genomics,** v. 16, n. 4, p. 135-144, 2012.

VANDENBERGH, Michael P; VANDENBERGH, David; VANDENBERGH, Jonh G. Beyond Lamarck: The implications of epi-

genetics for environmental law. **Michigan Journal of Environmental & Administrative Law,** v. 7, n. 1, p. 1-31, 2017.

VEARS, Danya F; D'ABRAMO, Flavio. Health, wealth and behavioural change: An exploration of role responsibilities in the wake of epigenetics. **Journal of Community Genetics,** v. 9, n. 2, p. 153-167, 2018.

WADDINGTON, Conrad Hall. The Strategy of the Genes: A Discussion of Some Aspects of Theoretical Biology. **Routledge Library Editions: 20th Century Science,** v. 20. London: George Allen & Unwin, [1957].

WAGGONER, Miranda R; ULLER, Tobias. Epigenetic determinism in science and society. New Genetics and Society, v. 34, n. 2, p. 177-195, 2015.

WEINHOLD, Bob. Epigenetics: The Science of Change. **Environ Health Perspect,** v. 114, n. 3, p. 160-167, 2006.

FAKE NEWS NO BRASIL PANDÊMICO: RUMO A UM CENÁRIO DE NEGAÇÃO E DESENCORAJAMENTO?

Ramon Romeiro Zanirato[40]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho envereda pelo momento pandêmico vivido por todo o mundo nos anos de 2020 e 2021, com especial enfoque no Brasil. Nesse cenário, medidas de toda sorte tiveram de ser tomadas para conter a proliferação do vírus SARS-CoV-2, que pôs em xeque diversos institutos até então consolidados, como a própria democracia liberal.

Vivencia-se um aumento considerável da disseminação de informações falsas. Apesar de não ser novidade, as pseudoinformações ganharam mais espaço a seu modo no mundo contemporâneo (ALCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 214). Desde enaltecer comportamentos antidemocráticos até desacreditar protocolos de segurança da Organização Mundial da Saúde (OMS), as informações falsas têm contribuído na inserção do Brasil em um cenário de negação e desencorajamento, como se pretende demonstrar neste artigo.

Para além disso, o trabalho pretende abordar as respostas que o mundo jurídico oferece aos reflexos desse cenário de negacionismo e, opor-

40 Acadêmico de Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, no 8º semestre. Pesquisador nos grupos GPDECON (Grupo de Estudos e Pesquisa em Democracia e Constituição) e Phronesis (Jurisdição e Humanidades).

tunamente, tentar aferir o potencial dessas medidas. Após as pesquisas, optou-se por trazer uma decisão e uma campanha, ambas envolvendo o Supremo Tribunal Federal (STF), compreendidas dentro do diálogo entre as informações falsas e o cenário pandêmico vivido pelo Brasil.

Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, aproveitando-se a experimentação e a racionalização, partindo-se da seguinte hipótese: configura-se um cenário brasileiro negacionista, que desencadeou diversas respostas, estando, entre elas a resposta do mundo jurídico. O método de procedimento adotado foi o monográfico, utilizando-se da técnica de pesquisa documental bibliográfica.

1. O ESTÍMULO DO MUNDO FÁTICO

Vislumbra-se um fenômeno de ascensão e permanência das informações falsas no cotidiano brasileiro. Contudo, sem o fito de discutir suas origens históricas, devemos considerar seu potencial destrutivo. A informação surge para embasar o contraponto ao pensamento construído a partir de informações verdadeiras (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 213). Os autores assim definem: "*We define 'fake news' to be news articles that are intentionally and verifiably false, and could mislead readers*" (ALLTOTT; GENTZKOW, 2017, p. 213)[41]. Neste mesmo sentido, define Reilly:

> *Fake news represents information of various stripes that is presented as real but is patently false, fabricated, or exaggerated to the point where it no longer corresponds to reality; what is more, this information operates in the express interests of deceiving or misleading a targeted or imagined audience* (REILLY, 2018, p. i.)[42].

Assim, surgem discussões, sérias em sua maioria, sem qualquer respaldo científico. Em outras palavras, são inventadas "notícias" (por ve-

41 Em tradução livre: "Definimos fake news como sendo notícias verificável e intencionalmente falsas, que podem desorientar os leitores".

42 Em tradução livre: Fake news representa informação de várias espécies que é apresentada como real, mas é patentemente falsa, fabricada ou exagerada ao ponto de não mais corresponder à realidade; ademais, tal informação expressa o interesse de enganar ou induzir em erro sua audiência".

zes, apenas manchetes) sem qualquer elemento verídico, com o propósito único de embasar uma opinião/compreensão preexistente, confundindo o leitor.

Um evento notável na historiografia brasileira foi a eleição presidencial do ano de 2018. O pleito foi regado a informações falsas (GRAGNANI, 2018). À época, ainda se popularizando, as chamadas *fake news* tiveram papel decisivo na escolha do futuro chefe do Poder Executivo do Estado brasileiro (BARRAGÁN, 2018). A autora trabalha cinco falsas informações difundidas no período eleitoral.

A primeira delas foi a divulgação de um suposto "kit gay", a ser implantado em caso de vitória do candidato petista Fernando Haddad. Porém, o suposto kit é originado do projeto "escola sem homofobia", que não visava à sexualização infantil (como propõe seu modelo deturpado), nem sequer foi implantado.

A segunda notícia guarda relação com o atentado contra o então candidato Jair Bolsonaro, presidente em exercício enquanto este texto é escrito. Pouco depois do ataque sofrido pelo candidato, surgiram informações vinculando o agressor aos filiados do Partido Trabalhista (PT). Porém, entendeu-se como sendo uma informação falsa, uma vez que não havia qualquer registro seu nos bancos de dados dos filiados do partido na Justiça Eleitoral.

A terceira informação falsa consistiu na divulgação de uma idosa lesionada, atribuindo a autoria das lesões a apoiadores do PT, que a teriam agredido. Contudo, a fotografia era de Beatriz Segall, já falecida na data da divulgação da fotografia com a informação falsa.

A quarta informação versa sobre a obra escrita do então candidato Fernando Haddad. Segundo Olavo de Carvalho, em publicação em sua conta do Facebook, o candidato defende práticas incestuosas e o comunismo em um de seus livros. No entanto, o fato não se verificou, pois as fotografias que embasariam a informação não eram de um livro seu.

Por último, mas não menos importante, a quinta notícia afirma a intenção do então candidato Fernando Haddad em legalizar a pedofilia quando chegasse ao poder como Presidente da República. Contudo, mesmo baseada em um Projeto de Lei (236/12) que visa a diminuição da idade do consentimento sexual, o projeto não guarda qualquer relação com Haddad.

Diante dessas cinco notícias, foi possível verificar a definição apresentada anteriormente. Ora, vislumbram-se colocações que não mantêm vínculo com a realidade, surgidas a partir de interesses preexistentes daqueles que as veiculam. É possível percebê-los no contexto eleitoral na medida em que se intenta degradar o conceito do opositor, convencendo o eleitor a votar em seu candidato.

Entretanto, para os fins deste trabalho, vamos avançar sobre as informações falsas mais recorrentes no contexto pandêmico brasileiro. Neto et al. (2020) apontam algumas notícias que tiveram grande alcance, conforme Banco de Dados do Ministério da Saúde. Das cinco notícias trazidas em seu trabalho, duas delas foram difundidas através da internet em geral, ao passo que três delas circularam através do aplicativo de mensagens WhatsApp.

A primeira notícia veiculada na internet diz respeito à produção da vacina. À época da circulação, não havia vacina e/ou programa de vacinação. A título de comparação, no momento em que este trabalho está sendo construído, o Brasil já iniciou a vacinação dos grupos prioritários, em quantias singelas, se comparadas a outros períodos e campanhas de vacinação.

A segunda notícia diz respeito aos efeitos da Covid-19 em relação à fertilidade. À época do lançamento da "notícia", o artigo no qual se baseava ainda se encontrava em estágio de revisão. Porém, o texto era claro em demonstrar que não se podia estabelecer ligação entre a infecção pelo novo coronavírus e a infertilidade masculina. Portanto, trata-se de informação falsa.

As três notícias veiculadas a partir do WhatsApp são entendidas como mais perigosas segundo um juízo de prevenção. A primeira é no sentido de o aplicativo brasileiro oficial do Coronavírus ser inseguro, apesar de, em verdade, ter sido desenvolvido seguindo os devidos protocolos de segurança. Em um caso extremado (porém, não impossível), tal informação pode desacreditar a confiança no aplicativo por parte do usuário, podendo deixar de utilizá-lo. Dessa forma, prejudica-se o objetivo final de mapear a incidência do vírus, bem como a disseminação de informações verdadeiras acerca do mesmo.

Nesse mesmo sentido, são as duas últimas notícias mencionadas no trabalho de Neto et al. (2020). Ambas versam sobre falsos protocolos de

prevenção e combate, que nada têm a ver com o uso de máscaras, distanciamento social e higienização adequada das mãos. Infelizmente, as informações difundidas versam sobre (a) tomar bebidas quentes para matar o coronavírus; e (b) beber muita água e fazer gargarejo com água morna, sal e vinagre para prevenir o coronavírus.

Para a época em que circularam, não havia qualquer embasamento ou literatura científica que comprovasse tais colocações. No momento em que este artigo está sendo escrito, ainda não foram divulgados estudos atestando a eficácia das falsas recomendações mencionadas acima.

Por sua vez, especificamente em relação ao WhatsApp, verifica-se que a utilização do mensageiro como veículo de informações falsas não é exclusividade brasileira. Farooq (2018) reflete sobre a ascensão do aplicativo e o consequente aumento da disseminação de informações falsas e propaganda política na Índia.

Ao longo de seu trabalho, o autor discorre sobre a utilização do aplicativo na Índia, país com maior quantidade de usuários ativos na plataforma. Contudo, em um país populoso, os conteúdos criados pelos próprios usuários crescem:

> *With digital technology giving power to people to produce media and share it, the user-generated content can hardly be ignored by the mainstream news media. In a tough media market like India, where people have a large number of media outlets to choose from, no media house can afford to lose out on an opportunity to gain viewership and readership. User-generated content can not only be interesting but it can sometimes be exclusive and can therefore be effective to gain readership/viewership* (FAROOQ, 2018, p. 111)[43].

O autor também alerta para a necessidade de verificação das informações. No cenário delineado, a criação de conteúdo pelos próprios usuários

43 Em tradução livre: "Com a tecnologia digital possibilitando às pessoas produzir mídia e compartilhá-la, o conteúdo feito pelo usuário dificilmente será ignorado pelos principais veículos de mídia. Em um mercado concorrido de mídia como o indiano, no qual as pessoas têm uma vasta lista de mídias passíveis de consumo, nenhum veículo pode se dar ao luxo de perder uma oportunidade de ganhar visibilidade e visualizações. O conteúdo gerado pelo usuário não apenas pode ser interessante, como também pode ser exclusivo, e, portanto, atrair com sucesso leitores e visualizações.

compõe um número significativo. Assim, entende-se necessária a verificação da veracidade do conteúdo lançado pelos usuários, visando evitar a disseminação de informações falsas, através do mecanismo de *cross-checking*.

Pode-se depreender que as informações falsas ocorrem e causam impacto para além do território brasileiro. Porém, em *terrae brasilis*, evento que influenciou as eleições de 2018, também se faz presente no momento pandêmico pelo qual perpassa o Brasil nos anos de 2020 e 2021.

Para além das informações falsas mencionadas acima, outras colocações surgiram neste contexto, como as de desdém quanto à periculosidade do vírus, por exemplo:

> […] Durante o ano que se passou, obviamente, temos momentos de crise. Muito do que tem ali é muito mais fantasia, a questão do coronavírus, que não é isso tudo que a grande mídia propaga. Alguns da imprensa conseguiram fazer de uma crise a queda do preço do petróleo (ARCANJO, 2021, p. i.).

A colocação foi feita pelo atual chefe do Poder Executivo Brasileiro no dia 10 de março de 2020. Na data, a Itália contava cerca de 631 mortos em decorrência da Covid-19 e já iniciava protocolos de quarentena por todo o país. É importante ressaltar, ainda, que o vírus já havia sido detectado em 107 países (G1, 2020).

Eleito com quase 58 milhões de votos no pleito de 2018 (MAZUI, 2018), é inegável reconhecer que Jair Bolsonaro exerceu e exerce influência sobre o público votante. Ao realizar pronunciamentos que menosprezam o potencial destrutivo do vírus (como o anteriormente citado), enquanto a maciça maioria dos países busca implementar protocolos de prevenção e combate, o atual presidente colabora na gênese de um cenário de negação e desencorajamento. Evidentemente, não se pode afirmar ser ele o único fator. Contudo, dada a expressão de sua aceitação entre o eleitorado, desprezar o potencial de seu discurso é, para dizer o mínimo, inconcebível.

Como dito anteriormente, as informações falsas têm o propósito de, além de induzir em erro, ser argumento para embasar uma ideia e convencer o interlocutor com quem se comunica. No Brasil pandêmico, as informações falsas têm sustentado, por exemplo, a ideia contrária à vaci-

nação. Como veremos no tópico seguinte, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado a se manifestar a respeito da (in)constitucionalidade da vacinação obrigatória.

Por óbvio, a decisão tem como pano de fundo o desinteresse pela obrigatoriedade da vacinação. Porém, de forma não tão óbvia, o pano de fundo que ora motiva a decisão do STF tem um vínculo estreito com informações falsas dentro da área da saúde.

O trabalho de Saraiva e De Faria (2019) discorre sobre o crescimento do movimento antivacina dentro da mídia. As autoras pontuam que a medicina é uma área do saber que desperta bastante interesse, seja por parte dos veículos de informação seja nas rodas de conversa. Segundo as autoras:

> Diante de uma quantidade massiva de informações, surgiram debates acerca da importância de pesquisas e tratamentos convencionais utilizados pela medicina, confrontando principalmente a validez da imunização em crianças recém-nascidas, utilizando argumentos baseados em pesquisas fraudulentas e métodos considerados ultrapassados ou ineficazes pela área da saúde (SARAIVA; DE FARIA, 2019, p. 2).

Adiante, em seu trabalho, as autoras, citando Henriques (2018), apontam o impacto das informações falsas dentro do contexto de imunização:

> […] as *Fakes News* atingiram a área da saúde de forma preocupante, pois um dos pontos afetados diretamente pela disseminação de informações falsas foram as campanhas de imunização de crianças que ocorrem no Brasil. A ciência, em especial o meio da saúde, está propensa a desinformação através de notícias falsas. Isso deve-se principalmente ao fato de que a maioria da população não tem conhecimento quanto aos assuntos difundidos. A propagação das *Fake News* aumenta quando se trata de epidemias e doenças graves, pois "A combinação mais perigosa acontece quando informações e orientações que contrariam o conhecimento científico são difundidas numa situação em que existe algum fato real, como uma epidemia ou uma campanha de saúde pública" (HENRIQUES, 2018). (SARAIVA; DE FARIA, 2019, p. 6).

O trabalho, apesar de construído em um contexto anterior à pandemia do novo coronavírus, alerta para os riscos causados pelas informações falsas dentro da área da saúde, principalmente nos casos em que o conteúdo disseminado é contrário à informação produzida cientificamente.

Importante ressaltar não haver quantificação do impacto isolado das informações falsas no fortalecimento de movimentos como o antivacina, uma vez que incidem vários fatores ao mesmo tempo. Tampouco se pode precisar o fator de influência de uma informação falsa em detrimento de, por exemplo, uma convicção religiosa. Contudo, para os fins deste trabalho, é suficiente o liame entre a incidência de informações falsas e o cenário de negação e desencorajamento que se instala no Brasil pandêmico.

2. A RESPOSTA DO MUNDO JURÍDICO

O STF é o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário no Brasil e sua competência está prevista no art. 102 da Constituição Federal do Brasil.

Durante as pesquisas que resultaram neste trabalho, foram levantadas duas respostas de maior abrangência. Elas envolvem o Poder Judiciário e o próprio STF e serão enfrentadas a seguir.

Dentro do cenário permeado por notícias falsas, o STF, juntamente ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), lançou a campanha "#FakeNewsNão", bem como o Painel de Checagem de fake news (RECKZIEGEL, 2020; CONJUR, 2019).

"#FakeNewsNão" surge com o objetivo de conscientizar sobre os perigos do compartilhamento de informações falsas nas redes. Em página de domínio do CNJ[44], foram listadas publicações do próprio órgão que deflagram a circulação de informações falsas. Em uma das publicações, noticia-se a fatalidade da morte de uma pessoa motivada por meros boatos na cidade de Guarujá/SP.

Da mesma forma, tendo o mote de combater a disseminação de informações falsas, haverá checagem da veracidade das informações compartilhadas na rede. Os responsáveis pelo procedimento de verificação são jornalistas dos sites "Aos Fatos", "boatos.org", "ConJur", "Jota", "Mi-

44 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/painel-de-checagem-de-fake-news/campanhas/>.

galhas" e "UOL-Confere", bem como os portais "Jusbrasil" e "Jus Navigandi" (CONJUR, 2019).

No Painel (CNJ), constam diversas notícias verificadas. São apontadas, também, notícias que contêm teor falso, bem como indicação de meros boatos. Os assuntos são variados, permeando em certa medida as autoridades do Estado. Para este trabalho, foram encontradas, nesse acervo, três notícias que versam especificamente sobre a pandemia do novo coronavírus.

A primeira delas (RIBEIRO; BARBOSA; MENEZES, 2020) investiga a veracidade de algumas das declarações do atual presidente da República. Conforme publicado, cerca de 710 colocações falsas ou distorcidas sobre o SARS-CoV-2, representando 47% do total de falas inverídicas analisadas.

A segunda (UOL, 2020), produzida por veículos integrantes do projeto Comprova (que atua no descobrimento e enfrentamento de informações falsas ou manipuladas), desmente o suposto caso de eficácia do tratamento precoce com hidroxicloroquina na cidade de Porto Feliz/SP. O referido tratamento ainda não possui respaldo científico, de modo que a informação divulgada em redes sociais como o Facebook não confere com a realidade.

Por último, foi desmentida a afirmação de que os "repasses a Estados estejam relacionados ao número de mortos pelo novo coronavírus" (PROJETO COMPROVA, 2020). Também realizada através do projeto Comprova, a matéria desmente afirmações constantes de um vídeo publicado no dia 10 de junho de 2020. Nele, é relatada a venda de corpos das vítimas da Covid-19 aos Estados e Municípios, bem como a relação proporcional entre quantidade de mortos pela doença e o montante dos repasses. No entanto, a procedência das informações não foi confirmada, uma vez que não se verificou "relação entre o número de infectados e de mortos com os repasses" (COMPROVA, 2020).

Assim, é possível perceber a primeira resposta do Mundo Jurídico ao cenário de desinformação que se instala no Brasil. Com efeito, a parceria entre STF e CNJ nesse projeto auxilia no combate à disseminação de notícias falsas, oferecendo o Painel com a devida indicação e correção das diversas incoerências difundidas na rede mundial de computadores.

A segunda resposta do mundo jurídico é jurisprudencial. O STF fora acionado para decidir a respeito da (in)constitucionalidade da obrigatoriedade de vacinação. Trata-se do julgamento conjunto das ADIs 6586 e 6587 e do ARE 1267879. O Recurso Extraordinário Com Agravo tem como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, porém o feito foi apensado às duas ADIs, para julgamento conjunto.

O relator das ADIs, Ministro Ricardo Lewandowski, ao longo de seu voto, fez a distinção entre a vacinação obrigatória e a vacinação forçada. A primeira impõe a todos o dever de atender à campanha de vacinação, sofrendo sanções diversas, caso não o faça. O Ministro traz a lume o tipo penal previsto no art. 268, que pune a infração de medida sanitária preventiva com pena de detenção de um mês a um ano e multa (BRASIL, 1941). É possível, também, sofrer sanções indiretas, como, por exemplo, a impossibilidade de percepção de salário-família, caso não seja apresentado atestado de vacinação, conforme Portaria 597/2004, do Ministério da Saúde. No entender do relator, a obrigatoriedade da imunização é plenamente constitucional, diferentemente da imunização forçada.

Entendida como um ato inconstitucional, a vacinação forçada é caracterizada pelo método invasivo e coativo, prescindindo-se do consentimento do usuário. O Ministro pontua que tal modalidade viola frontalmente o princípio da dignidade humana. Nessa esteira, também foi trazido o direito à incolumidade física, pelo qual é garantida a integridade física, psíquica e moral. O Ministro rememorou o evento conhecido como Revolta da Vacina, de 1904, apontando a precariedade da difusão de informações. Conforme seu voto, a falta de clareza na transmissão das informações aos usuários foi um fator importante para definir o desenrolar dos eventos, desencorajando as pessoas a se imunizarem. É possível supor, ainda, fosse outra a abordagem, sem a vacinação forçada e com a cientificação da importância da imunização, não se teria voltado contra a vacinação à época.

Feita a distinção, mais adiante, Lewandowski discorre sobre a importância da vacinação obrigatória, estendendo seu raciocínio à saúde coletiva. O Ministro traz, ainda, o pensamento de Kildare Gonçalves Carvalho (2007),

> para quem o direito à saúde não se resume apenas à medicina curativa, mas inclui a medicina preventiva, a qual exige a execução de

> uma política social e econômica adequada, que esclareça e eduque a população, além de promover a higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras ações (BRASIL, p. 18-19).

O Ministro ressalta, aplicando-se ao caso da pandemia pelo novo coronavírus, a necessidade de vacinação estar respaldada por consensos científicos, havendo segurança e eficácia, bem como possíveis efeitos colaterais, bem como outros sopesamentos. Assim, havendo-os, é possível falar-se em obrigatoriedade.

Ao fim e ao cabo, o voto estabelece que:

> (I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e
>
> (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência (BRASIL, p. 36-37).

Dessa forma, deu-se interpretação conforme a Constituição do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020[45], sendo plenamente constitucional a obri-

45 Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:
[...]

gatoriedade da vacina, dentro dos moldes delineados pelo Ministro em seu voto.

O voto do Ministro Roberto Barroso foi consoante ao voto do relator das ADIs. Durante a fundamentação de seu voto, Barroso sopesa as situações em que a liberdade de consciência e crença se chocam diretamente com o direito à vida e o direito à saúde de todos, uma vez que a vacinação é um meio comprovadamente eficaz de controle de epidemias (BRASIL, 2020).

Nesses casos, relembra o Ministro, não há que se falar em exclusão de um direito em função de outro, mas da devida ponderação de ambos, sopesando-os a partir do caso concreto. O direito à vida e à saúde da coletividade prevaleceram em seu voto.

Barroso aponta que a vacinação obrigatória existe desde há muito, sem nunca ter sido reputada como inconstitucional. Foi mencionada, ainda, a Lei 13.979/2020, que prevê a vacinação compulsória em seu art. 3º, III, d, enfrentada durante o voto do Ministro Lewandowski.

Na sequência, o Ministro aponta três argumentos para sustentar seu entendimento, dos quais, para este artigo, trabalharemos apenas dois. O primeiro deles é o da dignidade como valor comunitário; o segundo, a necessidade de imunização coletiva; e, por fim, o melhor interesse da criança. Este último fator não é afeto ao presente trabalho. Apesar de o voto fazer parte de um precedente sobre a vacinação, a imunização contra o novo coronavírus, enquanto este trabalho está sendo escrito, é voltada apenas aos maiores de 18 anos. As aplicações nas crianças e adolescentes ainda estão em fase de discussões e testes (LEWIS, 2021).

Em relação ao primeiro argumento, a dignidade como valor comunitário, o Ministro sustenta que a proteção conferida pela vacinação é um caso justificado de paternalismo Estatal, assim entendido quando o Estado se sobrepõe ao aspecto individual visando a um bem maior. Em sentido similar, no segundo argumento, a necessidade de imunização coletiva, Barroso afirma em suas anotações para o voto oral: "Em suma, não é legítimo, em nome do exercício de um direito individual, frustrar o direito da coletividade, isto é, o direito de cada membro da comunidade de não estar exposto a uma contaminação evitável" (BRASIL, 2020, p. 10).

III - determinação de realização compulsória de:
[...]
d) vacinação e outras medidas profiláticas.

Ao final dos votos, houve apenas um voto de entendimento diverso, finalizando em um 10x1. O Ministro Nunes Marques entendeu que a vacinação obrigatória é medida extrema, devendo ser reservada aos momentos em que não há alternativa menos gravosa (VALENTE, 2020).

Tanto a campanha com a participação do STF quanto o precedente trazido representam pilares no combate às pseudoinformações. É possível perceber sua atuação como basilar, oferecendo informação verificada, possibilitando a disseminação de conteúdo verídico, no caso da campanha "#FakeNewsNão". A decisão, por sua vez, assegura a possibilidade de obrigatoriedade da vacinação, feita a devida ressalva aos métodos permitidos. Porém, ainda assim, a interpretação conforme a Constituição se torna a base para erigir a imunização de caráter obrigatório a todos.

CONCLUSÃO

As chamadas *fake news* não são novidade no mundo. Porém, ganharam notoriedade nos últimos anos, tendo impactado desde as eleições brasileiras 2018 até o momento pandêmico vivido no Brasil nos anos de 2020 e 2021 (não se podendo dizer, enquanto este artigo é escrito, se a emergência sanitária se encerra em 2021 ou não).

De toda sorte, o presente trabalho intentou demonstrar que as informações falsas contribuem na inserção do Brasil em um cenário de negação e desencorajamento. Foram trazidos eventos do mundo fático, com especial enfoque nas pseudoinformações disseminadas durante a pandemia do novo coronavírus, como protocolos de prevenção e tratamento não corroborados por estudos científicos. De outra parte, foi trazido e enfrentado o potencial do discurso presidencial diminuindo a periculosidade do SARS-CoV-2, enquanto outros países já iniciavam protocolos de isolamento.

Adiante, foram trazidas duas respostas do Mundo Jurídico a esses estímulos do mundo fático. A primeira resposta é uma campanha da qual participou o STF, com o fito de combater a disseminação de falsas informações, estabelecendo parcerias com mecanismo de verificação das informações. No sítio do CNJ, construiu-se um painel com as notícias verificadas.

Por fim, foi trazida uma decisão do STF, assegurando interpretação, conforme a Constituição, a um dispositivo legal que importava em obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19, vedada, porém, a vacinação forçada, por meios invasivos/coativos.

Ambas as respostas são entendidas como basilares, na medida em que são o passo inicial, assegurando a circulação de informações verificadas, bem como evitando interrupções durante a campanha de imunização, no caso da decisão das ADIs e ARE.

Entretanto, não se pode, por ora, aferir a eficácia das medidas aqui trabalhadas. Apenas com o passar do tempo é que se poderá verificar se elas contribuíram para evitar que o Brasil se insira em um cenário de negação e desencorajamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal Of Economic Perspectives**. p. 211-236, 2017. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.31.2.211>. Acesso em: 20 mar. 2021.

ARCANJO, Daniela. Relembre o que Bolsonaro já disse sobre a pandemia, de gripezinha e país de maricas a frescura e mimimi. **Folha de S. Paulo**. 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/relembre-o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-a-pandemia-de-gripezinha-e-pais-de-maricas-a-frescura-e-mimimi.shtml>. Acesso em: 7 mar. 2021.

BARRAGÁN, Almudena. Cinco 'fake news' que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro. **El País**. 19 out. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848/1940, de 07 dez. 1940. **Código Penal Brasileiro**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mar 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIs 6586 e 6587 e ARE 1267879**. Julgamento Conjunto. Brasília. Disponível em: <www.youtube.com/watch?v=hoiaYWs7hDk>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIs 6586 e 6587. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Voto do Relator**. Brasília. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-adis-obrigatoridade-vacina.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 1267879. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Anotações para Voto Oral do Relator**. Brasília. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-barroso-acoes-vacinacao.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CNJ. **Painel de Checagem de Fake News**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/painel-de-checagem-de-fake-news/noticias-checadas/>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CONJUR. Supremo e CNJ instalam Painel Multissetorial de Checagem de Informações. In: **Conjur**. 11 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/supremo-cnj-instalam-painel-checagem-informacoes>. Acesso em: 11 mar. 2021.

FAROOQ, Gowhar. Politics of Fake News: how whatsapp became a potent propaganda tool in india. In: **Media Watch**: Nova Délhi, v. 9, n. 1, p. 106-117, 1 mar. 2018. Disponível em: <https://www.mediawatchjournal.in/mwj/jan18-8.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GRAGNANI, Juliana. Um Brasil dividido e movido a notícias falsas: uma semana dentro de 272 grupos políticos no WhatsApp. In: **BBC Brasil**. Londres, 05 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742>. Acesso em: 1 mar. 2021.

G1. Últimas notícias de coronavírus de 10 de março. In: **G1**. 10 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/10/ultimas-noticias-de-coronavirus-de-10-de-marco.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2021.

LEWIS, Sophie. Oxford University starts COVID-19 vaccine trial in children ages 6 to 17. In: **CBS News**. 14 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/covid-vaccine-oxford-trial-children/>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MAZUI, Guilherme. Jair Bolsonaro é eleito presidente e interrompe série de vitórias do PT. In: **G1**. 28 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/28/jair-bolsonaro-e-eleito-presidente-e-interrompe-serie-de-vitorias-do-pt.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NETO, Mercedes et al. Fake news no cenário da pandemia de Covid-19. In: **Cogitare Enfermagem**. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/ce.v25i0.72627>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PROJETO COMPROVA. É falso que repasses a Estados estejam relacionados ao número de mortos pelo novo coronavírus. In: **Estadão**. 22 jun. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/e-falso-que-repasses-a-estados-estejam-relacionados-ao-numero-de-mortos-pelo-novo-coronavirus/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. O impacto das fake news no Poder Judiciário e na sociedade. In: **Conjur**. 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/tania-reckziegel-fake--news-judiciario-sociedade>. Acesso em: 11 mar. 2021.

REILLY, Ian. F for Fake: Propaganda! Hoaxing! Hacking! Partisanship! and Activism! in the Fake News Ecology. In: **Journal of American Culture**. 14 jan. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jacc.12834>. Acesso em: 1 mar 2021.

RIBEIRO, Amanda; BARBOSA, Bernardo; MENEZES, Luiz Fernando. Ao atacar vacina chinesa, Bolsonaro distorce fatos e cita informação falsa. In: **Aos Fatos**. 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/ao-atacar-vacina-chinesa-bolsonaro-distorce-fatos-e-cita-informacao-falsa/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

UOL. Tratamento precoce com hidroxicloroquina não evitou mortes em Porto Feliz. In: **Uol**. 30 nov. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/comprova/ultimas-noticias/2020/11/30/tratamento-precoce-com-hidroxicloroquina-nao-evitou-mortes-em-porto-feliz.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

VALENTE, Fernanda. Vacinação obrigatória é constitucional. In: **Conjur**. 17 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/stf-decide-vacinacao-obrigatoria-constitucional>. Acesso em: 16 mar. 2021.

COMPREENDER PARA REFORMAR: A ECONOMIA COMPORTAMENTAL POR TRÁS DO TERRITORIALISMO DOS AUTORES E TITULARES DE DIREITOS AUTORAIS

Pedro de Abreu M. Campos[46]

INTRODUÇÃO

Seja na Academia ou na prática forense, discussões equilibradas sobre propriedade intelectual são raras. Por um lado, ativistas dominam o debate público com argumentos de muito apelo ao senso comum. "A informação quer ser livre", dizem alguns desses críticos ao sistema de direitos de exclusividade como conhecido hoje – uns com mais e outros com menos fundamentos. Parte deles chega ao extremo de advogar contra a própria existência de direitos de exclusividade sobre criações humanas – notoriamente, o autor N. Stephan Kintella (2010) escreveu obra nesse sentido.

Por outro lado, muitos não toleram meras críticas ao sistema. Para esses indivíduos, parece óbvio que qualquer tipo de limitação aos direitos de propriedade intelectual pode frear de maneira abrupta o desenvolvimento

46 Mestrando em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica na PUC-Rio, Especialista em Propriedade Intelectual e Advogado.

científico, cultural e artístico da humanidade. Ignoram, contudo, a falta de evidências empíricas que corroborem esse tipo de previsão catastrófica.[47]

Entre os extremos, há aqueles que observam que, enquanto o mecanismo da propriedade intelectual parece trazer benefícios sociais a longo prazo, fato é que sua regulação legal carece de atualização, visto que o mundo foi permeado pela revolução digital (BRANCO, 2007, p. 138). Além disso, mesmo sem se considerar os recentes avanços tecnológicos, o ordenamento jurídico brasileiro exige a busca de um equilíbrio entre todos os núcleos de interesse afetados pelos direitos de exclusividade, que naturalmente tendem a conflitar entre si (SOUZA, 2006, p. 15). Em especial, são preponderantes os embates entre utentes e titulares ou autores, que devem ser solucionados a partir da promoção dos valores constitucionais diante das exigências de cada caso concreto (SOUZA, 2006, p. 14).

Não é difícil pensar em ilustrações desses conflitos permeados pelas novas tecnologias. Imagine-se, por exemplo, a atual crise das plataformas de *streaming*, que, ao mesmo tempo em que são muito criticadas por artistas por pagarem "pouca coisa" (termo utilizado pelo músico Frejat em entrevista à Gazeta do Povo, em 2015), são condenadas pelos utentes por terem se tornado caras e dispersas (SANDVINE, 2018, p. 5). O óbvio, assim, cada vez salta mais aos olhos: o público quer acessar arte, cultura e ciência como forma de lazer e de educação pelo menor custo possível – e a tecnologia ajuda. Por outro lado, os autores e titulares de direitos sentem-se sub-remunerados pelas suas criações e investimentos.

47 "O problema não é que não temos evidências suficientes, ou o tipo certo de evidência. O problema é que o quadro pintado pelas evidências é complicado. A relação entre patentes e inovação parece depender muito da indústria; algumas evidências sugerem que o sistema de patentes vale o custo nas indústrias biomédicas, mas não em outros lugares. As indústrias de direitos autorais parecem variar muito em quão bem estão respondendo ao desafio da Internet, e sua lucratividade não parece obviamente relacionada à facilidade ou frequência da pirataria. Os estudos do comportamento de artistas e inventores são igualmente complicados. O dinheiro não parece ser o principal motivador para a maioria dos criadores e, às vezes, pode até suprimir a criatividade. E um número incrível de pessoas parece perfeitamente feliz em criar e compartilhar seu trabalho gratuitamente, agora que a Internet lhes deu os meios para isso. Ao mesmo tempo, o dinheiro fornecido pela IP permite a existência de uma classe criativa profissional que pode ser desejável por razões de distribuição ou porque gostamos mais do tipo de coisas que eles criam do que do trabalho de amadores" (LEMLEY, 2015, p. 1333-1334).

Percebe-se, desse modo, que, para se alcançar um sistema justo e que contemple todos os núcleos de interesse afetados pelos direitos de exclusividade, é necessário que se compreenda o motivo e as nuances desses conflitos naturais. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar como a Economia Comportamental pode ajudar a compreender a falta de consenso entre os utentes, titulares e autores. Dá-se o foco aos direitos de autor.

1. REVOLUÇÃO DIGITAL, TEORIA DO PONTO PATÉTICO E TERRITORIALISMO DOS DIREITOS AUTORAIS

Se, em teoria, a interpretação constitucionalizada dos direitos autorais exige o equilíbrio entre os núcleos de interesse afetados pela exclusividade (BARBOSA, 2019, p. 65), na prática, parece haver um descompasso entre a regulação legal infraconstitucional e a mais recente realidade social.

Para compreender esse ponto, é necessário ter em mente que a regulação de uma matéria vai além daquilo que o ordenamento jurídico dita. Lawrence Lessig (2006, p. 122), sob a perspectiva daquilo que é regulado, propõe o que se chama aqui de Teoria do Ponto Patético. A teoria parte do pressuposto de que os indivíduos têm seus comportamentos delimitados pelas forças regulatórias do meio em que se inserem, como um ponto patético sendo empurrado de um lado para o outro por essas forças.

Lessig (2006, p. 123) explica que há quatro principais forças que regulam a atuação dos pontos patéticos: a legislação, a ética, o mercado e a arquitetura[48]. Enquanto poder-se-ia imaginar que a primeira força regulatória é a mais expressiva, o autor sugere que esse nem sempre é o caso.[49]

48 "A ética restringe por meio do estigma que uma comunidade impõe; os mercados restringem por meio do preço que cobram; as arquiteturas restringem por meio dos fardos físicos que impõem; e a lei restringe por meio da punição que ameaça". Tradução livre de: "Norms constrain through the stigma that a community imposes; markets constrain through the price that they exact; architectures constrain through the physical burdens they impose; and law constrains through the punishment it threatens" (LESSIG, 2006, p. 124).

49 "Mudanças em qualquer um afetarão a regulamentação do todo. Algumas restrições apoiarão outras; alguns podem prejudicar outros. Assim, "mudanças na tecnologia [podem] dar início a mudanças em. . . normas ", e vice-versa. Uma visão completa, portanto, deve considerar essas quatro modalidades juntas". Tradução livre de: "Changes in any one will

Acerca da legislação brasileira sobre direitos autorais, a LDA trata-se de uma das leis mais restritivas em relação aos direitos dos utentes no mundo. Observando que a legislação sequer autoriza o direito à cópia privada, causando severos danos ao direito humano de acesso à educação, Sérgio Branco (2007, p. 127) afirma corretamente que "o direito autoral serve, atualmente, sobretudo à indústria do entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às multinacionais produtoras de diversão".

Contudo, se a legislação infraconstitucional possui viés pró-titular de direitos, em termos da ética, não parece haver uma particular reprovação por parte da coletividade contra aqueles que infringem direitos autorais. Essa constatação fica clara quando se sai às ruas e, sem constrangimento, encontram-se produtos contrafeitos vendidos e comprados ao ar livre.

Dados levantados pela *Amsterdam University* (2018) reforçam a percepção de que a inobservância aos direitos autorais é comum e socialmente aceita no Brasil. Segundo o estudo, cerca de 45% dos brasileiros com acesso à internet já acessaram músicas por meio ilegal, 48% acessaram filmes por meios ilegais e 36% baixaram jogos de videogame por meios ilegais (AMSTERDAM UNIVERSITY, 2018).

Já é possível constatar, assim, um descompasso entre a regulação pelo meio da legislação, que é restritiva e pró titulares, e a regulação por meio das normas sociais, que são liberais em relação ao uso – mesmo ao uso ilegal. Esse problema é agravado quando se percebe que a arquitetura das novas tecnologias favorece o uso livre das obras.

As novas tecnologias, especialmente o processo de digitalização, alteraram a arquitetura de consumo, produção, circulação e distribuição de obras autorais, barateando, agilizando e facilitando o uso. Com isso, a demanda por maior liberdade por lado dos utentes ficou ainda mais descompensada com a legislação em vigor.

Ou seja, com as mudanças arquitetônicas causadas pelos avanços tecnológicos, percebe-se que o mercado também foi afetado. Nesse sentido, o mesmo levantamento da *Amsterdam University* (2018, p. 70) demonstra

affect the regulation of the whole. Some constraints will support others; some may undermine others. Thus, "changes in technology [may] usher in changes in . . . norms," and the other way around. A complete view, therefore, must consider these four modalities together" (LESSIG, 2006, p. 123).

uma correlação significativa entre renda e consumo de obras contrafeitas, tendo ainda se constatado que a maior parte daqueles que consomem contrafação no Brasil justificam o ato em função dos altos preços praticados pelo mercado (AMSTERDAM UNIVERSITY, 2018, p. 67).

Note-se, porém, que a atuação da força regulatória mercadológica não se extingue no preço ofertado. Além da contrafação enquanto indústrias – que merecem ser combatidas –, percebe-se verdadeira pressão econômica por parte da sociedade contra titulares de direitos que, sob a perspectiva do senso comum, cometem abuso.

Um exemplo desse fenômeno ocorreu entre o YouTuber Toos e as titulares de direitos Walt Disney Music Company e Warner Chappel. Kagen Despain (2020) explica que o YouTuber lançou uma série de vídeos que trazia teorias acerca do universo fictício de *Star Wars*. Toos alega ter recebido autorização da Lucasfilm (então titular de direitos sobre os filmes da franquia *Star Wars)* para realizar a produção sob duas condições: que não monetizasse sobre o filme e que não se financiasse por meio de *crowdfunding*. Por isso, investiu cerca de cento e cinquenta mil dólares de seus próprios recursos para realizar o projeto (DESPAIN, 2020, p. 359).

Porém, após o lançamento da série ter sido um sucesso, a Walt Disney Music Company e a Warner Chappell – titulares dos direitos autorais da música *Marcha Imperial* – alegaram infração de seus direitos por meio de mecanismo próprio da plataforma YouTube, passando a monetizar sobre o vídeo de produção de Toos (DESPAIN, 2020, p. 360).

Em resposta, o *fandom* se mobilizou espontaneamente contra as empresas titulares, ameaçando boicotar produtos e lançamentos que estavam por vir. Com a repercussão negativa, a LucasFilm interveio na questão e convenceu a Walt Disney Music Company e a Warner Chappel a retirarem a alegação de infração (DESPAIN, 2020, p. 359) e a cessarem a monetização sobre o vídeo produzido pelo fã.

Importante perceber que, sob o ponto de vista exclusivo da regulação legal, tudo leva a crer que as titulares que notificaram o YouTuber, de fato, tinham sua pretensão tutelada. Se assim desejassem, a lei lhes garantia até mesmo o direito de tirar a obra de circulação. Entretanto, as demais forças regulatórias atuaram de modo a, na prática, afastar o direito dos titulares. Nos ensinamentos de Pedro M. N. Barbosa (2014, p. 10): "O mero fato

da titularidade da existência de um liame proprietário também não significará o completo controle da situação jurídica".

Assim, diante dos dados e da observação empírica do mundo, é necessário reconhecer a desatualização e a inadequação da regulação legal atual, que beneficia os titulares de direitos em detrimento de todos os demais núcleos de interesses afetados pelos direitos de exclusividade, acentuando os conflitos que já existem naturalmente.

Certamente, os titulares de tais direitos tendem a discordar do ponto aqui levantado. Quase sempre embasados na visão utilitarista da tutela aos direitos autorais (nesse assunto, vide Fisher III, 2001), os titulares e autores tendem a crer que são sub-remunerados e que, na realidade, seus direitos de exclusividade são excessivamente limitados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, em exemplos tais como nos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça sob as numerações Resp 1.810.440/SP e Resp 964.404/ES, percebe-se uma tendência expansiva por parte dos autores e titulares de direitos autorais, que agem de forma territorialista, buscando remuneração e controle, mesmo em casos em que não há direito de exclusividade (sobre esse assunto, vide Lewicki, 2007).

No primeiro exemplo, buscava-se tutela para inibir a circulação de propaganda política embasada em paródia musical de obra de titularidade da autora da ação, que também buscava tutela reparatória. Corretamente, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu que as paródias, nos termos do artigo 47 da LDA[50], são livres e independem de qualquer tipo de autorização, freando os impulsos territorialistas daqueles titulares de direitos.

Já no caso do Resp 964404/ES, o Tribunal Cidadão entendeu que execuções musicais e sonorizações ambientais em evento realizado em escola, sem fins lucrativos, com entrada gratuita e finalidade exclusivamente religiosa também estão sob escopo de limitações de direitos autorais. Mais uma vez se afastou o ímpeto territorialista dos titulares.

É notório, portanto, que há um descompasso entre (i) a regulação legal infraconstitucional, alinhada aos interesses de autores e de titulares de direitos autorais, e (ii) as demais forças regulatórias. Entretanto, não se defende aqui o esvaziamento dos direitos, mas sim a necessária reformu-

50 Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

lação da regulação legal infraconstitucional da matéria. Para realizar essa tarefa de forma bem-sucedida, porém, é preciso compreender o que está por trás do comportamento expansivo e territorialista de autores e titulares de direitos autorais.

2. O QUE A ECONOMIA COMPORTAMENTAL ENSINA SOBRE O TERRITORIALISMO DOS AUTORES E DOS TITULARES DE DIREITOS AUTORAIS

A Economia Tradicional parte do pressuposto de que, em suas tomadas de decisão, os indivíduos buscam maximizar seus ganhos e reduzir suas perdas, de modo que o livre mercado tende a alocar bens e valores de forma eficiente (MANKIW, 2013, p. 7). A Economia Comportamental, por sua vez, surgiu como um enfrentamento a essa premissa. Através de conceitos e estudos importados dos campos da Psicologia e da Neurociência, demonstrou-se que o processo decisório de um indivíduo não ocorre de modo completamente racional, mas é afetado por heurísticas e vieses (KAHNEMAN, 2011).

Estudos desenvolvidos por Christopher Buccafusco e Christopher Sprigman (2010) demonstram que, de fato, autores tendem a valorizar suas obras acima do valor que o público realmente está disposto a pagar – ou seja, os autores supervalorizam suas criações.

Para chegarem a essa constatação, os pesquisadores realizaram dois experimentos. O primeiro (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2010) envolvia autores de poesias na modalidade *Haiku*, enquanto o segundo envolvia pintores de quadros (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2011).

Com o primeiro experimento (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2010), foi possível constatar que tanto os autores das poesias quanto os titulares do direito de monetizar com as poesias valorizavam as obras em cerca de o dobro daquilo que o mercado estava disposto a pagar. Interessante, contudo, que, ao contrário do que supunham os autores, não se constatou diferenças significativas na valoração das obras pelos autores em contraste com titulares.

Porém, no segundo estudo realizado (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2011, p. 31), constatou-se que os autores valorizavam suas pinturas em cerca de quatro vezes mais que o valor real que o mercado estava

disposto a pagar e duas vezes mais que os titulares do direito de monetizar com a obra naquele experimento a valorizavam.

Com os resultados dos estudos em mãos, é possível perceber, em primeiro lugar, que o modelo *one size fits all* da propriedade intelectual (bem analisado por Carrol, 2009) se mostra inadequado, tendo em vista que formas de criação intelectual diversas são valorizadas pelos autores, pelos titulares e pela sociedade de maneiras diversas.

Nesse diapasão, a suposição dos pesquisadores é que a diferença de valorização da obra entre o autor e o titular das poesias *haiku* não ocorreu em função dessa modalidade artística exigir (ao menos na forma como os estudos foram conduzidos) menos dedicação por parte do criador em comparação com pinturas (BUCCAFUSCO; SPRINGMAN, 2011, p. 37). Isso sugere, por exemplo, a possível necessidade de haver prazos de duração de tutela de direitos autorais patrimoniais diferentes para tipos de obras distintas. Ou seja, partindo da premissa de que o argumento utilitário por trás da propriedade intelectual é adequado, o autor precisa de menos incentivo para compensar seu comprometimento com a criação de um *Haiku* do que de uma pintura.

Outra suposição apontada pelos pesquisadores é que, no primeiro estudo, os autores criaram suas obras apenas com aquele experimento em mente, sob mera provocação de terceiro. Por outro lado, no segundo estudo, os pintores criaram suas obras por iniciativa própria e apenas depois foram convidados a participar do estudo. Essa suposição sugere uma possível necessidade de ajuste de tempo de duração de proteção autoral para obras sob encomenda – "a obra nascida por iniciativa de terceiro, que contrata ou dirige a produção do autor (ou autores) chama-se obra de encomenda" (BITTAR, 1977, p. 62). Afinal, se a motivação externa para criar a obra faz com que o autor a valorize menos, em tese, o criador não precisa de tanto tempo de exclusividade para incentivar essa forma de produção autoral.[51]

Porém, os estudos mencionados confirmam a existência de dois efeitos psicológicos relevantes: o "*Endowment Effect*" e o "*Creativity Effect*". O "*Endowment Effect*", já bem identificado na literatura, é um viés que faz com que o proprietário de algo valorize o bem mais do que o mercado de

51 Para outra abordagem sobre a questão da sensação de subremuneração, vide Barbosa, 2010.

fato o valoriza (KOROBKIN, 1998, p. 1232). Buccafusco e Springman (2010) foram os primeiros a comprovarem a existência desse viés psicológico sobre bens imateriais e não-rivais.

O "*Creativity Effect*", por sua vez, fenômeno observado pela primeira vez por Buccafusco e Springman (2011, p. 40), é um viés cognitivo que faz com que um criador valorize sua obra mais que o mercado e que os próprios titulares de seus direitos. Apesar de a razão para a existência desses vieses ainda não ser clara para os estudiosos, parece existir uma relação com a forma como se estima o valor de direitos intelectuais.

A avaliação de um direito de propriedade intelectual não é tão simples quanto a da maioria dos bens materiais. Isso porque, enquanto os valores dos bens materiais são baseados em lógicas de uso e de troca, os direitos de propriedade intelectual são direitos de exclusividade monetizados a partir da exclusividade para usar, licenciar e ceder (LEMLEY; SHAPIRO, 2005).

Por isso, o valor de um direito intelectual pode ser extraído da probabilidade de o titular ser capaz monetizar o direito (seja pelo uso, pela licença ou pela cessão) multiplicada pelo ganho esperado com a potencial concretização de tais negócios (LEMLEY; SHAPIRO, 2005).

Com base nesse entendimento, a Economia Comportamental sugere que o problema da discrepância de valores entre o mercado, o autor e o titular dos direitos deriva de dois principais vieses cognitivos: o otimismo e a aversão à perda.

O viés do otimismo é bem identificado por estudiosos. Por exemplo, humanos esperam viver mais do que a média, subestimam suas chances de divórcio e superestimam suas posições futuras no mercado de trabalho (SHAROT et al., 2007, p. 1).

Esse viés causa efeitos significativos em como os criadores e titulares calculam o valor dos direitos sobre suas obras[52], conforme demonstrado abaixo:

> $V_{\text{real de mercado}} = P_g \times G_e$, em que $V_{\text{real de mercado}}$ = valor real dos direitos patrimoniais sobre a obra, P_g = Probabilidade real de aferir o ganho esperado com a exploração da obra, e G_e = Ganho Esperado com a exploração da obra.
>
> Se, hipoteticamente, a P_g real é de 5% e o G_e real é de R$ 1.000.000,00, logo $V_{\text{real de mercado}}$ = 0,05 x 1.000.000,00 = R$ 50.000,00.

52 Para uma melhor compreensão acerca dos custos da criação, vide Landes e Posner (1989).

Contudo, se o titular original é otimista e estima sua P_g em 25% e o seu G_e em R$ 2.000,000,00, logo, superestimará o valor de seu direito em $10V_{\text{real de mercado}}$:

$V_{\text{esperado pelo autor}} = 0{,}25 \times 2.000.000{,}00$

$V_{\text{esperado pelo autor}} = R\$\ 500.000{,}00$

De fato, nos estudos de Buccafusco e Springman (2011), detectou-se que, enquanto no experimento as chances reais de monetizarem o trabalho era de apenas 10%, autores estimavam suas chances, em média, em 28%, e os titulares em 26%. Com isso, percebe-se uma das razões por trás da discrepância entre a valorização de direitos autorais por parte de autores e titulares e a real valorização do mercado: o viés do otimismo.

Em relação à aversão à perda, Daniel Kahneman (1984) demonstrou que os indivíduos preferem não perder algo do que ganhar algo. O autor detectou que, em média, as pessoas sentem efeitos psicológicos decorrentes de perdas em dobro dos efeitos psicológicos derivados de ganhos. Assim, por exemplo, se um indivíduo perde R$ 100,00 e outro encontra R$ 200,00, as variações em suas satisfações serão igualmente intensas, apenas uma positiva e outra negativa.

A aversão à perda ajuda a compreender a ocorrência do *Endowment Effect* e do *Creativiy Effect* porque, ao precificar seus bens (ou direitos, no caso dos direitos autorais), além do valor daquele objeto em si, o titular e o autor inserem na sua avaliação o valor que compense a sensação de perder aquilo (GILBERT et al., 2004).

Ao mesmo tempo, o viés da aversão à perda também ajuda a compreender como autores tendem a subestimar as influências não autorizadas que receberam de obras anteriores e a supervalorizar as "perdas" decorrentes de usos não autorizados de sua obra.

Nesse sentido, alinha-se aqui à filosofia empirista, que defende que a concepção individual de realidade de cada indivíduo se constrói a partir de suas próprias percepções (GUZZO, 2012, p. 162). Com base nessa premissa, David Hume desenvolveu o argumento de que "o homem só seria capaz de pensar naquilo que já houvesse experimentado, portanto, seria impossível a alguém matutar sobre algo que desconheça, algo que lhe seja heuristicamente incógnito" (BARBOSA, 2018, p. 39).

Por conseguinte, ao contrário do que pode se imaginar, as criações intelectuais humanas (sejam utilitárias, estéticas ou ornamentais) não surgem em uma epifania instantânea. Na realidade, como explicam Christoph M. Flath et al. (2018, p. 2), não há criações intelectuais (inclusive obras protegidas por direitos autorais) completamente novas. Toda expressão estética criativa deriva de um processo de cópia, combinação e transformação de referências anteriores (FLATH et al., 2018, p. 3).

Diante desse fato, percebe-se que a questão de conjugação de núcleos de interesses afetados por direitos autorais não pode ser entendida unicamente através de abstrações. Na realidade, é necessário reconhecer que especialmente autores, titulares e utentes ocupam núcleos de interesses múltiplos simultaneamente.

A banda The Beatles ajuda a ilustrar o ponto. Tradicionalmente, poderia se imaginar que artistas de tanto sucesso (verdadeiros influenciadores de gerações de músicos que vieram a seguir) estariam sempre mais interessados em regulações legais que favorecessem os direitos de exclusividade.

Porém, a confissão de artistas de tamanho prestígio acerca de suas inspirações e referências[53] causa a lembrança necessária de que todos os autores também são necessariamente utentes. Afinal, se mesmo ao criarem algo original e criativo estão se embasando em obras anteriores, na realidade, estão sendo ao mesmo tempo autores e utentes.

Consequentemente, titulares também são, ao mesmo tempo, utentes. Isso porque exploram economicamente obras criadas com base em outras obras que, provavelmente, pertencem a outros titulares de direito.

O viés da aversão à perda, portanto, ajuda a compreender o motivo de autores e titulares subvalorizarem as cópias, combinações e transformações que realizam – ou seja, subvalorizar aquilo que "pegaram emprestado" do estado da arte – e supervalorizam suas próprias criações, de modo que se tornam intolerantes a que outros as usem como base para copiar, combinar e transformar, mesmo quando está se criando algo original.

Percebe-se que a discrepância na regulação dos direitos autorais vai muito além de um mero desacordo ideológico ou de mesquinharia. Especialmente em termos mercadológicos, as razões pelas quais autores e

53 Os próprios Beatles não negam as influências que sofreram de artistas como Chuck Berry, Little Richards e até mesmo de The Beach Boys. Paul McCartney, em sua conta pessoal no Twitter, chegou a afirmar que "aprendeu tudo o que sabe com Little Richard" (KREPS, 2020).

titulares se sentem subprotegidos e pelas quais o público tende a pensar o oposto possuem raízes psicológicas e neurológicas que dependem de maior aprofundamento para que se alcance uma forma de regulação legal que melhor contemple todos os núcleos de interesse afetados.

Um debate sério sobre a melhor forma de regular direitos autorais deve, necessariamente, ir além do mero discurso apocalíptico dos titulares poderosos e do anarquismo infundado de alguns utentes. É urgente que se debata (i) como remunerar autores de modo a incentivá-los a continuar criando, (ii) sem que se puna em demasia os utentes e os demais núcleos de interesse afetados pelos direitos de exclusividade e (iii) restringindo os efeitos das limitações psicológicas descritas aqui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre discursos exagerados a favor da total manutenção ou total extinção de um sistema cada vez mais em descompasso com a ética, com o mercado e com a arquitetura das novas tecnologias, é necessário um apelo à razoabilidade e à busca de um sistema que leve em consideração a tutela de todos os núcleos de interesse afetados pelo assunto.

Para que se possa construir um debate amadurecido acerca da melhor forma de incentivar autores a continuarem criando, sem prejudicar direitos fundamentas dos demais, é preciso compreender o que está por trás de tamanha discrepância de visões de mundo entre os núcleos afetados.

Nesse sentido, estudos realizados por pesquisadores da escola da Economia Comportamental identificam a existência do *Endowment Effect* e do *Creativity Effect*, que afetam profundamente a forma como os titulares e autores tendem a agir de maneira territorialista e expansiva com seus direitos de exclusividade. A razão por trás disso envolve os vieses do otimismo e da aversão à perda por parte dos autores e dos titulares, que fazem com que superestimem o valor de seus direitos e subestimem seus ganhos por meio de cópias, combinações e transformações de obras anteriores.

O presente trabalho não teve como intuito esgotar o debate ou trazer propostas específicas acerca de possíveis mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a análise de estudos empíricos realizados no exterior sugere a inadequação do sistema *one size fits all* e a possibilidade de atribuir prazos de proteção reduzidos às obras feitas sob encomenda.

Como proposição, sugere-se o desenvolvimento de estudos no Brasil acerca da ocorrência do *Creativity Effect* e do *Endowment Effect* como forma de amadurecer o debate sobre a urgente reforma da regulação legal dos direitos autorais em território nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMSTERDAM UNIVERSITY (Amsterdam). Institute for Information Law. **Global Online Piracy Study**. 1ª ed. Amsterdam: Ecorys, jul. 2018. Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BARBOSA, Denis B. On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright. **International Journal of Intellectual Property Management**, v. 4, n. 23, 2010. Disponível em: <https://www.inderscience.com/info/inarticle.php?artid=29749>. Acesso em: 7 mar. 2021.

BARBOSA, Pedro M. N. Um Ensaio sobre a Natureza Jurídica do Nome de Empresa. **Revista da ABPI**, n. 128, jan/fev 2014.

_____. A Vedação da Sobreposição de Direitos da Propriedade Intelectual na Ordenação Brasileira. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 162, p. 63-71, set/out 2019. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/05-a1058-pedro-marcos-nunes-barbosa.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor na obra feita sob encomenda. **Revista dos Tribunais**, 1ª ed. São Paulo, 1977.

BRANCO, Sérgio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 120-141, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a07v4n6.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BUCCAFUSCO, Christopher; SPRIGMAN, Christopher Jon. The Creativity Effect. **University of Chicago Law Review**, v. 78, 5

ago. 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1647009>. Acesso em: 27 fev. 2021.

_____. Valuing Intellectual Property: An Experiment. **Cornell Law Review**, Nova Iorque, v. 96, ed. 1, 1 nov. 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/216735780.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

CARROL, Michael. One Size Does Not Fit All: A Framework for Tailoring Intellectual Property Rights. **Ohio State Law Journal**, Ohio, v. 70, n. 6, p. 1361-1434, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=facsch_lawrev>. Acesso em: 21 fev. 2021.

DESPAIN, Kagen. Fan Films and Fanworks in the Age of Social Media: How Copyright Owners Ar yright Owners Are Relying on Priv e Relying on Private Ordering t dering to Avoid Angering Fans. **BYU Law Review**, Utah, v. 2020, ed. 2, p. 333-380, 1 nov. 2020. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3268&context=lawreview>. Acesso em: 21 fev. 2021.

FISHER III, William. Theories of intellectual property. **Cambridge University Press**, Cambridge, 2001. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

FLATH, Christoph et. Al. Copy, transform, combine: exploring the remix as a form of innovation. **Journal of Information Technology**, v. 32, n. 4, p. 306-325, 15 ago. 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/s41265-017-0043-9>. Acesso em: 21 fev. 2021.

GAZETA DO POVO. "Para o artista, serviços de streaming ainda não são bom negócio", diz Frejat, **Gazeta do Povo**, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/musica/para-o-artista-servicos-de-streaming-ainda-nao-sao-bom-negocio-diz-frejat-bb5fgcunwfdc9k0657p6xqre6/>. Acesso em: 21 fev. 2021.

GILBERT, Daniel et al. Looking Forward to Looking Backward: The Misprediction of Regret. **Psychological Science**, v. 15, n.

5, Maio 2004. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15102146/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

GUZZO, Fábio Augusto. A Teoria das Idéias Humeana: uma Interpretação Materialista. **Intuitio PUC-RS**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 161-175, jul. 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/intuitio/article/view/10280/7960>. Acesso em: 21 fev. 2021.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, Values, and Frames. **American Psychologist**, v. 39, n. 4, p. 341-350, 1984. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1985-05780-001>. Acesso em: 21 fev. 2021.

KAHNEMANN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1ª ed. Farrar Straus Giroux, 2011.

KINTELLA, N. Stephan. **Contra a Propriedade Intelectual**. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <https://conteudo.mises.org.br/ebook-propriedade-intelectual>. Acesso em: 21 fev. 2021.

KOROBKIN, Russell. The Status Quo Bias and Contract Default Rules. **Cornell Law Review**, Nova Iorque, v. 83, 1998. Disponível em: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Korobkin-2.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

KREPS, Daniel. Paul McCartney: 'I Owe a Lot of What I Do to Little Richard': Beatle pays tribute to rock pioneer who "taught Paul everything he knows". **The Rolling Stones**, p. 1-1, 10 maio 2020. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/music/music-news/paul-mccartney-little-richard-tribute-997033/>. Acesso em: 21 fev. 2021.

LANDES, William. POSNER, Richard. **An Economic Analysis of Copyright Law, in The Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 2. Jun, 1989.

LEMLEY, Mark. Faith-based Intellectual Property. **UCLA Law Review**, Berkeley, v. 62, 30 mar. 2015.

LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Probabilistic Patents. **Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 2, p. 75-98, spring 2005. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0895330054048650>. Acesso em: 27 fev. 2021.

LESSIG, Lawrence. **Code Version 2.0**. 1ª ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SHAROT, Tali et al. Neural mechanisms mediating optimism bias. **Nature**, ed. 450, p. 102-105, 24 out. 2007. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature06280>. Acesso em: 21 fev. 2021.

SOUZA, Allan Rocha. **Os limites dos Direitos Autorais:** uma interpretação civil-constitucional, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>. Acesso em: 9 Fev 2021.

_____. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 7, abril/junho 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/62>. Acesso em: 27 fev. 2021.

SANDVINE, Internet Society. **The Global Internet Phenomena Report**: October 2018. Disponível em: <https://www.sandvine.com/hubfs/downloads/phenomena/2018-phenomena-report.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

STJ – **REsp: 1810440 SP** 2018/0290642-9, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 12/11/2019, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 21/11/2019,

STJ – **REsp: 964404 ES** 2007/0144450-5, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 15/03/2011, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 23/05/2011.

SUSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge:** Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. 1ª ed. Penguin, 2009.

NEGACIONISMO HISTÓRICO E REDES SOCIAIS: UM OLHAR SOBRE A NARRATIVA NEGACIONISTA EM RELAÇÃO À DITADURA MILITAR BRASILEIRA

Gabriel Victor Maltez Pimentel de Jesus[54]

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, houve uma ascensão de governos de direita por todo o mundo. Este não é um fenômeno novo. Em 2002, Viktor Orbán, ainda hoje líder de um partido nacional-conservador, já era primeiro ministro da Hungria. No cenário político sul-americano, existiram exemplos de direitistas chegando ao poder como Maurício Macri, na Argentina, Sebastián Piñera, no Chile, Mario Abdo, atual presidente do Paraguai, e Iván Duque, que também exerce mandato atualmente na Colômbia.

Na América Latina, junto com o fenômeno da ascensão das direitas, veio uma onda revisionista quanto ao período das ditaduras da região. Sobre revisionismo histórico, geralmente atrelado ao holocausto judaico, é conceituado por Soutelo (2009, p. 107) como a "desconsideração de processos e especificidades históricos de modo a confirmar posicionamentos

54 Bacharel em Direito formado pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do Núcleo de Pesquisa Conflitos, Estados e Direitos Humanos (NP CEDH). E-mail: gabriel.maltez97@gmail.com.

ideológicos de seus autores". A ideia de revisionismo é relacionada por Soutelo (2009) ao conceito de Harvey (1989) sobre pós-modernismo, que, por sua vez, é conceituado como abandono de todo o sentido de continuidade e memória histórica.

O Brasil não se apresenta como uma exceção em relação à ascensão das direitas, tampouco ao fortalecimento do revisionismo histórico. Em 2018, foi eleito como presidente o ultradireitista Jair Messias Bolsonaro, com um discurso negacionista que afirma não ter havido supressão de direitos fundamentais nos 21 anos de ditadura militar brasileira ou que, se houve, foi um mal necessário no combate à instauração do comunismo e de fortalecimento da democracia no país.

A ditadura militar brasileira foi um período de 21 anos, compreendidos entre 1964 e 1985, que ficou marcado pela supressão de liberdades individuais, suspensão de eleições e da liberdade de imprensa, cassações e prisões de opositores, tortura e diversas mortes. Os Atos Institucionais – diplomas legais baixados pelo poder executivo que se colocavam acima da Constituição Federal – tratavam de legitimar o uso da força pelos militares (DE PAULA; VIEIRA, 2020, p. 1-7).

O Ato Institucional nº 5, por exemplo, deu início aos chamados "anos de chumbo". Este ato tratou de quebrar a legalidade antes imposta pelos próprios militares ao dar poderes quase ilimitados ao presidente da república, suspender habeas corpus em crimes contra segurança nacional e crimes políticos e também determinava que os julgamentos de crimes políticos seriam realizados em tribunais militares. Passou a ser possível, ainda, ao chefe do executivo nacional demitir ou aposentar juízes e outros funcionários públicos, fechar o Congresso Nacional, cassar mandatos legislativos e cassar ministros do Supremo Tribunal Federal. Também passaram a ser permitidas prisões sem autorização judicial em que aos detentos não era dado nem mesmo o direito de contatar a família e/ou advogados, muitos destes se tornaram desaparecidos políticos e seus corpos nunca foram encontrados.

Mesmo com todas as ofensas a direitos que hoje estão consolidados pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o discurso negacionista persiste no Brasil e, em reiteradas oportunidades, há manifestações que pedem o retorno dos militares ao poder e o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal (STF). Discurso negacionista

este que tem sido referendado por diversas autoridades dos poderes Legislativo e Executivo, a exemplo do ex-ministro da Educação Ricardo Vélez Rodríguez, que definiu o golpe de 64 como "regime democrático de força", revelando, inclusive, a ideia de realizar uma mudança na abordagem do assunto nos livros didáticos por acreditar que a atual não é verídica.

A partir das ideias explanadas, parte-se, então, para a investigação de como se apresenta o discurso revisionista/negacionista histórico sobre a ditadura militar brasileira nos dias de hoje e quais são suas inspirações.

1. A APARÊNCIA E INSPIRAÇÕES DO DISCURSO NEGACIONISTA HISTÓRICO SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA

É comum que, em debates que envolvem o assunto revisionismo histórico, exista um teor negativo atrelado a este conceito. Isto é, muitas vezes, enxerga-se revisionismo como sinônimo de contar o passado de uma forma ficcional. Contudo, a história não é precisa, contínua, nem deve ser mantida guardada de forma rígida e imutável. Pelo contrário, a história é cíclica e mutável.

Em sendo assim, em que pese a comum carga valorativa negativa atrelada ao revisionismo, Napolitano (2019) explica que o trabalho do historiador é justamente revisar, problematizar e complementar interpretações da historiografia anterior à luz de novas fontes. O problema se apresenta quando ocorre o que ele chama de revisionismo ideológico que, por sua vez, seria basicamente o que Soutelo (2009, p. 107) chamou de "desconsideração de processos e especificidades históricos" com objetivo de confirmar posicionamentos ideológicos.

Exemplo de um trabalho de revisionismo histórico sério, segundo Napolitano (2019), pode ser apontado na ideia de que houve participação popular no processo do golpe realizado pelos militares, vez que a historiografia anterior afirmava que o regime ocorreu sem interferência da sociedade civil.

Contudo, por mais ideológico que seja, o revisionismo ainda dialoga com evidências e isso o diferencia do negacionismo histórico que as nega (NAPOLITANO, 2019). Observa-se um exemplo de negacionismo quando da afirmação de que não houve tortura em 1964, vez que essa afir-

mação nega evidências testemunhais e documentais sistematizadas pela Comissão Nacional da Verdade.

Falando sobre os negacionismos históricos sobre a ditadura militar, há três discursos que são observados como os mais comuns: (i) afirmação de que o que ocorreu em 1964 não foi um golpe militar; (ii) afirmação de que não houve uma ditadura; e (iii) negação das práticas de tortura (NAPOLITANO, 2019). Para expor os motivos pelos quais essas três afirmações são negacionistas, é necessário destacar o conceito de golpe e de ditadura. Sobre golpe, conceito do século XVII, Napolitano (2019) destaca que ocorre quando um grupo abrigado no Estado derruba uma ordem política ou um governante legítimo. Ou seja, não é possível afirmar que não houve golpe, vez que houve o encerramento do governo do presidente democraticamente eleito João Goulart. Sobre a existência de ditadura, foi um regime autoritário com base numa normatividade jurídica que aumentou o poder discricionário do presidente da República (NAPOLITANO, 2019). Essa afirmação também esbarra em evidências, vez que, da análise dos Atos Institucionais, é possível observar que esse aumento do poder discricionário do presidente caracterizou a supremacia do poder executivo que suprimiu e restringiu direitos individuais. Por último, a negação de que houve tortura não se sustenta porque há evidências concretas dessas práticas, extraídas principalmente do trabalho da Comissão Nacional da Verdade.

Outros discursos revisionistas sobre a ditadura militar se confundem com os próprios discursos que serviram de base para a instituição do golpe. Isto porque os favoráveis à autodenominada "Revolução Redentora" afirmavam que João Goulart, na época presidente do Brasil, era uma "ameaça de socialista" (DELGADO, 2009, p. 12). Nesse sentido, os militares tomaram o poder sob a justificativa de que estavam salvando o país de uma ameaça comunista.

Esse discurso negacionista se coaduna com uma corrente de extrema-direita ainda nos dias de hoje. Veja-se, nesse sentido, que o atual presidente da República, Jair Bolsonaro, determinou que os militares comemorassem o golpe militar de 1964 e seu porta-voz justificou que ele não considera que houve um golpe, e sim uma reação apoiada pela sociedade contra o comunismo. Sob essa fala, Fausto afirma:

> Nós estávamos em plena Guerra Fria, existia Cuba com a vitória de uma revolução que seguiu para um certo tipo, digamos, de socialismo autoritário. Então, é nesse contexto que a gente pode entender a preocupação de setores militares. Ameaça imediata de implantação de um regime comunista não havia. O que havia era uma situação de divisão do país, de uma radicalização às vezes efetiva, às vezes mais verbal do que efetiva. (FAUSTO, 2019).

Além disso, o discurso negacionista que se apresenta hoje possui uma forte semelhança com o discurso a favor da ditadura em 1964. Ato contínuo, é importante destacar também como o movimento retórico de justificação do golpe possui raízes na década de 1930, no conceito de Integralismo. Esse processo histórico expressa que a sociedade brasileira possui participação ativa na legitimação de seus regimes autoritários.

A exemplo dessa legitimação discursiva, vale lembrar de Miguel Reale, criador da Teoria Tridimensional do Direito e costumeiramente referendado como um dos mais importantes juristas da história do Brasil. Sua obra é frequentemente desassociada de um marco na sua vida: sua participação ativa na legitimação jurídica do Golpe de 1964.

> O discurso de fundamentação da ditadura não consistia, portanto, somente nas palavras de ordem dos militares, mas havia um movimento de justificação acadêmica do golpe. Os juristas da ditadura tiveram o importante papel de construção teórica e política da legitimidade do regime. São exemplos a obra O Estado Nacional de Francisco Campos, em que se construíram as bases ideológicas da política do Estado Novo, agora revitalizadas no contexto da ditadura de 1964; no esforço teórico de legitimação da nova ordem política que Carlos Medeiros Silva empreende nos textos Observações sobre o Ato Institucional e Seis Meses de Aplicação do Ato Institucional e, como se estudará mais a fundo neste trabalho, nos Imperativos da Revolução de Março, de Miguel Reale (BENVINDO; DE CARVALHO, 2017, p. 117).

Não obstante a existência de outros juristas na legitimação do golpe militar, não é por acaso a citação de Miguel Reale neste trabalho. É que outra característica importante da vida de Reale se esconde atrás da acla-

mação das suas produções enquanto jurista: a sua participação na Ação Integralista Brasileira (AIB).

O integralismo, movimento político fundado por Plínio Salgado em 1932, ultranacionalista, mas com forte influência das ideias do Fascismo de Benito Mussolini, idealizava a construção de um Estado forte, invocando valores como autoritarismo (na ideia de um governo forte), exaltação do conceito de nação e oposição ao comunismo (BENVINDO; DE CARVALHO, 2017, p. 125).

Em um discurso que possui uma aparente montagem de convocação ao integralismo, afirma Reale:

> Se alhures, grandes revoluções se fizeram sem programa inicial determinado, a nossa deve começar, ao contrário, revelando um rumo. A grandeza do Integralismo consiste em ter revivido o antigo ideal da Nação, conclamando os novos bandeirantes para a conquista da Terra e de nós mesmos. É o imperialismo dentro das fronteiras. A tensão espiritual que há de dar ao mundo um tipo novo de civilização, a civilização tropical, cheia de delicadeza e de espiritualidade cristã (REALE, 1983, p. 168).

Sobre o discurso de Reale, dois pontos são dignos de destaque, a ideia de "tipo novo de civilização cheia de espiritualidade cristã" e a ideia de retomada do ideal de nação que, de acordo com Benvindo e De Carvalho (2017), se refere à reconquista de ideais, supostamente, desfigurados pelas forças políticas governantes. Esses dois pontos se assemelham muito a bases centrais da ditadura militar.

O primeiro remete ao discurso comum da extrema-direita, de se aproximar da religiosidade cristã. Isso foi feito em 1964 e continua sendo feito nos dias atuais. O segundo traz relação com a eleição de um inimigo comum – no caso da ditadura militar, esse inimigo era o comunismo –, ainda hoje apontado como algo a ser combatido.

Outro ponto que chama atenção é o lema do integralismo "Deus, Pátria e Família" (FAGUNDES**,** 2011), que pode ser correlacionado com o atual lema do Poder Executivo Federal "Brasil acima de tudo, Deus acima de todos" e também com os comuns discursos do atual presidente em "defesa da família tradicional". Até aqui está evidenciada, portanto, a forte

relação entre o integralismo, o golpe de 1964, que viria mais de 30 anos depois do movimento integralista nascer no Brasil, e a atual conjuntura política brasileira.

Nesse sentido, aliás, é possível trazer uma reflexão acerca do papel da sociedade brasileira na legitimação dos diversos golpes que remontam a história do Brasil. O golpe militar, por exemplo, obteve apoio de parte da sociedade brasileira que se aglomerou em movimentações, como a Marcha da Família com Deus pela Liberdade e outras diversas marchas nos primeiros meses de ditadura (BARBOSA, 2012, p. 51).

Em 2014, houve uma nova versão da Marcha da Família, ocasião em que manifestantes gritaram frases como "não queremos eleição, queremos intervenção" – e um deles afirmou que aquela marcha tinha o objetivo de mostrar insatisfação com a corrupção e "contar a história verídica do país e escondida pelas escolas", sugerindo que o ensino sobre o período da ditadura militar nas escolas é deturpado.

Nesse sentido da participação ativa da sociedade na legitimação de tais regimes autoritários, Arendt (1989) defendia que a instauração total e completa do regime nazista só foi possível pela existência de um contexto cultural antissemita. Isto é, o discurso nazista não era direcionado tão somente aos simpatizantes; pelo contrário, os nacionalistas eram o público-alvo da mensagem, vez que, com uma cultura antissemita forte e utilizando os judeus como bodes expiatórios, era possível atrair a simpatia de toda a sociedade.

Fenômeno parecido ocorreu nos EUA, na figura do ex-presidente Donald Trump, que relacionou os imigrantes com a condição de "párias" e, com isso, atraiu a simpatia de grupos ultranacionalistas e supremacistas, como é o caso dos *Proud Boys*.

> Seria um erro ainda mais grave esquecer, em face dessa impermanência, que os regimes totalitários, enquanto no poder, e os líderes autoritários, enquanto vivos, sempre "comandam e baseiam-se no apoio das massas". A ascensão de Hitler ao poder foi legal dentro do sistema majoritário, e ele não poderia ter mantido a liderança de tão grande população, sobrevivido a tantas crises internas e externas, e enfrentado tantos perigos de lutas intrapartidárias, se não tivesse contado com a confiança das massas (ARENDT, 1989, p. 356).

A análise do comportamento das massas feita por Arendt explica basicamente o funcionamento do golpe de 1964, que foi fundado na legalidade e, como já evidenciado, com apoio de parte da sociedade brasileira, e também descreve uma característica da sociedade brasileira que – ainda que em determinados momentos de sua história não esteja sob a égide de um regime totalitarista – acaba flertando com o totalitarismo. Isso pode ser evidenciado pelas recentes manifestações contra o Congresso Nacional e STF.

Isso também evidencia a perpetuação de formas de exclusão e marginalização de minorias através da desigualdade social, genocídio da população negra e indígena, homofobia, etc. – eleição de inimigos que a sociedade aceita que sejam excluídos e, até mesmo, exterminados. Dados do Atlas da Violência (2020) revelam que, em 2018, 75,7% das vítimas de homicídio no Brasil eram negras. Já o relatório mais recente do Grupo Gay da Bahia (2020) revela que houve 329 mortes violentas de LGBT+ em 2019. Não é por acaso essa manutenção do status quo com características autoritárias, que possui raízes no pensamento integralista da década de 1930.

2. AS REDES SOCIAIS COMO TERMÔMETRO DO DISCURSO NEGACIONISTA

É nesse contexto de fortalecimento do discurso revisionista que se inserem as redes sociais. Elas são importantes vias de expressão de discursos, sendo possível, através delas, verificar e refletir sobre parte das opiniões da sociedade brasileira.

O relatório "Digital in 2020", realizado pelo *We Are Social* e *Hootsuite,* aponta o tempo que os brasileiros passam online e quais os aplicativos acessados. De acordo com o relatório, existem 140 milhões de usuários de redes sociais ativos que passam em média 9h17min diariamente na internet. Tais dados podem ser analisados em conjunto com o relatório anual do "*We Are Social",* em 2018, que concluiu que, naquele ano, as redes sociais mais utilizadas foram o YouTube, o Facebook e o WhatsApp.

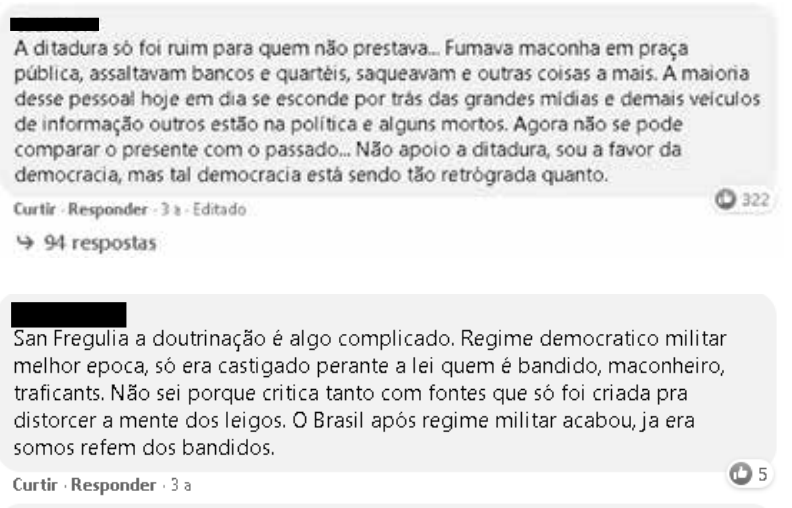
Em 2018, enquanto candidatos à Presidência como Geraldo Alckmin e Fernando Haddad, que tiveram, respectivamente, 46% e 20% de tempo de TV, foram derrotados nas urnas, Jair Bolsonaro, que teve apenas 0,5% do tempo de TV, foi eleito. O carro-chefe da sua campanha foram as redes sociais. Através de lives no Facebook e Instagram, obteve um engajamento de mais de 40 milhões de pessoas (LIMA; VOLPATTI, 2018).

É nesse aspecto que se faz necessária uma análise sobre os discursos e opiniões que são emitidas diariamente nessas mídias, visto que elas podem servir como termômetro para entender o pensamento atual da sociedade brasileira. Aqui a análise se debruçará sobre os comentários realizados na rede social Facebook.

O Facebook é uma mídia social gratuita de compartilhamento instantâneo de fotos, publicações e notícias, que visa a interação rápida entre os usuários. A relação dessa rede social com os discursos revisionistas sobre a ditadura militar será discutida através das interações dos usuários com publicações dos grandes jornais, que também estão presentes nessa rede. As interações dos usuários com todas as informações compartilhadas se dão através de comentários e dos "*emoticons",* que foram adicionados à rede em 2016. Trata-se de uma forma de comunicação paralinguística que permite que os usuários expressem seus sentimentos na rede.

Nesse sentido, as emoções são veiculadas através das opções "curtir" ( ), "amei" ( )," haha" ( ), "uau" ( ), "triste" ( ), "força" ( )e "grr" ( ). A título de exemplo, destaca-se a seguinte publicação do ano de 2016:

Figura 1 – Notícia sobre general que criticou o movimento que apoia intervenção militar



Fonte: Facebook (2017). Disponível em: <https://www.facebook.com/UOLNoticias/posts/1641067295908080>. Acesso em: 8 out. 2020.

Na figura 1, vê-se que houve 9,8 mil reações de usuários em relação à notícia. Entre essas reações, as mais comuns foram o "curtir" ( ), o "haha" ( ) e o "amei" ( ). Isso denota que a maioria dos usuários reagiram de forma positiva à fala do general ou a enxergam de forma engraçada, já que ela ridiculariza os pró-intervenção. Contudo, quando se observa os comentários – filtrados a partir da categoria "mais relevantes" –, está presente um discurso revisionista de que a ditadura só perseguiu pessoas que "não prestavam".

Dado o exemplo de como funciona o sistema de engajamento do Facebook, parte-se para uma identificação desses discursos através de uma análise em forma de linha do tempo, que vai abarcar comentários feitos por usuários brasileiros no Facebook na última década, destacando os comentários mais relevantes e fazendo uma relação com as ideias apresentadas anteriormente.

Em 2014, Dilma Rousseff era reeleita presidente do Brasil, com 51,64% dos votos válidos. Essa eleição apertada marcou um clima de divisão que se aprofundou na sociedade brasileira nos anos que se seguiram. Mesmo com o descontentamento de uma parcela da sociedade que fora derrotada nas urnas, o discurso revisionista em relação à ditadura militar ainda era tímido naquele ano, todavia, já era disseminado nas redes sociais:

Figura 2 – Notícia: Clube Militar critica o relatório da Comissão Nacional da Verdade

[redacted]
Comissão Nacional da "verdade": aquela que investiga apenas os militares, que transforma guerrilheiros de FIDEL CASTRO em heróis, que transforma dilma, dirceu, genuíno, guerrilheiros do araguaia e companhia em VITIMAS E HERÓIS.

estão reescrevendo a história do país, estão escrevendo a história como se o socialismo fosse a liberdade, o povo.

O futuro vai ser amargo, a esquerda FEDE, são pessoas essencialmente mal caráteres e desonestas.

Curtir · Responder · 5 a

299

[redacted]
Comissão Nacional da Verdade para satisfazer o Ego dos recalcados rancorosos com o nosso dinheiro. Que os Militares nãose curvem para esta corja. História criada por mentiras e falcatruas de bandidos que se dizem heróis.

Curtir · Responder · 5 a

14

[redacted]
Militares " LEVAM PAULADAS" sobre isto, já faz tempo. A verdade que GRUPOS DE EX GUERRILHEIROS, arduamente buscam meios para se AUTO PRONUNCIAREM como HERÓIS. E cá entre nós, o QUE ESTES BUSCAVAM REALMENTE na época era IMPLANTAR O COMUNISMO no Brasil.

Curtir · Responder · 5 a 1

Fonte: Facebook (2014). Disponível em: <https://www.facebook.com/jornaloglobo/posts/908476765858670>. Acesso em: 8 out. 2020.

Figura 3 – Atos por *Impeachment* de Dilma e a favor da intervenção militar

[redacted]
Mario, Intervenção militar nao é ditadura e nem golpe militar. Estude primeiro qual a diferença entre elas. INTERVENCAO militar é quando os militares assumem o governo por 60 dias (ate que haja novas eleiçoes). E pedir essa intervenção esta assegurado nos nossos direitos.

Curtir · Responder · 5 a 13

[redacted]
Enquanto vcs ficam ridicularizando a manifestação que é legítima, essas pessoas estão lá defendendo a nossa liberdade de expressão. Lutando pelo Brasil.A Pauta do Protesto: liberdade de imprensa, uso político da máquina estatal, apoio a ditaduras por parte do governo do PT e Petrolão, agora se vc concorda com tudo isso...
Curtir · Responder · 5 a · Editado
84

Fonte: Facebook (2014). Disponível em: <https://www.facebook.com/estadao/posts/1054598064555255>. Acesso em: 7 de set. 2020.

Dessas publicações de 2014, pode se extrair o teor do discurso revisionista, que aponta uma suposta tentativa da esquerda de reescrever a história. Os revisionistas disseminam que os militares, outrora supostos heróis, são as verdadeiras vítimas, já que estariam sendo perseguidos por atuações, como a da Comissão Nacional da Verdade. Também já é possível observar aqui que o discurso revisionista vem acompanhado de um senso de urgência pró-impeachment para frear a corrupção. Ou seja, é um discurso que atrela o reforço de valores morais aos militares e os elege como heróis que devem intervir e "salvar" o pa**ís das mesmas velhas "ameaças" da esquerda e do comunismo.**

Figura 4 – O pensamento das crianças da ditadura sobre a intervenção militar

Fonte: Facebook (2015). Disponível em: <https://www.facebook.com/UOLNoticias/posts/1096507497030732>. Acesso em: 9 out. 2020.

Se, em 2014, o discurso revisionista parecia tímido, no ano seguinte, já era mais visível o número de comentários a favor do regime, nessa rede social. Na notícia exposta acima, levando em consideração apenas os comentários da categoria "mais relevantes", isto é, aqueles com mais reações dos usuários, há um destaque de pessoas apoiando a ditadura e minimizando a dor de quem sofreu nas mãos dela. O conteúdo revisionista é o mesmo: afirmações no sentido de que "pessoas de bem" não eram perseguidas.

Figura 5 – Manifestantes a favor da intervenção invadem plenário da Câmara

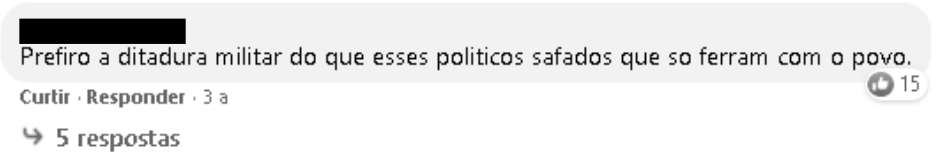
[redacted]
Não sou a favor de uma intervenção militar, mas no momento seria uma saída, desde que seja extremamente cirúrgica, para cortar regalias, nos adequar aos padrões aceitáveis de salários do setor público, alterar algumas leis que só beneficia os corruptos e eles ainda são os responsáveis por fazer leis contra eles mesmos. Eles nunca vão fazer nada que os prejudique. Por isso tem que intervir. Olha hoje simplesmente não apareceram na CCJ para votar a PEC do fim do foro privilegiado

Curtir · Responder · 3 a 19

↳ 4 respostas

[redacted]
"Se é vontade do povo brasileiro
eu promoverei a Abertura Política no Brasil.
Mas, chegará um tempo que o povo sentirá saudade da Ditadura Militar.
Pois muitos desses que lideram o fim da ditadura
não estão visando o bem do povo mas sim seus próprios interesses"
General Ernesto Geisel
(governo: 1974-1979)

Curtir · Responder · 3 a 34



Fonte: Facebook (2016). Disponível em: <https://www.facebook.com/g1/posts/1406180846100663>. Acesso em: 22 set. 2020.

Sobre o período de 2016, evidenciado na figura 5, é interessante destacar que o discurso revisionista não mais tinha a companhia de comentários pró-impeachment, já que, àquela altura, Dilma Rousseff já havia sido retirada do poder. Este fato é importante, porque em comentários dos anos anteriores parecia haver um certo receio em se falar em intervenção militar e ela só era invocada como se fosse uma última opção. Contudo, mesmo após a queda do governo de esquerda, o discurso a favor da ditadura continuou crescendo. Isso remete à ideia evidenciada anteriormente, de que não importa o período, há sempre um flerte da sociedade brasileira com o autoritarismo.

Outro ponto de destaque é que, se antes o discurso pró-intervenção estava mais contido na internet, o clamor pela ditadura militar chegou até o plenário da Câmara, como se vê na publicação da figura 5. Tal fenômeno não parece ser por acaso já que, à época, exaltar figuras da ditadura não parecia ser mais algo incomum, como foi o caso do atual presidente da República – ainda no seu mandato de deputado federal –, que, em seu discurso de voto no Impeachment, prestou uma homenagem ao coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, que foi chefe do DOI-Codi de São Paulo entre 1970 e 1974 e é reconhecido documental e testemunhalmente como um torturador.[55]

55 Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/stj-confirma-decisao-que-reconheceu-ustra-torturador-09122014>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Figura 6 – General na ativa fala sobre intervenção militar

[redacted]
Intervenção Militar já!! Tribunal de Exceção pra todos os políticos comprovadamente envolvidos em corrupção ainda soltos, extinção do PT e outros partidos de extrema esquerda, e criminalização do comunismo.

259

Curtir · Responder · 3 a

47 respostas

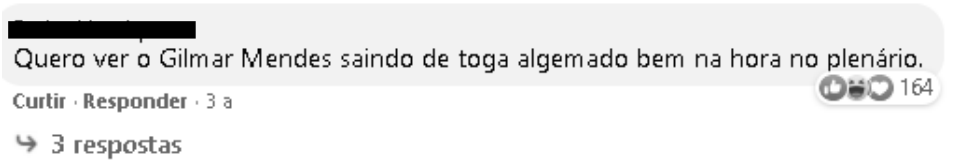
Fonte: Facebook (2017). Disponível em: <https://www.facebook.com/Exame/posts/10155664070923953>. Acesso em: 8 out. 2020.

Figura 7 – Augusto Heleno declara apoio ao general que falou sobre intervenção

[redacted]
E como não apoiar a intervenção?
Essa não é a democracia atuante que vislumbrei qdo do estudo da Constituição Federal.
Não vivemos uma democracia. O poder não emana de nós. Apenas elegemos uma quadrilha que em nada nos favorece.

220

Curtir · Responder · 3 a · Editado



Fonte: Facebook (2017). Disponível em: <https://www.facebook.com/estadao/posts/2144459182235799>. Acesso em: 8 de out. 2020.

Nas figuras 6 e 7, de 2017, dois pontos chamam atenção. Primeiro, o aumento no número de reações, se confrontado com publicações dos anos anteriores, em comentários com teor de discurso revisionista a favor da ditadura ou com algum tipo de exaltação de autoritarismo. Nas duas figuras evidenciadas no ano, vê-se que os "emoticons" como "amei" ( ) e "curtir" ( ) aparecem como os mais utilizados. Isso pode indicar o aumento não só dos discursos revisionistas nessas redes, mas também o aumento da afinidade dos usuários que reagem mais positivamente a eles.

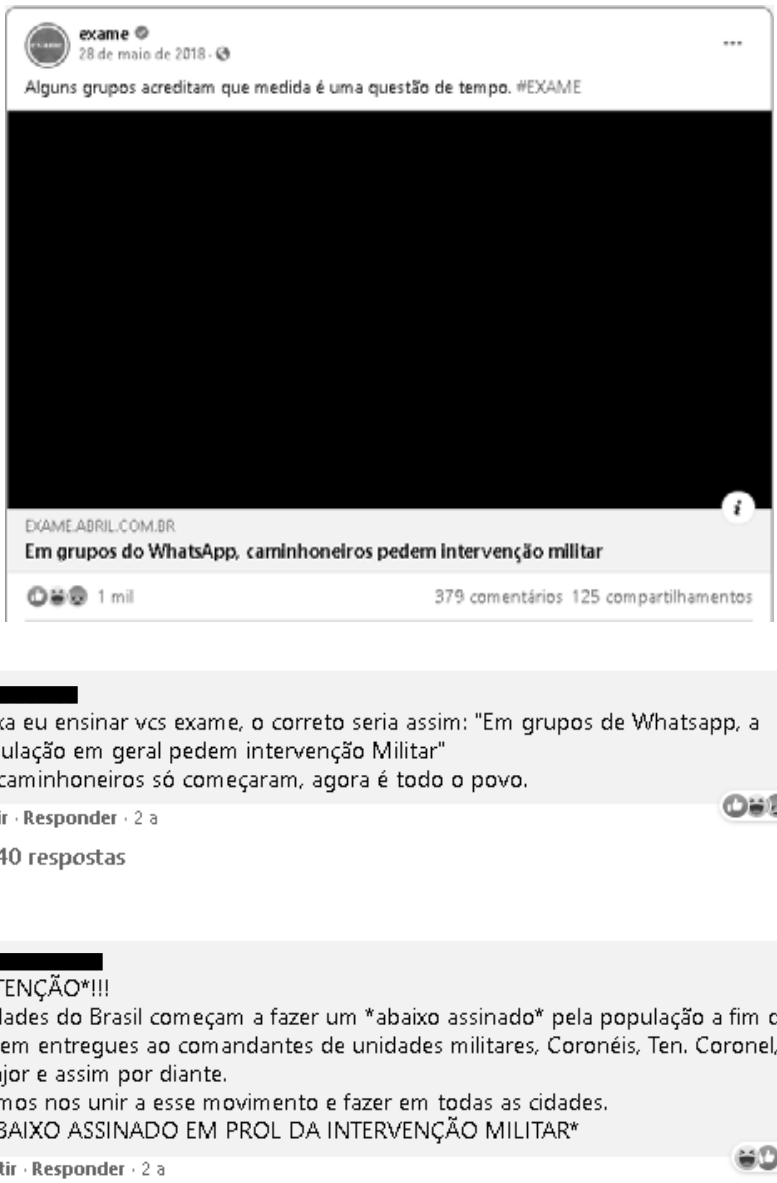
Quanto ao segundo ponto, destaca-se novamente a presença de autoridades militares exaltando e incentivando o discurso revisionista. Observando com mais atenção as notícias das figuras 6 e 7, percebe-se que o general que "causou polêmica no exército" é o atual vice-presidente da República, eleito junto a Jair Bolsonaro, e o general Augusto Heleno é o seu ministro de Estado, chefe do Gabinete de Segurança Institucional. Tudo isso deixa evidente que o discurso negacionista não é um fenômeno isolado e sem força; pelo contrário, ele é capaz de alçar ao poder figuras que antes não eram nem conhecidas pela sociedade e que se tornaram relevantes a partir do eco de discursos autoritários, falaciosos e com promessas simplistas de solução para os problemas do país através da construção de inimigos em tom macartista[56].

Seguindo adiante, não é difícil observar que os anos de 2018, 2019 e 2020 foram determinantes para o crescimento e consolidação do discurso a favor da ditadura. Isto porque, logo em 2018, houve a eleição de um governo com forte afinidade com a ditadura militar de 1964. Nesse sentido,

56 Macartismo foi um fenômeno iniciado a partir da cruzada anticomunista protagonizada pelo senador Joseph McCarthy (RODEGHERO, 2002), nos EUA. Neste período, compreendido entre 1947 e 1957, abarcando o período da Guerra Fria, portanto, foi marcado pela suspeita de espiões comunistas dentro do governo norte-americano e o medo de que os EUA fossem atacados pela União Soviética.

os comentários em duas reportagens do ano de 2018 evidenciam bem a continuidade desses discursos:

Figura 8 – Caminhoneiros pedem intervenção militar



Fonte: Facebook (2018). Disponível em: <https://www.facebook.com/Exame/posts/10156433827908953>. Acesso em: 13 nov. 2020.

Figura 9 – Líderes políticos brasileiros rejeitam intervenção militar

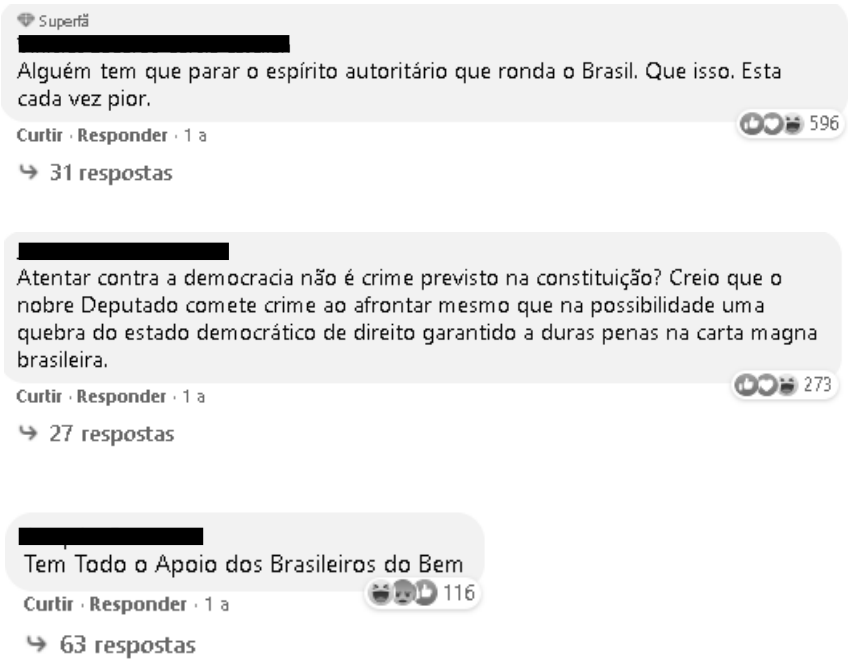
Fonte: Facebook (2018). Disponível em: <https://www.facebook.com/Exame/posts/10156439353473953>. Acesso em: 13 nov. 2020.

Da análise das figuras 8 e 9, é possível destacar que, além da continuidade do discurso de exaltação de feitos do período do regime, como visto na figura 8, outras afirmações sem quaisquer citações de fontes confiáveis também são observadas nesses comentários. Nesse sentido, um dos usuários comenta que "mais de 90%" desejam a intervenção militar por conta da corrupção e alta carga tributária, outro diz que "a população em geral" deseja o retorno dos militares ao poder.

Outro ponto que merece destaque é o contexto em que essas reportagens foram publicadas. Em 2018, o país já era governado por Michel Temer, que assumiu após o impeachment de Dilma Rousseff, e se viu no meio de uma manifestação gigantesca: a greve dos caminhoneiros. A direita comandava o governo federal naquele momento e, mesmo assim, os discursos em favor de uma intervenção militar permaneceram vivos. Se antes se falava de uma intervenção para frear o avanço do comunismo, aqui o discurso mais frequente é o de invocar a tutela dos militares. Este discurso se fortaleceu nos anos que se seguiram.

Adiante, em 2019, o que chama mais atenção, na verdade, são dois episódios ocorridos no mês de outubro. O primeiro deles foi a fala do deputado federal Eduardo Bolsonaro, que sugeriu um "novo AI-5", se a esquerda "radicalizasse".

Figura 10 – Deputado sugere 'novo AI-5' se a esquerda 'radicalizar'

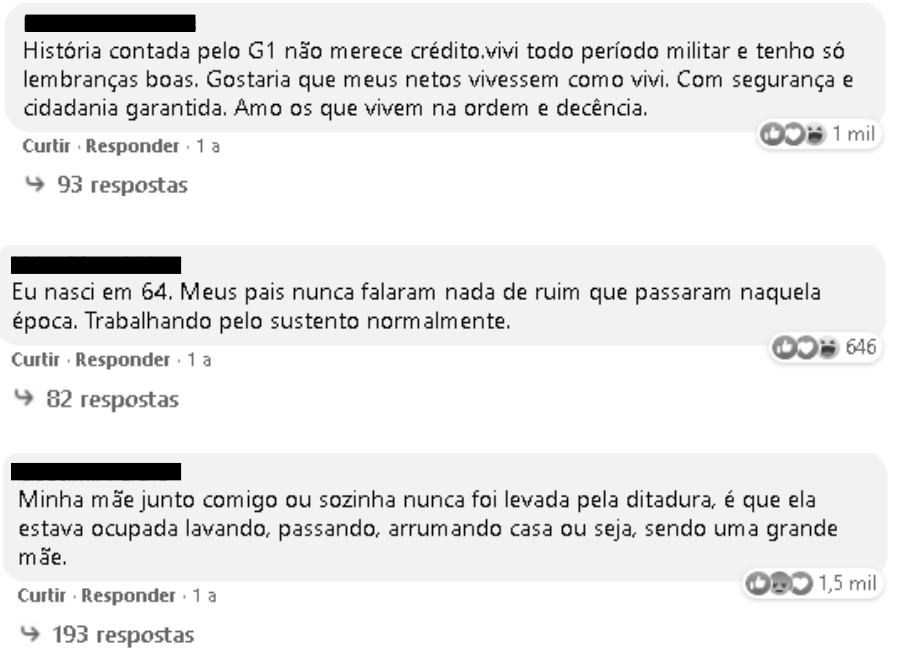


Fonte: Facebook (2019). Disponível em: <https://www.facebook.com/estadao/posts/3703892186292483>. Acesso em: 13 nov. 2020.

A figura 10 demonstra um panorama um pouco diferente. Nas publicações anteriormente evidenciadas neste trabalho, também havia muitos comentários contrários ao discurso negacionista, todavia, nessa publicação do Estadão, eles foram os mais relevantes, isto é, os usuários os elegeram como os melhores comentários.

Em outras publicações sobre a ditadura militar, contudo, o teor negacionista dos discursos continuou aparecendo com certa relevância na rede social. É o exemplo de uma reportagem sobre uma vítima do regime:

Figura 11 – Vítima de tortura relata sequelas



Fonte: Facebook (2019). Disponível em: <https://www.facebook.com/g1/posts/2823590601026340>. Acesso em: 13 nov. 2020.

Outro ponto relevante da figura 11 são os comentários descredibilizando o trabalho jornalístico, algo que se tornou bastante comum, principalmente após reiterados ataques do presidente à imprensa. Nesse sentido, o relatório "Monitoramento de discursos, entrevistas e postagens em redes sociais", realizado pela Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) entre janeiro e setembro de 2020, revelou que Bolsonaro atacou a imprensa 299 vezes no período[57].

Em 2020, por fim, nem mesmo a pandemia do novo coronavírus e as orientações das autoridades sanitárias para se manter o distanciamento social foram suficientes para inibir esses atos. Nas ruas, faixas afirmando a existência de uma "ditadura do STF" e, como de praxe, solicitando intervenção militar puderam ser vistas.

57 Disponível em: <https://fenaj.org.br/nove-meses-bolsonaro-299-ataques/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Figura 12 – Presidente apoia ato antidemocrático e afirma que não vai mais 'admitir interferência'

[redacted]
Querem tirar o poder do voto da maioria do povo brasileiro ... Escolhemos Bolsonaro para nos representar. Bolsonaro deve tomar uma atitude urgentemente apoiado pela maioria do povo brasileiro. Nos respeite!
Curtir · Responder · 27 sem 516
175 respostas

[redacted]
Perfeito. Começa pela globo presidente, depois vamos pegar descendo pro congresso e stf
Curtir · Responder · 27 sem 105
21 respostas

[redacted]
Antidemocrático é o STF, o Senado e a Câmara! Todos corruptos, tinham que estar presos!
Curtir · Responder · 27 sem 48
12 respostas

Fonte: Facebook (2020). Disponível em: <https://www.facebook.com/g1/posts/3923497394368983>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Desta forma, finaliza-se a análise dos comentários expostos na rede social Facebook. Essa análise dos sete anos (2014-2020) expõe não só o fortalecimento dos discursos negacionistas e da aderência destes a discursos autoritários, mas também a saída desses discursos das redes sociais para tomarem as ruas. Veja-se, nesse sentido, que, na figura 3, ainda em 2014, o número de comentários era bem menor e os pleitos por uma intervenção militar eram tímidos, tentando sobreviver ao lado dos pedidos de impeachment da ex-presidente Dilma. Na última figura, o panorama já é bem diferente. A timidez de outrora quanto ao pleito de intervenção militar já não existe e manifestações contra a Suprema Corte do país já são comuns em 2020.

Falando propriamente dos comentários extraídos do Facebook, verifica-se que são mais engatilhados por notícias contendo qualquer menção à ditadura militar ou intervenção militar. Entretanto, mesmo em notícias em que esses dois termos não aparecem, é possível ver comentários com afirmações como as de que os militares poderiam combater a corrupção caso voltassem ao poder. Os comentários mais curtidos/amados são aqueles que mencionam benesses da ditadura militar ou afirmam que os excessos do regime não alcançavam "pessoas de bem". A maioria desses comentários são feitos por homens brancos e com posicionamento político oposto à esquerda.

Sendo assim, a análise proposta revela que, em meio a um contexto socioeconômico de crise, os discursos negacionistas e odiosos para fins políticos estiveram em crescimento desde 2014 até 2020. É nesse sentido que tais discursos proferidos a partir de meios de comunicação virtual, seja na rede social escolhida para análise neste trabalho seja em qualquer outra, devem ser observados com mais cuidado, uma vez que a literatura mostra que eles são capazes de se fortalecer, tomarem as ruas e ganhar espaços institucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que o Brasil vive hoje uma das piores crises políticas e socioeconômicas de sua história. Desta forma, torna-se urgente e necessária a identificação de quaisquer discursos que ameacem ainda mais a democracia brasileira.

Este artigo, portanto, trouxe os conceitos de revisionismo e negacionismo histórico e expôs as principais afirmações negacionistas e porque elas podem ser consideradas assim. Também foi exposta a relação de Miguel Reale com a legitimação do golpe de 1964, mas também com o integralismo de 1930. Esta análise revela que valores como espiritualidade cristã, pátria e família, tão invocados atualmente, possuem bases ainda no movimento integralista e na ditadura militar.

A partir das ideias de Arendt, também foi descrito como a sociedade brasileira possuiu papel importante na legitimação de governos autoritários. O primeiro objetivo específico de descrever o discurso revisionista histórico sobre a ditadura foi cumprido, finalmente, quando foram expostos e comentados os discursos negacionistas no Facebook.

Conclui-se, então, que é preciso reconhecer que os discursos revisionistas/negacionistas sobre o que foi o período da ditadura militar, embora não pareçam encontrar apoio na maioria dos membros da sociedade brasileira, são fortes o suficiente para tomarem as ruas do país. É desanimador ter que estabelecer um debate para defender assuntos já "superados", como a ditadura militar. Todavia, esse panorama de negações de evidências também se mostra como uma oportunidade para a sociedade brasileira discutir, refletir e enfrentar o tema da ditadura militar, e não fugir dele, como se fez até então. A postura de fingir que nada aconteceu já está provada como equivocada e danosa, além de desrespeitar o direito à memória, que é um dos direitos humanos reconhecidos desde a Declaração Universal de 1948. Talvez seja chegada a hora de mudar essa abordagem e encarar a história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020> Acesso em: 25 nov. 2020.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira:** Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata; BENVINDO, Juliano Zaiden. Os "imperativos da revolução de março" e a fundamentação da ditadura. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 113-145, mar. 2018.

DE PAULA, Celia Regina do Nascimento; VIEIRA, Fernando Antonio da Costa. A Comissão da Verdade no Brasil: a luta pela memória em uma democracia fragilizada. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 121, p. 123-146, maio 2020. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-74352020000100007&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 ago. 2020.

DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 123-143, junho 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago. 2020.

FAGUNDES, Pedro Ernesto. Morte e memória: a necrofilia política da Ação Integralista Brasileira (AIB). **Varia hist.**, Belo Horizonte, v. 28, n. 48, p. 889-909, dez. 2012.

FAUSTO, Bóris. Bóris Fausto sobre o golpe de 64: "É impossível negar os fatos". [Entrevista concedida a] Thiago Domenici. **Agência Pública**, São Paulo, 29 mar. 2019.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatório Anual de Mortes LGBTI+ 2019**. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo, Edições Loyola, 2005. Tradução do original inglês The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change. Oxford, Basil Blackwell, 1989.

NAPOLITANO, Marcos. A batalha das memórias e o negacionismo das ditaduras e regimes militares na América Latina. **Negacionismos e Revisionismos:** o conhecimento histórico sob ameaça, 2019, São Paulo. Brasília: USP, 2019. Disponível em: <https://www.youtu-

be.com/watch?v=5eloB59T1_s&list=WL&index=158&t=2992s>. Acesso em: 4 jun. 2020.

REALE, Miguel. **Obras Políticas:** 1ª fase – 1931-1937. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

RODEGHERO, Carla Simone. Religião e patriotismo: o anticomunismo católico nos Estados Unidos e no Brasil nos anos da Guerra Fria. **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v. 22, n. 44, p. 463-488, 2002.

SOUTELO, Luciana de Castro. **A memória do 25 de Abril nos anos do cavaquismo: o desenvolvimento do revisionismo histórico através da imprensa (1985-1995)**. Dissertação (Mestrado em História Contemporânea) – Faculdade de Letras, Universidade do Porto, 2009.

VOLPATTI, Leonardo; LIMA, Fábio Monteiro. Um presidente eleito pelas redes sociais. **Congresso em Foco**, Brasília, 4 nov. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/forum/um-presidente-eleito-pelas-redes-sociais/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

WE ARE SOCIAL. **Digital Report 2018**. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Digital in 2020**. Disponível em: <https://wearesocial.com/digital-2020>. Acesso em: 27 set. 2020.

OS PODERES DO ESTADO DEMOCRÁTICO E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL EM TEMPO DE POPULISMO NACIONALISTA NO BRASIL

Carlos Alberto Ferreira dos Santos[58]
João Batista Santos Filho[59]

INTRODUÇÃO

Os tempos parecem trazer sinais atípicos de mudanças. No cenário da democracia de dezenas de países, o nacionalismo populista se engendrou, trazendo pautas obtusas nas linhas de valores e retrocessos nos estilos de governança, nas relações institucionais externas e internas.

A eclosão recente desta postura angaria adeptos de boa parte de eleitores que se afastam do anterior padrão de cidadania, aderindo à militância por vezes fanática e intransigente. Embora o populismo seja fenômeno antigo e deletério na história mundial, no pós-guerra perdeu espaço e sugeria não afetar o crescimento humanístico e de fruição de direitos jusfun-

58 Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogado. Aluno Especial do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

59 Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

damentais. A nova face do populismo sob argumento vem se alastrando e tenciona os pilares das democracias, já resvalando nas relações dialogais das instituições de Estado.

No ápice de visualização, e até de estarrecimento quanto ao populismo agora posto, está a Invasão do Capitólio dos Estados Unidos, ocorrida em 6 de janeiro de 2021, depois que militantes partidários do então presidente americano Donald Trump, mediante convocação pública deste, reuniram-se em Washington DC para protestar contra o resultado da eleição presidencial de 2020, exatamente no momento em que as duas casas legislativas ratificariam a vitória de seu oponente, Joe Biden (FEDOR; POLITI; WILLIAMS, 2021).

Embora todas as instituições de execução e fiscalização eleitoral, tribunais estaduais e a Suprema Corte Americana houvessem atestado a licitude total das eleições, Donald Trump utilizava fortemente as redes sociais para, sem provas, propagar a alegação falsa de que teria havido fraude nas votações, objetivando, assim, ter na militância o apoio e forçar o vice-presidente Mike Pence e o Congresso a rejeitarem a vitória do presidente democrata eleito.

A convocação de Trump foi atendida por vários grupos organizados de extrema direita nacionalista, supremacistas brancos e contra LGBTQIA+, neo-confederados, os quais decidiram atender à expectativa de fazer valer a convocação de Trump, mediante o uso da força, causando a invasão do Capitólio, depredação do patrimônio, intimidação e esvaziamento do prédio, com a morte de 4 pessoas, 60 policiais feridos e 15 deles hospitalizados, numa propulsão de sublevação jamais vista naquela que é entendida como a maior democracia do mundo.

Eis que o populismo nacionalista rende outra face negativa: o mimetismo alastrado aos outros estados de direito, como ocorre com o Brasil, segundo as posturas de Donald Trump, reproduzidas como se houvesse um acordo selado com o presidente Bolsonaro, conforme vários autores já assinalaram.

Esses novos tempos são esteio para estudo, sob prisma de se aquilatar a qualidade da democracia brasileira e da relação de diálogo institucional dentro desse caldo em que as relações se complicam, fomentando o aumento da judicialização, um certo ativismo e uma confusão proposital populista das informações muito mais propagadas pelas redes sociais que

pelos meios institucionais corretos e seguros. Aliás, o populismo atual se consagra na desinformação colocada na internet.

O presente artigo faceia o problema da crise da democracia em razão do crescimento do nacionalismo populista, centrando olhares no relacionamento dialogal entre as instituições da democracia brasileira. Questiona-se quais os efeitos do modelo nacionalista do governo brasileiro para legitimidade dos poderes, atividade de controle do Supremo Tribunal Federal (STF), nas condições do diálogo institucional e, por fim, na qualidade da democracia no Brasil.

Este estudo, de caráter teórico-hermenêutico, reflete sobre o momento de hegemonia de um governo populista nacionalista de direita, do fundamento de legitimidade do poder público diante de postulados democráticos, o controle da constitucionalidade em razão de assoberbada judicialização, o papel dos poderes no diálogo institucional, carreando à conclusão de que a democracia não se vê fortificada, mas resiste em face de ser constante aprendizado. A legitimidade dos poderes e a intervenção do judiciário em torno do controle constitucional tem sido exercida de forma tumultuada diante do resultado do nacionalismo populista empreendido pelo atual governo. O diálogo institucional tem sido lição a ser aprendida e aprimorada, tendo efeitos positivos para qualificação democrática.

1. A CRISE DEMOCRÁTICA E O POPULISMO NACIONALISTA

O mundo está experimentando uma expansão do populismo. Pela Europa, podem ser encontrados novos governos nacionalistas de arraigada direita como de Viktor Orbán (Hungria), de Matteo Salvini (Itália), políticos fortes tais como Marine Le Pen (França), os Partidos AFD Alemão, do FPÖ austríaco e do PiS polonês, assim como uma estratégia nacionalista que fundamentou a separação entre Reino Unido e União Europeia, o Brexit.

Características deste novo nacionalismo populista destoam com o paradigma jusfundamental irrogado pelas cartas magnas que no período pós-guerra estimularam o fenômeno da constitucionalização dos direitos. Loughlin (2019) verificou que

> Os valores constitucionais foram corroídos pela crescente influência política do fundamentalismo religioso em países como Israel, Turquia e Índia, e pela ascensão ao poder de figuras presidenciais autoritárias como Maduro na Venezuela em 2013, Duterte nas Filipinas em 2016, Trump nos Estados Unidos em 2016 e Bolsonaro no Brasil em 2018. Igualmente emblemático tem sido o fracasso da África do Sul, após os notáveis sucessos iniciais da sua formação constitucional pós-Apartheid, em estabelecer um regime de democracia multipartidária (LOUGHLIN, 2019, p. 437, tradução nossa).

Loughlin (2019) informa que, com a eclosão desse movimento, concluiu-se que várias organizações defensoras de direitos humanos verificaram a degradação democrática drástica, considerando a democracia constitucional passar por sua crise mais contundente em décadas. No Brasil, o populismo não é algo novo. No século XX, durante a Quarta República, houve nove presidentes, dos quais cinco tiveram mandatos longos, sendo considerados populistas: Eurico Gaspar Dutra (1946-1951), Getúlio Vargas (1951-1954), Juscelino Kubitschek (1956-1961), Jânio Quadros (1961) e João Goulart (1961-1964). No século XXI, o populismo teve seu período de discrição, mas, com o fenômeno do nacionalismo que ganha espaço, o populismo volta à tona com suas características similares ao período anterior e durante a Segunda Grande Guerra.

Ungureanu e Serrano (2018, p. 22) listam características encontradas na doutrina concernentes ao populismo e o populista líder. Dentre as características, sublinha-se: a) geralmente caracterizado pela presença de um líder forte, carismático ou messiânico; b) que expressa a vontade do povo; c) contra a elite hipócrita e mentirosa que se esconde por detrás do politicamente correto; d) líder é corajoso, sincero, capaz de desmascarar com a sua conversa franca as elites; e) o líder é um forasteiro, com respeito à elite corrupta, ou um homem do povo, que miraculosamente se torna um herói e salvador; f) tem soluções simples, imediatas e radicais para transformar a sociedade corrupta e decadente num lugar grande novamente.

Esses lideres prospectam dentro da sociedade os problemas, idiossincrasias, preconceitos individuais e coletivos e, emocionalmente, colocam-se à disposição incondicional de resolver messianicamente tudo aquilo que entende como mazela ou contrário ao senso do que é bom diante de

um senso comum. Propagandeiam-se de forma seletiva, mesmo que necessitem ser contraditórios entre as populações de pensamentos diversos. Nos nacionalistas, a intransigência, violência verbal e física têm aparecido como trunfo e demonstração de força. Os exemplos de líderes tão fortes e carismáticos abundam e são dados por Ungureanu e Serrano (2018, p. 24): Donald Trump, Geert Wilders, Matteo Salvini, Recep Tayyip Erdoğan, Jean-Marie Le Pen e Rodrigo Duterte, aos quais é acrescido Jair Messias Bolsonaro, que se autointitula de Mito.

É usual que políticos queiram sua manutenção no poder. Mas, no populismo, há a dimensão de tornar-se inesquecível, mesmo com prejuízo democrático. Maioria destes governos mantém esse anseio usando dos mecanismos por angariar apoio popular dentro do quadro institucional estabelecido. Porém, boa parte dos populistas força sua permanência no cargo alijando políticas, anulando instituições e emperrando qualquer oposição antidemocraticamente. Há atuais casos, como Turquia, no governo do Partido de Justiça e Desenvolvimento (AKP), na Venezuela, nos governos de Chávez e Maduro, na Hungria, no segundo governo do Fidesz, e na Polônia, no segundo mandato do PiS. Przeworski (2019) dá bases para entendimento dos processos de desestabilização democrática no populismo,

> A desconsolidação ou retrocesso democrático é um processo de desgaste gradual das instituições e das normas da democracia. Ginsburg e Huq usam o termo "retrogressão autoritária", distinto da pura e simples "reversão", e o definem como "um processo de decadência gradual (mas, em última análise, substancial) dos três atributos básicos da democracia — eleições competitivas, direitos liberais de expressão e associação e o Estado de direito". Enquanto o retrocesso, a desconsolidação ou a retrogressão, seja qual for o nome que se queira dar, avança, a oposição vai se tornando incapaz de ganhar eleições ou assumir o cargo se ganhar, as instituições estabelecidas perdem a capacidade de controlar o Executivo e as manifestações populares de protesto são reprimidas com violência. Tudo isso é impulsionado pelo desejo do governo de monopolizar o poder e eliminar obstáculos à implantação de suas políticas. Contudo, é um processo de interação entre o governo e vários atores que tentam impedi-lo. A estratégia dos governantes que tomam

> esse caminho, portanto, se concentra em incapacitar possíveis resistências, que variam caso a caso, mas costumam incluir os partidos de oposição, o sistema judicial e a mídia, bem como as ruas (PRZEWORSKI, 2019, não paginado).

O ponto básico é que, se a democracia constitucional estiver num estado crítico, é pouco provável encontrar soluções concentrando-se apenas em formas de reforçar as instituições liberais. Devem ser considerados remédios que levem a sério a necessidade de revigorar as aspirações democráticas.

A crise da democracia tem sua interseção com o populismo. Loughlin (2019) lamenta estudos que concentram a atenção da crise somente sobre o mecanismo de votação e atenta ser necessário sublinhar as suas limitações manifestas e enviesar o remédio no sentido de revigorar a autoridade das instituições de governo contra os atos de líderes populistas antidemocráticos. Segundo o autor:

> Não precisamos de estar no centro das falsas polaridades para reconhecer que os valores do liberalismo e da democracia têm orientações diferentes que não são facilmente reconciliadas dentro da democracia constitucional. Uma avaliação mais equilibrada poderia, portanto, indagar sobre as deficiências evidentes do funcionamento de muitas instituições contra-democráticas e levar a sério uma concepção de democracia como uma prática social e cultural e não como um mero mecanismo para escolher líderes (LOUGHLIN, 2019, p. 453, tradução nossa).

Dessa dimensão de democracia como prática social e cultural deflui a ideia de algo a ser sempre complementado, diga-se aperfeiçoado, mesmo nos contratempos e sobressaltos da história. A ditadura é exceção à democracia. Mas, havendo democracia, de boa ou sofrível qualidade, tal preceito de continuidade complementar sempre haverá.

No Brasil, agora é o turno do populismo da direita nacionalista mimetizado do que há em boa parte do mundo. Há reflexos imediatos nas instituições e sua legitimidade diante do compromisso constitucionalmente posto pelo Estado Brasileiro. Atentaremos agora para essa nova face governamental, diante da legitimidade democrática ante o exercício do

poder público, tripartido e que se supõe harmônico, consoante a necessidade de relacionamento dialogal entre as instituições.

2. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DO PODER PÚBLICO

O Estado brasileiro desenvolve o desiderato da Constituição Federal de 1988, com base de legitimidade exercida pelo poder público, tendo estrutura que se descentraliza em forma de poderes para cumprir a finalidade democrática precípua, constante do preâmbulo pétreo da própria Carta, ao instituir "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" (BRASIL, 1988, não paginado).

Diamond e Morlino (2005) elencam mínimas premissas necessárias ao regime governamental, quais sejam o voto universal mediante eleições periódicas, livres, competitivas, justas e pluripartidárias, com profusão de divulgação e meios independentes de informação, em clima de liberdade civil e política em que é permitida a participação organizada e articulada dos cidadãos no seio da liberdade de pensamento, crença geral e política, com proteção dos órgãos de defesa democrática, afastando pressões externas, econômicas, ideológicas ou governamentais para o exercício democrático.

A Constituição Federal é o esteio normativo do destino democrático brasileiro. Os fins nela contidos coadunam com as concepções defendidas por Diamond e Morlino (2005), tendo escopo primordial de uma democracia, vislumbrando as liberdades civis e políticas, bem como o povo soberano. No espectro de execução dessas finalidades, são elencadas a necessidade de igualdade na escolha de quantidade e qualidade no que se cinge às políticas públicas destinadas aos cidadãos pelas autoridades que as elaboram, assim como a adoção de efetiva boa governança, com transparência, respeito às leis e responsabilidade.

Quanto mais essas finalidades são realizadas, maior será a qualidade da democracia, pois exigirá que as autoridades legitimamente eleitas figurem como responsáveis por suas escolhas e ações diante dos cidadãos. Exi-

ge-se atitude fiscalizadora, eficiência e a justa aplicação dos direitos. Tal preceito amarra inexoravelmente os três poderes, sob pena de não terem abrigo da legitimidade que lhes é importante.

O governo, como conglomerado de atribuições e responsabilidades constitucionais, com poder tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário, tem como trunfo de legitimação democrática aquilo que Souza Neto e Sarmento (2012) aludem,

> No contexto plural em que vivemos, a comunidade política só se legitima plenamente quando assegura o igual direito de cada indivíduo de viver de acordo com os seus próprios projetos e escolhas existenciais; quando proporciona os meios materiais básicos para isso; quando respeita e valoriza as identidades particulares de cada um dos seus membros. É papel das constituições democráticas garantir esses elementos, que são vitais para a generalização entre os cidadãos do sentimento de pertencimento à comunidade política (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 238).

Entende-se legitimada a democracia na qual os poderes, por via de seus representantes, logram unir todos esses caracteres favoráveis, não só pelo aspecto de alternância de poder, mas por todo um conjunto que emoldura esses índices democráticos ideais. Há um duplo espeque em que a qualidade da democracia constitui, por outra perspectiva, o fundamento de legitimidade do exercício do poder público no estado. Quanto mais pujante for a qualidade da democracia, de maior quilate será a legitimidade do exercício do poder público. Tais condições perfeitas, porém, são improváveis ou muito difíceis de verificação, pois o elemento modificativo curial das relações sociais faz com que as democracias dependam de várias contingências, ao exemplo do atual populismo que se enquadrou mundo afora.

Goyard-Fabre (2003, p. 4) indica que as condições sociais do povo e suas necessidades mais imediatas, junto com o elemento político-cultural, entabulam altivez de tal forma a tornarem-se importante fator de legitimação de um status democrático. Dessa forma, as democracias guardam disparidades e ambivalência de modelos, além de sintetizarem repetições de esperanças e ilusões sempre alimentadas. Assim, quando existe, uma

democracia não é igual outra: há estágios mais ou menos evoluídos, mas que abrigam virtudes e sobressaltos negativos.

A separação dos poderes pressupõe, entre eles, uma convivência. Ao passo que cada um possui sua atribuição constitucional, tal exercício atributivo, por vezes, traz tensão à democracia institucional. Em algum momento, a atuação de um poder interfere no mister do outro. Nesses casos, muitas condicionantes podem trazer inconvenientes contrários a uma relação acorde com a harmonia e independência previstas no artigo 2º da Constituição Federal.

A legitimidade dos poderes democráticos, nesse prisma, e em vista da intromissão eventual atributiva de um poder no outro, faz requerer exercício de maturação institucional e democrática, afora, e o que é mais grave, de depender da conjuntura política do momento, que tem reflexo na quantidade e qualidade de judicialização contra o poder Legislativo e Executivo. A complexidade dos casos diante dessa realidade pode necessitar resoluções várias, mas Clève e Lorenzetto (2015) atinam:

> Tal solução está respaldada nas preocupações atinentes à legitimação das atividades realizadas pelos Poderes. O conjunto de fatos históricos arbitrários que marcaram o século XX conformam sinalizadores fundamentais para indicar que quaisquer decisões proferidas por órgãos públicos precisam de algum respaldo democrático. A edificação de um Estado Democrático de Direito realiza-se "tijolo por tijolo", em uma contínua construção, numa orquestração social que não tem em seu horizonte um final pré-definido, mas, possui como cerne o necessário intercâmbio entre os aspectos potenciais e as limitações de cada ramo do governo (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 184, tradução nossa).

A separação dos poderes tem uma fórmula a sempre ser complementada, tendo em vista que o texto constitucional trouxe a harmonia como meio de relacionamento, abrindo também o espaço de razoabilidade com limites variáveis e de constante definição e redefinição, ensejando a interação do Poderes entre si e entre possíveis destinatários de deliberação.

Segundo Mendes (2008, p. 182-183), nessa interatividade, os poderes são mutuamente persuadidos por injunções, jurídicas ou sociais e, muito

especialmente, pela proeminência política. Cada poder deve agir de modo a prever e avaliar sua ação estratégica constante, para decidir ir além ou manter-se dentro do seu plexo de autoridade, antevendo prudencialmente os reflexos quanto aos demais poderes, opinião pública e o padrão de efetividade de uma possível decisão a ser sustentada.

No Brasil, um relevante montante de judicialização, principalmente durante a pandemia da Covid-19, em meio ao populismo político, parece apontar a necessidade de maior envolvimento de conversação entre as instituições, como forma de atividade fora do âmbito procedimental. É o que Virgílio Afonso da Silva (2009) nomina como deliberação externa, sendo apresentada como uma deliberação que objetiva o convencimento de atores não pertencentes ao grupo, ou seja, manejo de conversação de diferentes instituições.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A judicialização é fenômeno que corresponde ao efeito da constitucionalização do direito, na esteira do advento da Constituição Federal de 1988. A vertente política é a que mais tenciona a necessidade do diálogo institucional. Com efeito, Silva e Melo (2019, p. 286) informam que "a judicialização da política demonstra um potencial democrático e sensível às necessidades da população, notadamente na busca pela concretização dos direitos fundamentais e por garantir as regras e mecanismos de participação da própria democracia".

Assinala Santos Filho (2020, p. 149-152) que, em momentos de instabilidade política ou de mudanças sociais, como ocorre neste atual evento pandêmico grave, entremeado do populismo negacionista e alheio aos princípios da precaução e prudência, o fenômeno da judicialização ganha natural incremento, em que Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir, muitas vezes, de forma apressada dada a urgência do momento e a pressão do clamor público.

Cross e Lindquist (2006) asseveram que nem todo ativismo cria embaraços ou má repercussão pública, mas critica-se quando aquele indica "que os juízes estão simplesmente a impor as suas preferências políticas à sociedade, sem responsabilidade eleitoral ou fidelidade à Constituição.

Por esta razão, o ativismo judicial é geralmente considerado como um exercício inadequado do poder judicial" (CROSS; LINDQUIST, 2006, p. 1752, tradução nossa).

As decisões das cortes se obrigam a ter legitimidade que afasta a pecha de ativismo. Nessa linha, o estudo e levantamento acerca das decisões que envolviam o presidente Jhon G. Roberts, da Suprema Corte Americana, elaborado por Luis Fuentes-Rohwer, descortina que, nos Estados Unidos, a legitimidade judicial depende menos da opinião pública, sendo que as decisões são razoavelmente aceitas na medida em que seguem o conceito de que:

> Os Tribunais devem assegurar que o seu comportamento se paute por com normas pré-estabelecidas, pelo que os públicos relevantes farão o que os tribunais pedirem. A falta de legitimidade assinala o toque de morte da autoridade judicial [...] contudo, a legitimidade judicial é um tropo destacado pelos juízes na procura de resultados específicos. Faz muito pouco trabalho interpretativo sobre os seus próprios. É um aviso sobre o futuro e como um resultado judicial pode ser recebido, mas um aviso que funciona mais como um fantasma. É uma crítica, um apelo à contenção, mas sem apoio empírico (ROHWER, 2018, p. 520, tradução nossa).

A situação americana verificada por Rohwer (2018) talvez não tenha equivalência no Brasil, a supor pelos ataques, ameaças aos ministros nas redes sociais e até mesmo depredação e disparo de fogos ao prédio do Supremo Tribunal Federal em Brasília, vindos de grupos aliados ao atual Governo Federal, de origem nacionalista, ao ponto de haver o inquérito 4781 no STF, conhecido como inquérito das *fake news*, no qual há a prisão de dezenas de pessoas, figurando como investigados familiares do Presidente Bolsonaro, vários militantes seus e parlamentares (SOUZA, 2020).

É envolto neste complicado e grave momento pandêmico que a polarização política graça dentro de uma pauta governamental de comportamentos e valores conservadores e até preconceituosos, com diários embates contra a imprensa e contra pensamentos diferentes, num nível pobre de comunicação e relacionamentos pessoais e institucionais, que, claudicante, o diálogo institucional precisa se impor mais.

Ungereanu e Serrano (2018) assentam que, dentro da polarização reinante, há o populista que dela tira proveito e estimula o crescimento deste estado de coisas para sua manutenção no poder político. Para os autores, o eixo ideológico esquerda-direita perdeu a sua capacidade de encapsular diferentes desafios e alternativas políticas. "Neste contexto, os movimentos populistas tendem a ancorar o eixo esquerda-direita numa lógica discursiva de oposição a oposição popular-elite, o que muitas vezes lhes permite combinar abordagens políticas díspares de esquerda-direita" (UNGUREANU; SERRANO, 2018, p. 27).

Cabe ao STF e ao Congresso Nacional, primordialmente, o entendimento institucional que supere essa tensão populista polarizadora, ensejando benefícios à legitimidade dos atos institucionais e prevalência da democracia em melhor qualidade. A tarefa de decidir, principalmente em casos cujas deliberações acarretam assunção de fazeres afetos ao legislativo, precisa de ser coarctada, dialogada num entendimento.

Ao invés de recrudescer na postura de possuidor da última palavra decisória e impositiva, dentro do controle de constitucionalidade, especialmente em questões de invasão da seara legislativa, a Corte Constitucional haverá de privilegiar o diálogo escapando da divergência que pode, inclusive, ser justa diante da perspectiva das outras instituições. Procura-se trazer os aspectos favoráveis dentro do diálogo, mesmo em vista a separação dos poderes como um meio de se encontrar intersecção, "em termos da proteção de um conjunto de direitos fundamentais, em que os direitos funcionariam como trunfos contra práticas políticas majoritárias inadequadas" (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 190, tradução nossa).

Assegure-se que a alternativa ao diálogo surge também do Parlamento ao Tribunal, pois ambos são passíveis de deliberações de maior indagação e que assinalam maior carga de prudência e cautela, com os reflexos recíprocos. Observe-se que há situações, as quais, dentro do seio do próprio STF, a causa não conseguiu minimamente a clareza do que a corte realmente decide, havendo mudanças de posturas em pouco tempo, como ocorreu com a execução da pena após condenação em segunda instância, pendente de nova oportunidade de julgamento em futuro tempo.

Tomando esse exemplo de longa falta de entendimento interno decisório na Corte Superior, assoma-se o fato da praxe ritualística nos julgamentos, pois os votos são dados, cada um, com seu aprofundamento

individual, sendo decisões que somente ao final sofrem processo modular em que há a filtragem para a publicação de uma decisão da Corte. Por vezes, os ministros entram em contenda para fazer prevalecer seu entendimento, ao que seria mais vantajoso que os ministros, adredemente, trocassem e discutissem os votos, para, depois dessa fase, haver a sessão de julgamento público, possibilitando maior consenso, como há nos tribunais internacionais.

Embora haja decisões do STF sugerindo a necessidade de maior conversação entre o Tribunal e outras instâncias, seja por meio do *amicus curie* seja por diálogo institucional, parece-nos ser ainda forte o entendimento dos ministros de que a Corte é último bastião de interpretação defensiva da Constituição, fazendo prevalecer a ideia da última palavra. Oliveira, Toledo e Santos (2020) enumeram as razões desta postura no pensar majoritário do STF:

> 1 – A interpretação judicial, dado o seu carácter contra-majoritário, é mais garantística, portanto, mais democrática; 2 – A interpretação judicial é mais deliberativa e técnica, portanto, mais segura; 3 – A interpretação judicial é apolítica e/ou despolitizada, e portanto, menos tendenciosa [...] a) Projeção da sua atividade institucional na dimensão política; b) Poder de reformular o significado das regras constitucionais através da interpretação dos textos; c) Função exclusiva – ou pelo menos mais eminente – de salvaguarda da Constituição Federal de 1988; e d) Prerrogativa de ter o monopólio da palavra final sobre a interpretação constitucional (OLIVEIRA; TOLEDO; SANTOS, 2020, p. 56-60).

Os autores desconstroem esses enunciados, sob vários aspectos interpretativos da Constituição, afastando a ideia de caber exclusivamente ao STF a última palavra interpretativa concernente à constituição, abrindo, assim, o leque para a concorrência dialogal de outras instituições e atores, mediante métodos para tanto. Oliveira, Toledo e Santos (2020, p. 74) concluem que o padrão hoje vigente de hermenêutica constitucional exclusivista ao Poder Judiciário na base final não é primor de garantismo nem favorece o intercâmbio com aquele que, também constitucionalmente, tem todo poder, qual seja, o povo.

Tal modelo descura da democracia e das minorias e tem sido responsável por "contra-ordens e concepções erradas do segmento judicial do Estado que não tendo um controle externo à sua atividade interpretativa, tem perpetuado interpretações precipitadas e prejudiciais para os grupos mais vulneráveis da cidadania e para a própria democracia" (OLIVEIRA; TOLEDO; SANTOS, 2020, p. 74). Essa elaboração se serve a estimular igualmente a participação dialogal do Parlamento, a quebrar entraves e prevenir, de forma consequencialista, situações de dissenso. Tremblay (2005) faz exortação útil no sentido de que,

> Claro que, dentro deste processo, cada instituição tem um papel distinto a desempenhar; os tribunais podem enfatizar a importância de manter fundamental, substantivo, e valores processuais, enquanto as legislaturas podem enfatizar a importância da promoção de certos objetivos sociais e econômicos. Mas os tribunais devem tentar convencer as legislaturas de que as suas concepções do direito o equilíbrio entre os valores fundamentais e o bem coletivo é mais forte, de um ponto de vista constitucional, do que as concepções dos legisladores; em as suas respostas, os legisladores devem fazer o mesmo em relação às suas concepções próprias. Cada instituição deve apresentar os melhores argumentos em a favor das suas concepções de justiça constitucional, mas cada um deve também ser comprometido a mudar as suas opiniões se as posições da outra instituição aparecerem mais forte (TREMBLAY, 2005, p. 633, tradução nossa).

O amadurecimento das democracias também passa pela experiência e aprendizado institucional. A transformação de diferenças e desencontros importantes, que parecem inconciliáveis pelos rituais deliberativos de praxe, podem ter, por via do consenso dialogal, o melhor anteparo para proteger a própria democracia. Para Cleve e Lorenzetto (2015), mesmo que o sucesso seja parcial, ou, se a outra parte capitular, cedendo às razões da outra instituição, não há aí a ideia de vencedor e a cultura da contenda não será agraciada.

Na realidade atual, em que temos uma polarização político-social e a desconfiança generalizada está arraigada em críticas e falsas notícias ácidas e tendenciosas, geralmente à oficialidade das redes sociais, o

diálogo institucional oficial, afasta o casuísmo e a satisfação que se daria tão somente à opinião pública, sendo um meio de distensão e resolução de questões de grande monta para a opinião pública e para desempenho democrático. Assim, o que importa nesses tempos afásicos de populismo nacionalista é exatamente "aquilo que se combate são os 'monólogos majoritários', pois, em uma democracia, os desacordos irão surgir, mas, as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer" (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 196).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade da democracia está numa relação de dependência de fruição de direitos fundamentais, alternância de poder representativo periódico com sufrágio universal livre, no acesso e na expressão da vontade. O poder público tripartido harmônico e independente deve ter meios para garantir que o cidadão usufrua do grande rol de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Tão mais legítimo é o poder público, quanto mais logra atingir seu escopo constitucional. Essa legitimidade se desloca a democracia na igual medida desse sucesso. Mesmo independentes e separados, os poderes têm deliberações dentro do plexo amplo de atribuições, podem conter mérito que se confunda ou imiscua na atribuição do outro poder. Assim, Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo Poderes, enfrentam a possibilidade de eventual invasão na atribuição do outro poder.

O aprimoramento democrático fortalece a manutenção do conjunto institucional ao longo dos processos de mudanças de estilos de governo que se alternam no poder. Tal fato igualmente propicia às instituições a atualização perante as mudanças estruturais para adequação da tensão entre o direito e a política. O populismo, fenômeno que não é novo, mas que se apresenta agora como um novo nacionalismo, é algo que tem uma pauta de mudanças que influem no comportamento do Estado, perante seus relacionamentos internos institucionais, bem como internacional, o que reflete igualmente no cotidiano das pessoas.

O diálogo institucional, mormente entre o STF e o Parlamento, é também afetado em razão da grande judicialização de corrente das demandas diante dessa nova pauta do Governo Federal. É necessariamente

por essa razão que o diálogo institucional qualificado será salutar para solução das contendas, sempre que outro poder ou atores sejam atingidos em suas atribuições originárias, perfazendo o diálogo o espaço de resolução a bem da qualificação democrática, perseguindo a harmonia entre poderes vaticinada pela constituição, aliviando o ônus de atribuição e de opinião pública, independentemente de qual poder teria a última palavra.

A busca por solução consensual no espaço social, jurídico e político não pode ofuscar o Judiciário para os fatos que animam a sociedade ora polarizada e crivada de desinformação em razão da recente estratégia de propaganda populista. Eis que a discordância a respeito das deliberações dos poderes podem vivificar controvérsias entre eles, em especial na seara política. Por essa razão, a resolução mais aprimorada para a concreção democrática é o exercício da dialógica institucional.

Quanto à democracia em tempos de populismo nacionalista de direita, sugere-se estar passando por mais um forte teste. Pilares ainda rígidos parecem resistir, tendo como arcabouço a Constituição Federal. Cabe aos poderes legítimos seu respeito dentro da harmonia e, diante disso, fomentar os ditames constitucionais, impedindo, assim, que haja um retrocesso no qual as garantias constitucionais sejam enfraquecidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://bit.ly/3r7V4K6>. Vários acessos.

CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: **Revista de Investigações Constitucionais.** Curitiba. v. 2, n. 3, p. 183-206. Set/Dez 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3vOQuUo>. Acesso: 31/12/2021.

CROSS, Frank. LINDQUIST, Stefanie. The Scientific Study of Judicial Activism. In**: Minnesota Law Review**, october 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3s9Q0Ge>. Acesso em: 01/02/2021.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. **Introduction.** Assessing the quality of Democracy. Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2005.

FEDOR, Lauren; POLITI, James; WILLIAMS, Aime. Angry mobs of Trump supporters interrupt transfer of power. Congress temporarily abandoned certification of Biden win as Capitol assault led to four deaths. In: **Financial Times**. Published in 7 february 2021. Disponível em: <https://on.ft.com/3tPkNZl>. Acesso em: 03/02/2021.

FUENTES-ROHWER, Luis. *Taking Judicial Legitimacy Seriously*. In: **Chicago-Kent Law Review**, vol. 93 (2018). Disponível em: <https://bit.ly/3c7DYYE>. Acesso em: 01/02/2021.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 39, n. 2, p. 435-454, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lA2kNI>. Acesso em: 02/02/2021.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SANTOS, Natanael Lima; TOLEDO, Raíssa Fernanda Cardoso**.** Judicial Supremacy and Institutional Dialogues in the Brazilian Constitutional Order. In: **Revista Científica Disruptiva**, v. II, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3c8fXk7>. Acesso em: 02/02/2021.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da Democracia**. Zahar. Edição do Kindle, 2019.

RACHMAN, Gideon. Jair Bolsonaro's populism is leading Brazil to disaster. If life were a morality tale, the Covid-19 antics would turn Brazilians against the populist president. In: **Financial Times**. Published in may 25 2020. Disponível em: <https://on.ft.com/3f2ZfV5>. Acesso em: 03/02/2021.

SANTOS FILHO, João Batista. Controle Judicial Constitucional na Pandemia: limites discricionários, os princípios da precaução e prudência e a reserva do possível. In: COELHO NETO, Ubirajara (Org.). **Temas de Direito Constitucional**: estudos em homenagem ao Professor Carlos Ayres Britto. 1ª ed. Aracaju-SE: Ubirajara Coelho Neto, v. 1, p. 135-170, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Josabette Monica Gomes de; FROTA, Leandro Mello. **Quantas utilidades um mesmo inquérito pode ter?** Publicado em jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tFEWRC>. Acesso em: 01/02/2021.

SILVA, Lucas Gonçalves da; MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves. Limite da judicialização da política: fundamentação das decisões judiciais sob o prisma da compreensão hermenêutica de Friedrich Müller. In: **Revista de Direito Brasileira**, v. 21, n. 8, p. 274-291, mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2PfQThS>. Acesso em: 1 fev. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. In: **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, p. 617–648, october 2005.

UNGUREANU, Camil; SERRANO, Ivan**.** El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa. In: **Revista CIDOB d' Afers Internacionals**, n. 119, p. 13-34, 2018.

PRODUCT PLACEMENT COMO ESPÉCIE PUBLICITÁRIA ABUSIVA NA PERSPECTIVA DO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO CONSUMERISTA

Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa[60]
Fabrício Germano Alves[61]
Kleber Soares de Oliveira Santos[62]

INTRODUÇÃO

A produção cinematográfica intitulada "O show de Truman: o show da vida" retrata a história de um homem inserido em um reality show,

60 Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRAELCON). Discente de iniciação científica do Projeto de Pesquisa intitulado Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico (marketplace).

61 Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio) e Docência no Ensino Superior (FMU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

62 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

sem a sua anuência, em razão de ter sido submetido a esta situação desde o seu nascimento. A obra demonstra que a realidade do personagem principal é fictícia, embora, para ele, seja verdadeira, pois a ilha em que ele reside é um grande estúdio e as imagens são transmitidas em caráter mundial (O SHOW DE TRUMAN, 1998).

Ao decorrer da trama, o referido personagem, Truman, começa a perceber a natureza ilusória da sua existência em virtude de os seus parentes, amigos e colegas, durante diversos momentos, olharem para um local específico, supostamente "vazio", e mostrarem produtos/serviços de consumo diário, ou seja, direcionando o processo decisório dos telespectadores por meio de campanhas publicitárias inseridas, furtivamente, nos episódios.

É perceptível, então, que o mencionado filme desperta uma essência epifânica extremamente oportuna: a inserção de produtos/serviços em programas televisivos e em produções de curta/longa-metragem capazes de influenciar as decisões dos consumidores por meio de publicidades clandestinas introduzidas ao longo das obras, prática conhecida como *product placement*.

Assim, a problemática enfrentada no presente texto reside em dois fatores: a) as práticas adotadas pelos fornecedores no intuito de inovar as formas de captação dos consumidores por meio de estratégias furtivas; e b) a impossibilidade de identificação da campanha publicitária pelo consumidor que pode vir a influenciar, de modo negativo, o seu processo decisório para que passe a desejar produtos/serviços.

Sob tal perspectiva, apesar de ser uma prática geradora de engajamento no que se refere ao produto/serviço inserido nas obras, tem-se como objetivo a consideração e análise dos limites jurídicos quanto à utilização dessa publicidade furtiva, na medida em que a dificuldade de identificação pelos consumidores telespectadores pode prejudicar as suas decisões em decorrência do desejo inconsciente desenvolvido.

No que se alude aos procedimentos metodológicos para desenvolver tal análise, há de se utilizar da pesquisa aplicada com abordagem qualitativa, hipotético-dedutiva, e com objetivo descritivo, ao apresentar as características e diretrizes do empecimento proposto, bem como, por vezes, as alternativas resolutivas. Mais ainda, adequa-se às técnicas de coleta de pesquisa padrão leitura informativa por seleção de modo interpretativo

(LAKATOS; MARCONI, 2017), com base na pesquisa documental (doutrinária/literatura jurídica) e legislativa.

Quanto à estruturação, divide-se em três tópicos principais. De início, é definida a relação de consumo por meio da identificação dos elementos que a compõe, a saber, consumidor, fornecedor, produto/serviço e destinação final. Ainda, é conceituada a publicidade e a sua conexão ao consumidor por equiparação com o intuito de interligar a campanha publicitária à relação jurídica de consumo. Posteriormente, analisa-se o conceito de *product placement* por via da identificação de suas caraterísticas e da sua influência perante os consumidores. Por fim, relaciona o *product placement* aos conceitos de prática abusiva e de publicidade abusiva com base nas disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) e seus Anexos.

1. RELAÇÃO DE CONSUMO E PUBLICIDADE

O objetivo basilar do Código de Defesa do Consumidor é proteger este e adequar as condutas dos fornecedores. Para tanto, é de extrema importância que o intérprete-aplicador do Direito promova a identificação, de maneira exata e efetiva, da relação jurídica de consumo para fins de aplicação do microssistema protetivo do consumidor, que inclui o mencionado Código e a legislação correlata, uma vez que a definição da relação de consumo determina a vertente de atuação do CDC (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2020).

No mais, há de se relacionar o conceito de consumidor equiparado à publicidade, com o fito principal de permitir o reconhecimento da relação de natureza consumerista para compreender o caráter das campanhas publicitárias em razão de incitarem o processo decisório do consumidor no que se refere à aquisição de produtos e serviços.

1.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A definição da relação jurídica de consumo não é mencionada, explicitamente, em qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e das disposições regulatórias (MIRAGEM, 2019). Em decorrência disso,

é de fulcral necessidade considerar, para incidência do Código, os seus elementos constitutivos, a saber, elementos subjetivos, objetivos e finalístico.

Sob análise primeira, considera-se que o consumidor é um elemento subjetivo da relação de consumo (FILOMENO, 2018). Assim, é possível localizar, no Código de Defesa do Consumidor, quatro acepções para este elemento, uma direta – *stricto sensu* – e três por equiparação – *lato sensu* (ALVES, 2020). Com base nisso, o consumidor direto é a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final" – artigo 2º, *caput* (BRASIL, 1990). Ademais, o consumidor pode vir a se equiparar à coletividade de pessoas, às vítimas do fato produto/serviço e aos indivíduos expostos às práticas comerciais – artigos 2º, parágrafo único; artigo 17; artigo 24, respectivamente (BRASIL, 1990) –, notadamente às campanhas publicitárias.

Sob segunda, percebe-se que o fornecedor é o outro polo subjetivo da relação em questão; aquele que oferta bens e serviços no mercado de consumo, *v.g.*, "produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" – artigo 3º, *caput* (BRASIL, 1990). No mais, o fornecedor pode vir a ser uma "pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados" – artigo 3º, *caput* (BRASIL, 1990). A título de complemento, percebe-se que o fornecedor só é qualificado caso os serviços/produtos sejam intermediados por remuneração (BRASIL, 2004), seja direta ou indireta, com habitualidade e formalismo.

Sob terceira, considera-se que os elementos de caráter objetivo da relação de consumo são o serviço (LIMEIRA, 2017) e o produto (BRASIL, 2006). Este, por um lado, é referente a "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" – artigo 3º, §1º (BRASIL, 1990) –, de acordo com os parâmetros legais, disponibilizado no mercado de consumo e, mais ainda, referente a qualquer bem consumível ou inconsumível, novo ou usado, principal ou acessório (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2020). Aquele, por outro lado, é configurado quando a atividade disponibilizada no mercado de consumo apresenta natureza remuneratória, direta ou indireta (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2019).

Ao considerar, assim, o elemento causal da mencionada relação como a destinação final do produto/serviço, há de se definir a relação de consu-

mo como o vínculo jurídico que interliga o consumidor e o fornecedor (THEODORO JÚNIOR, 2017).

À vista disso, uma vez definida e configurada a relação jurídica de consumo, percebe-se a importância do estudo do consumidor por equiparação do artigo 29, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Este artigo faz referência ao consumidor, determinável ou não, sujeito às práticas regulamentadas pelo Código, especialmente às de publicidade. Dessa forma, nota-se que a comunicação publicitária adquire espaço nas discussões relativas à proteção do consumidor, em razão de ser normatizada por inúmeros artigos do mencionado Código, a saber, artigo 6º, inciso IV; artigo 30, *caput*; artigo 33, *caput*; artigo 33, parágrafo único; artigo 35, *caput;* artigo 35, inciso I; artigo 36; artigo 37, etc. (BRASIL, 1990).

1.2 PUBLICIDADE

A essencialidade e a importância da publicidade, no contexto do mercado de consumo, encontram raízes no desenvolvimento da oferta, pois esta é um mecanismo basilar para a interação entre consumidores e fornecedores com o objetivo de equilibrar, de nortear e de incitar as demandas no mercado de consumo. A oferta, nesse sentido, pode ser analisada de três modos distintos, porém, interligados: a apresentação, a informação e a publicidade (ALVES, 2020) – esta última como elemento primordial para a deliberação sobre direitos protetivos dos consumidores, uma vez que influencia, constantemente, no processo decisório do consumidor (SOUSA; ALVES, 2020a).

A partir da evolução das relações de consumo e do mercado, a publicidade passou a ser um mecanismo concorrencial de extrema necessidade para o desenvolvimento das sociedades empresariais e dos fornecedores de modo geral. Mais que isso, a publicidade se transformou em uma ferramenta atrativa para os consumidores, cujas funções se relacionavam a apelos lógicos e psicológicos para fins de convencimento/persuasão dos consumidores (DIAS, 2018).

Ademais, de modo metajurídico, a publicidade pode ser compreendida como um arcabouço de ferramentas cujo objetivo principal é informar/convencer o público para estimular o consumo (SOUSA; ALVES, 2020b). Mais ainda, é objetivo principal da publicidade persuadir o con-

sumidor (AMA, 2017) para fins de aquisição de produtos/serviços; muitas vezes, sem se basear na regulamentação publicitária, como é o caso do *product placement*.

Neste caso, o Código de Defesa do Consumidor apresenta sua plena incidência por meio da conceituação de consumidor equiparado, a qual promove as qualificações adequadas para caracterizar a publicidade dentro deste Código a fim de regulamentá-la. Assim, o consumidor por equiparação do artigo 29 – consumidores expostos às práticas previstas no Código (BRASIL, 1990) – pode ser protegido de práticas publicitárias enganosas/abusivas, que influenciam negativamente no seu processo decisório.

Desse modo, apesar de o consumidor, inúmeras vezes, não perceber que é alvo de um anúncio publicitário, todos os indivíduos simplesmente expostos a tais práticas já necessitam de proteção em virtude da sua vulnerabilidade intrínseca (TARTUCE; NEVES, 2020), ao considerar, inclusive, que, a partir do momento que há submissão a tal prática, a relação de consumo já é configurada. À vista disso, há de se perceber que a ausência de identificação da publicidade pode lesar o discernimento do consumidor no que tange à aquisição/utilização de produtos/serviços, notadamente quando se refere ao *product placement*.

2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DE PRODUCT PLACEMENT

No contexto brasileiro, o produto/serviço era inserido em programas televisivos durante a exibição de conteúdos audiovisuais – *v.g.,* produções cinematográficas, seriais ou novelas – com a nomenclatura de *merchandising* televisivo (DIAS, 2018). No entanto, com a evolução das diretrizes que definiam este conceito e com a submissão deste termo ao âmbito do marketing propriamente dito, a nomenclatura que passou a ser mais utilizada é colocação do produto (*product placement*).

De fato, a expressão *product placement* se mostra mais adequada à designação específica dos critérios que o Direito Publicitário estuda – a regulamentação da publicidade com base na proteção do consumidor e na proteção contra a concorrência desleal (ALVES, 2020).

Conforma o artigo 1º, alínea "m", da Diretiva Europeia 1989/552/CEE, qualquer modo de comunicação audiovisual de natureza comercial

que insira produto/referência em um programa de entretenimento, em troca de pagamento direto ou indireto (EUROPA, 2007), para fins relativos à comercialização e à incitação de necessidades, será considerado como *product placement*.

É perceptível que tal espécie publicitária se refere a uma técnica desenvolvida e administrada em um ambiente midiático, não necessariamente publicitário, como em filmes, séries, novelas, etc., por meio da qual é inserido um produto/serviço/marca para fins atrativos sobre os consumidores telespectadores, o que a distingue da publicidade tradicional, pois aquela apresenta um aspecto furtivo e abusivo devido à falta de identificação.

Quanto à utilização da ferramenta publicitária *product placement*, os fornecedores anunciantes emitem inúmeros estímulos com o fito principal de provocar a reação do consumidor no que alude à sua identificação pessoal (GABBAY; SILVA, 2015), ou seja, à proporção que o telespectador observa seus personagens favoritos – de filmes, séries e novelas – utilizando determinada marca/produto, o desejo natural é, normalmente, também fazer uso deste.

A título de exemplo, há de se mencionar a produção cinematográfica "E.T.: O Extraterrestre", a qual retrata a história de Elliott, um garoto que desenvolve uma amizade com um alienígena inofensivo. Na longa, a aproximação dos dois protagonistas ocorre por meio da inserção de um produto oferecido pelo menino ao E.T., com o objetivo de promover a comunicação de ambos, um caramelo de chocolate da marca Reese's Pieces (E.T., 1982). Posteriormente, foi analisado, por via de levantamentos estatísticos, que a exibição do produto alavancou as vendas em, aproximadamente, 85% (CARBALLO-CALERO, 2004), o que comprova a eficácia desta técnica publicitária.

Percebe-se, nessa perspectiva, que o intuito basilar do *product placement* é veicular produtos/serviços de modo furtivo e indireto, ou seja, sem que os telespectadores identifiquem o ato como uma estratégia publicitária. O consumidor equiparado que assiste ao programa, inocentemente, pode vir a associar o objeto da publicidade como mera casualidade existente no filme, por exemplo; sem perceber o caráter incitador de necessidades que tal técnica proporciona.

Dessa maneira, o consumidor exposto à prática pode vir a se interessar pelo produto supostamente anunciado de maneira clandestina, isto é, fora

dos moldes padrões dos anúncios publicitários – *e.g.,* informação, transparência, identificação, entre outros (KATZ, 2015).

Por diversas ocasiões, a abusividade desta prática permanece implícita no ato do fornecedor anunciante, à medida que oculta o seu produto/marca nas relatadas produções de cinema, por exemplo, e que dissemina mensagens publicitárias disfarçadas nestes veículos. Nesse contexto, tais mensagens implícitas acabam por vetar o direito do consumidor à escolha consciente, uma vez que os consumidores tendem a atribuir maior credibilidade às comunicações que não possuem natureza publicitária (MASSO, 2009). Isso ocorre, muitas vezes, porque os consumidores já estão saturados de serem alvos de anúncios publicitários; então, quando expostos a mensagens, supostamente, sem este intuito, propendem a prestar mais atenção, como é o caso do *product placement*.

É exatamente neste contexto que a problemática aqui apresentada está inserida, no espectro de não identificação da mensagem de cunho publicitário pelo consumidor telespectador. De fato, caso o consumidor não tenha plena anuência de que está sob a intervenção de uma campanha publicitária, isto é, que está sendo exposto a produtos/serviços patrocinados, poderá ser influenciado a adquiri-los devido a necessidades desenvolvidas pelo programa televisivo, não pela sua vontade intrínseca.

3 PRODUCT PLACEMENT COMO PRÁTICA PUBLICITÁRIA ABUSIVA

Novas diretrizes e ferramentas voltadas para a atração dos consumidores foram se desenvolvendo ao longo do tempo, notadamente quando se refere à evolução do meio virtual, que proporcionou o aparecimento de um público extremamente variado e engajado nas tendências de mercado em decorrência da era informacional. A partir disso, inúmeros mecanismos de influência começaram a ser testados, embora alguns beirassem à abusividade. A prática publicitária do *product placement* se encaixa neste contexto.

3.1 PRÁTICA E PUBLICIDADE ABUSIVAS

Por um lado, é perceptível que as massas não possuem o intuito de diferenciar o verdadeiro do falso, uma vez que buscam ilusões, subterfúgios,

a fim de compreenderem as relações sociais de modo alienante, o que acaba por retirar o seu discernimento sobre o ludíbrio e o genuíno (FREUD, 2011). Por outro, a parcela dominante, caracterizada como fornecedora nestes moldes, pode vir a utilizar essa escassez de identificação dos consumidores sobre o real e o falso para veicular campanhas publicitárias que impactam sobre o processo decisório das massas em virtude da ausência de ponderação destas acerca de publicidades disfarçadas.

Nesse âmbito, percebe-se que a utilização da técnica do *product placement* é vista como forma de ludibriar o processo decisório dos consumidores às custas da sua falta de identificação quanto à publicidade. Logo, por resultância, tal ferramenta pode ser qualificada como prática abusiva, em razão de influenciar os consumidores sem a devida consciência de que estão expostos a uma comunicação de natureza publicitária.

À vista disso, em primeiro lugar, nota-se que a publicidade é oriunda do direito constitucional à liberdade de iniciativa – artigo 170, *caput* (BRASIL, 1988) – e, por isso, ações que se aproximam dos atos ilícitos passam a ser consideradas abusivas em relação ao consumidor e ao mercado de consumo. As campanhas publicitárias visam à potencialização das vendas e são permitidas exatamente por causa da liberdade de iniciativa. No entanto, o fornecedor anunciante não poderá incidir em abuso de direito, uma vez que assim restará configurado o ato ilícito – artigo 187 (BRASIL, 2002). Neste caso, à medida que a publicidade é qualificada como um direito constitucional baseado na livre inciativa, o seu excesso, abusividade, poderá ensejar responsabilização.

Sob tal espectro de análise, perscruta-se que as práticas abusivas, por numerosas vezes, exigem vantagens explicitamente excessivas em prejuízo do consumidor (OLIVEIRA, 2019). Ademais, tais práticas podem vir a ser consideradas, simplesmente, como ações, condutas ou posturas que agridem o consumidor, notadamente na fase pré-contratual – cuja publicidade é inserida (NUNES, 2018). Para fins de caracterização da prática do *product placement*, a abusividade pode ser considerada quando princípios e diretrizes do Código de Defesa do Consumidor forem desrespeitados – *e.g.,* vedação à publicidade abusiva.

Nesse viés, avistam-se os princípios consumeristas do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, cujas disposições se relacionam à Política Nacional das Relações de Consumo. De modo designado, percebe-se

que a repressão relativa aos abusos praticados no mercado de consumo e que, por isso, possam vir a causar prejuízos aos consumidores deve ser fielmente considerada – artigo 4º, inciso IV (BRASIL, 1990). Nota-se que a norma prevista neste inciso se encaixa aos parâmetros da prática do *product placement*, devido à sua natureza lesiva em virtude da dificuldade de identificação.

Acerca disso, como um dos direitos básicos do consumidor, foram proibidas quaisquer publicidades enganosas e/ou abusivas, de acordo com o artigo 6º, inciso IV, o qual dispõe que o consumidor deve ser resguardado contra estes tipos de publicidade e, mais ainda, contra os métodos comerciais ou desleais inseridos no mercado. Somado a isso, perscruta-se que é proibida pelo Código toda publicidade enganosa/abusiva – artigo 37, *caput* (BRASIL, 1990).

É importante ressaltar que, apesar de o legislador ter definido a publicidade abusiva de modo geral, a utilização da expressão "dentre outras", no artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), possibilita a inserção de inúmeras espécies de publicidade para fins de regulamentação. Tal fato ocorre em decorrência da interpretação de que o rol previsto neste artigo do Código trata apenas de uma lista meramente exemplificativa, e não taxativa e exaustiva (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2019).

Mais ainda, por derradeiro, a abusividade também pode vir a ser percebida à medida que determinados princípios de ordem publicitária são contrariados e desrespeitados; por exemplo, o *princípio da identificação da publicidade*, o qual deve ser analisado sob a perspectiva do *product placement*.

3.2 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO PUBLICITÁRIA

O princípio da ostensividade que norteia as relações de consumo no que se refere à publicidade, mais conhecido como *princípio da identificação da mensagem publicitária* (DIAS, 2018), disserta que as campanhas publicitárias precisam ser veiculadas de tal modo que o consumidor, fácil e prontamente, as identifique como publicidade, uma vez que tal discernimento acerca da intenção é de extrema importância para o processo decisório deste.

De outro modo, avista-se que o consumidor necessita estar plenamente consciente de que é alvo de uma campanha publicitária para que o

seu processo decisório não seja influenciado indevidamente, o que pode vir a lesá-lo. A finalidade principal desde princípio é justamente garantir que o consumidor equiparado, exposto à prática publicitária, não seja coagido a adquirir produtos/serviços sem o seu consentimento consciente, ou seja, sem possuir a necessidade real daquela aquisição.

A intenção, então, de tal princípio é suprimir as formas de publicidade abusiva que venham a ludibriar o consumidor exposto (DENSA, 2014), como é o caso do *product placement*, que é inserido deliberadamente na programação televisiva para esconder uma mensagem publicitária com o fito de influenciar o consumidor, de modo natural, à medida que assiste aos seus filmes, séries e/ou programas favoritos.

Para fins de fundamentação, há de se explicitar como e onde o princípio da identificação publicitária é inserido no ordenamento jurídico vigente, tanto no Código de Defesa do Consumidor, como também no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e, mais ainda, no Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial.

Sob espectro primário, o mencionado princípio está previsto no artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, o qual alinha que as campanhas e os anúncios publicitários necessitam ser veiculados de modo que o consumidor, imediata e facilmente, identifique-os como espécies de publicidade (BRASIL, 1990), a fim de vetar a abusividade que pode vir a ocorrer caso o consumidor seja exposto a tais práticas à sua revelia.

Sob secundário, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê a identificação da publicidade em dois artigos. No artigo 9º, *caput*, a atividade publicitária deverá ser sempre ostensiva, isto é, deverá ser óbvio que a atividade se trata de uma publicidade. No artigo 28, ademais, é normatizado que o anúncio deve ser, de modo claro, identificado como prática publicitária, independentemente do seu meio de divulgação (BRASIL, 1980).

Sob espectro terminante, previsto no artigo 9º do Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial, é necessário que, assim como a publicidade apresente fácil identificação, o anunciante seja efetivamente mencionado e reconhecido a título de adequação da mensagem publicitária (BRASIL, 2006).

A partir deste panorama normativo, é perceptível que tal regulamentação é de extrema necessidade para garantir ao consumidor a proteção adequada quanto às campanhas publicitárias abusivas, uma vez que o consumidor pode ser influenciado psicologicamente a adquirir hábitos de consumo desnecessários à sua rotina de vida, especialmente a partir de estímulos indevidos.

A finalidade principal do princípio da identificação publicitária é suprimir a utilização de espécies publicitárias furtivas, clandestinas, que prejudiquem/influenciem negativamente as vontades do consumidor exposto. O *product placement*, sob foco analítico, uma vez utilizado nos filmes/séries para manipular as vontades dos consumidores telespectadores quanto à aquisição dos produtos/serviços consumidos pelos personagens, influencia o processo decisório de modo indeliberado à proporção que não é facilmente identificado pelo consumidor, o que caracteriza sua abusividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/1990, promove a regulamentação das relações jurídicas de consumo, uma vez configuradas dentro dos moldes identificatórios dos elementos constitutivos necessários, quais sejam, os subjetivos, os objetivos e o finalístico. Especificamente, devem estar presentes o consumidor e o fornecedor, o produto ou o serviço, assim como a caracterização da destinação final do produto/serviço.

A publicidade, por sua vez, possui a finalidade principal de influenciar o consumidor exposto a adquirir produtos/serviços, por isso, precisa de regulamentação, a qual é proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor. De fato, de acordo com o artigo 29 deste Código, o consumidor pode ser protegido da publicidade desde que seja qualificado como equiparado, o que ocorre naturalmente quando exposto a tal prática.

Nessa conjuntura, em virtude da regulamentação das espécies de publicidade com base no Código, a qual abrange toda espécie deste meio, nota-se que o *product placement* pode ser regulamentado, também, seguindo os princípios de proteção do consumidor.

A definição de *product placement* é relativa à inserção de produtos/serviços, de modo furtivo e não identificável, dentro de programas de entre-

tenimento dos consumidores telespectadores com o fito de influenciar o seu processo decisório a partir da utilização "natural" desses bens pelos seus personagens favoritos. Desse modo, ao considerar o conceito base, é devidamente possível regulamentar tal prática com base nos princípios já existentes no Código de Defesa do Consumidor, embora o legislador não tenha regulamentado expressamente tal prática.

Nesse espectro, devido à não identificação da publicidade pelos consumidores, pode-se incidir o *princípio da identificação publicitária*, previsto no Código de Defesa do Consumidor – artigo 36, *caput* –, no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – artigos 9º e 28 – e no Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial – artigo 9º.

Por fim, o *product placement* pode ser visto como publicidade abusiva, em virtude de o rol que trata dessas publicidades, previsto no artigo 37, §2º do CDC, ser considerado exemplificativo, e não taxativo, fato que abre espaço para a inserção de outras espécies publicitárias.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício Germano. **Direito publicitário**: proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AMA. **American Marketing Association**. 2017. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. CBAP. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos**, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial**. 2006. Disponível em: <http://www.icap.pt/icapv2/images/memos/CCI_PT_FINAL.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 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/L8078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 493.181/SP**. Rel. Min. Denise Arruda. DJ 15/12/2005. DP 01/02/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 519.310/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 20/04/2004. DP 24/05/2004.

CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. **Publicitá occulta e product placement**. Pádua: Cedam, 2004.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

E.T.: O extraterrestre. Direção de Steven Spielberg. Estados Unidos: Universal Pictures, 1982. Online (1h54min).

EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho das Comunidades Europeias. **Diretiva 2007/65/CE, de 11 de dezembro de 2007**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=-CELEX%3A32007L0065>. Acesso em: 16 mar. 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FREUD, Sigmund. A psicologia das massas e análise do eu (1921). In: FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

GABBAY, Albert Barcessat. SILVA, Letícia Fernandes Pimenta Campos. Merchandising ou product placement. In: Fabrício Germano Alves; Yanko Marcius de Alencar Xavier. (Org.) **Publicidade e defesa do consumidor**. Natal: Edufrn, 2015.

KATZ, Vanessa. Regulating the Sharing Economy. **Berkeley Technology Law Journal**. v. 30, p. 1068-1126, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina**: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de direito do consumidor completo**. 6ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

O SHOW DE TRUMAN: o Show da Vida. Direção de Peter Weir. Estados Unidos: Paramount Pictures, 1998. Online (1h43min).

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa; ALVES, Fabrício Germano. Abusividade do buzz marketing utilizado como mecanismo publicitário de captura furtiva do consumidor. In: Marcelo Pinto

Chaves; Paulo Roberto Mostaro Reis; Rafael Pacheco Lanes Ribeiro; Roberto Camilo Leles. (org.). **Interdisciplinaridade e direitos humanos**. 1ª ed. p. 79-97. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020a.

_____. Publicidade testemunhal e unboxing no comércio eletrônico. *In*: Luciano Ehlke Rodrigues; Gustavo Afonso Martins; Erika Leahy. (org.). **Direito, Novas Tecnologias e Proteção de Dados**. 1ª ed. p. 345-365. Curitiba: Instituto Memória, 2020b.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 9ª ed. São Paulo: Método, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

COLABORAÇÃO PREMIADA À BRASILEIRA: ENTRE SILÊNCIO, TRAIÇÃO E JUSTIÇA NEGOCIAL, PRÊMIO PARA QUEM?

Augusto de França Maia[63]
Germanna Gabriella Amorim Ferreira[64]

INTRODUÇÃO

Embora tenha se popularizado apenas nos últimos anos, a colaboração premiada, como instrumento da justiça negocial, não é uma novidade no ordenamento brasileiro[65]. A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072), de

63 Advogado, mestre em Direito (UFERSA), especialista em Direito Administrativo.

64 Registradora Civil, mestranda em Direito (UFERSA), especialista em Direito Penal, Processual e Criminologia (UNP) e em Direito Constitucional e Tributário (UFERSA).

65 Neste sentido, reflete Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 71-72): "Conquanto em tempos hodiernos se empreste nova roupagem à colaboração premiada, a par de se criarem diversos termos para nominá-la com pequenas nuances de significado, bem como outras sejam as razões de política criminal que justificam a sua adoção pelo ordenamento jurídico, localiza-se sua previsão em diploma normativo do princípio do século XVII, as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu no território brasileiro de 1603 a dezembro de 1830, quando da entrada em vigor do Código Criminal do Império. (...) Passados cento e sessenta anos, em 1990, a Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) contemplou a delação premiada em dois dispositivos (...)".

1990, já previa a redução de pena para o partícipe ou associado a um crime que denunciasse a prática criminosa cometida por quadrilha ou bando[66].

No mesmo sentido, caminharam outras legislações esparsas, com dispositivos previstos na Lei nº 9.080/1995, que promoveu reforma na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492/1986)[67], na Lei nº 9.269/1996, que inseriu o dispositivo no Código Penal[68], na Lei nº 9.613/1998[69], na Lei nº 9.807/1999[70] e na Lei nº 11.343/2006[71].

66 Lei nº 8.072/1990: Art. 8º. (...) Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

67 Lei nº 7.492/1986: Art. 25. (...) § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995).

68 CP: Art. 159. (...) § 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996).

69 Lei nº 9.613/1998: Art. 1º. (...) § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (redação original).

70 Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

71 Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Mas foi na forma prevista pela Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) que ela se popularizou, em virtude de sua ampla utilização pela Operação Lava Jato. O referido diploma legal prevê a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova (art. 3º, I) para crimes cometidos por organização criminosa[72], definindo-a como um "negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos" (art. 3º-A).

Assim, dentro do atual contexto brasileiro, de criminalidade cada vez mais organizada, o instituto da colaboração premiada é visto por muitos como uma alternativa legal com a qual o Estado adquire a capacidade de desmantelar as organizações criminosas por dentro, oferecendo benefícios processuais aos delatores.

Por outro lado, tem-se defendido que a colaboração, de forma deturpada, estaria sendo utilizada pelo Estado-juiz como instrumento de coerção de investigados e processados, de forma a obrigá-los a delatar, perdendo, assim, um de seus requisitos, que é a voluntariedade.

Neste contexto, propõe-se uma análise mais aguçada do instituto processual em questão, pretendendo-se não apenas analisar o seu conceito, a sua natureza e a sua posição jurídica no Brasil, mas também refletir criticamente sobre as suas balizas e formas de aplicação.

1. FUNDAMENTOS DO ACORDO DE COLABORAÇÃO NO BRASIL

O acordo de colaboração premiada, na lição de Fonseca (2017), trata-se de um instrumento de justiça negociada, muito utilizado na Itália como forma de obtenção de provas e desmantelamento das máfias, através do qual o acusado ou investigado se dispõe a colaborar com o órgão acusatório ou investigatório, a fim de, ao final, receber um prêmio do Estado pela colaboração prestada, funcionando na prática como um testemunho qualificado dado pelo acusado (NUCCI, 2008).

72 A organização criminosa é definida pela Lei nº 12.850/2013 como "a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional" (art. 1º, § 1º).

Conforme preconizado por Howard Zehr (2008, p. 171), é uma vertente da chamada "justiça restaurativa", partindo da premissa de que "o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança".

Nessa esteira, a Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) fixou as disposições legais que norteiam atualmente a aplicação do instituto da colaboração premiada no Brasil, que pode ser realizado em qualquer fase da persecução penal, sendo as negociações iniciadas a partir do recebimento da proposta para formalização do negócio jurídico.

Desde então, se exige dos envolvidos a confidencialidade de todos os termos e tratativas, exigência que só se dispensa com o levantamento do sigilo pela Justiça (art. 3º-B da Lei nº 12.850/2013). É importante salientar que a proposta, conforme prevê a Lei nº 12.850/2013, só pode ser firmada pessoalmente por aquele que pretende colaborar ou por terceiro que possua procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento e suas tratativas, sendo impedido o início de qualquer negociação sem a presença de advogado constituído ou de defensor público (art. 3º-C, § 1º).

A proposta, ainda, deve conter a narrativa de todos os fatos ilícitos para os quais o colaborador concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados, contendo todas as circunstâncias e suas provas, bem como demais elementos que as corroborem (art. 3º-C, §§ 3º e 4º). Destaca-se que se exige do colaborador, na forma do artigo 4º da supracitada lei, uma efetiva contribuição para a persecução.

Essa contribuição, a seu turno, deve ser consubstanciada em pelo menos um dos seguintes itens: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades ilícitas; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Como premiação por tal contribuição, o colaborador poderá obter, a depender da eficácia da sua colaboração, o perdão judicial, a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou a substituição da pri-

são por uma pena restritiva de direitos, levando-se em conta ainda a sua personalidade e a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do crime cometido (art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei nº 12.850/2013).

Caso o Ministério Público não tenha prévio conhecimento da infração e o colaborador, desde que não seja o líder da organização criminosa o primeiro a colaborar, a denúncia poderá deixar de ser oferecida (art. 4º, § 4º). A referida lei também autoriza a realização do acordo de colaboração, mesmo após a prolação da sentença, podendo a pena ser reduzida até a metade ou admitida a progressão de regime, ainda que os requisitos objetivos para tal não estejam presentes (art. 4º, § 5º).

É imperioso realçar que o juiz não poderá participar das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo, mas este terá de ser enviado para sua análise e posterior homologação ou não, após a verificação de preenchimento dos requisitos legais (art. 4º, §§ 6º, 7º e 8º).

É necessário, ademais, que, em todos os eventos de negociação, confirmação e execução da colaboração, haja assistência de advogado ou defensor ao colaborador, que renunciará ao direito ao silêncio e terá a obrigação legal de dizer a verdade, sendo obrigado ainda a cessar qualquer envolvimento com a conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de ser rescindido o acordo (art. 4º, §§ 14, 15 e 18).

Ponto interessante é que nenhuma medida cautelar, inclusive a prisão, poderá ser decretada apenas com fundamento nas declarações do colaborador (art. 4º, § 16, I), motivo pelo qual se conclui, de acordo com Gomes e Silva (2015, p. 347), que "a declaração incriminadora do corréu carece de consistência plena como prova acusatória quando, sendo única, não puder ser minimamente corroborada por outras provas", isto é, a denúncia sem comprovação não é capaz de afastar a inocência, vez que a colaboração não é prova, mas meio de prova[73].

73 Neste ponto se destaca a colocação de Pereira (2009, p. 190): "As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou inimigos do imputado. O colaborador tem interesse, ao menos, na obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrependido. Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova [...] é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já adotou posição de que "o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime"[74], e, embora possa ser criticável moralmente[75], ante a condição de "dedurismo oficializado", na esteira da lição de Nucci (2010, p. 778), pode ser visto como um mal necessário em razão da profissionalização da criminalidade organizada atualmente, quebrando-se a espinha dorsal das quadrilhas, a partir da entrega de seus membros e de suas atividades ilícitas.

Este pensamento, no entanto, não é uma unanimidade no cenário nacional, sendo, dessa forma, contestado por diversas correntes doutrinárias, as quais apontam que o instituto, embora com lastro legal, estaria sendo deturpado pelos órgãos aplicadores em benefício da acusação e, consequentemente, em detrimento do direito de defesa.

2. HÁ CONTROVÉRSIAS: O GRANDE DEBATE DOUTRINÁRIO

Baltazar Júnior (2014, p. 1290) considera a colaboração indispensável no cenário do crime organizado, "residindo a sua racionalidade do fato de que o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução".

No mesmo sentido, Lima (2014, p. 515) aponta que o instituto "se presta ao rompimento do silêncio mafioso, além de beneficiar o acusado colaborador". Também Guidi (2006) leciona que o instrumento é auxiliar na busca da verdade real, permitindo uma persecução penal efetiva.

Por outro lado, a colaboração premiada tem sido objeto de crítica de vários doutrinadores. Zaffaroni (1996, p. 45), por exemplo, argumenta que "o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, compra-

objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só".

74 Cf. HC 90.962/SP, Rel. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado), j. 19.05.2011.

75 Sob o enfoque ético, Lima (2014, p. 515) tem interessante raciocínio, segundo o qual "falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só tem valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis".

da a preço da sua impunidade para 'fazer justiça', o que o Direito Penal repugna desde os tempos de Beccaria".

Já Racovski (2011, p. 36) defende que a colaboração premiada "viola o princípio da proporcionalidade, pois enseja a aplicação de sanções àqueles que perpetram o mesmo crime". Franco (2007, p. 343), a seu turno, entende que o instituto "continua a ser indefensável, do ponto de vista ético, pois se trata da consagração da traição que rotula, de forma definitiva, o papel do delator".

Em sítio eletrônico criado na internet com o intuito de informar a população acerca dos desdobramentos da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal (MPF), sobre as celebrações de acordo de colaboração, esclarece[76]:

> Em cada acordo, muitas variáveis são consideradas, tais como: informações novas sobre crimes e quem são os seus autores, provas que serão disponibilizadas, importância dos fatos e das provas prometidas no contexto da investigação, recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a colaboração, entre outras. Há uma criteriosa análise de custos e benefícios sociais que decorrerão do acordo de colaboração sempre por um conjunto de procuradores da República, ponderando-se diferentes pontos de vista. O acordo é feito apenas quando há concordância de que os benefícios superarão significativamente os custos para a sociedade.

A esse respeito, Morais e Bonaccorsi (2016) pontuam que, no âmbito da nova criminalidade econômica, política e terrorista, cada vez mais complexa, o direito processual precisou apoiar-se em uma dinâmica que viabilize, de um lado, uma resposta estatal imediatista, e, de outro lado, uma solução premial que, ao conceder um benefício ao acusado, busca o esclarecimento efetivo e mais célere do delito.

A grande celeuma envolta ao instituto da colaboração premiada e que constitui o grande núcleo do debate doutrinário diz respeito ao aspecto de voluntariedade do colaborador preso. A colaboração voluntária é re-

76 BRASIL. Ministério Público Federal (ed.). Caso Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/faq/perguntas-e-respostas>. Acesso em: 19 abr. 2020.

quisito para a celebração do acordo, principalmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares, como se extrai do artigo 4º, *caput* e § 7º, IV, da Lei nº 12.850/2013.

Tal dispositivo legal, inclusive, prevê que a ausência de voluntariedade impõe a rejeição do acordo de colaboração pelo juiz. Nessa perspectiva, é a lição de Busato e Bitencourt (2014, p. 119):

> A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada.

Questiona-se, no entanto, se o acusado preso pode firmar o acordo de colaboração premiada. A condição prisional se compatibiliza com a necessária voluntariedade do colaborador? Importante doutrina entende que não, compreendendo, a exemplo de Badaró (2015), que a prisão é uma forma de coação de liberdade, e essa condição, por si só, já seria suficiente para afastar o aspecto voluntário da colaboração.

Do mesmo modo, Mendes e Barbosa (2016, p. 85) questionam: "O que mais pode ser aterrorizante, intimidador, opressivo para um investigado ou acusado em um processo penal do que a possibilidade de ver a sua liberdade cerceada por mais um dia, um mês (ou vários dias ou meses), caso não se transforme em um delator?".

Bitencourt (2014, p. 1) assevera que "prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a colaboração premiada", vigorando de maneira velada a tortura psíquica, no momento de maior vulnerabilidade do acusado, mantendo-o preso até que faça uma delação, num processo no qual

a moral e a política valem mais que o Direito, que tem sido vencido diariamente (MAIA NETO, 2012; MELLO, 2015; STRECK, 2018).

Nesta situação, o Estado, em completa violação ao princípio da não autoincriminação, impõe que a colaboração seja a única alternativa viável para restabelecer, mesmo parcialmente, a liberdade e o patrimônio do colaborador. O acordo firmado sob coação, assim, fere a autonomia de vontade e viola garantias fundamentais.

Nesta mesma linha, já se manifestaram até mesmo Ministros da mais alta Corte de Justiça do país[77]. A crítica à utilização de prisões para obtenção de informações e colaborações também encontra adeptos em plano internacional[78] (BADARÓ, 2015; LOPES JÚNIOR, 2014).

De forma mais moderada, sem desconsiderar os pontos positivos do instituto, o saudoso Ministro Teori Zavascki, do STF, no julgamento do habeas corpus nº 127.186/PR, em 2015, asseverou que a realização de uma colaboração premiada, em virtude tão somente da manutenção de uma prisão cautelar, seria uma extrema arbitrariedade, destacando que "subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada".

---

77 RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>. Acesso em: 19 abr. 2020; "O uso da prisão preventiva para obter delação não encontra guarida no texto constitucional brasileiro. Pode até encontrar guarida no texto 'constitucional de Curitiba'. Mas usar prisão provisória para obter delação é tortura", afirmou Mendes". (FERNANDES, Leonardo. Delação de Palocci evidencia métodos de tortura da operação Lava Jato. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/04/27/delacao-de-palocci-revela-metodos-de-tortura-da-operacao-lava-jato/>. Acesso em: 19 abr. 2020).

78 "The tortured confession is, of course, markedly less reliable than the negotiated plea, because the degree of coercion is greater. An accused is more likely to bear false witness against himself in order to escape further hours on the rack than to avoid risking a longer prison term. But the resulting moral quandary is the same" Em tradução livre: "A confissão torturada é evidentemente menos confiável que o pedido negociado, porque o grau de coerção é maior. É mais provável que um acusado seja testemunha falsa contra si mesmo, a fim de escapar mais horas na prateleira do que evitar o risco de uma prisão mais longa. Mas o dilema moral resultante é o mesmo" (LANGBEIN, 1978, p. 1). Pode-se conferir ainda (DERVAN; EDKINS, 2013).

É por isso que Vasconcellos (2017) aponta que a colaboração premiada é um atestado de óbito da capacidade investigativa do Estado, esvaziando a regra de que o ônus da prova cabe à acusação e impondo ao acusado toda a carga probatória[79]. A colaboração, dessa forma, perdeu a sua condição de excepcionalidade, assumindo um papel protagonista e corriqueiro na persecução penal (SILVA, 2017).

Em via inversa, Dallagnol (2015) entende que as prisões não são utilizadas como instrumento de tortura psíquica e que a intensão de tal argumento é criar um ambiente de irregularidades que enseja a nulidade de diversos processos por crimes de corrupção, até porque, conforme relata Suxberger (2017, p. 217), "o réu preso cautelarmente é um dos maiores interessados na colaboração, não pela coação exercida pela prisão, mas pelo forte receio do resultado final da persecução penal". Nas palavras de Sergio Moro (2004, p. 58-59):

> Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio.

Pondere-se que o STF já decidiu que "não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração", tendo em vista que o requisito de validade do acordo de colaboração é a liberdade psíquica do imputado (que significa ausência de coação), não a sua liberdade de locomoção, não havendo correlação lógica entre a supressão da liberdade física e a vedação ao acordo de colaboração[80].

---

79 Em entrevista à imprensa em 2014, debatendo sobre a utilização das prisões cautelares como meio de coação de acusados, Lenio Streck indagou: "A polícia e o MP não conseguem provas sem delação? Querem inverter o ônus da prova? Caímos na república da responsabilidade objetiva-penal?". CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato". 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em: 19 abr. 2020.

80 Cf. HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27.08.2015.

Entendimento contrário, de acordo com o Tribunal, seria uma vulneração ao princípio da isonomia, na medida em que se negaria ao acusado preso a possibilidade de colaboração e de obtenção de sanções premiais pelo seu cumprimento.

Suxberger (2017, p. 211) também defende que a prisão cautelar, por si só, não afasta o requisito de voluntariedade necessário à celebração do acordo de colaboração, argumentando que "a voluntariedade somente é afastada quando há coação, a qual pressupõe a existência de ilegalidade. Consequentemente, somente há incompatibilidade entre o requisito da voluntariedade e a restrição da liberdade do colaborador se a prisão for ilegal".

Parece-nos que tal entendimento se afigura adequado para aplicação nos casos concretos, seja porque não impede a realização de um instituto que pode ser fundamental na resolução de crimes e organizações complexos, seja porque possibilita ao acusado mitigar os efeitos sancionatórios decorrentes da prática criminosa. Sob esse aspecto, inclusive, a colaboração pode ser tida como fator positivo ao acusado, que tem a oportunidade de suavizar a sua reprimenda.

CONCLUSÕES

O fato é que a colaboração premiada parece se coadunar com a necessidade de urgência atribuída ao processo penal contemporâneo em face do combate ao crime organizado, o que demanda rapidez na ação estatal, denotando certa incapacidade do Estado em obter provas por outros meios e uma ânsia pela punição instantânea, muitas vezes clamada pelos meios de comunicação e pela opinião pública, especialmente em relação ao crime organizado e de colarinho branco.

De toda forma, mesmo nos casos de acusados detidos provisoriamente e que resolvem prestar colaboração premiada, aqueles não podem ser tidos, *per si*, como coagidos a colaborarem com a Justiça. Se a prisão do imputado é legítima, ante o preenchimento dos requisitos legais, especialmente do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* atual, observando-se ainda as garantias fundamentais do indivíduo, obviamente não se pode considerar que o decreto prisional teve por razão a confissão ou colaboração.

Ademais, se da prisão legítima eventualmente decorre a colaboração, não houve, a nosso sentir, nenhuma infringência à legislação, até porque o intuito de celebrar um acordo pode ser uma estratégia de defesa que, após fazer o sopesamento dos fatos imputados e das provas existentes, optou por colaborar e receber uma recompensa ao final. Neste ponto, o desejo de colaborar é decorrente da legítima persecução do Estado, não o contrário.

Situação inversa se dá quando a finalidade da prisão cautelar é deturpada, visando-se uma relação de causa e efeito entre o acautelamento prisional e a colaboração. Se os requisitos e fundamentos previstos na legislação para a prisão cautelar não foram observados, dessa inobservância decorre uma prisão ilegítima, e, qualquer consequência desta, inclusive possível colaboração premiada, também padecerá do manto da ilegalidade.

Quaisquer medidas cautelares que atuem diretamente sobre a liberdade do indivíduo, sobretudo a prisão, e tenham por fim, em verdade, a obtenção de colaboração ou confissão do acusado, mesmo que superficialmente suas decretações estejam ancoradas nos requisitos autorizadores, serão manifestamente ilegítimas e, mais que isso, inconstitucionais, produzindo, assim, resultados *contra constitutionem*.

Não há como sustentar, mesmo em casos com quadrilhas habilidosas e métodos criminosos rebuscados, que o Estado Democrático de Direito comporte que a prisão, mormente em seu caráter cautelar, seja destinada para obter confissão ou colaboração premiada, numa espécie de vale tudo, até mesmo o que não vale. Isso consiste em nítida afronta à Constituição Federal, à legislação infraconstitucional e a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Não há jogo legal fora da lei.

No entanto, tais práticas ilícitas, ainda que utilizadas por alguns agentes do Estado – que na ânsia de combater o crime acabam também incorrendo em ilegalidades –, não podem conferir à colaboração premiada, de maneira genérica até, a pecha de instrumento indevido ou imoral, vez que legalmente previsto no ordenamento pátrio.

Aliás, a colaboração premiada é importante instrumento da justiça negocial, tão propalada nos dias de hoje, e o direito contemporâneo, por óbvio, não pode se ancorar em posições morais e anacrônicas que mais defendem o silêncio que o desmantelamento de organizações criminosas, mesmo que com a ajuda dos próprios agentes delinquentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Quem está preso pode delatar?. In: **JOTA**. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na "lava jato" está eivada de inconstitucionalidades. In: **CONJUR**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt--nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Acrescenta dispositivos às Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996**. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção

da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** – Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLAGNOL, Deltan. Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus. In: **UOL**. 2015. Disponível em: <https://noticias.uol.com.

br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoes-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

DERVAN, Lucian; EDKINS, Vanessa. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**. 2013. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol103/iss1/1/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada** – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

LANGBEIN, John. Torture and Plea Bargaining. **The University of Chicago Law Review**, 1978. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4154&context=uclrev>. Acesso em: 19 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Promotor de Justiça e Direitos Humanos**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prisões da Lava Jato são usadas para coagir. In: **Folha de S. Paulo**. 2015. Disponível em: <https://

www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1649005-prisoes-da-lava-jato-sao-usadas-para-coagir-diz-jurista.shtml>. Acesso em: 16 mar. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o Requisito da Voluntariedade e o Papel do Juiz em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados e/ou réus presos provisoriamente. In: **A delação/colaboração premiado em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – Um estudo a partir da "Operação Lava Jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, p. 93-113, set./out. 2016.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 26, p. 58-59, jul./set. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, n. 77, março/abril de 2009.

RASCOVSKI, Luiz. **A (in)eficiência da delação premiada**. São Paulo: Scortecci, 2011.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Direito 4.0 produz delações ilícitas e conduções inconstitucionais. In: **CONJUR**. 2018. Disponível em: <https://

www.conjur.com.br/2018-jun-18/streck-direito-40-produz-delacoes-ilicitas-conducoes-inconstitucionais>. Acesso em: 15 mar. 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime Organizado**: Uma categoria frustrada. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

CRIMES HEDIONDOS: AS REGRAS DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NOS CRIMES HEDIONDOS APÓS O PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019)

José Mário Paulain Gonçalves Júnior

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se baseou em uma das propostas apresentadas pela Lei 13.964/2019, o chamado pacote anticrime, elaborado pelo à época Ministro da Justiça e Segurança Pública.

No todo, o "Pacote Anticrime" do Governo Federal se refere a um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal, evitando-se as tão criticadas medidas e recursos processuais, ora previstas na legislação em vigor, com objetivos de procrastinar processos judiciais em andamento, chegando, inclusive, a prescrição da punibilidade.

A análise de uma das alterações previstas em aproximadamente 14 Leis restringiu-se às inovações legislativas apresentadas no que diz respeito aos novos critérios estabelecidos para a progressão de regime prisional, que parte desde a alteração da forma como é apresentado o *quantum* necessário de cumprimento da pena, e chegam à inclusão de novos percentuais de cumprimento da pena exigidos para que ocorra progressão nos crimes

hediondos que resultarem em morte. A legislação deixou, então, de tratar os crimes hediondos de maneira homogênea.

Frise-se que o pacote "Anticrime" não alterou significativamente a progressão de regime dos crimes comuns e hediondos sem resultado morte, mas essa progressão, que na legislação vigente era apresentada em forma de fração, agora é apresentada em forma de percentual, sem, contudo, agravar o *quantum* da pena que deverá ser cumprida pelo apenado.

Trata-se de uma Lei com pouco tempo em vigência e o presente trabalho acadêmico visa apresentar quais os novos paradigmas para progressão de regime nos crimes hediondos.

O presente artigo busca servir não só como uma fonte comparativa entre as regras vigentes antes e depois da aplicação da Lei 13.964/2019, mas também servir como uma fonte de atualização das novas regras de progressão de regime dos crimes hediondos, para que docentes, discentes e profissionais se atualizem a respeito das novas Leis vigentes no mundo jurídico, em especial na área penal – em que é necessário que seja utilizado do melhor mecanismo de defesa para os apenados, bem como para que ocorra a correta aplicação da Lei penal por quem cumpre os mandamentos estatais.

Ao longo da elaboração do trabalho foram analisadas as mudanças nos requisitos inseridos pela Lei nº 13.964/2019, para que o condenado por crimes hediondos possa ter direito à progressão de regime. Como objetivo geral, buscou-se mostrar quais são, atualmente, as regras necessárias para a progressão de regime prisional nos crimes hediondos após a vigência do pacote anticrime. Já os objetivos específicos: apresentar as mudanças ocorridas na progressão de regime com o advento da Lei 13.964/2019, no que se refere aos crimes hediondos; identificar as mudanças implementadas com a Lei 13.964/2019, que trouxeram benefícios aos condenados por crimes hediondos; e destacar a nova regra de progressão de regime, uma vez que esta altera substancialmente o conceito de crimes hediondos, no que diz respeito a sua rigidez. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, sustentado pelo procedimento comparativo, e pesquisa bibliográfica. A problemática: Quais foram as mudanças ocorridas nos requisitos necessários para progressão de regime aos condenados por crimes hediondos após a vigência da Lei 13.964/2019, e se essas mudanças ro-

busteceram o conceito e tratamento exigido para aqueles que cometem crimes hediondos?

1. CRIMES HEDIONDOS

A partir do texto constitucional que trouxe no Art. 5º, XLIII, CF/88, a previsão de que a "Lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem", a doutrina preocupou-se em definir o conceito do que seria hediondo, bem como que crimes deveriam ser incluídos na legislação especial.

Hediondo, no sentido semântico da palavra, segundo o dicionário Michaelis, significa a prática de uma conduta que tenha aparência repulsiva, horrível, desprezível ou ignóbil e que, de todo modo, é revestido de repugnância, asquerosidade e sordidez (HEDIONDO, 2020).

Por sua vez, a doutrina ao definir o que seria hediondo, caminhou no sentido de que crime hediondo seria todo aquele dotado de repugnância e que ofende gravemente os valores morais. Nesses termos, Leal (1996, p. 21) expõe a sua conceituação do termo hediondo:

> Um ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente. (...) que causa profunda e consensual repugnância por ofender de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Na disposição de Mirabete (2004, p. 137), crimes hediondos são aqueles "[...] que, por sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa". Na mesma linha de pensamento, temos o conceito adotado por Monteiro (2002, p. 15):

> Teríamos um crime hediondo toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução,

> quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

Pode-se observar dos conceitos criados pela doutrina que um crime hediondo repousa na ideia de condutas totalmente antagônicas aos padrões éticos de comportamento social, já sendo o crime por si só conduta reprovável, o hediondo demonstra a perversidade, periculosidade e, ainda, a perniciosidade do agente.

Apesar da diversidade conceitual sobre o que seria considerado um crime hediondo, o legislador infraconstitucional não se preocupou em fornecer uma ideia do conceito de crime hediondo, preferindo adotar um simples sistema, através dos padrões e valores morais de uma sociedade, rotulando-os através de seus artigos.

Adotando o critério legal para definição dos crimes hediondos, pode-se afirmar que crimes hediondos são tão somente aqueles que se encontram taxativamente e exaustivamente previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990, bem como os crimes a eles equiparados pelo dispositivo constitucional, tendo sido inseridos neste rol por fatores bastante específicos. Nesses termos, leciona Monteiro (2002, p. 95):

> Pela lei 8.072/90 definiu-se o crime hediondo pelo chamado sistema legal, ou seja, enumerou-os de forma exaustiva. Assim, crime hediondo é simples e tão somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º da lei.

Partindo do critério legal para definição do que são os crimes hediondos, observa-se que estes não guardam, necessariamente, qualquer similitude com o termo hediondo, sendo definidos como tais somente aqueles que se encontram exaustivamente previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990.

Hediondo não é, portanto, no aspecto penal e criminal, o real sentido da palavra, podendo os crimes ali previstos deixarem de fazer referência a crimes sórdidos, asquerosos, revestidos de crueldade. Hediondo, para fins

penais, é somente aquilo que o legislador numerou taxativamente na Lei nº 8.072/1990.

2. EXECUÇÃO DA PENA

A execução da pena é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem que haja a respectiva execução da pena imposta. Daí, o objetivo da execução de penas, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado (NOGUEIRA, P. L., 1996, p. 3).

Na mesma linha, discorre Capez (2007, p. 16), afirmando que a pena é a satisfação do direito punitivo do estado, quando, após encerrada toda a fase da instrução do processo criminal e sendo a pessoa condenada por sentença transitada em julgado, ocorre o êxito do direito punitivo e a sanção pode cumprir seu papel, que é propiciar que o indivíduo possa se reeducar quanto à conduta praticada e, consequentemente, possa se ressocializar:

> Execução penal é a fase da persecução penal que tem por fim propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado, agora denominada pretensão executória, tendo em vista uma sentença judicial transitada em julgado, proferida mediante o devido processo legal, a qual impõe uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito.

A execução da pena, norteada por regras e princípios próprios, apesar de parecer ser matéria estritamente administrativa, tem natureza jurisdicional, estando a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) diretamente ligada ao Direito Processual Penal e Direito Penal. Segundo Ivan Luís Marques da Silva e Vitor De Luca (2020, p. 4):

> Atualmente, de acordo com a doutrina majoritária, o processo de execução penal tem caráter predominantemente jurisdicional e, secundariamente, administrativo. Então, para executar a pretensão punitiva estatal são realizadas atividades tanto no campo jurisdicional como no administrativo.

O pressuposto para a execução penal é a existência do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória ou uma sentença absolutória imprópria, que impõe medida de segurança, ou, ainda, de uma sentença que homologa a transação penal. Assim, tendo em vista que o judiciário é o único órgão legitimado para emitir esses títulos, é ele que detém atribuição para proferir os comandando da execução da pena, bem como custear os estabelecimentos por ele administrados, cuja finalidade é tornar efetivo os seus comandos no papel de garantidor da pretensão punitiva.

Prevê o art. 1º, da LEP, que: "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".

Observa-se da redação do referido artigo que a execução penal em nosso ordenamento jurídico possui dois objetivos. O primeiro diz respeito à correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença penal condenatória ou outra decisão criminal. E o segundo diz respeito a proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos à medida de segurança possam participar construtivamente da comunhão social.

A execução da pena é, portanto, o cumprimento da reprimenda determinada pelo Estado, na pessoa do juiz de direito, no momento em que prolata a sentença, quando a decisão, transitada em julgado deve ser integralmente cumprida, respeitando as determinações legais desde o local e regime em que o apenado ficará.

3. PROGRESSÃO DE REGIME

A progressão de regime estampa a ideia de que a pena precisa ter um caráter eminentemente ressocializador, se efetivando principalmente através do trabalho do preso, que deve servir não como meio de exploração de mão de obra, mas sim como meio de ensinamento.

Com o advento do Código Penal em 1940, foi gerida a ideia das prisões abertas, das concessões da licença de saída. Entretanto, a medida para concessão de benefícios ou castigos dava-se com relação ao comportamento do apenado, ficando tal avaliação a critério dos responsáveis pelo estabelecimento. Nesses termos, leciona Mirabete (1997, p. 260):

> No código penal brasileiro de 1940 adotou-se o sistema progressivo, prevendo-se um período inicial de isolamento absoluto por um prazo não superior a três meses na pena de reclusão, seguido de trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar, e afinal, o livramento condicional.

Com a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, o isolamento inicial na pena de reclusão passou a ser facultativo, introduzindo-se também o sistema de execução em três regimes (fechado, semiaberto e aberto) e a possibilidade do início do cumprimento nos regimes menos severos conforme a quantidade da pena aplicada e as condições de menor periculosidade do condenado.

Já a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, excluiu o período inicial de isolamento, mantendo as três espécies de regime e determinando que as penas devem ser executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, sem eliminar, porém, a possibilidade de ser iniciado o seu cumprimento nos regimes menos severos.

O intuito maior é a ressocialização do indivíduo, demonstrando o pagamento da pena pelo mal que cometeu, fazendo com que gradativamente reconquiste a confiança da sociedade, para nela retornar a conviver.

4. REQUISITOS PARA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS ANTES E DEPOIS DA VIGÊNCIA DO PACOTE "ANTICRIME" (LEI 13.964/2019): OBJETIVO, SUBJETIVO E FORMAL

A Lei de crimes hediondos previa para que pudesse o apenado ser beneficiado com a progressão de regime o cumprimento de determinados requisitos, que partiam desde o cumprimento de parte da pena (requisito objetivo) até a avaliação da personalidade do agente, quando somente poderia ser agraciado se tivesse bom comportamento (requisito subjetivo).

A Lei de Crimes hediondos no § 2º, do art. 2º, exigia o cumprimento da pena pelo condenado por crimes hediondos de 2/5, se primário, ou 3/5, se fosse reincidente. No cômputo do período do prazo para concessão do benefício, incluía-se o período de prisão provisória.

Em seguida, em análise ao dispositivo, surge a questão da primariedade ou reincidência do apenado para análise da fração correspondente para o benefício.

No entendimento de João José Leal e Rodrigo José Leal (2007), seria considerado primário todo aquele que não tivesse sido condenado por um crime hediondo, ainda que houvesse condenação anterior por crime comum: "[...] para o fim de aplicação desta norma penal especial mais rigorosa, primário será todo aquele que ainda não tenha sido condenado por crime hediondo, no momento da prática do crime hediondo posterior e objeto da condenação judicial".

Contudo, a jurisprudência era pacífica ao afirmar a necessidade de cumprimento de 3/5 da pena para a progressão daquele que tivesse sido condenado anteriormente pela prática de qualquer crime e posteriormente, após o trânsito em julgado da condenação anterior, tivesse praticado e sido condenado pelo cometimento do crime hediondo, sendo irrelevante o crime anterior ser ou não hediondo, por tratar-se de reincidência genérica:

> PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) TRÁFICO DE DROGAS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 3/5 DA REPRIMENDA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. DISTINÇÃO NÃO REALIZADA PELA LEGISLAÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.
>
> (...)
>
> 2. Esta Corte firmou o entendimento de que o legislador, ao dar nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, não fez qualquer menção à necessidade da reincidência ser específica em crime hediondo ou equiparado. 3. Writ não conhecido.
>
> (STJ – HC: 238592 RJ 2012/0070240-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/02/2014, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2014).

O cálculo levado em consideração tem como base a pena a ser cumprida. Por isso, após a primeira transferência de regime, o requisito temporal vai recair no que restou da pena da primeira transferência.

Havendo regressão para um regime mais rígido, o apenado, para progredir novamente para um regime mais brando, deverá cumprir o restante no momento em que ocorreu o fato ensejador da regressão. Conforme Mirabete (2006, p. 263):

> [...] Caso o condenado tenha regredido para um regime mais severo, a contagem do prazo para obter a progressão é baseada na pena que tem ele a cumprir no momento da regressão. Satisfaz o requisito temporal o condenado submetido à regressão quando cumpre um sexto da pena a partir da transferência para o regime mais severo, ou seja, do restante da pena que tem a cumprir.

O requisito objetivo é, portanto, o cumprimento de parte da pena que efetivamente foi condenado a cumprir e, havendo mais de uma condenação, essas devem ser somadas e, após cumprir o *quantum* exigido, poderia haver a progressão de regime.

Além do cumprimento de parte da pena, exigia a Lei, para a transferência para um regime menos rigoroso, que o apenado tivesse mérito. Isso significa que, durante a execução da pena, deveria demonstrar merecimento.

Para isso, o apenado era observado durante o cumprimento de sua pena no regime que se encontrava, tanto na sua relação com outros detentos quanto com a administração do ergástulo, verificando a capacidade de cumprir com os deveres estipulados, demonstrando disciplina e responsabilidade, obtendo, assim, atestado de seu comportamento.

Esse requisito era tido como de suma importância para concessão de regime prisional menos severo, posto o alto grau de discricionariedade que possui o juiz quando da análise dos documentos e informações trazidas ao seu conhecimento. Tanto que, na exposição de motivos da Lei 7.210/84, "mérito é o critério que comanda a execução progressiva".

Mirabete (2006, p. 264) discorre que o bom comportamento não se confunde com aptidão, visto que aquele diz respeito a como o preso se comporta durante o cumprimento da pena, enquanto a aptidão diz res-

peito a ele ter responsabilidade para lidar com o regime para o qual irá progredir.

> Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social. (...). A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime.

Desta feita, a condição temporal para progressão de regime, exigida pela lei 11.464/2007, necessariamente, coaduna-se com apreciação do mérito, do comportamento carcerário adequado.

Superado o requisito objetivo e subjetivo, existe o requisito formal (exame criminológico), que, com o advento da Lei nº 10.792/2003, a qual alterou o art. 112 da LEP, retirou da letra da Lei a exigência desse exame, buscando reduzir a sua importância, bem como do parecer da Comissão Técnica de Classificação para progressão de regime prisional em razão da fragilidade do apanágio judicial para tais fins, que não comportava a demanda excessiva que se apresentava.

Muito embora não exista atualmente a exigência legal do exame criminológico, a doutrina e a jurisprudência entendem que o juiz, de forma fundamentada, pode solicitar a exigência de exame criminológico. Nesse sentido, o STJ editou a Súmula 439: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Ainda, a Lei 13.964/2019, reforçando o que já era visto desde a Lei 10.792/2003, apesar de ter alterado o art. 112 da LEP, também se manteve silente quanto à exigência do exame criminológico.

O exame, embora não mais indispensável, a sua realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente, pois propicia ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado.

Como forma de fundamentação para a exigência do exame criminológico, o STF também editou a Súmula Vinculante nº 26, que autoriza a realização do exame criminológico aos crimes hediondos e equiparados (tortura, terrorismo e tráfico de drogas), desde que exista a devida fundamentação. Veja-se:

> Súmula vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Para fins de realização do exame, o art. 9º da LEP traça um rol exemplificativo de providências que a Comissão multidisciplinar pode realizar com o objetivo de traçar dados sobre a personalidade do condenado.

Ainda como requisito formal, agora com relação exclusivamente à progressão para o regime aberto, tem-se a exigência de comprovação de trabalho ou a possibilidade de trabalhar imediatamente a sua soltura, conforme estabelece o art. 114 da LEP:

> Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:
>
> I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
>
> II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.
>
> Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei (BRASIL, 1984).

Todavia, podem ser dispensados de cumprir esses requisitos a pessoa condenada maior de 70 anos, condenado acometido de doença grave,

condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenada gestante.

Quanto ao requisito exigido no inciso II do artigo 114 da LEP, ou seja, a comprovação da compatibilidade do condenado com o regime aberto, deve ser verificada através de eventuais exames a capacidade de ajustar-se com autodisciplina e senso de responsabilidade.

Com a edição da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), que reformou parte da LEP, foram alterados os requisitos necessários para a progressão de regime. No entanto, esses requisitos apenas foram alterados no *quantum* de pena que precisa ser cumprido para que possa o apenado ser agraciado com o benefício.

Com a entrada em vigor da Lei referida acima, o artigo 112 da Lei de Execução Penal passou a ter critérios diferenciados para a progressão da pena. A partir de agora, para a progressão para regime menos gravoso o preso deve ter cumprido ao menos:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:
>
> (...)
>
> V. 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
>
> VI. 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
>
> a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
>
> b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
>
> c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
>
> VII. 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
>
> VIII. 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (BRASIL, 1984).

Como se observa, agora é necessário verificar se o crime teve resultado morte, quando será necessário cumprir maior parte da pena; do contrário, se preservou o percentual de 2/5 (40%), quando primário, e 3/5 (60%), quando reincidente, percentuais exigidos desde a legislação anterior, a qual também considerava a reincidência genérica.

Com a Lei nº 13.964/2019, todas as reincidências levadas em consideração são reincidências específicas, não havendo mais se falar em reincidência genérica.

Agora, para a progressão em 60% (3/5), é preciso que o agente seja reincidente específico em crimes hediondos, fazendo com que a reincidência genérica não possibilite mais o cumprimento da pena em 3/5, como determinava a regra anterior.

Com a mudança, quando não se tratar de um reincidente específico em crime hediondo, o apenado terá de cumprir a pena na proporção de 40%, ou seja, em 2/5, que era o tempo de prisão destinado aos condenados primários.

O *quantum* exigido de cumprimento da pena não se alterou para aqueles que praticam crimes hediondos sem resultado morte, tendo a legislação apenas alterado a forma de contagem que antes era tida em fração e a legislação atual trata como porcentagem.

O aumento para progressão da pena somente foi ampliado para aqueles que cometerem crimes que tenham como resultado a morte, quando deverá ser cumprido 50% da pena se for primário e 70%, quando for considerado reincidente específico.

Superada essa questão, segundo o § 1º, só terá direito à progressão de regime o condenado que tiver boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Para essa avaliação, podem ser utilizadas as providências previstas no art. 9º da LEP, que traça um rol exemplificativo.

O STJ decidiu recentemente sobre a necessidade da reincidência específica em crimes hediondos, quando somente nesses casos é que será aplicado os novos percentuais de 60% e 70% incluídos pela Lei nº 13.964/2019. Não sendo reincidente específico, o *quantum* de cumprimento da pena permanece intacto, devendo ser cumprido 40 ou 50% da pena. Veja-se o julgado:

> Dessa forma, em relação aos apenados que foram condenados por crime hediondo, mas que são reincidentes em razão da prática anterior de crimes comuns, tal como acontece no caso dos autos, não há percentual previsto na Lei de Execuções Penais, em sua nova redação, para fins de progressão de regime, visto que os percentuais de 60% e 70% se destinam apenas à hipótese de reincidência específica. Deve-se entender, portanto, que, para o condenado por crime hediondo que seja reincidente genérico, como se dá no caso em tela, deverá incidir o percentual equivalente ao que é previsto para o primário, vale dizer, de 40% ou 50%, na forma do art. 112, V e VI, a, da LEP, a depender do caso (se houve ou não resultado morte). [Habeas Corpus nº 588852/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, publicado em 23.06.2020].

O requisito subjetivo, qual seja, a ostentação de bom comportamento pelo condenado, comprovado pelo diretor do estabelecimento penal, para que, então, possa ter o direito de progredir para regime mais brando, bem como do requisito formal, que se refere à necessidade de realização de exame criminológico, não sofreram nenhuma alteração, seguindo as mesmas regras de antes da vigência da Lei nº 13.964/2019.

CONCLUSÃO

Tratou-se no presente trabalho da execução da pena, mais especificamente as mudanças implementadas com o pacote anticrime no que diz respeito aos requisitos necessários para progressão de regime prisional nos crimes hediondos.

Em suma, a progressão de regime com o pacote anticrime não apresentou drásticas mudanças, tendo a nova legislação, em uma das mudanças, alterado a forma como se apresenta o *quantum* necessário para progressão de regime prisional.

Pode-se afirmar que o pacote anticrime trouxe benefícios para aqueles que foram condenados com base na reincidência genérica, uma vez que, com a nova legislação, é exigido, para fins de reincidência, a reincidência específica. Ou seja, é necessário que o condenado já tenha, antes de ter cometido o novo crime, sido condenado por outro crime hediondo,

objeto também da segunda ação penal. Não sendo dessa forma, ele é considerado primário.

Importante registrar que, com base no princípio da retroatividade benéfica penal (Artigo 2º, parágrafo único, CP), aqueles que foram considerados reincidentes com base na reincidência genérica e condenados por crimes hediondos sem resultado morte podem, com base na exigida reincidência específica, implementada pela Lei 13.964/2019, requerer ao juízo da execução penal a redução do *quantum* necessário para progredir de regime, haja vista que, com o pacote anticrime, agora são considerados primários e, portanto, devem cumprir apenas 40% da pena (2/5), quando na legislação anterior deveriam cumprir 60%, equivalente a 3/5.

Por sua vez, a *novatio legis* em nada alterou as regras para aquele que possa vir a ser condenado com reincidência em um novo crime hediondo sem resultado morte (desde que reincidente específico), haja vista que o percentual exigido continua sendo de 60% (3/5).

Não se aplica o exposto no parágrafo anterior àqueles condenados em crimes hediondos que tiveram o resultado morte, uma vez que a legislação vigente aumentou o *quantum.* Agora, aquele que pratica crime hediondo com resultado morte, sendo primário (de acordo com a reincidência específica), precisa cumprir 50% da pena, o que se pode dizer que antes era necessário tão somente 40% (2/5).

Outrossim, o condenado pela prática de crime hediondo com resultado morte, sendo reincidente (com base na reincidência específica), precisa cumprir 70% da pena, o que antes, como a legislação não diferenciava os crimes hediondos com ou sem resultado morte, seria exigido somente 60%, o que equivale a 3/5 da pena.

Posto isso, observa-se que se manteve o *quantum* necessário para progressão de regime nos crimes hediondos sem resultado morte, sendo necessário agora, para fins de reincidência, a reincidência específica. Noutro giro, para aqueles que venham a ser condenados em crimes hediondos com resultado morte, além de ser necessária a reincidência específica para serem considerados como tal, para progredirem de pena, será preciso cumprir 50%, quando primários e 70% quando reincidentes, tendo sido agravada a pena quando o resultado for a morte, enquanto antes não havia essa distinção, quando o tempo de cumprimento de pena para progressão era diferenciado apenas pela reincidência, mas que também era genérica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 de set. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de set. 2020.

_____. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 de set. 2020.

_____. Pacote Anticrime. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 28 de set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 26**: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 3 de out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus (HC) 238.592/RJ (2012/0070240-7).** Impetrante: Rogério Sabe. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Bruno Fortuna Lisboa. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 4 de fevereiro de 2014. Data de Publicação: DJe 18/02/2014: Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24944948/habeas-corpus-hc-238592-rj-2012-0070240-7-stj/inteiro-teor-24944949>. Acesso em: 11 de out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus (HC) Nº 588852 – SP (2020/0141134-4).** Impetrante: Defensoria Públi-

ca do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Daniel Mendonca da Silva. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 19 de junho de 2020. Data de Publicação: DJ 23/06/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870015727/habeas-corpus-hc--588852-sp-2020-0141134-4>. Acesso em: 3 de out. 2020.

CAPEZ, F. **Execução penal.** 13ª ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007.

HEDIONDO. In: Michaellis. São Paulo: Melhoramentos, 2020. Disponivel em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hediondo/. Acesso em: 2 de out. 2020.

LEAL, J. J.; LEAL, R. J. **Progressão de regime prisional e crime hediondo:** Análise da Lei nº 11.464/2007 à luz da política criminal. Artigo Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crime-hediondo-e-progressao-de-regime-prisional-a--nova-lei-n-11-464-2007-a-luz-da-politica-criminal/>. Acesso em: 3 de out. 2020.

LEAL, J. J. **Crimes Hediondos:** Aspectos Político-jurídicos da Lei no 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE. J. F. **Execução penal:** comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 432-433.

_____. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, A. L. **Crimes hediondos:** texto, comentários e aspectos polêmicos. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, P. L. **Comentários à lei de execução penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, I. L. M. S. LUCA, V. **Execução Penal p/ PG-DF (Procurador)** - 2020 pág. 04. Disponível em: <https://d3ea-q9o21rgr1g.cloudfront.net/aula-temp/1130371/00000000000/curso-145444-aula-00-v2.pdf?Expires=1602383527&Signature=WBcYFQgQzTDr53ea8Qd7XfWrjRwIrpLuK6ieNvpg-

zRThrpFshgnhQLob1mhNGWhoAmDq8sSt3fX7nPWUxX-pMaL9XW8zZl6r6mBKf-0RTKhqAw5asayEw5xkcSwLFL-nrpggKJlkAgPr9c0Uzoq56HYcn9AkL~oetG8FJiNF69Gw-TtFLlyogfWaF62hUyLb4FY6c4abscexE3CBExYHoXU4apK1q-17gSTYPnWruc7q1WpwjJpKL2gIwPPcxYobT6yjeApKpi6uN-lo~RiRpW8G01DxtdGKM46NSH53pEDs7IELCsxrBpH2Nv-5z3gdGLfXZhEW11BHosdpIPASuV72q3mQ__&Key=-Pair-Id-APKAIMR3QKSK2UDRJITQ>. Acesso em: 5 de out. 2020.

O HISTÓRICO DA AGENDA DO GOVERNO FEDERAL PARA A REFORMA AGRÁRIA NO BRASIL

Larissa Ferreira Porto[81]

INTRODUÇÃO

O Brasil é, desde sua origem, um país de latifúndios. A colonização realizada por meio do sistema de sesmarias originou as propriedades rurais que, durante séculos, foram responsáveis pela agroexportação baseada na monocultura e na escravidão no Brasil. Essa realidade rural foi (e ainda é) o que fez com que a luta pela terra e em prol da reforma agrária surgisse e se consolidasse no país como forma de resistência à desigualdade social, à exploração do trabalho e a criminalização dos movimentos sociais no campo.

O presente artigo busca, de forma breve, analisar como a reforma agrária tem avançado no Brasil após a redemocratização, considerando os desafios impostos pela própria legislação, a exemplo da Lei nº 4.504, de 1964, conhecido como Estatuto da Terra, elaborada e aprovada durante o primeiro ano do regime militar. Para tanto, utiliza-se de metodologia bibliográfica e do método histórico-evolutivo, concentrando-se nos anos posteriores a 1995 como base de análise. Também, de forma quantitativa e comparativa, avalia-se o progresso ou regresso da reforma agrária no país, considerando o contexto histórico-social.

81 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP/FDRP).

Dessa forma, o trabalho apresenta o contexto em que o Estatuto da Terra foi editado e a função ideológica a qual o instrumento se destina. A partir da análise sucinta dos seus principais dispositivos, o artigo passa, na sequência, a avaliar o impacto das desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária no número de famílias assentadas, avaliando alguns dos principais elementos que compõem a política fundiária em cada um dos mandatos que comandaram o Governo Federal a partir da redemocratização.

Por fim, conclui-se que há resistência ao avanço da reforma agrária no país, sobretudo em virtude da proteção da propriedade privada. No contexto atual, a política fundiária enfrenta declínio, enquanto outras políticas – voltadas à regularização fundiária de terras ilegalmente ocupadas, em especial, à grilagem – ganham espaço na agenda federal.

1. O ESTATUTO DA TERRA E O NOVO CAPÍTULO DA LUTA PELA REFORMA AGRÁRIA NO BRASIL

O Estatuto da Terra traz um conceito de reforma agrária que tem raízes no contexto histórico em que foi editado. A Lei nº 4.504, de 1964, foi editada no primeiro ano do governo militar, logo após João Goulart ser deposto do cargo em que ocupava cerca de quinze dias depois de apresentar as reformas de base, no Comício de 13 de março de 1964, na Central do Brasil, no Rio de Janeiro. Embora as propostas reformistas de Jango tivessem como objetivo conter o avanço das pautas revolucionárias, incentivadas pelas Ligas Camponesas desde 1955, a medida não agradou os setores mais poderosos da sociedade, entre os quais o dos latifundiários (DEZEMONE, 2016, p. 147).

Diante desse contexto, entende-se que a reforma agrária prevista pelo governo militar não buscou atender aos anseios revolucionários anteriores ao Golpe de 1964. Conforme Gustavo Francisco Teixeira Prieto:

> [...] o Estatuto da Terra explicita a contradição entre o projeto de reforma agrária e a sua não-realização. Porta consigo, assim, o caráter de farsa histórica baseada na reificação da propriedade privada capitalista da terra, de retórica institucionalizada da reforma agrária que se fundamentou na intencionalidade de desmobilização e

> repressão do campesinato e na ampla defesa da agricultura empresarial na forma do latifúndio. O Estatuto da Terra funcionou então como o marco jurídico da reprodução do poder de classe dos grandes proprietários de terra e como referência para a compreensão do pacto territorial de manutenção da escorchante concentração fundiária brasileira (PRIETO, 2017, p. 6).

Nesse sentido, o art. 1º, §1º, do ET/1964, dispõe que a reforma agrária é o "conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade". Para o ET/1964, a reforma agrária tem por escopo construir um "sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país" (art. 16) (BRASIL, 1964).

Por essa razão, a reforma agrária legal que se discute no Brasil não tem como objetivo final a abolição da propriedade privada. Na verdade, o Estatuto da Terra preza pela produtividade antes da distribuição de riquezas, de forma que a propriedade privada produtiva é o fim último da função social da propriedade rural, conforme dispõe o art. 186, inciso I, combinado com o art. 185, inciso II, da Constituição Federal. Isso porque, embora tanto o ET/1964 (art. 2º, §1º) quanto a Lei nº 8.629/1993 (art. 9º) e a CF/1988 disponham que a função social será cumprida quando favorecer o bem-estar dos trabalhadores e dos proprietários, mantiver o aproveitamento racional e adequado, assegurar a conservação do meio ambiente e observar a regulamentação legal do trabalho, a Constituição Federal torna a propriedade produtiva insuscetível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (BRASIL, 1988).

Dessa forma, no Brasil, a propriedade produtiva – aquela que cumpre os índices de Grau de Eficiência na Exploração e Grau de Utilização da Terra estipulados na Lei nº 8.629/1993, art. 6º – não poderá ser desapropriada, ainda que viole os outros elementos da função social. Ademais, além de outras imunidades previstas na lei[82], é imune à desapropriação o imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão decorrente de con-

82 Como, por exemplo, as previsões constantes nos artigos 6º, §7º e art. 8º da Lei 8.629/1993, bem como o previsto no art. 19, §3º do Estatuto da Terra.

flito agrário ou fundiário (nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência). Trata-se de uma medida inserida em 2001 na Lei Agrária, que visa criminalizar a atuação dos movimentos sociais e a construção de assentamentos sem prévia intervenção do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), responsável pela destinação dos imóveis para os projetos de reforma agrária (BRASIL, 1993).

Diante desse cenário, impõe-se a necessidade de avaliar a eficácia da reforma agrária no Brasil, sobretudo após a redemocratização, quando a Constituição de 1988 foi editada, com a finalidade de se observar os progressos e regressos da reforma agrária instituída no Brasil.

2. A REFORMA AGRÁRIA "NA PRÁTICA": ANÁLISE DA POLÍTICA FUNDIÁRIA AO LONGO DOS MANDATOS QUE OCUPARAM O GOVERNO FEDERAL

Os movimentos sociais resistem porque o capítulo pela terra ainda não foi encerrado no país. Desde 1955, movimentos sociais lutam pela reforma agrária como forma de combater a concentração de terras historicamente existente no país. Embora o Estatuto da Terra tenha sido elaborado em 1964, considera-se pertinente a análise das políticas reformistas a partir da redemocratização, considerando a maior disponibilidade de informações em plataformas oficiais do Governo Federal e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em 1985, durante o governo de José Sarney (PMDB), foi elaborado o I Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA), que praticamente não foi implementado, principalmente em razão da oposição da União Democrática Ruralista, liderada por Ronaldo Caiado, atual governador do estado de Goiás (FERNANDES, 2008, p. 78). Os resultados do I PNRA, ao final do governo Sarney, correspondiam a 140 mil famílias assentadas, cerca de 10% do total inicialmente previsto, segundo Ariovaldo Umbelino de Oliveira (2001, p. 200).

No governo de Fernando Collor (PRN), nenhuma ação desapropriatória foi ajuizada. Conforme João Márcio Mendes Pereira, o período em que Collor esteve no poder foi marcado pela criminalização dos movimentos populares, enquanto a obtenção de terras através do sistema de mercado foi incentivada com a criação de bolsas de arrendamento (2015,

p. 389). Itamar Franco (PMDB), que sucedeu a Collor após o impeachment, aprovou a Lei Agrária (Lei nº 8.629/93), responsável por regular os dispositivos incluídos na Constituição Federal de 1988.

O governo de Fernando Henrique Cardoso (PSDB) foi marcado pelos massacres de Corumbiara, em Rondônia (1995), e de Eldorado dos Carajás, no Pará (1996). No primeiro, 194 policiais adentraram o imóvel ocupado pelos assentados durante a madrugada, ocasionando a morte de 12 pessoas (dois policiais) e deixando 64 pessoas feridas (ESTEVAM; MARQUES, 2015). No Pará, de acordo com a Anistia Internacional, 150 policiais tentaram impedir que trabalhadores do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) prosseguissem com uma caminhada em direção à Belém – e assassinaram 19 pessoas e deixaram outras 69 feridas. Destas, duas morreram posteriormente.

A repercussão internacional dos massacres, associada ao aumento dos conflitos agrários e ocupações no país, fez com que o governo alterasse sua política fundiária, anteriormente mais voltada às medidas assistencialistas. Ocorreu ainda a Marcha Nacional por Reforma Agrária, Emprego e Justiça, organizada pelo MST, que durou três meses, reuniu cerca de 100 mil pessoas e chegou em Brasília em 17 de abril de 1997, colocando o movimento dos trabalhadores rurais em destaque na cena política nacional e internacional (PEREIRA, 2015, p. 391).

O governo de FHC, de fato, ampliou o número de desapropriações, mas associou a isso a extrema repressão aos movimentos sociais, conforme aponta João Márcio Mendes Pereira (2015, p. 392):

> [...] os principais veículos de comunicação passaram a disseminar uma imagem positiva do governo FHC em relação à reforma agrária e uma imagem negativa dos movimentos sociais, em particular do MST. Em geral, a mídia corporativa contrastava os dados oficiais que exaltavam o aumento do número de famílias assentadas, enquanto os sem terra e o MST eram associados a baderna, violência, corrupção e não vocação para a agricultura.

Além disso, para o autor, "um componente central da política agrária federal foi a implantação da reforma agrária assistida pelo mercado" (RAAM). Essa estratégia, defendida, inclusive, pelo Banco Mundial, ge-

rou o Projeto Cédula da Terra (PCT) e visou conceder financiamento aos trabalhadores rurais para que estes negociassem diretamente com os proprietários a compra das terras, prevendo atender 15 mil famílias. A estratégia do Governo apontava o modelo redistributivo como falido historicamente, mas o MST e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) criticaram a medida, considerando-a expressão do neoliberalismo e inexpressiva em um contexto de 4,8 milhões de famílias sem-terra. Apesar das críticas, em 1998, o Congresso aprovou a criação do Banco da Terra por meio da Lei Complementar nº 93/1998, que incorporou a RAAM à política fundiária nacional (PEREIRA, 2015, p. 395-396).

Por outro lado, durante seus dois mandatos (1995-2002), Fernando Henrique Cardoso desapropriou 3.530 propriedades (10.278.209 hectares) e assentou 540.704 famílias, segundo informações do Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária (Incra), publicadas em 30 de janeiro de 2020, no sítio online do instituto[83].

O governo de Luís Inácio Lula da Silva (PT) prometeu maior diálogo com os trabalhadores rurais. O II Plano Nacional de Reforma Agrária foi elaborado em 2003, com participação de membros do MST e coordenação de Plínio de Arruda Sampaio, articulador das "reformas de base" do governo João Goulart. Entretanto, enquanto o I PNRA encontrou obstáculo nos ruralistas proprietários de terras, o II PNRA enfrentou os grandes empresários do agronegócio, muitos deles se utilizavam das terras antes improdutivas dos ruralistas para produzir (FERNANDES, 2008, p. 80). Para Bernardo Mançano Fernandes, o governo Lula manteve o diálogo com os movimentos sociais, mas não atacou as regiões de interesse das corporações (2008, p. 80):

> Mesmo em regiões de terras declaradamente griladas, ou seja, terras públicas sob o domínio dos latifundiários e do agronegócio, o

83 As informações sobre número de propriedades desapropriadas, extensão das terras e quantidade de famílias assentadas utilizadas neste trabalho estão disponíveis nos arquivos digitais denominados "Decretos desapropriatórios – histórico" (dados de 29/11/2018) e "Famílias Assentadas – histórico" (atualizado em 04/02/2019) no site do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Os arquivos podem ser encontrados em http://www.incra.gov.br/pt/n%C3%BAmeros-da-reforma-agr%C3%A1ria.html.

> governo não tem atuado intensamente no sentido de desapropriar as terras. Somente as ocupações e o acirramento dos conflitos é que podem pressionar o governo a negociar com o agronegócio para cessão da fração do território em conflito. Mas, ao mesmo tempo em que ocorre esta lentidão, o presidente precisa dar uma reposta objetiva aos camponeses sem-terra. Esta postura resultou numa reforma agrária paradoxal. Aproveitando-se do acúmulo das experiências de implantação de assentamentos, o governo Lula investiu muito mais na regularização fundiária de terras de camponeses na Amazônia do que na desapropriação de novas terras para a criação de novos assentamentos de reforma agrária (FERNANDES, 2008, p. 80-81).

O próprio Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, em sua página na internet, afirma que o período foi marcado por incentivo ao agronegócio. Para o MST, "o modelo agrário-exportador se acentuou, dividindo nosso território em 'sesmarias' de monoculturas, como soja, cana-de-açúcar e celulose, além da pecuária extensiva".

Apesar das críticas severas, o período do Governo Lula (2003-2010) foi o que mais assentou famílias: 614.088 ao total (INCRA, 2019). Para tanto, o Governo Federal desapropriou 1.988 imóveis, o que corresponde a 4.274.910 hectares de terra (INCRA, 2018).

Na sequência do governo petista, o Governo liderado por Dilma Rousseff (PT) apresenta resultados inferiores. No primeiro mandato (2011 a 2014) foram desapropriados 2.956.208 hectares de terra e 216 imóveis, com 107.354 famílias assentadas. Em 2015, no início do segundo mandato de Dilma, nenhum decreto desapropriatório foi assinado, e, em 2016, até o afastamento da ex-presidenta, em 12 de maio daquele ano, somente 21 imóveis foram desapropriados, o que representa 35.089 hectares e 1.686 famílias assentadas (INCRA, 2018, 2019).

Apesar da redução de propriedades desapropriadas e de famílias assentadas, reportagem do Instituto Socioambiental, de 23 de junho de 2016, aponta que os governos petistas de Lula e Dilma "fizeram esforços relevantes para tentar estruturar os assentamentos e dinamizar a agricultura familiar". Segundo a reportagem, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), com uma série de linhas de

financiamento agrícola, e a criação do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), de compra da produção desses segmentos, são mecanismos importantes nesse sentido, além de diversos outros programas criados pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Apesar dos progressos efetuados pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, Michel Temer (PMDB), que assumiu o governo após o impeachment de Dilma, extinguiu o ministério. Além disso, diversas áreas ligadas aos programas criados na gestão anterior sofreram cortes expressivos. Segundo Lauro Mattei (2018, p. 304-305), o INCRA teve redução do orçamento destinado às seguintes áreas: reforma agrária (-48%); reconhecimento e indenizações de territórios quilombolas (-49%); promoção da educação no campo (-45%); obtenção de imóveis rurais (-35%); organização da estrutura fundiária (-63%), entre outros.

No período em que ocupou o cargo de presidente da República, Michel Temer desapropriou apenas cinco imóveis, o que corresponde a 14.339 hectares de área. Entretanto, somente há informação no site do Incra do assentamento de 1.205 famílias em 2017 (INCRA, 2019), quando o governo desapropriou um único imóvel, cuja área total era de 1.454 hectares (INCRA, 2018).

A política agrária brasileira sofreu modificações também no governo de Jair Bolsonaro (eleito pelo PSL, atualmente sem partido). Com o Decreto nº 10.252 de 2020, o presidente extinguiu o Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (Pronera), que leva educação básica, técnica-profissionalizante de nível médio e ensino superior, incluindo especialização e mestrado, a jovens e adultos de assentamentos. Além do Pronera, o decreto também atinge o Programa Terra Sol, voltado ao fomento da agroindustrialização e comercialização no campo. O Programa é parte no Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA) e financiava atividades agrícolas e não agrícolas, como o turismo rural e a agroecologia (PAZ, 2020).

Além disso, o atual presidente – avesso às políticas de reforma agrária – determinou, em 2019, que as superintendências regionais do Incra paralisassem os processos de assentamento. Segundo a ONG Repórter Brasil, a primeira interferência do governo Bolsonaro ocorreu três dias após a posse. A própria ONG denunciou, em 8 de janeiro de 2019, por reportagem de Daniel Camargos e Diego Junqueira, que o Governo havia suspendido todos os processos de compra e obtenção de terras para

assentamentos por meio de memorandos enviados às superintendências regionais do Incra. A reportagem afirma que:

> [...] Movimentos sociais, servidores de carreira do Incra e especialistas na questão fundiária avaliam que a suspensão é o primeiro passo do governo Bolsonaro para extinguir a reforma agrária. Dos quatro funcionários do Incra ouvidos pela Repórter Brasil, que pediram para não serem identificados por temerem retaliações, dois acreditam que a medida revela a intenção do novo governo de acabar com a reforma agrária. Há também entre eles quem avalie que a suspensão é uma maneira de o governo ganhar tempo até serem editadas medidas que favoreçam o agronegócio.
>
> O Incra informou que a interrupção é temporária, mas não detalhou o prazo de duração da medida. "Conforme consta no corpo do próprio documento, os processos foram sobrestados enquanto não se define a nova estrutura do Incra", diz nota enviada à Repórter Brasil. Quando questionado quais os critérios adotados para a suspensão da aquisição de terras para a reforma agrária, o instituto disse que "não há que se falar em critérios técnicos, mas sim em medidas administrativas que visam o funcionamento das atribuições do Incra" (CAMARGOS; JUNQUEIRA, 2019).

Após a repercussão negativa, o Governo recuou e o presidente substituto do INCRA encaminhou aos superintendentes regionais retificação das disposições. Entretanto, em 27 de março de 2019, novo memorando foi enviado às superintendências suspendendo as vistorias em imóveis rurais, com argumento de que houve redução orçamentária prevista na Lei Orçamentária Anual de 2019, o que impediria os processos (CAMARGOS; JUNQUEIRA, 2019).

Ao todo, segundo o jornal Folha de S. Paulo, em matéria de 9 de dezembro de 2020, assinada por Vinicius Sassine, havia, até a data, 413 processos de desapropriação suspensos pela medida. Em janeiro daquele ano, a Folha havia noticiado a paralisia de 289 processos de desapropriação para reforma agrária no INCRA sem destinação certa. Os imóveis, segundo o jornal, somariam 478 mil hectares e poderiam abrigar 15.692 famílias (MAISONNAVE, 2020).

Além disso, o INCRA disporia de outros 66 projetos de assentamento criados desde 2016 que poderiam abrigar 3.862 famílias em área de 111.426 hectares, mas nenhuma família foi regularizada nesses locais em 2019. No primeiro ano de mandato de Bolsonaro, o Incra homologou 5.132 famílias como beneficiárias da reforma agrária, mas o número refere-se a processos antigos de regularização (MAISONNAVE, 2019).

O Governo Bolsonaro, ao mesmo tempo que impede a reforma agrária, regulariza a grilagem de terras na Amazônia. Em outubro de 2019, Geraldo José Melo Filho, ligado ao setor ruralista e a grandes empresários do agronegócio, assumiu a presidência do INCRA a fim de agilizar os processos de regularização de terras públicas, regulada pela MP nº 910 de 2019[84]. A MP permite que o Incra regularize imóveis de até 15 módulos fiscais sem realizar vistorias, limite muito superior ao anterior, de 4 módulos fiscais (MAISONNAVE, 2020).

Além disso, por meio do Decreto nº 10.592/20, o Governo criou o programa "Titula Brasil", que prevê acordos de cooperação técnica entre o INCRA e prefeituras municipais para vistoria de imóveis e coletas de informações para regularização fundiária, compartilhando os dados com o INCRA por meio de plataforma virtual. Para a Comissão Pastoral da Terra (2021) e o Greenpeace (2020), a medida favorece a grilagem, uma vez que os grileiros exercem forte influência sobre a política municipal, tornando mais fácil o sistema de fraudes.

Por fim, embora haja outras intervenções do Governo Federal na questão fundiária, é também notável os ataques feitos às terras indígenas e territórios quilombolas. O Governo chegou a retirar da Fundação Nacional do Índio (Funai) a competência da demarcação de terras indígenas, transferindo-a para o Ministério da Agricultura. Mas, o Supremo Tribunal Federal impediu a troca no julgamento da ADI 6172. Apesar disso,

84 Segundo reportagem do canal jornalístico "Congresso em Foco", o Presidente da Câmara Rodrigo Maia (DEM-RJ) acordou com os parlamentares para que a MP nº 910/2019 caducasse, o que ocorreu em 19 de maio de 2020. Segundo o veículo, a intenção do Presidente foi evitar desgastes com a oposição para não prejudicar votações relativas a outras matérias, em especial àquelas relacionadas a pandemia de COVID-19. O texto deve voltar para apreciação dos parlamentares como Projeto de Lei do Congresso Nacional. A matéria completa pode ser lida em <https://bit.ly/3fjpJia>.

nenhuma demarcação de terras indígenas e quilombolas foi realizada em 2019 (MAISONNAVE, 2020).

Apesar das medidas que enfraquecem não só a reforma agrária, mas também a produção familiar, estudiosos, como Tarso de Melo (2013, p. 94), apontam que o incentivo ao pequeno produtor é necessário. Para o autor, "insistir na reforma agrária, se, para alguns, pode ser alternativa teórica, para as famílias que se agregam aos movimentos sociais é questão de sobrevivência" (MELO, 2013, p. 94). Na opinião do estudioso, a reforma agrária é necessária, assim como a redistribuição de terras, incentivando a agricultura familiar e fiscalizando o efetivo cumprimento da função social da propriedade.

CONCLUSÃO

A questão agrária no Brasil perpassa pela origem histórica da sociedade brasileira capitalista, cuja gênese encontra-se no campo e, em especial, no latifúndio monocultor e escravista. A dinâmica social brasileira excluiu o trabalhador da propriedade do imóvel rural, o que torna a reforma agrária uma luta constante no meio rural.

Paralelamente, a agenda política dos governantes que assumiram o comando do Governo Federal após a Ditadura Militar não considera a questão agrária e fundiária como uma pauta principal, embora tenham existido avanços e recuos durante os anos da Nova República. Desde 1964, o que rege a reforma agrária no país é o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, que carrega a intenção de preservar o latifúndio em seu âmago.

Destaca-se que, desde 1995, 7.058 imóveis improdutivos foram desapropriados, o que corresponde a uma área de 30.586.031 hectares, onde foram assentadas 1.364.057 famílias. Apesar do número aparentemente alto, o programa enfrenta declínio desde o último mandato de Dilma Rousseff para, atualmente, encontrar-se paralisado na gestão de Jair Bolsonaro. Em contrapartida, medidas em prol da anistia pela grilagem de terras ganharam espaço no governo nos últimos anos.

Dessa forma, conclui-se que a agenda pela reforma agrária enfrenta resistência em ser amplamente instalada no país, embora já tenham se passado mais de cinquenta anos da promulgação do Estatuto da Terra. Dessa forma, percebe-se que a proteção da propriedade – e do latifúndio – per-

manece no seio da sociedade, de forma que há desafios para a instalação de uma política fundiária e social no campo de forma efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://bit.ly/3cAuYLu>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2PJus4Q>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <https://bit.ly/3rFINgk>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CAMARGOS, Daniel; JUNQUEIRA, Diego. Governo Bolsonaro suspende reforma agrária por tempo indeterminado. **Repórter Brasil**, 8 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31SECCM>. Acesso em: 25 abr. 2020.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Nota Pública** – Mais um instrumento para legalizar terras griladas. Goiânia, 17 de fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3tXtMIa>. Acesso em: 26 mar. 2021.

DEZEMONE, Marcus. A questão agrária, o governo Goulart e o golpe de 1964 meio século depois. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 36, n. 71, p. 131-154, abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3kC5e3e>. Acesso em: 9 abr. 2020.

ESTEVAM, Camilo; MARQUES, Eliete. Massacre que matou 12 pessoas em Corumbiara, RO, completa 20 anos. **G1**, 9 ago. 2015. Disponível em: <https://glo.bo/3kPZaEv>. Acesso em: 21 abr. 2020.

FERNANDES, Bernardo Mançano. O MST e as reformas agrárias do Brasil. **OSAL** – Observatório Social de América Latina, Buenos Aires, CLACSO, ano IX, n. 24, p. 73-85, out. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/35KPjt0>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GREENPEACE BRASIL. **Governo Bolsonaro lança programa "Invade Brasil", mais um presente para grileiros**, 4 dez. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3rAfviM. Acesso em: 25 mar. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. **Números da Reforma Agrária**. Decretos desapropriatórios – histórico. Dados de 29 nov. 2018. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/reforma-agraria/questao-agraria/reforma-agraria>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. **Números da Reforma Agrária**. Famílias assentadas – histórico. Atualizado em 4 fev. 2019, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kNHycq>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MAISONNAVE, Fabiano. Bolsonaro anistia grilagem, freia novas áreas indígenas e estaciona reforma agrária. **Folha de São Paulo**, 4 jan. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3fZX2ql>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. Sob Bolsonaro, Incra paralisa assentamentos em 66 projetos de reforma agrária. **Folha de São Paulo**, 23 nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3iHOiXB>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MASSACRE de Eldorados dos Carajás: 20 anos de impunidade e violência no campo. **Anistia Internacional**., 15 abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2FpWaP3>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. **Revista OKARA**: Geografia em debate, João Pessoa, v. 12, n. 2, p. 293-307, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1982-3878.2018v12n2.41318>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MELO, Tarso Menezes de. **Direito e ideologia:** um estudo a partir da função social da propriedade rural. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

NOSSA história. **Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra**, [2021?]. Disponível em: <https://mst.org.br/nossa-historia/inicio/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de. **A longa marcha do campesinato brasileiro**: movimentos sociais, conflitos e Reforma Agrária. Estud. av., São Paulo, v. 15, n. 43, p. 185-206, Dec. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3ckcnAI>. Acesso em: 9 abr. 2020.

PAZ, Walmaro. Bolsonaro ataca reforma agrária e agricultura familiar com decreto no Carnaval. **Brasil de Fato**. Porto Alegre, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Cwag0n>. Acesso em: 24 abr. 2020.

PEREIRA, João Márcio Mendes. Estado e Mercado na Reforma Agrária brasileira (1988-2002). **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 28, nº 56, p. 385-404, julho-dezembro 2015.

PRIETO, Gustavo Francisco Teixeira. A aliança entre terra e capital na Ditadura brasileira**. Mercator (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 16, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2V8ZOSZ>. Acesso em: 26 mar. 2021.

O DESAFIO DE EDUCAR DURANTE A PANDEMIA: RESSIGNIFICANDO OS ESPAÇOS ESCOLARES

Edir Tereza dos Reis[85]
Sirley Teresa dos Reis[86]

Escola, quantos braços você tem
Até onde vai o teu espaço?
É na sala de aula?
É pelos corredores onde os alunos correm e tecem relações afetuosas, conflituosas e vibrantes?
Onde é a escola, onde?
No fio invisível que liga as redes?
Nas salas que planejam?
Nas cadeiras enfileiradas incomunicáveis?
Nos rostos mascarados, individualizados e proibidos?
Escola, teu espaço vai até onde está teu professor e teu aluno.

INTRODUÇÃO

O cerne do debate educacional no período pandêmico foi como disponibilizar o ensino presencial no formato de ensino virtual, preservando, minimamente, a qualidade do processo de ensino e aprendizagem.

85 Pedagoga, Orientadora Pedagógica, Supervisora Educacional, Mestranda em Ensino das Ciências – Unigranrio.

86 Psicologa, Assistente Social, Docente do Ensino Superior, Supervisora de Estágio no Ensino Superior.

Do modo como foi implementado na rede pública estadual, o ensino remoto se configurou em uma alternativa distante da realidade dos alunos, tanto no que se refere à ausência de autonomia do aluno na busca do conhecimento quanto na desigualdade social que impossibilita o acesso da maioria das crianças e jovens aos recursos tecnológicos. Acrescenta-se, ainda, o menor grau de interatividade dos alunos com os professores, fragilizando-se os vínculos entre docente e discente.

A pandemia provocada pelo novo *Corona Virus Disease* – doença do coronavírus – Covid-19, modificou as relações sociais, políticas e econômicas em todos os países, produzindo alterações na mobilidade urbana, nas interações sociais e nas formas de trabalho.

Em diferentes graus e modalidades, todos os governantes adotaram medidas de enfrentamento de uma doença nova, desconhecida e com grande poder de letalidade para os denominados grupos de risco, principalmente pessoas portadoras de doenças crônicas e idosos.

Uma das principais medidas de prevenção e controle da disseminação do Covid-19 foi a adoção do isolamento social, com a obrigatoriedade de quarentena, definição de serviços essenciais e, em casos mais extremos, bloqueio total do acesso e permanência de pessoas não autorizadas em locais públicos. Chamado de *lockdown*, o movimento de controle da mobilidade urbana adotado com sucesso em muitos países não chegou a ser implementado na cidade do Rio de Janeiro, que decretou uma série de restrições e definiu os serviços considerados essenciais aos quais a população teria acesso reduzido e controlado pelo poder público.

A escola foi considerada um serviço não essencial. No Estado do Rio de Janeiro, desde 16 de março de 2020, as escolas públicas da rede estadual encontram-se fechadas. Observou-se, de imediato, que as escolas públicas se tornaram grandes espaços vazios. Seus muros resguardam apenas objetos e coisas, homens, mulheres, crianças e adolescentes permaneceram ilhados em suas casas – sem oferta de suporte pedagógico que garantisse, minimamente, o acesso de alunos à educação básica, durante os primeiros sessenta dias da quarentena.

A partir do mês de abril de 2020, o gestor público na área educacional convocou diretores e equipes técnico-pedagógicas a atuarem para concretização da oferta de aulas virtuais, ou educação remota emergencial, com

a utilização das plataformas de ensino online, *Google Class Room*, dentre outras.

A legislação, publicada dois meses após o fechamento das escolas, não prevê liberação de internet ou acesso a equipamentos (celulares, tablets, computadores) para alunos e/ou professores. As diretrizes se restringem ao acesso e monitoramento das atividades em ambiente virtual de aprendizagem, de modo que seja garantido o mínimo de dias letivos, conforme calendário escolar. Transcrevemos a seguir, trechos da Resolução da Secretaria Estadual de Educação (SEEDUC), nº 5843, de 11 de maio de 2020, publicada no Diário Oficial de 12 de maio de 2020, às folhas 12, artigo 9, em seus parágrafos:

> 1º – A SEEDUC encaminhará as diretrizes para a implementação destes novos ambientes de aprendizagem, bem como sobre a orientação e o monitoramento pedagógico das atividades realizadas;
>
> 3º As equipes Diretiva e Técnico Pedagógica devem atuar de forma a garantir que as atividades ministradas estejam em consonância com os respectivos Projetos Políticos Pedagógicos das unidades escolares.
>
> Art. 10 – A SEEDUC, através das funcionalidades disponíveis na plataforma educacional, extrairá relatórios, considerando acessos, realização de atividades, dentre outros indicadores, para instrumentalizar o controle do fluxo das atividades,
>
> Art. 11 – As atividades escolares não presenciais, realizadas através da mediação tecnológica e/ou considerando a utilização dos meios complementares serão consideradas como efetivo trabalho escolar, valendo para o cômputo da carga horária mínima anual (RESOLUÇÃO 5843, 12/05/2020).

A Resolução determinou que as atividades não presencias fossem consideradas de efetivo trabalho escolar. Sem consulta prévia. Sem treinamento. Sem tutorias. O trabalho escolar remoto foi adotado por decreto na área educacional.

Nessas condições, qual é a percepção que os alunos possuem do uso do ensino remoto na Educação Básica? Precisamos refletir sobre esta ques-

tão. Entendemos que, como ferramenta auxiliar do professor, pode-se propor o uso contínuo de atividades online na Educação Básica, no curso de Ensino Médio, na rede pública estadual, a partir das experiências vivenciadas durante a pandemia provocada pela Covid-19.

Não podemos desconsiderar toda a experiência que o ano letivo de 2020 propiciou a professores, alunos, pais e gestores da educação pública. Avançamos, inseguros e incertos, e adquirimos novas competências que podem se transformar em um novo fazer pedagógico. Deste modo, a sistematização das práticas vivenciadas é um importante passo para a construção de perspectivas pedagógicas pautadas em metodologias ativas.

Contudo, será necessário outro desenho ou plano para que a inclusão da plataforma educacional e demais tecnologias utilizadas no ensino remoto não se constituam uma ruptura na relação dialógica, interativa e horizontalizada entre aluno e professor, sujeitos do conhecimento.

Assim, este artigo se propõe a estimular a reflexão de alunos e professores sobre as dificuldades enfrentadas pelos alunos do Ensino Médio, da rede pública de ensino na cidade do Rio de Janeiro, para acessarem o Ambiente Virtual de Aprendizagem ofertado pela Secretaria Estadual de Educação. Conhecendo estas barreiras, relacionar as estratégias usadas no seu enfrentamento e debater o uso do ensino remoto de forma híbrida, enquanto ferramentas auxiliares do processo ensino e aprendizagem.

A maioria dos professores da rede pública não tem acesso aos recursos tecnológicos e à internet banda larga, fato justificado pelos baixos salários da categoria e falta de valorização profissional com oferta de cursos na área que dêem suporte ao (re)planejamento didático-pedagógico e treinamento específico da categoria no uso das inovações tecnológicas para elaborar estratégias de ensino viáveis e facilitadoras que repercutissem em aprendizagem significativa para os alunos, no modelo de ensino remoto.

No que refere aos alunos, pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em setembro de 2020, revelou que acima de 54% do alunado tinha problemas de acesso à internet, razão pela qual a SEEDUC/RJ enviou para as residências destes alunos apostilas impressas. Acrescentem-se a ausência de equipamentos e internet, as precárias condições de alimentação e moradia dos alunos que dificultaram sobremaneira a dedicação dos mesmos às atividades escolares. Famílias inteiras reclusas em espaços minúsculos de moradia, com nível de escolarização

que não possibilitava o auxílio para a realização das tarefas escolares foram agravantes deste quadro.

As condições objetivas de vida de professores e alunos foram objetos de intensos debates, manifestações públicas, e motivaram grande resistência ao ensino remoto pelos sindicatos dos profissionais da educação, que defendiam e propunham o cancelamento do ano letivo 2020.

É de conhecimento público que alguns municípios aderiram à proposta de cancelamento do ano letivo 2020, enquanto outros municípios adotavam estratégias ensino remoto – fato que evidencia a ausência de coordenação da gestão do serviço público das atividades educacionais durante a pandemia na rede estadual, além de impactar no aumento das desigualdades educacionais regionais (a um aluno foi ofertado o ensino público e a outro aluno, não). Na verdade, os gestores públicos das três esferas com ações individuais, sem chegar a um acordo sobre o replanejamento do ano letivo, suscitaram dúvidas e incertezas em toda a comunidade escolar.

Neste cenário de contradições, com escolas e sistemas tomando atitudes imediatas – com sistemas aderindo ao cancelamento do ano letivo e outros sistemas aderindo ao Parecer CNE/CP 05/2020, do MEC, de 28 de abril de 2020, que autoriza a oferta de atividades não presenciais para a Educação Básica para fins de cumprimento de carga horária mínima anual –, um terreno nunca antes explorado pela educação pública, podemos perguntar, com convicção, qual seria o rumo a seguir para ofertar a educação escolar aos alunos em isolamento social.

As sequelas físicas, psicológicas e educacionais do ano letivo precisam de um remédio a longo prazo para serem curadas. Tanto os alunos que não tiveram acesso por cancelamento das aulas quanto aqueles que não tiveram acesso por falta de aparatos tecnológicos e internet terão uma defasagem na aprendizagem que só poderá ser corrigida no decorrer dos anos.

Veremos neste artigo os pontos fortes e os pontos fracos do ensino remoto e a possibilidade de transitar deste modelo para a construção de um modelo híbrido de ensino, que se justifica enquanto uma alternativa para resgatar conteúdos que não foram contemplados no ano letivo de 2020 e auxiliar os alunos na superação da defasagem de aprendizagem, experiência que poderá trazer elementos para o debate desta estratégia de ensino na política pública educacional.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO E CONCEITOS DOS MODELOS DE ENSINO

O direito à educação é inerente à condição humana e resume em si as formas como as sociedades respondem, em cada tempo histórico, às suas próprias necessidades. Para Cury (2002, p. 261), "a educação como direito e sua efetivação em práticas sociais se convertem em instrumento de redução das desigualdades e das discriminações e possibilitam uma aproximação pacífica entre os povos".

Assim, o desenvolvimento humano está vinculado ao pleno desenvolvimento dos sistemas educacionais, que se tornam mais complexos à medida que os homens dominam suas habilidades básicas e se direcionam às buscas de respostas para os próprios desejos de crescimento e de autonomia. Desse modo,

> A magnitude da educação é assim reconhecida por envolver todas as dimensões do ser humano: *o singulus,*o*civis*, e o *socius*. O *singulus*, por pertencer ao indivíduo como tal, o *civis*, por envolver a participação nos destinos de sua comunidade, e o *socius*, por significar a igualdade básica entre todos os homens. Essa conjunção dos três direitos na educação escolar será uma das características do século XX (CURY, 2002, p. 254).

Apesar dos avanços alcançados pela humanidade no século XXI, sabemos que a globalização não é uma condição natural, espontânea e de livre circulação. Lugares próximos aos centros urbanos são desprovidos de energia elétrica, como ocorre na realidade brasileira. O acesso a bens e serviços não é homogêneo, e a garantia legal de um direito é insuficiente para sua consolidação na vida das pessoas. Portanto, as desigualdades sociais ainda se constituem em um desafio para os gestores da educação pública comprometidos com a democratização do acesso e a permanência de crianças e jovens no ambiente escolar.

> Para os tempos contemporâneos, em que vai se constituindo a chamada "sociedade do conhecimento", a distância entre pobres e ricos aumenta também por causa do acesso aos conhecimentos

> disponíveis e às novas formas de linguagem que necessitam de uma socialização própria. Essa distância também tem aumentado a distância entre países ricos e países pobres, no momento em que o conhecimento tem-se constituído em mais-valia intelectual e base para o desenvolvimento auto-sustentado dos países (CURY, 2002, p. 258-259).

Qual a função social da escola no século XXI? Temos encarado de frente os dilemas ético-políticos do fazer pedagógico? Os profissionais da rede pública de ensino, na contramão das reformas neoliberais, resistem à mercadorização da educação pública, entendendo a democratização do ambiente escolar para além da simples oferta de vagas. Mas de qual lugar estamos falando? Quais são os nossos desafios?

Primeiro: como conectar a escola com a rapidez dos processos de diversificação das linguagens na era das tecnologias de comunicação e informação, das redes sociais, de massivação das informações e das *fake*s *News*? E segundo, como conectar o aluno à escola, melhorando a qualidade do ensino? Estas questões não podem ser elucidadas sem o estudo aprofundado das práticas escolares.

Na contemporaneidade, permanece inquietante a observação de Charlot Bernard, "como os alunos se relacionam com o saber"? A questão central, para o estudioso francês, é desvelar a relação entre o saber e o aprender. Para Charlot, a atividade escolar precisa se apresentar de forma significativa, prazerosa, para merecer o esforço intelectual dos alunos no sentido de se apropriar de diversas porções de saberes produzidos pela humanidade. Assim, destaca o autor, é preciso compreender "como o sujeito categoriza, organiza seu mundo, como o sujeito apreende o mundo e, com isso, como se constrói e transforma a si próprio" (CHARLOT, 2005, p. 41).

O aluno reconhece a si próprio no espaço escolar como sujeito de direitos, com possibilidades de efetuar escolhas, um ser crítico em formação? Em caso afirmativo, temos diante de nós uma condição concreta de redução das desigualdades sociais, pois a relação com o saber e com a escola é rica de contradições, que estão em cena, analisáveis e palpáveis, não estando escamoteadas em conteúdos obsoletos, desprovidos de contato com a realidade do sujeito. Segundo Charlot, que estuda os problemas

da educação brasileira sob o viés das desigualdades sociais, das atividades escolares sem objetivo, equivalem a nenhuma atividade "quando não existe nenhum sentido, não há atividade alguma: ninguém faz algo sem nenhum motivo. Mas a situação frequente na escola é aquela em que o aluno age por um motivo não relacionado com o próprio saber" (CHARLOT, 2005, p. 145).

Hoje, para o estudioso francês, "há duas línguas diferentes sendo faladas na escola: a dos professores e a dos alunos" (CHARLOT, 2019). Vamos, então, decifrar as diferentes linguagens, identificar se existem pontos de intersecção entre elas, de tal maneira que possamos recuperar um vínculo que julgávamos irremediavelmente perdido: entre o saber e o aprender, de diferentes formas, sujeitos e espaços.

Sabemos que as desigualdades sociais permanecem, mas Charlot, em seus estudos, demonstrou que as desigualdades não possuem força o suficiente para impedir o encontro do aluno com o conhecimento, desde que haja sentido na sua busca.

A excepcionalidade provocada pela pandemia de Covid-19 no ano letivo de 2020 obrigou a escola a repensar o encontro entre o professor, o aluno e o conhecimento. As desigualdades sociais redefiniram as condições de universalidade do acesso à educação básica. Enorme contingente de crianças, jovens e adultos foi excluído do processo educativo, embora permanecesse com matrícula efetiva no sistema.

Compreendendo a educação como direito e sua oferta obrigatória pelo Estado num ano de incertezas, o ensino remoto foi a opção pensada, repensada, discutida e implementada na maioria dos sistemas educacionais da rede pública em 2020 em detrimento das resistências a este modelo de ensino, principalmente pela exclusão social que o mesmo traz em seu bojo num país de extrema desigualdade social.

As propostas dos diversos órgãos e instituições que estudam sobre educação e traçam as diretrizes educacionais propõem como "reparação" para o ano letivo de 2020 o ensino híbrido, pois, até o momento, permanece a situação de isolamento social e, em boa parte dos estados e municípios brasileiros, o ensino presencial ainda não foi liberado plenamente.

Todas as instituições que ofertarem educação em qualquer nível ou modalidade, seja da rede privada ou da rede pública, deverão seguir rigorosamente os protocolos de retomada, que, dentre as exigências, traz a

de maior impacto para as unidades escolares de educação pública que é a redução de alunos em sala de aula – esse é um imperativo para que a proposta de ensino híbrido se desenvolva no sistema educacional.

Neste ponto, precisamos diferenciar educação a distância de ensino remoto e aprofundar a reflexão sobre o ensino híbrido.

A confusão inicial se deu em torno da educação a distância e o ensino remoto. Para pais e alunos (e muitos profissionais da educação), o fato da escola estar fechada e os alunos distantes de seus professores representou uma mudança radical do ensino presencial para o ensino a distância, sem auxiliares ou tutores que explicassem o funcionamento do sistema. Embora haja intersecção entre essa compreensão popular de educação a distância, sabemos que,

> Educação a distância é a modalidade educacional na qual alunos e professores estão separados, física ou temporalmente e, por isso, faz-se necessária a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação. Essa modalidade é regulada por uma legislação específica e pode ser implantada na educação básica (educação de jovens e adultos, educação profissional técnica de nível médio) e na educação superior (MEC, 2017).

Os limites legais para uso da Educação a Distância com o Ensino Infantil, o Ensino Fundamental e para o Ensino Médio regular são evidentes. A modalidade a distância não é prevista para estas etapas do ensino, então só poderia ser utilizada de forma emergencial.

O ensino remoto só pode ser implementado em alternativa ao ensino presencial em situações emergenciais. Sua natureza é garantir a oferta da educação pública ou privada, nos níveis ou nas modalidades de ensino para os quais não existe a possibilidade legal de Educação a Distância. A finalidade das aulas remotas é propiciar condições efetivas para que o desenvolvimento da aprendizagem dos alunos não seja interrompido no seu percurso.

Estudos realizados nos Estados Unidos, por Horn e Staker (2015), definem que o Ensino Híbrido ou *Blended Learning* é uma modalidade de ensino que une o ensino tradicional presencial, em que o processo ocorre

em sala de aula, e o online, que utiliza as tecnologias digitais para promover o ensino.

Segundo os autores, a ideia dessa metodologia surgiu nos Estados Unidos, com o termo *blended learning* e pode ser datada até os anos 1960. Nesta década, realmente começou a utilização de tecnologia na sala de aula, substituindo, em partes, o protagonismo do professor ou instrutor.

Porém, até meados dos anos 1990, computadores e outros dispositivos tecnológicos eram muito caros, então o modelo se tornava um tanto quanto insustentável. Com o avanço da criação e acesso a tais tecnologias, como a invenção do CD ROM e a disseminação da internet rápida, a utilização delas em sala de aula pode ser intensificada cada vez mais, concluíram os autores. Estes se fundamentam na Teoria dos Híbridos para esclarecer que, na área educacional, podem ser organizados quatro modelos de ensino híbrido: modelos de rotação (rotação de estação); rotação de laboratório; sala de aula invertida; e modelos flex, a la carte e virtual enriquecido.

O modelo de rotação é característico do ensino híbrido sustentado. Já o modelo flex, a la carte e virtual enriquecido caracterizam o ensino híbrido disruptivo. As diferenças entre os modelos é que, no primeiro modelo de ensino, a presença do professor enquanto mediador no processo de ensino é fundamental e contínua. No modelo disruptivo, o seu desenvolvimento implica na gradativa modificação dos espaços escolares e na ausência do professor mediador.

Nas pesquisas realizadas na elaboração deste artigo, encontramos diferentes terminologias para este novo modo de articulação do processo ensino aprendizagem: modalidade de ensino híbrido, método de ensino híbrido e algumas outras variantes. Há teóricos que apresentam o ensino como um dos componentes das metodologias ativas, assim caracterizando-o como mais uma metodologia de aprendizagem, uma estratégia de ensino para enriquecer o trabalho didático-pedagógico. De acordo com José Moran,

> As instituições educacionais atentas às mudanças escolhem fundamentalmente dois caminhos, um mais suave – mudanças progressivas e outro mais amplo, com mudanças profundas. No caminho mais suave, elas mantêm o modelo curricular predominante – dis-

> ciplinar – mas priorizam o envolvimento maior do aluno, com metodologias ativas, como o ensino por projetos de forma mais interdisciplinar, o ensino híbrido ou *blended* e a sala de aula invertida (MORAN, 2015, p. 2).

O direito à educação para as classes populares, nesse momento histórico, precisa abranger métodos e estratégias acessíveis e facilitadoras para o desenvolvimento da aprendizagem. Que tipo de educação ofertaremos para a garantia desses direitos? Identificando os conceitos envolvidos nos diversos e complexos modelos de ensino, poderemos efetuar escolhas conscientes.

2. A TRANSIÇÃO DO ENSINO REMOTO PARA O ENSINO HÍBRIDO

Devido à pandemia provocada pela Covid-19, professores e alunos foram compulsoriamente introduzidos no Ambiente Virtual de Aprendizagem. Atividades pedagógicas mediadas por tecnologias de educação a distância. À família, coube o desafio de motivar o aluno a dar continuidade aos estudos, usando a plataforma educacional. Para aqueles que não possuíam acesso à internet, tablet, computadores, ou mesmo com a tecnologia, sem o conhecimento de como usar tal ferramenta para realizar atividades escolares, restou profundo silêncio e dúvidas sobre a sua vida escolar.

Como essa experiência é percebida pelos alunos da Educação Básica? É possível dar continuidade ao ensino remoto utilizando as metodologias ativas com o modelo híbrido na Educação Básica? Quais os riscos para a qualidade do ensino ofertado?

O ensino remoto aconteceu na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro de diversas formas e com diferentes diretrizes. Para além das diretrizes emanadas dos sistemas educacionais, cada gestor escolar definiu as tarefas de sua equipe escolar e mediou a ação pedagógica de acordo com sua visão dos direitos à educação e a qualidade de educação que poderia oferecer aos alunos das classes populares.

Assim, temos várias experiências que variam em qualidade do ensino oferecido e na consequente aprendizagem – algumas vezes, meras

cópias de materiais escritos divulgados em Facebook ou plataformas, que repetem os modelos tradicionais de aprendizagem e outras experiências escolares repletas de atividades significativas com engajamento de alunos, professores e familiares, que culminou numa rica experiência educacional como um todo, mesmo que não tenha contemplado todos os conteúdos que seriam aplicados no ensino presencial.

Das experiências, também citamos o papel do gestor escolar na mediação do trabalho pedagógico com sua equipe na questão do direito ao acesso à educação, representado pelas estratégias utilizadas (ou não) na busca ativa pelos alunos que não tiveram acesso às tecnologias educacionais e também não tiveram material impresso. Esta parcela da comunidade escolar, excluída dos benefícios do ensino remoto, terá, no ensino híbrido, a possibilidade de obter de forma presencial atendimento educacional que promova seu desenvolvimento na aprendizagem, inserindo-o no grupo de seu ano de escolaridade no nível esperado.

Em 2021, o ensino remoto não é mais uma alternativa exclusiva dos sistemas educacionais. Faz-se necessário reconhecer os aspectos positivos das experiências do ensino remoto, tais como a aprendizagem tanto de professor quanto de alunos e familiares no uso das tecnologias para as atividades educacionais, fator essencial na transição do ensino remoto ao modelo híbrido.

O início da vacinação no país, por grupos etários, para o enfrentamento do Covid-19, a liberação do uso dos espaços públicos e a obrigatoriedade da oferta de educação pública mobilizaram os sistemas de ensino a elaborarem novas propostas pedagógicas – o modelo híbrido, emerge como estratégia que responde às problemáticas da educação neste contexto.

Os diagnósticos da maioria das unidades escolares evidenciam que, semelhante ao ensino presencial, no ensino remoto, alguns alunos demonstraram progressos enquanto outros alunos tiveram grandes dificuldades de aprendizagem.

Outro aspecto que justifica a implementação do modelo híbrido é a necessidade de adequação dos conteúdos curriculares ao ano de escolaridade do aluno. Por fim, ainda temos o cumprimento dos protocolos sanitários que exigem o distanciamento social e uso de máscaras, que reduzem o quantitativo de alunos nas salas de aula.

Diante dos fatos apresentados, a transição do ensino remoto para o ensino híbrido requer um aprofundamento dos estudos e reflexões sobre os desafios da educação na contemporaneidade.

3. AS (IM)POSSIBILIDADES DO ENSINO HÍBRIDO

Azanha (1992) chama a atenção "para a importância da dimensão da realidade das escolas, ou seja, o cotidiano escolar. Sabemos muito pouco sobre a vida na escola, não temos registros sistemáticos deste cotidiano". Concluímos que é fundamental conhecer a escola, suas particularidades, debruçarmo-nos sobre as expectativas dos sujeitos que habitam este espaço, sobre as suas atividades e estratégias, delineando o caminho e os caminhantes.

Para Azanha (1992), qualidade e melhoria do ensino são indissociáveis da autonomia da escola. Logo, a escola deve, a partir das diretrizes dos órgãos centrais, debater as condições objetivas da sua realidade, particularizando suas ações de acordo com o compromisso ético assumido com a comunidade, de uma gestão democrática e participativa. Nesse modelo, a relação entre os sujeitos da comunidade escolar é mediada pelo diálogo, pela horizontalidade.

Pesquisas sobre o ensino híbrido nos Estados Unidos, em 2015, o divide em sustentado e disruptivo. Tais conceitos devem ser analisados com cautela na realidade brasileira.

O sistema de ensino público ainda está nas experiências iniciais tanto de ensino remoto quanto no modelo híbrido, e as variadas concepções existentes nos países que já experimentaram este tipo de ensino têm que ser vivenciadas a médio e longo prazo para podermos validá-las.

Por razões epistemológicas e para não incorrer numa confusão de conceitos que as diferentes terminologias ocasionam, aqui trataremos o ensino híbrido como componente das metodologias ativas. Assim, as considerações se aludem ao modelo do ensino híbrido como o recurso a ser utilizado neste período de transição do isolamento social para o reinício das aulas presenciais no território nacional.

Como componente das metodologias ativas, o ensino híbrido já foi utilizado de forma experimental em várias instituições nacionais e internacionais. Contudo, por utilizar as ferramentas tecnológicas, pode ser

considerada uma metodologia de alto custo. Este fator deve ser considerado ao se propor seu uso nas instituições públicas de ensino.

No período de isolamento social, os sistemas de ensino realizaram investimentos em plataformas educacionais e intensificaram o uso das mídias já existentes, como TV, rádio, Whatsapp, web, Facebook, em função da emergência da oferta do ensino remoto. Os profissionais da educação buscaram o aprimoramento no uso das tecnologias porque esse foi o único recurso que tinham para ministrar suas aulas e manter o vínculo dos alunos com a escola.

Contudo, não foram realizados investimentos em tecnologias nas unidades escolares. A maior parte das instituições da rede pública de ensino não possuem laboratórios de informáticas, internet banda larga ou equipamentos de última geração que permitam aos alunos e professores pesquisas e uso contínuo. Estes dados representam um pouco das impossibilidades de efetivação do modelo híbrido na rede pública.

Ultrapassado o período de emergência, agora, os gestores públicos, não têm mais como fugir dos debates nem da exigência no provimento dos equipamentos de tecnologias educacionais em toda unidade escolar – com laboratórios funcionais e computadores atualizados.

Para atender ao direito universal de acesso à educação, o Estado também deve distribuir aos alunos os equipamentos e internet banda larga, indispensáveis para realização de aulas no modelo híbrido.

Se o sistema público propõe a realização de aulas com aparatos tecnológicos, precisa oferecer aos professores os equipamentos, que, no caso, são os recursos didáticos a serem utilizados, e não pressupor o uso de objetos pessoais do professor como recursos de ensino.

O estabelecimento do modelo híbrido, como constatamos, não se reduz às questões de natureza metodológica, mas é determinado pelas graves dificuldades de ordem estrutural do sistema público de educação.

Hoje, portanto, a questão não é se os profissionais ou alunos sabem ou não utilizar os recursos educacionais mediados por tecnologias, se as metodologias ativas podem ou não ser utilizadas no atendimento às necessidades educacionais dos alunos. A questão central a ser respondida é se as escolas possuem os recursos necessários ao desenvolvimento de um modelo de ensino híbrido sustentado que exija tecnologias da informação e da comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora resultante do momento histórico mais lamentável do século XXI com a pandemia mundial da Covid-19, que iguala o ano de 2020 aos anos da Peste Negra, em 1315 (na Europa), e da febre amarela, em 1850 (no Brasil), de cada uma dessas crises emergiram soluções e inovações em todas as áreas da ciência.

A atual crise na área da saúde traça um novo caminho para a educação e, nesta conjuntura, ousamos afirmar que o uso das tecnologias foi um dos assuntos mais controversos e de maior potencialidade enquanto resposta às exigências de oferta de ensino aos alunos na sociedade atual.

De acordo com Miranda, o "uso efectivo da tecnologia nas escolas, nomeadamente nas salas de aula e no desenvolvimento de ambientes virtuais de aprendizagem, é ainda um privilégio de alguns docentes e alunos". Assim, a necessidade do uso das tecnologias e de novas formas de oferta de ensino durante o período de pandemia mundial também pode ser considerado um fator relevante para implementação de políticas públicas que democratizem o acesso às tecnologias.

O modelo de ensino híbrido sustentado enquanto metodologia que, para ser consolidada exige investimentos específicos para aquisição de equipamentos tecnológicos para os professores, escolas e acesso internet para os alunos, é uma das grandes soluções na área educacional como proposta para uma práxis que dê conta de todo o **défict** de aprendizagem, que, infelizmente, os alunos brasileiros terão por um período (as autoridades da educação estimam em mais de três anos para esta correção de fluxo).

Não podemos concluir sem destacar o protagonismo docente em toda e qualquer metodologia de ensino a ser implementada. O modelo híbrido sustentado exige a presença do professor como mediador e facilitador da aprendizagem.

Os professores terão no modelo híbrido sustentado um instrumento de suporte que pode ser explorado na gestão da sala de aula, nas propostas de agrupamentos e na apresentação dos conteúdos disciplinares, que poderão ultrapassar as meras exposições de conteúdos e superar o ensino apenas memorístico desprovido de significação, próprio da pedagogia tradicional, trazendo ao aluno do século XXI vivências pedagógicas li-

bertadoras e emancipatórias que proporcionem o desenvolvimento da sua autonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZANHA, José Mário Pires. **Uma ideia de pesquisa educacional.** São Paulo: EDUSP, 1992.

BRASIL. Ministério da Educação. **O que é Educação a Distância.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/escola-de-gestores-da-educacao-basica>. Acesso em: 06/02/2021.

CHARLOT, Bernard. **Da relação com o saber às práticas educativas.** São Paulo: Cortez Editora, 2013. (Coleção Docência em Formação: Saberes Pedagógicos).

_____. O saber nas classes populares. **Revista Nova Escola**, jun. 2019. Disponível em: <https//novaescola.org.br>.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito À Educação: Direito à igualdade, Direito à Diferença. In: **Cadernos de Pesquisa.** n. 116. p. 245-262, Jul/2002.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia:** Saberes necessários à Prática Educativa, Paz e Terra, 1996.

HORN, Michael B.; STAKER, Heather; CHRISTENSEN, Clayton. **Blended: usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação**. Penso Editora, 2015.

MIRANDA, Guilhermina Lobato. Limites e Possibilidades das TICs na Educação. **Revista de Ciências na Educação**, n. 3, 2007.

MORAN, José. Mudando a educação com metodologias ativas. In: SOUZA, Carlos Alberto; MORALES, Ofelia Elisa Torres (orgs.). **Convergências Midiáticas, Educação e Cidadania:** aproximações jovens. Coleção Mídias Contemporâneas. v. II. PG: FocaFoto-PROEX/UEPG, 2015.

SEEDUC/RJ. Secretaria Estadual de Educação do Rio de Janeiro – Resolução nº 5843, de 11 de maio de 2020.

A (I)LEGALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS SOBRE BENS IMPORTADOS PELA MODALIDADE LEASING NO ESTADO DO AMAZONAS

Johnattan Martins Pinheiro[87]
Denison Melo de Aguiar[88]
Ygor Felipe Távora da Silva[89]
Adriana Almeida Lima[90]

INTRODUÇÃO

A busca de crédito é um tema cada vez mais importante no cotidiano empresarial e social. Por conta disto, o *Leasing* é uma saída para a crise

87 Acadêmico do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MArbiC/UEA). Bolsista CNPq do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica 2020-2021(PIBIC-CNPq).

88 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerias (PPGD-UFMG). Coordenador de: I. Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos (MArbiC-UEA); II. Clínica de Direito LGBT (CLGBT-UEA) e III. Clínica de Direito dos Animais (YINUAKA-UEA), todas na Universidade do Estado do Amazonas. Editor Adjunto da Revista Nova Hileia (PPGDA/UEA). Editor Chefe da Revista Equidade (ED/UEA). Coordenador na graduação de Direito do Núcleo Editorial da Mestrado em Direito Ambiental (NEDAM-UEA). Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Regularização Fundiária da Rede Amazônia no Amazonas (UFPA/MDR).

89 Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Graduado em Administração e Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Gestão de Áreas Protegidas da Amazônia pelo Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Goiás. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerias (PPGD-UFMG). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

90 Graduada em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada. Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFMG).

creditícia, pois o que temos nele é a compra do direito de uso, e não a propriedade de um bem, permitindo que as empresas adquiram o aporte industrial e tecnológico que, de outa forma, não seria possível. Todavia, embora a atividade econômica evolua de maneira rápida, a legislação tributária não a acompanha, causando uma série de dilemas deontológicos que acarretam danos econômicos e sociais, principalmente em um Estado em que a economia é sustentada principalmente pelas indústrias atraídas pelos incentivos fiscais.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é analisar, tendo como lente o ordenamento jurídico brasileiro, a legalidade e constitucionalidade do art. 2º, 1º, inciso I, do Decreto nº 20.686/99, regulamento do ICMS do Estado do Amazonas, utilizado pelo Fisco Estadual como hipótese de incidência de ICMS sobre bens importados mediante o contrato de *leasing*.

Esta pesquisa é social e juridicamente relevante, uma vez que o leasing é um dos meios mais utilizados pelas empresas para obterem o acervo industrial e tecnológico não encontrado no mercado nacional, sem a necessidade estrita de comprá-lo. Além disso, no Estado do Amazonas, como existe o Modelo da Zona Franca, as necessidades de maquinário e tecnologia são imperiosas. As empresas têm a necessidade de compreender estas hipóteses de incidência que podem causar sérios danos jurídicos e econômicos, sendo uma imprecisão jurídica inaceitável em um Estado Democrático de Direito que busca o desenvolvimento do país alinhado à sustentabilidade.

A metodologia utilizada foi teórica-bibliográfica e documental. Pesquisou-se o conteúdo sobre o arrendamento mercantil, as hipóteses de incidência do ICMS, entendimentos das cortes superiores sobre o tema – descrevendo as terminologias empregadas no momento da subsunção da hipótese de incidência e, posteriormente, do fato gerador, bem como a diferença entre ambos.

Neste esteio, o artigo questiona-se o seguinte: A cobrança de ICMS sobre bens importados pela modalidade *Leasing* é legal? A hipótese de in-

Mestra em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Professora universitária da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professora da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MArbiC-UEA).

cidência prevista no art. 2ª, §1º, inciso I, do RICMS/AM, abarca também a modalidade Leasing? Qual a sua influência e reflexo no conjunto social?

1. ICMS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E AMAZONENSE

Inicialmente, faz-se mister entender o motivo de o Estado cobrar tributos. Isto ocorre uma vez que o Brasil é regido pela regra da liberdade de iniciativa na ordem econômica, sendo entregue à iniciativa privada, exceto nos casos previstos na Constituição, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou interesse coletivo no disposto da Lei (BRASIL, 1988). Através disto, faz-se necessário estabelecer o que é tributo, para a análise do tema proposto neste artigo. Conforme a hermenêutica extraída do art. 3º do Código Tributário, a qual estabelece o significado jurídico do termo para todo o território brasileiro, tributo é "toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo o valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (BRASIL, 1966). O direito do estado de tributar advém do seu poder de *imperium*, o qual se utiliza para derivar para seus cofres um quinhão do patrimônio dos submetidos à sua jurisdição (SCHOUERI, 2018).

No que tange à manutenção do maquinário estatal, os impostos são a principal fonte de captação de receitas que o Poder Público possui, uma vez que, ao tratar da arrecadação de ICMS, suas receitas não são previamente vinculadas a nenhuma destinação específica, sendo previstas no próprio texto Constitucional. Em relação ao ICMS, sua previsão encontra-se no art. 155, II da Carta Magna Brasileira de 1988, o qual dispõe:

> Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> (...) II – Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Neste esteio, o Legislador conferiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS, de modo que este se adeque ao contexto social díspar dos entes federativos. Todavia, tal competência não é absoluta. Os Estados membros devem seguir as balizas provenientes do próprio texto constitucional e da Lei 87/1996. Respeitando-as, cada estado pode instituir, cobrar e legislar sobre o ICMS através de seus regulamentos.

Justamente devido à regulação múltipla do ICMS, os Estados buscam aumentar sua arrecadação por intermédio do uso legislativo indevido, gerando a guerra fiscal. Esta situação acaba por trazer consequências maléficas para todos os integrantes da cadeia econômica.

O Estado do Amazonas instituiu o ICMS mediante o Decreto nº 20.686, de 28 de dezembro de 1999, que aprovou o regulamento do ICMS, que, em seu art. 2º, §1º, I, afirma incidir o gravame "sobre a entrada de mercadoria ou bem importado do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade" (AMAZONAS, 1999). Em uma análise *em passant,* o dispositivo legal parece asseverar a incidência do aludido imposto também nas operações de *leasing* internacional, uma vez que a expressão "qualquer que seja a sua finalidade" parece englobá-la. Todavia, deve-se ter cuidado com as coisas que estão próximas, pois, quanto mais próximo de algo fica, mais difícil de vê-lo (INOUE, 2009), principalmente no Brasil, em que, devido sua complexidade tributária, o pagamento de tributos não é apenas um expediente administrativo, é uma ciência, quase aproximando-se de uma arte (PINHEIRO; AGUIAR, 2020). Dessa forma, deve-se analisar as características do *leasing* e se a hipótese legal realmente o abarca.

2. FATO GERADOR E HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS

Embora o Código Tributário Nacional seja impreciso ao distinguir quando trata de fato gerador a abstração inserta na lei quanto à concretização a ser observada no plano físico. Todavia, o fato gerador e a hipótese de incidência são coisas singulares, necessitando execrar tal imprecisão para a compreensão do caso.

O Fato gerador é a realização concreta de um comportamento descrito na norma, cuja observação dá gênese a uma obrigação jurídica. Concomitantemente, define juridicamente a natureza do tributo, sendo o fato gerador a "materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede" (SABBAG, 2011, p. 672) ou "o conjunto de fatos, ou estado de fato ao qual o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um determinado tributo" (FALCÃO, 1997). Ele é a manifestação física da norma abstrata, para gerar a obrigação tributária de pagar o imposto.

Já a hipótese de incidência é a situação descrita na lei na qual a previsão é abstrata, sendo uma "hipótese" que pode vir ou não a acontecer no mundo físico e que, quando acontece, substancia-se no fato gerador (SABBAG, 2011, p. 672). É uma descrição normativa que existe em virtude do fundamentado no princípio da legalidade estrita, o qual expende não existir tributo sem lei que o defina, nos termos do art. 150, I, da Carta Magna Brasileira (BRASIL, 1988). E tais hipóteses de incidências estão previstas nos art. 1º e 2º do decreto 20.686/99 (AMAZONAS,1999).

O que se costuma designar por incidência, o fenômeno fulcralmente jurídico da subsunção de um evento social a uma hipótese legal, pois a norma tributária, de forma convergente às outras normas de cunho jurídico, tem o acontecimento do fato previsto na hipótese legal como condicionante de sua incidência, cuja verificação repercute automaticamente a incidência do mandamento legal (HENSEL, 1956, p. 148).

Desta feita, pode-se demonstrar a complementaridade dos dois institutos. A hipótese de incidência tributária do ICMS, dessa forma, é a situação descrita pela lei como capaz de ensejar a tributação, *vg.* art. 2º, § 1º, I, do RICMS do Amazonas. Todavia, tal hipótese pode ou não acontecer, mas, no momento em que ocorre, o fato gerador consubstancia-se em realidade jurídica e fática.

Nesta toada, o Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas elenca como hipótese de incidência tributária "na entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade" (AMAZONAS, 1999). No entanto, sua mera presença no ordenamento jurídico não é capaz de gerar uma relação jurídico-tributária entre o fisco

e o autor da importação (SABBAG, 2011; SCHOUERI, 2018). É necessário subsumir a ação realizada pelo importador, no caso em análise o importador via *leasing,* à hipótese de incidência para que, finalmente, possa ser analisada a ocorrência ou não do fato gerador, este sim capaz de gerar a relação jurídico-tributária que enseja o pagamento do tributo.

3. O QUE É LEASING?

O arrendamento mercantil, também conhecido como *leasing,* é uma relação financeira que tem como escopo, através de contratos que geram diversas relações obrigacionais, principalmente no que tange à locação e compra e venda, o fomento de investimentos produtivos decorrentes do comportamento do mercado de bens e as disponibilidades concernentes ao mercado de capitais (RIBEIRO, 1970).

Nas palavras do mestre Orlando Gomes (2019, p. 461-466), o leasing "é uma operação de financiamento para proporcionar aos empresários o acesso a bens de produção necessários ao funcionamento da empresa, sem que tenha de comprá-los". Ou seja, é uma operação em que o arrendador cede a terceiro-arrendatário o uso de um bem por prazo determinado, recebendo em troca uma contraprestação pecuniária. Tal operação é similar, no campo financeiro, a um financiamento que tem o bem como garantia, podendo amortizar o número de prestações, e, em hipóteses de compra ao final, acrescido do valor residual.

No *leasing*, o arrendatário obriga-se a saldar determinadas prestações ao arrendador. Tais prestações podem ser mensais ou semestrais. Mas, ao chegar o termo final do contrato, normalmente o bem retorna ao arrendador. Mas há hipóteses de o arrendatário fazer novo *leasing* ou comprar o equipamento. O fulcro primevo do *leasing* é a locação.

Todavia, diverge do aluguel, pois o valor do bem arrendado vai sendo paulatinamente amortizado durante o pagamento das prestações e, ao termo contratual, tem-se a faculdade de adquirir o bem por parte do arrendatário. Já no aluguel, o valor pago pelo locatário ao locador advém do direito de uso, sendo considerado despesa. Também diverge do financiamento, pois o cliente não recebe recursos para aquisição, e sim o bem pretendido. Durante a vigência do contrato, o bem mantém-se em propriedade da empresa arrendadora. O arrendatário apenas mantém a posse.

Existem principalmente três tipos de *Leasing*: o operacional, o financeiro e o *sale and lease-back*. Cada um utilizado para fins próprios.

O operacional é um contrato em que o objeto já é pertencente à empresa arrendadora, que o alugará à arrendatária, a qual obrigar-se-á ao pagamento das prestações pela locação do bem, enquanto a arrendadora comprometer-se-á a conceder assistência técnica. Em tal modalidade, os objetos normalmente possuem vida útil mais curta e os riscos de ele vir a tornar-se obsoleto correm por conta da empresa, devido ao direito de propriedade. Além disto, conforme a resolução nº 2.309/96 do Banco Central, art. 6º, inciso I (1996), em tal contrato, o valor das parcelas não poderá ultrapassar a margem de 90% dos custos do bem e o preço para a compra após o término do contrato deve ser o valor de mercado do bem, o que torna o valor residual, da opção de compra, considerável.

O *Leasing* financeiro é a modalidade originária do arrendamento mercantil que necessita de três partes, em que a empresa de *leasing* adquire um bem com o objetivo de locá-lo à outra, em condições estipuladas, durante um determinado lapso temporal. Tal modalidade consubstancia-se não na venda do bem, mas sim na prestação de um serviço financeiro, pois a empresa arrendadora assume, somente, o risco financeiro, e cede todos os demais encargos, direitos e obrigações para o arrendatário. Assim, faz-se imperiosa a necessidade de que as prestações sejam capazes de permitir que a arrendadora recupere os custos do bem, tornando menores os custos para a opção de compra, nos termos da Resolução nº 2.309/96, do Bacen (1996).

Por fim, de acordo com Zdanowicz (1985), uma variante do *leasing* financeiro, em que a empresa vende um bem de sua propriedade à empresa de *leasing* e, simultaneamente, o arrenda. Essa modalidade somente possibilita a pessoas jurídicas a qualidade de arrendatário. É disciplinada pelo Conselho Monetário Nacional e, conforme a Resolução 2.3909/96, do Banco Central do Brasil, há condições mínimas para a celebração do trato, que são: o contrato há de ter por objeto máquinas, aparelhos e ou equipamentos; prazo mínimo de oito anos; valor do contrato inferior a 75% do custo do bem, acrescidos a esse resultado os encargos financeiros da operação. É um artifício que gera vantagens para a empresa arrendatária, quando seus recursos são escassos e não pode dispor de tempo para pleitear recursos em linhas de crédito mais complexas. Uma vez dispondo de

capital de giro, por exemplo, os recursos financeiros poderão ser utilizados na aquisição à vista de matéria-prima com descontos especiais, diminuindo o custo de produção e podendo competir com preços melhores.

4. O CONCEITO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E O LEASING

Nesta feita, pode-se asseverar a existência de duas hipóteses, em que se deve subsumir a norma tributária, hipótese de incidência, para que seja possível analisar a existência do fato gerador: o Leasing com opção de compra ao final e o sem opção de compra.

No Estado do Amazonas, uma determinada mercadoria importada, mediante um contrato de *leasing*, necessita do desembaraço aduaneiro para que possa ser utilizada pelo arrendatário. No entanto, como é cediço público e notório, uma vez que é previsto no art. 2º, §1º, inciso I, do Decreto nº 20.686/99, o fisco exige o recolhimento do ICMS sobre o bem (AMAZONAS, 1999) para sua entrada no território brasileiro, que é entendida como hipótese de incidência do ICMS independente da natureza jurídica da entrada do bem importado.

Todavia, através da interpretação das normas Constitucional, art. 155, II, não resta dúvida na competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte e intermunicipal de comunicação (ICMS), ainda que tais operações incidam no exterior (BRASIL, 1988). E tais operações de importação, independentemente de o importador ser habitual ou não, qualquer que seja a finalidade, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço (BRASIL, 1988).

Sendo assim, pode-se depreender que a competência estadual se cinge única e exclusivamente a operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços. Neste caso, para que haja a subsunção da hipótese de incidência em fato gerador é necessário que ocorra a circulação da mercadoria, saída da mercadoria. Importante não se olvidar de que não se considera como tal a circulação física da mercadoria, mas sim a transferência de uma pessoa para outra, ou mesmo a existência de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação.

5. CONCEITO DOUTRINÁRIO DE CIRCULAÇÃO

Ao analisar a questão da saída de mercadorias, consoante com a regra matriz do ICMS nos termos da Constituição Federal de 88, expede-se que, para que haja incidência do imposto, é fulcral que estejam presentes os requisitos previstos no texto constitucional.

Portanto, faz-se mister a compreensão dos conceitos jurídicos de "mercadoria" e de "circulação", pois, caso contrário, não poderá assimilar o que está sendo tributado e o seu motivo.

Dessa forma, a doutrina brasileira agora é hialina ao entender que a Constituição não entende por mercadoria qualquer bem móvel, mas tão somente aquele que se submete a mercancia. Caso contrário, qualquer saída com um veículo automotor ou outro objeto pessoal seria fato gerador de ICMS. Pode-se afirmar que mercadoria é o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis (CARRAZZA, 2005).

Através do conceito de mercadoria pode-se extrair o conceito de circulação. Se mercadoria somente é considerada quando um bem está envolvido na atividade comercial, mas não para por aí. A circulação que se expende é a circulação jurídica da mercadoria. Se não o fosse qualquer movimentação de bens de uma empresa para sua filial, seria considerado fato gerador de ICMS (CARRAZZA, 2011). Mas, o que significa circulação jurídica? É quando pressupõe a transferência, de uma pessoa para a outra, quando a mercadoria passa de um patrimônio para outro, qualquer que seja a motivação jurídica (MELO, 2000, p. 27).

Neste diapasão, Soares (2000) explica magistralmente:

> Operação relativa a circulação de mercadorias é, pois, um ato jurídico, no sentido de ato material ou não negocial que consiste na imediata realização de uma vontade, no caso a de promover a circulação de mercadorias para levá-las da fonte de produção ao consumo e que (…) em conclusão, a operação a que se refere o artigo 23, II da Constituição é qualquer negócio jurídico ou ato material, que seja relativo a circulação de mercadorias.

Enquanto a circulação física constitui-se a movimentação corpórea da mercadoria, mercadoria "X" está em um local "Y" e é transportada para um local "Z", a circulação jurídica refere-se à transferência da proprie-

dade. Circular no Direito Tributário significa trocar de titular (MELO, 2000, p. 16). Dessa forma, ao tratar-se de ICMS, o mesmo só incidirá, se houver circulação jurídica, mesmo que não haja circulação física.

6. ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES

Parte-se do pressuposto de que não é suficiente saber o que a lei diz, mas faz-se imperioso saber o que os Tribunais entendem que a lei fala. Dessa forma, parte-se da análise do modo como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas posicionam-se acerca da incidência de ICMS no caso de *Leasing* internacional.

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS. II – Recurso protelatório. Aplicação de multa. III – Agravo regimental improvido.(AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783)

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIAS SEM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Não incide ICMS sobre o deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência da titularidade. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 682680 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-102 DIVULG 05-06-2008 PUBLIC 06-06-2008 EMENT VOL-02322-08 PP-01557)

> TRIBUTÁRIO. ICM. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS. ESTABELECIMENTOS DA MESMA FIRMA. JURISPRUDÊNCIA ATUAL. 1. Consoante a jurisprudência mais recente das duas turmas integrantes da 1a. seção deste tribunal, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, na mesma localidade, não tipifica circulação econômica ou jurídica caracterizadora de fato gerador do icm. 2. Embargos de divergência rejeitados para manter a decisão embargada. (EREsp 36.060/MG, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/1995, DJ 25/03/1996, p. 8538).

O entendimento do STF e STJ são hialinos, no sentido de que na ausência de circulação jurídica inexiste hipótese de incidência de ICMS, consolidando o entendimento que, em operações de transferência de mercadorias, não constitui fato gerador do imposto, uma vez que é ausente o ato de mercantil, concomitantemente não havendo no plano dos fatos o elemento mercadoria, bem móvel envolvido em atividade comercial, e circulação jurídica, transferência de propriedade. Tal entendimento é antigo, todavia ainda causa problemáticas à *práxis* forense e administrativa. Visando mitigar tais celeumas, o STJ redigiu o enunciado sumular nº 166 que expende: "Não constituiu fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (STJ, 2020).

No Estado do Amazonas, o fisco utiliza-se da hipótese de não incidência presente no art. 4º, VIII, do RICMS, quando o *leasing* é nacional e não compreende a opção de compra, para exarar o arredamento mercantil quando é internacional. Olvida-se que a mera previsão para a não incidência de ICMS em *leasing* nacional não exclui a hipótese de não incidência em contratos internacionais, pelo contrário vem a corroborar caso o plano fático for o mesmo. Há uma teratologia legal, o que acarreta sequelas aos empresários que necessitam de tecnologia, que o país não possui, e, ao importá-la, ser submetido a uma exação que, em situação de contrato nacional, não ocorreria vilipendia o próprio significado do *leasing*. Além disto, os prejudicados não podem impetrar um Mandado de Segurança, pois a questão não é de ato coator, mas de lei em tese, conforme o enunciado sumular 226 do STF (2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessa análise sobre a (i)legalidade da incidência de ICMS referentes a bens importados através da modalidade de arrendamento mercantil – *leasing* – no Estado do Amazonas, percebe-se a dissonância entre a *práxis* estadual e o ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Tal ocorrência advém, pois a Carta Magna de 1988 é hialina ao expender no inciso II de seu art. 155, que a competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual, intermunicipal, além de serviços de comunicação, ainda que sua operação provenha do exterior.

Soma-se a isso, o estabelecimento, por parte do Legislador Constitucional, no § 2º, inciso IX do art. 155, a hipótese de incidência do ICMS que consiste no ingresso da mercadoria importada do exterior por pessoa física ou jurídica, do mesmo modo que sobre os serviços prestados no exterior, cabendo ao Poder Estadual do domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço, consubstanciando de modo hialino a existência, no ICMS, da realização de operações relativas à circulação de mercadorias, como o critério material da hipótese de incidência do tributo.

Desta feita, faz-se mister não se olvidar da impossibilidade de considerar como "circulação de mercadorias" a sua mera transferência física, mas sim a mudança de titularidade entre os sujeitos da relação comercial, nos termos do enunciado sumular nº 166, o qual afirma "não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Isto ocorre, pois, no campo tributário, principalmente no campo de incidência do ICMS, o verbo circular deve transcender o sentido meramente físico para alcançar seu aspecto jurídico. Dessa forma, o termo "circulação de mercadoria" tem como base hermenêutica o aspecto jurídico, e, portanto, ocorre quando "um bem ou mercadoria muda de titular" (circulação jurídica), pouco importando a ocorrência ou não da circulação física, pois não é prevista como regra-matriz de incidência do ICMS a mera circulação física sem a mudança de titularidade. Então, só ocorrerá a subsunção da hipótese de incidência em fato gerador ao se falar em

contrato de *leasing* importação, se houver opção de compra ao final e se o arrendador, ao final do contrato, realizá-la.

Tal *práxis* fiscal acaba tornando-se uma forma de legitimar a coação do contribuinte, através da apreensão da mercadoria, a pagar o tributo, algo que a legislação e a jurisprudência proíbem, *vg*. Súmulas 70, 323 e 547.

Por fim, é necessária uma conformação, urgente, do Regulamento de ICMS do Estado do Amazonas, ao que já é previsto no entendimento das cortes superiores, para retificar esta celeuma jurídico-jurisprudencial causada por uma lei que claramente não corresponde a intenção do *mein legis,* ao que se demonstra é apenas um ardil no contexto de guerra fiscal e da própria coesão do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Decreto nº 20.686 de 28 de dezembro de 1999.** Aprova o Regulamento do ICMS e dá outras providências. Manaus. AM: Poder Executivo. 1999. Disponível em: <http://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%E7%E3o%20Estadual/Decreto%20Estadual/Ano%201999/Arquivo/DE_20686_99.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BANCO CENTRAL. **Resolução nº2.309/96**. Disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil. 1966. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=2309>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. Df: Presidência da República. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 fev. 2021**.**

_____. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.** LEI KANDIR. Brasília. DF: Presidência da República. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 9 fev. 2021.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Brasília. DF: Presidência da República. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 9 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 36.060-9,** Primeira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgado em 10/08/1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300169475&dt_publicacao=05-09-1994&cod_tipo_documento>. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** Brasília: STJ. 2015. 1v."22 de setembro de 2020". Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Instrumento nº 682680, Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau, Julgado em 20/05/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532543>. Acesso em: 13 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 693714**, Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em 30/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601482>. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: STF. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 22 de fev. 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011

_____. O princípio da legalidade e a faculdade regulamentar no direito tributário. In: TORRES, Heleno Taveira. **Tratado de direito constitucional tributário.** São Paulo: Saraiva. 2005.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 27ª Ed. Editora Forense: São Paulo. 2019

HENSEL, Albert. **Diritto Tributario.** Milão: Giuffrè. 1956.

MELO, José Soares. **ICMS:** teoria e prática. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

PINHEIRO, Johnattan Martins; AGUIAR, Denison Melo de. Inadimplência fiscal e a apropriação indébita tributária no RHC 163.334/SC. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 7, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/287>. Acesso em: 11 fev. 2021.

RIBEIRO, C. J. de A. **Leasing:** análise e avaliação. São Paulo: Atlas. 1990.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva.2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva.2018

ZDANOWICZ, J. E. **Leasing:** arrendamento mercantil. Porto Alegre: Luzzato, 1985.

A CONSTITUCIONALIDADE DO POLIAMOR SOB UMA CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Anna Silvia Alves Fernandes[91]

INTRODUÇÃO

O artigo irá desenvolver o que é o poliamor, sua origem contemporânea e suas possíveis formações, bem como a aplicação dos princípios constitucionais e do Direito de Família que podem vir a viabilizar a sua constitucionalidade. A família, instituto basilar para a formação do ser humano, perdura nos mais diversos povos desde os primórdios da sociedade. Atualmente, a Constituição de 1988, que estendeu o rol de entidades familiares, e a ascensão dos movimentos sociais em prol de minorias, como o LGBTQI+, fizeram despontar no Brasil a busca por direitos das famílias poliafetivas.

Para o desenvolvimento do trabalho, o método utilizado será o analítico-dedutivo, com base na pesquisa teórica e doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais.

Este artigo será estruturado partindo-se da elaboração do conceito de poliamor e, posteriormente, exarminar-se-ão os princípios constitucionais e do direito de família que se entrelaçam com a temática em questão.

91 Graduanda em Direito pela PUC Minas.

Com a elaboração deste artigo, espera-se contribuir para a compreensão e discussão sobre as famílias poliafetivas e seu local na sociedade e no direito brasileiro.

1 CONCEITO DE POLIAMOR

O estudo da constitucionalidade do impedimento da formação de famílias poliafetivas transpõe, inicialmente, o entendimento do que é o poliamor, sua constituição e ramificações. Inexiste no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa significado para as palavras poliamor e poliafetividade (FERREIRA, 2010). Em contrapartida, no Dicionário Oxford da Língua Inglesa, há definição para Polyamory (OXFORD, 2015) – termo originário que, posteriormente, foi traduzido e difundido no Brasil, por meio da internet. A ausência desses vocábulos no dicionário mais utilizado do País revela que esses neologismos têm aqui uma história recente, ainda que tais institutos sejam seculares. Devido à ausência de uma definição categórica, existem pequenas alterações de como esses termos são concebidos.

Vale ressaltar ainda que, apesar da definição presente no Dicionário Oxford, ainda existem debates nos estudos norte-americanos acerca da definição mais específica para o termo, como pontuam Tatiana Perez e Yáskara Palma no artigo "Amar amores: poliamor e contemporaneidade" (PEREZ; PALMA, 2018). Sucede-se tal conflito devido aos diferentes arranjos englobados pelo termo, como se demonstrará a seguir.

O poliamor tem como conceito basilar uma categoria de relação amorosa ou, até mesmo, uma filosofia de vida que permite o relacionamento com dois ou mais indivíduos concomitantemente. Salienta-se que o vínculo entre os sujeitos pode ocorrer com diferentes configurações. A poliafetividade, por exemplo, apesar de ser usada como sinônimo de poliamor por alguns estudiosos, pode ser delineada como uma espécie desse, inserida em um contexto familiar (PEREZ; PALMA, 2018, p. 3).

A ONG The Polyamory Society, criada para promover e apoiar o interesse de indivíduos em relacionamentos e famílias poliafetivas, assim define poliamor:

> (...) é a filosofia e prática não possessiva, honesta, responsável e ética de amar múltiplas pessoas simultaneamente. O poliamor en-

> fatiza conscientemente escolher quantos parceiros se deseja estar envolvidos em vez de aceitar normas sociais que ditam amar apenas uma pessoa de cada vez. Poliamor é um termo guarda-chuva que integra termos tradicionais de relacionamento multiparetivo com termos igualitários mais evoluídos. O poliamor abraça a igualdade sexual e todas as orientações sexuais para um círculo expandido de intimidade conjugal e amor. Poliamor é das palavras-raiz Poly significando muitos e Amour significa amor, portanto, "muitos amores" ou Poliamor (POLYAMORY, 2020, tradução nossa).

Destacam-se, também, as diferentes formas que o arranjo poliafetivo pode ter. Os comumente conhecidos são a poliandria, quando uma mulher mantém relação com mais de um homem, e a poligamia, tradicionalmente ligada à ideia de um homem que se relaciona com mais de uma mulher. Entretanto, esse vínculo não é necessariamente heterossexual e existe a possibilidade de todos os indivíduos se relacionarem livremente. Ademais, há tanto o poliamor aberto, no qual os adeptos entram e saem livremente, podendo existir um núcleo fixo ou não, e o poliamor fechado, em que os indivíduos se relacionam apenas entre si (PEREZ; PALMA, 2018, p. 8).

Um aspecto importante acerca das relações poeliafetivas é o consentimento dos integrantes. Não há a ideia de traição da forma que é concebida nos relacionamentos monogâmicos, sendo os contornos da relação e a sua configuração definidos previamente entre os parceiros. Dessa forma, inexiste a figura do(a) concubino(a) ou amante. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim sintetizam:

> (...) a "relação de poliamor", teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito e admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta (...) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 226).

Daniel Cardoso traz em sua tese de mestrado uma interessante observação entre o poliamor e a monogamia: ao contrário do que muitos acreditam, é possível que ambos coexistam. Um casal monogâmico pode, por exemplo, se abrir ocasionalmente para uma relação com terceiros (CARDOSO, 2010).

A despeito das várias configurações que o poliamor possui, no que se refere ao direito e a este estudo, o núcleo a ser focalizado é a família poliafetiva fechada. Tal fato se dá uma vez que esse é o núcleo familiar que é diretamente afetado pelo não reconhecimento constitucional da poliafetividade, tendo, por exemplo, dificuldade no reconhecimento dos filhos e na sucessão no caso de falecimento de algum dos parceiros.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Brasileira de 1988 possui um caráter principiológico e, por essa razão, o estudo dos princípios constitucionais é de suma importância em todas as áreas do direito. Esses, além de serem aplicáveis nas decisões judiciais que julgam casos concretos, são parâmetro no julgamento das ações de controle de constitucionalidade, possibilitando, inclusive, a mutação constitucional. Essa valorização dos princípios advém do cenário pós-positivista, no qual o Direito, sua função social e sua interpretação são questionados, e surge uma nova hermenêutica constitucional, construída sobre o fundamento da dignidade humana.

Os princípios constitucionais são concebidos como as ideias primordiais de um sistema. São mandamentos de otimização, que possuem um maior teor de abstração, incidindo sobre uma pluralidade de situações. No que se refere ao Direito de Família, os princípios constitucionais aplicáveis à matéria são utilizados com o intuito de se interpretar da maneira mais adequada as normas regentes das relações familiares.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República brasileira, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. A conceituação desse princípio é dotada de alta complexidade, dado que esta pode alterar-se a depender da época, contexto e ponto de vista de sua formulação, sendo uma categoria axiológica aberta, que está em constante desenvolvimento (CAVALCANTE, 2007).

O Ministro Gilmar Mendes destaca que a transição da dignidade da pessoa humana como valor filosófico-teleológico para textos juridicamente vinculativos foi marcada pela Lei Fundamental Alemã de 1949. Sua transformação em preceito constitucional adveio das violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Anteriormente, o conceito de dignidade humana já havia adquirido variadas configurações em diversas tradições

filosóficas, no decorrer de dois mil e quinhentos anos de história da filosofia (MENDES, 2013).

A definição desse princípio pela doutrina brasileira também não está desprovida de dificuldades. Primeiramente, é preciso compreender que a determinação constitucional que dispõe a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado reconhece que a existência estatal se dá em função da pessoa, constituindo o ser humano "finalidade precípua, e não meio da atividade estatal" (SARLET, 2011). Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 46) assim conceituam: "(...) a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade".

Destarte, a dignidade é um valor inerte a toda pessoa humana e não pode ser renunciado ou alienado, possuindo, inclusive, uma dimensão objetiva, de interesse não apenas do indivíduo, mas de toda a sociedade. Por ser o pilar central do sistema de direitos e garantias fundamentais, pode ser considerado como o princípio maior, aquele que é inerente a todos os demais. Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana abarca não só a esfera pessoal: do mesmo modo, engloba as relações sociais que o indivíduo possui. Nestas, está inserida a ótica do Direito de Família, pois é na "perspectiva familiar em que cada pessoa se projeta ou está inserida" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 65).

A indicação expressa desse princípio no âmbito da família ocorre nos artigos 226, §7º, 227 e 230 da Constituição Federal. O Código Civil de 2002, em contrapartida, não faz alusão expressa à dignidade da pessoa humana. Nada obstante, visto que a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais, sem nenhuma exceção, determinam o sentido fundamental de todas as normas que o compõe.

Deste modo, cumpre destacar que a dignidade só pode ser alcançada por meio do respeito as decisões individuas, ou seja, a autonomia da vontade. A respeito, Dieter Grimm dispõe:

> A dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humana, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe

> faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim deve ser considerado e respeitado pela sua condição humana (GRIMM, 2005).

O exercício da autonomia da vontade é amplamente abordado no Direito de Família no que tange, por exemplo, à escolha do regime de bens no casamento. Entretanto, esse também é cabível no modelo de família escolhido pelo indivíduo, uma vez que essa autonomia, caracterizada pela individualidade e pela autodeterminação, possibilita que o indivíduo decida configuração familiar quer integrar.

Em um Estado Democrático de Direito, é fundamental a garantia da autonomia da vontade. Constata-se na leitura dos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789, a presença dessa:

> Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
>
> Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Por conseguinte, o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana já se encontrava positivado há mais de dois séculos. Ademais, a prática da autonomia da vontade liga-se ao exercício da liberdade e vice-versa, não sendo possível que uma exista sem a outra. Mesmo que essa última não possa ser absoluta, dada a necessidade de se respeitar o bem estar social, ela é um dos pilares do direito brasileiro, aparecendo inicialmente no preâmbulo da Constituição e se repetindo diversas vezes ao longo do texto constitucional.

Diante da relevância do núcleo familiar na vivência individual, a liberdade faz-se intrinsecamente presente na manutenção das relações familiares. Contanto que a escolha do indivíduo em relação a essas não afete o próximo, ou a sociedade como um todo, o Estado não lhe pode tolher

o seu exercício. É nesse momento que o Princípio da Dignidade Humana esbarra no não reconhecimento das famílias poliafetivas. Elidindo o preconceito social, advindo da moral cristã enraizada no País, inexiste prejuízo ao outro ou ao bem estar coletivo na formação desse modelo familiar. Aqueles que desejam constituir família baseada no poliamor têm sua dignidade violada, pois não podem exercer a autonomia da vontade e a liberdade para tal.

Conexa à ideia de liberdade, a igualdade constitui com essa a concepção de justiça, de acordo com a professora Maren Taborda:

> Liberdade e igualdade constituem, assim, o conteúdo material do ideal da Justiça, uma vez que a liberdade é um valor para o homem, enquanto indivíduo, e igualdade um bem ou valor para o homem enquanto ser genérico, como um ser pertencente a determinada classe ou grupo – a humanidade (TABORDA, 1998).

O Princípio da Igualdade é fundamento do Estado Democrático de Direito, presente no caput do art. 5º da CF/88, onde fica determinado o tratamento isonômico de todos perante à lei e à garantia do direito à igualdade. Para que se possa concretizar o disposto na Lei Maior genuinamente, é primordial o respeito às diferenças. É devido a estas que a busca pela isonomia se torna indispensável, uma vez que, se todos os indivíduos fossem idênticos, inexistiria a necessidade da reivindicação da igualdade, sua existência seria *per se*.

Na seara do Direito de Família, esse princípio foi aplicado inicialmente entre homens e mulheres, concretizando-se nos artigos 5º, I, e 266, §5º, da Constituição. No Código Civil de 2002, é perceptível a legitimação da igualdade de gênero nas relações familiares nos seguintes artigos, dentre outros:

> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
>
> [...]
>
> Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. (BRASIL, 2002)

Outrossim, o Princípio da Igualdade também se manifesta no âmbito da filiação. A CF/88 instituiu em seu art. 227, §6º, a igualdade de direitos entre os filhos, independente da origem, e a proibição de qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Já no Código Civil, o art. 1596 reforça tal preceito.

A própria possibilidade da existência da guarda compartilhada também advém da ideia de igualdade, dado que, sem o cunho de unilateralidade ou prevalência, ambos os pais exercem simultaneamente os direitos e deveres decorrentes e inerentes ao poder familiar, corresponsabilizando-se pelo seu filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Cumpre destacar que esse princípio se aplica às entidades familiares, visto que a Constituição de 1988 não restringe a família a nenhuma espécie ou tipo. O reconhecimento da união homoafetiva pelo STF na ADI 4.277 é reflexo disso, apesar da oposição de grupos religiosos e conservadores. Nota-se que a busca pela efetivação do Princípio da Igualdade está atrelada à resistência da seção mais "tradicional" da sociedade. Não seria diferente, então, com aqueles que aspiram o direito ao casamento poliafetivo.

Salienta-se, enfim, a ponderação feita por Lôbo a respeito do Princípio da Igualdade:

> O princípio constitucional da igualdade (a fortiori normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador (LÔBO, 2009).

O declínio da família como uma unidade social hierarquizada para sua conversão em um espaço democrático e isonômico atrela-se à ascensão da afetividade como pilar da construção dos laços familiares, pois

aqueles sentimentos provenientes do afeto, como o amor, a compreensão e o carinho, influenciaram a flexibilização da estrutura estratificada que a família possuía (LÔBO, 2009).

Reforça-se que as profundas transformações sociais e econômicas ocorridas ao longo do século XX influíram na metamorfose das relações familiares, que passaram a se fundamentar na comunhão de afeto, independentemente do modelo adotado, tornado este a base da família moderna. Tal fato fez com que a afetividade adentrasse no domínio jurídico, se convertendo posteriormente em um dos princípios norteadores do Direito de Família.

Vale ressaltar que as relações familiares nem sempre estiveram entrelaçadas ao afeto. A submissão familiar à autoridade patriarcal e econômica foi gradualmente afastada, abrindo espaço para a união dos entes por meio da afeição. A solubilidade do casamento, por exemplo, passa pela ideia de que esse não perdura após findada a afetividade entre os cônjuges.

A gênese desse princípio, peculiar ao Direito de Família, alterou o modo com que a legislação discorre sobre as relações familiares. Apesar de não estar disposto de forma expressa na Constituição de 1988 e no Código Civil, o Princípio da Afetividade encontra-se implícito no art. 227, caput e §6º, da CF/88, e no art. 1.584, §5º, do CC/2002:

> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
>
> (...)
>
> § 5 o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco **e as relações de afinidade e afetividade** (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Com o intuito de exemplificar a influência do afeto na aceitação de modelos familiares distintos, cumpre destacar também o advento da família socioafetiva a partir da segunda metade da década de 1990. Apesar de toda família ser reputada como socioafetiva, pois origina-se do afeto, esse termo é empregado no Brasil para designar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação (LÔBO, 2009). A relação construída na convivência com os pais socioafetivos pode se sobrepor à origem bio-

lógica, como ocorre na adoção, ou entrar em paridade com essa, quando, por exemplo, um novo relacionamento de um dos pais cria uma filiação socioafetiva entre o novo companheiro e a criança.

Em virtude da relevância do Princípio da Afetividade como alicerce da família moderna, é indispensável sua consideração na análise das famílias poliafetivas, assim como o Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família, que tem como debate central o alcance da tutela estatal sobre as relações familiares.

Apesar da intervenção do Estado no Direito de Família estar respaldada na necessidade de proteção dos membros da família, é possível questionar a existência de um controle excessivo, que deve ser limitado pela legislação. A unidade familiar, como disposto no caput do art. 226 da Constituição, por ser base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Entretanto, faz-se necessário pontuar a existência de uma "barreira" entre aquilo que deve ser regulado, de forma a resguardar direitos fundamentais, e aquilo que deve ser ajustado por meio de escolhas individuais, respeitando a liberdade e a autonomia privada. A respeito do tema, Rodrigo Pereira discorre:

> O Estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (PERREIRA, 2006).

Constata-se que a atuação estatal não pode transpor a esfera de garantia de direitos, estando, assim, o Estado inapto a atuar como limitador

desses. Em seu artigo 1.513, o Código Civil de 2002 reconhece o Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família, e o mesmo ocorre com o art. 1565, § 2º, que veda qualquer tipo de coerção ao planejamento familiar, sendo este de decisão exclusiva do casal. Se não cabe ao Estado interferir no planejamento e, portanto, na estrutura familiar, é válido indagar se seriam apropriadas as limitações impostas por ele nos modelos familiares existentes na sociedade brasileira. Também é exequível depreender destes dispositivos que as famílias são as responsáveis por sua própria determinação e organização, o que, novamente, colide com a postura estatal de censurar a formação das famílias poliafetivas.

É nesse contexto que esse princípio se atrela ao Princípio da Liberdade das Relações Familiares e, de igual forma, a todos os outros já apresentados, dado que tais, na sua integralidade, versam a respeito da manutenção das relações familiares e a possibilidade jurídica do reconhecimento do poliamor. Este último, como seu nome já explicita, versa a respeito da livre escolha acerca dos elementos que compõe a vida familiar, dentre elas a autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador (LÔBO, 2009). Constata-se que a vedação da intervenção estatal de forma excessiva nas relações familiares e o direito a liberdade de autodeterminação são segmentos da mesma percepção de que os cidadãos são capazes de tutelar a própria vida.

O Princípio da Liberdade das Relações Familiares apresenta-se no ordenamento, a título de exemplo, por meio do artigo 1.614 do Código Civil, que permite ao filho a impugnação do reconhecimento da paternidade/maternidade ou, caso seja maior de idade, recusá-la, possuindo a escolha de modificar ou não sua estrutura familiar. Válido ressaltar ainda a seguinte ponderação:

> O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral (LÔBO, 2009).

Dispondo de tal colocação e do exame feito ao longo das últimas páginas, indaga-se se não estaria o Estado, ao proibir a formação das famílias poliafitivas, violando todos os princípios anteriormente expostos. Para que este questionamento possa ser respondido, imprescindível a análise da monogamia e sua colocação como princípio ou valor.

É inegável que a imposição da monogamia, consoante com os valores cristãos, faz parte, mesmo que apenas teoricamente, da cultura brasileira. Em contrapartida, evidente que, mesmo entre casais em que esta prevaleceria como acordo entre os pares, há a prática frequente da infidelidade, tanto que essa está tutelada nos art. 1.566, I, e 1.724, do CC/2002. Somada a essa proteção existente no Código Civil, o Código Penal, em seu art. 235, tipifica a bigamia como crime, sujeita a pena de reclusão de dois a seis anos.

A monogamia e a fidelidade, porém, ao contrário do que impõe o senso comum, não possuem o mesmo significado. Da mesma maneira que a fidelidade pode ser pactuada entre dois indivíduos dentro de uma relação, analogicamente pode se suceder entre três ou mais sujeitos pertencentes de um mesmo relacionamento amoroso. Como já posto no capítulo anterior, a poliafeitividade pode ter diversas configurações, não devendo nenhuma delas ser limitada pelo direito. Entretanto, no que é objeto de interesse deste artigo, justamente por ser aquela composição que é diretamente lesada pelo não reconhecimento, é a qual os entes mantêm relação com mais de um parceiro, concomitantemente ou não, de forma ininterrupta, se estabelecendo múltiplas conjugalidades dentro um mesmo grupo familiar[92]. Nota-se que, nesse tipo de poliamor, assim como em todos os outros, todos os integrantes têm ciência do sucedido e são aquiescentes e, portanto, não se fala em infidelidade: esta pressupõe traição, que se define por "quebra de fidelidade **prometida**" (MICHAELIS, 2020, grifo nosso).

Ainda no tocante à monogamia como conduta obrigatória, permanente e solidificada nos costumes brasileiros, há de se reforçar a carga cultural e religiosa dessa: ao passo que sustentar o relacionamento com apenas um parceiro é instituído pelo cristianismo e judaísmo (Gn 4: 19,23 e 1 Crônicas 14:3), a poligamia é permitida no islã (SURATA 4:3). Conse-

92 Denominada por alguns juristas como poligamia endógena.

quentemente, países que possuem a maioria da população adepta a esta última, como a Arábia Saudita, Sudão e Iémen, permitem que homens se casem com mais de uma mulher[93]. Apesar da poligamia e o poliamor serem institutos distintos, tal dado serve apenas para demonstrar a influência da cultura religiosa nas leis brasileiras, apesar da existência de um Estado laico desde a segunda Constituição Brasileira, de 1981.

Essa laicidade instável, existente apenas no plano teórico, permite a vigência de um ordenamento jurídico regado de dogmas cristãos que exclui e desumaniza pessoas. Se gera, assim, além do retrocesso em todos os campos do direito, um desrespeito às demais religiões e àqueles que não possuem nenhuma crença (PEREIRA, 2019).

Gustavo Santiago, em sua dissertação de mestrado, aponta o entendimento do jurista Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que apesar de não considerar a monogamia apenas uma norma moral, não acredita que ela deva ter aplicação absoluta ao ponto de inviabilizar direitos, como ocorre com as famílias poliafetivas (PEREIRA apud SANTIAGO, 2018). Rodrigo Pereira também compara a situação em que essas famílias se encontram com a posição anteriormente ocupada pelas relações homoafetivas, que tinham seus direitos negados por essa mesma moral, que condena aqueles que não a seguem à invisibilidade jurídica e social.

O reconhecimento da monogamia como valor e não como princípio dilucida o direito à união poliafetiva. No entanto, mesmo que se aplique o entendimento de que esta é um princípio, não é obstante ao reconhecimento do poliamor. Isso se dá porque nesse cenário há colisão entre princípios constitucionais e a sua resolução é realizada por meio do emprego de uma hermenêutica constitucional contemporânea estimulada pelos preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, observando-se a densidade, peso e importância dos princípios conflitantes. Para que seja garantida a harmonia e coerência do ordenamento, um desses deve ser afastado em detrimento do outro (CRISTÓVAM, 2005).

Dessa forma, a percepção de que a CF/88 é efetivamente garantista, fundamentada primordialmente no princípio da dignidade da pessoa

93 Dados retirados do IBDFAM, através do link: <https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/1998/Pa%C3%ADses+onde+a+poligamia+(legal+ou+n%C3%A3o)+%C3%A9+comum>. Acesso: 7 out. 2020

humana, somada a aplicação das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, cânones da interpretação, indubitavelmente pende para a frustração do Princípio da Monogamia em proveito dos Princípios da Igualdade, Afetividade, Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família, Dignidade da Pessoa Humana e todos os institutos a eles conexos, como a liberdade e a autonomia da vontade.

Infere-se aqui, então, que a ascensão da força normativa dos princípios constitucionais, fortificantes de um efetivo estado democrático de direito, na Constituição de 1988, atrelados às demais características constitucionais, viabilizam a legitimação de grupos minoritários, antes à margem da sociedade, como as famílias poliafetivas. O preconceito e a moral conservadora intolerante não podem mais ser empecilho para o reconhecimento de direitos desses grupos. Por fim, vale acrescentar o disposto por Rodrigo Pereira:

> É inacreditável que em pleno século XXI o Estado ainda venha intervir na economia do desejo das pessoas e dizer como elas podem, ou não, estabelecer suas relações amorosas e constituírem suas conjugalidades. Os mentores e defensores desta moral deveriam se perguntar, e ir ao âmago de seus próprios desejos e fantasias, o porquê de quererem cercear esses desejos. Que mal essas relações fazem à sociedade? Elas não interferem no direito alheio. As pessoas que ficarem tão incomodadas por terem um vizinho que vive uma relação poliafetiva deveria se perguntar o porquê deste incômodo e o porquê de não se respeitar uma forma diferente de se viver uma relação amorosa. Quem não concordar, basta não viver assim, mas deve respeitar quem fizer este tipo de escolha. Ou seria melhor que as coisas continuem sendo feitas às escondidas? (PEREIRA, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A soberania da Constituição põe o Direito Civil sob uma perspectiva constitucional, que o submete às diretrizes e princípios da CF/88. No tocante aos princípios constitucionais e também àqueles particulares ao Direito de Família, fica evidente que sua aplicação no debate relativo às famílias poliafetivas pende para o reconhecimento dessas, pois a ausência

de tutela estatal acarreta na privação de direitos, que vão de encontro, por exemplo, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio da Igualdade.

Ademais, ainda cumpre destacar as ponderações feitas acerca da monogamia e seu suposto status principiológico. Ainda que o exposto indique que esta não se encaixe como um princípio, mas sim como uma regra moral de uma parcela da sociedade brasileira, demonstrou-se, de igual forma, que mesmo que se decida adotar a monogamia como um princípio, este não afasta a possibilidade de reconhecimento das famílias poliafetivas – nessa circunstância, haveria colisão de princípios e, pelos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, a monogamia seria afastada em favor aos demais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. 1916.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ** – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 de out. 2020.

CARDOSO, Daniel. **Amando vári@s** – Individualização, redes, ética e poliamor. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova Lisboa, 2010. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

CAVALCANTE, Lara. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio. **Colisões entre princípios constitucionais:** uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy. Dissertação (Pós-graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2005.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 28 nov. 2020.

DICIONÁRIO **Oxford Advanced Learner's Dictionary**. Oxford University Press. Oxford. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRIMM, Dieter apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 13-44, 2005.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.** Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, 2013.

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=trai%C 3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 6 out. 2020.

PEREIRA, Rodrigo. **Por um Estado laico:** misturar Direito e religião sempre gerou injustiças. IBDFAM, 2019. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1330/Por+um+Estado+laico%3A+-misturar+Direito+e+religi%C3%A3o+sempre+gerou+injusti%-C3%A7as>. Acesso em: 7 out. 2020.

PEREZ, Tatiana; PALMA, Yáskara. Amar amores: O poliamor na contemporaneidade. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822018000100208&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 set. 2020.

POLYAMORY Society Glossary, 9 set. 2020. Disponível em: <http://www.polyamorysociety.org/glossary.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

SANTIAGO, Gustavo. **As Famílias formadas pelo poliamor:** Uma análise acerca da possibilidade de seu reconhecimento jurídico. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Civil) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

TABORDA, Maren. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, p. 241-269, 1998.

OPEN BANKING NO BRASIL

Beatriz de Sousa Gonçalves[94]

INTRODUÇÃO

É necessário asseverar, desde logo, que, embora abordar o tema do *open banking* no Brasil não seja das tarefas mais simples, seja pela inconteste complexidade de seus aspectos operacionais ou pelas constantes alterações regulatórias provocadas pelo avanço de sua implementação, fato é que estamos diante de uma disrupção tecnológica apta a desconstruir a barreira informacional entre os bancos dominantes e os novos *players* do setor bancário – como as *fintechs* –, de modo a abalar, assim, um sistema historicamente marcado pela alta concentração, falta de competitividade e alto grau de assimetria de informações (CARVALHO, 2020).

Nesse sentido, a partir da análise da regulação incidente sobre o *open banking* no país, também chamado de "sistema financeiro aberto", deve-se indagar se o modelo proposto tem condições efetivas de transformar o mercado financeiro ou se, valendo-se de exemplos regulatórios estrangeiros e que, na prática, não se alinham à realidade nacional, o *open banking* será mais uma novidade que, como muitas outras na história brasileira, será somente para "inglês ver".

94 Mestranda em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo (USP). LL.M. em Direito Empresarial pelo IBMEC/RJ. Atuou como Advogada Pública e, atualmente, atua como advogada no setor privado em matérias relacionadas a Direito Público, com foco em regulação.

1. A REGULAÇÃO BRASILEIRA

Inicialmente, deve-se ter em mente que, se a composição do setor bancário brasileiro advém de uma mistura de um alto nível de complexidade regulatória, da elevada necessidade de capital, da ausência de regulação quanto à propriedade dos dados pessoais dos consumidores e de uma intensa concentração em poucos atores[95], o modelo proposto de *open banking* deve, ou ao menos deveria, considerar tais particularidades antes de ser transplantado da experiência comparada e implementado no país. Analisando-se, entretanto, as principais regulações sobre *open banking* no Brasil[96], quais sejam, a Resolução Conjunta nº 01, de 4 de maio de 2020[97], e a Resolução BCB nº 32, de 29 de outubro de 2020[98], não nos parece que a regulação considerou características específicas do setor bancário nacional, as quais o distinguem consideravelmente do cenário europeu – principal fonte de inspiração do *open banking* brasileiro.

95 Tendo-se como parâmetro o "Relatório de Economia Bancária", divulgado pelo Banco Central em 2018, Banco do Brasil, Itaú, Bradesco, Santander e Caixa Econômica Federal (CEF) detêm mais de 80% dos ativos totais do segmento bancário comercial e da participação em depósitos em contas. Nas operações de crédito, Banco do Brasil, CEF, Bradesco e Itaú emprestam R$ 4 de cada R$ 5 no país. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2018.pdf>. Acesso em: 01/04/2021.

96 Além da regulação proposta pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional (Resolução Conjunta nº 01/2020), ressalta-se a existência do PL nº 4.963/2019, de autoria do Deputado Federal Otto Alencar Filho, que tramita na Câmara dos Deputados e que pretende alterar a LGPD para regulamentar o compartilhamento voluntário de dados bancários, de investimentos e de seguros dos correntistas com outras pessoas físicas ou jurídicas. Sua aprovação geraria ainda mais segurança jurídica ao open banking, na medida em que consolidaria o conceito já regulamentado pela LGPD de que a propriedade dos dados será sempre do respectivo titular, a quem cabe consentir com a sua transmissão. A ideia principal seria a de prever que, a partir do consentimento do titular dos dados, não se aplicaria a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 ("Lei do Sigilo Bancário") e, portanto, as instituições financeiras não poderiam negar o acesso ao respectivo titular ou às pessoas, físicas ou jurídicas, que ele previamente autorizasse.

97 Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055>. Acesso em: 01/04/2021.

98 Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-bcb-n-32-de-29-de-outubro-de-2020-285770861#:~:text=Estabelece%20os%20requisitos%20t%C3%A9cnicos%20e,Financeiro%20Aberto%20(Open%20Banking>. Acesso em: 01/04/2021.

Antes, contudo, de serem feitas eventuais críticas ao modelo existente e, ainda, de modo a criar uma sistematização da matéria, deve-se recorrer, primeiramente, ao conceito delineado no art. 2º, inciso I, da Resolução Conjunta nº 01/2020, que descreve o *open banking* como: "o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas". O art. 1º, *caput*, da referida resolução prevê, igualmente, que o *open banking* somente poderá ser utilizado por parte de instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB), ou seja, inexiste, até o presente momento, a previsão da participação de terceiros não autorizados.

Outra importante definição sobre *open banking* é dada pela Doutrina, que o define como sendo: "um conjunto de regras e procedimentos para o compartilhamento dos dados de modo seguro e eficiente entre instituições (financeiras ou independentes), a partir do consentimento dos usuários" (CARVALHO, 2020, p. 192). Percebe-se, assim, que o *open banking* conta com uma ideia principal: o de reestabelecer a propriedade e o controle dos dados financeiros aos seus reais donos, isto é, aos usuários do serviço bancário. Em outras palavras, consolida-se a compreensão de que os dados financeiros que estão custodiados pelos bancos são de propriedade dos usuários e, por isso, existindo o consentimento dos mesmos, tais dados poderão e deverão ser transferidos a terceiros autorizados. O papel dos bancos passa a ser o de um verdadeiro *gatekeepe*r das informações pessoais dos usuários, e não mais o de proprietário dessas informações.

Frise-se que essa nova perspectiva do usuário como sendo o proprietário de seus dados financeiros foi propiciada, em grande parte, graças à própria Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)[99], que passa a servir como um verdadeiro binômio nesse contexto de *open banking*, já que, ao mesmo tempo que delimita a forma de disponibilização dos dados pessoais financeiros e impõe um elevado grau de segurança, também garante os direitos do titular sobre seus dados (LEITE, 2020). Todavia, a despeito dessa mudança de paradigma ser indubitavelmente positiva, sobretudo para os titulares dos dados, a ideia de promover um acesso igualitário a informações pessoais dos usuários tem encontrado bastante resistência por aqueles que antes detinham o seu monopólio.

99 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 01/04/2021.

Menciona-se, assim, a recente disputa judicial movida pelo Bradesco em face do Guiabolso[100], cujo objetivo era o de impedir que a *startup* coletasse os dados financeiros de seus clientes. Ressalta-se que tamanha foi a relevância da negativa do Bradesco de franquear acesso do Guiabolso (um terceiro autorizado) aos dados pessoais que estavam sob a sua custódia que a controvérsia acabou por gerar a instauração de um processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para a apuração de eventuais condutas anticompetitivas do Bradesco.

A Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) apurou, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38, que os usuários do Guiabolso que são clientes de outras instituições financeiras conseguem autorizar o acesso do Guiabolso a suas informações bancárias inserindo as respectivas senhas no aplicativo. Contudo, o mesmo não é franqueado aos clientes do Bradesco, já que o banco instituiu uma senha randômica adicional para o acesso a suas contas-correntes. Na visão da Superintendência, existiriam evidências de infração à ordem econômica, na medida em que se restringiria a oferta de serviços por *fintechs* que dependam de dados bancários de seus usuários, em prejuízo à livre iniciativa e à livre concorrência. O referido processo resultou, assim, na homologação de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC)[101] por meio do qual o Bradesco se comprometeu a não mais reproduzir as condutas investigadas e a pagar aproximadamente R$ 23,8 milhões em contribuição pecuniária.

Ultrapassadas as questões mais basilares sobre o *open banking*, como a sua definição e a própria conjectura do setor bancário, que denota certa resistência de *players* dominantes face à sua operacionalização, devemos nos voltar aos aspectos práticos relativos à implementação do *open banking* no Brasil, de modo que se impõe a seguinte pergunta: como conseguir concretizar o acesso de terceiros aos dados financeiros custodiados nas instituições financeiras?

---

100 O Guiabolso é uma plataforma que unifica as contas e cartões em um só lugar, analisa os dados e seleciona os melhores produtos financeiros para o perfil do usuário.

101 Embora o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) não tenha sido disponibilizado na íntegra pelo CADE, foi publicada notícia sobre a sua implementação. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/bradesco-firma-acordo-com-cade-em-investigacao-de-pratica-anticompetitiva-contra-guiabolso#:~:text=O%20acordo%20foi%20firmado%20em,no%20mercado%20de%20servi%C3%A7os%20financeiros>. Acesso em: 01/04/2021.

De acordo com a regulação brasileira, a resposta estaria no compartilhamento por meio das APIs (*Application Programming Interfaces)*, conforme delineado no Capítulo V da Resolução BCB nº 32, de 29 de outubro de 2020 – que é a norma que estabelece os requisitos técnicos e procedimentos operacionais para a implementação do *open banking* no Brasil. As API's podem ser definidas como: "códigos que possibilitam a comunicação entre duas aplicações diferentes, permitindo o recebimento de pedidos e o envio de respostas" (CARVALHO, 2020, p. 208).

De maneira mais lúdica, as API's podem ser entendidas como: "*electrical sockets that have predictable patterns of openings into which, other applications that match those patterns can 'plug in' and consume them in the same way electrical devices consume electricity*" (BERLIND, 2015). Desta forma, a ideia geral é a de que os bancos detentores dos dados financeiros estabeleçam uma "tomada de acesso" que seja compatível com os "conectores" dos demais *players*, possibilitando a transferência desses dados. Essa é justamente uma das propostas regulatórias do *open banking*, exigir um padrão de acesso que facilite a troca de informações financeiras.

Todavia, ainda que a questão do compartilhamento de dados seja a principal mudança atrelada ao *open banking*, engana-se quem pensa que essa é a única frente de atuação do modelo brasileiro. Além da possibilidade do acesso de leitura dos dados financeiros dos usuários (*read-only access*), outra forma de compartilhamento de dados que também é prevista diz respeito à possibilidade de terceiros de modificar ou realizar alguma ação a partir da conta bancária do usuário (*write access*).

Neste cenário, surgem as figuras da iniciação de serviços de pagamento e do iniciador dos serviços de pagamento, chamado na União Europeia e no Reino Unido de PISP (*Payment Initiation Service Provider)*. Embora ainda não estejam regulamentadas, a ideia é que as PISP's possam pedir autorização ao cliente para se conectarem à sua conta bancária e iniciarem os pagamentos em seu nome, criando, então, uma ordem de pagamento de uma transação feita a partir da própria conta do cliente.

Impõe-se esclarecer, nesse sentido, que, de acordo com informações do site[102] do Banco Central do Brasil, o *open banking* brasileiro está estruturado em quatro diferentes fases, que comportam, de forma gradual, a

102 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>. Acesso em 01/04/2021.

implementação das referidas formas de compartilhamento de dados. A primeira fase, que teve início em 01/02/2021, prevê que as instituições participantes disponibilizem ao público informações padronizadas sobre os seus canais de atendimento e as características de produtos e serviços bancários tradicionais que oferecem. Não há previsão do compartilhamento de nenhum dado de cliente neste fase.

A segunda fase, por sua vez, cujo início está previsto para o dia 15/07/2021, já prevê a possibilidade do compartilhamento dos dados cadastrais, de informações sobre transações bancárias, cartões de crédito e de produtos de crédito contratados entre as instituições participantes do *open banking*, desde que devidamente autorizados pelo titular dos dados e de modo que o compartilhamento ocorra para finalidades determinadas e por um prazo específico. Também é previsto que o cliente possa cancelar a autorização a qualquer momento e em qualquer das instituições que estejam envolvidas no compartilhamento.

Na terceira fase, com o início programado para 30/08/2021, será possível o compartilhamento dos serviços de iniciação de transações de pagamento e de encaminhamento de proposta de operação de crédito. Na quarta e última fase, cuja implementação se dará em 15/12/2021, será possível que outros serviços financeiros passem a integrar o âmbito do *open banking*, tal como informações sobre operações de câmbio, investimentos, seguros e contas-salário, assim como se poderá acessar informações sobre esses produtos e serviços disponíveis para a contratação no mercado. Em outras palavras, a ideia é a de se ampliar a oferta de produtos e serviços financeiros, personalizando-os de acordo com a necessidade de cada cliente e, consequentemente, dando fim à vigente prática bancária de que os clientes de certa instituição financeira, ao procurarem serviços financeiros distintos, precisarem contratá-los junto àquela instituição que já conta com seus dados financeiros e histórico de crédito.

Quanto à operacionalização do modelo de *read-only access* e do modelo do *write access*, é indispensável mencionar que diversos de seus aspectos centrais não foram tratados pelas normas editadas pelo Banco Central, visto que a regulação do *open banking* brasileiro, assim como a prática internacional, escolheu abordar o tema não só por meio de diretivas editadas pelo Banco Central (ideia de regulação clássica imposta pelo Estado), mas igualmente por normas a serem criadas através da chamada autorregulação.

2. NOÇÕES CONTROVERSAS DO OPEN BANKING BRASILEIRO

A autorregulação no âmbito do *open banking* está prevista para ocorrer por meio da elaboração de uma Convenção a ser desenvolvida pelas instituições participantes do *open banking* (FARO, 2020). A noção de autorregulação se inspirou bastante no modelo do Reino Unido, na medida em que, naquele cenário, foi criada a OBIE (*Open Banking Implementation Entity*) pela CMA (*Competition and Markets Authority*) para ser o veículo de implementação do *open banking* – a base regulatória do *open banking* no Reino Unido é a mesma da União Europeia, qual seja, a PSD2 (*Payment Service Directive)*[103].

A OBIE, embora seja administrada pela CMA, é financiada pelos nove maiores bancos e sociedades de crédito no Reino Unido e tem como função determinar as especificações das APIs que vão ser usadas para o *open banking*, definir padrões de segurança e troca de mensagens, gerenciar o *Open Banking Directory* (permite o registro de novos participantes no *open banking*) e produzir diretrizes para a administração de disputas e reclamações (CARVALHO, 2020).

O modelo proposto pelo Banco Central do Brasil é o da autorregulação assistida, visto que a Convenção deve ser construída através da participação dos representantes de associações de classe do setor[104], cabendo-lhe, assim, a governança do processo de implementação do *open banking* no Brasil. Esse modelo de autorregulação tem sido objeto, entretanto, de

103 A Diretiva (UE) 2015/2366, que corresponde à PSD2, entrou em vigor em 12/01/2016, mas suas regras começaram a ser aplicadas em 13/01/2018. A Diretiva pode ser consultada em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=EN>. Acesso em: 01/04/2021.

104 O primeiro grupo seria composto pelas associações que majoritariamente representam as instituições que compõem os segmentos S1, S2 e S3 – como exemplos, tem-se: a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), a Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços (ABECS) e a Associação Brasileira de Bancos (ABBC). O segundo grupo seria composto pelas associações de instituições de pagamento e das instituições dos segmentos S4 e S5 – como exemplos, tem-se: a Associação Brasileira de Fintechs (ABFintechs), a Associação Brasileira de Instituições de Pagamentos (ABIPAG) e a Associação Brasileira de Crédito Digital (ABCD).

algumas críticas, principalmente em relação ao escopo e às responsabilidades atribuídas à Convenção.

Tendo em vista que aspectos operacionais essenciais à concretização do *open banking* foram delegados à Convenção, o grande receio é de que os agentes responsáveis por construir a Convenção não o façam de maneira eficiente e pró-competitiva, já que, se, de um lado, são eles que serão os mais afetados pela quebra do monopólio das informações financeiras, de outro lado, também não é estranho ao setor bancário a prática de definições operacionais protelatórias e anticompetitivas para inibir o acesso de novos *players*. Basta pensarmos no já citado caso entre Bradesco e Guiabolso.

Mostra-se bastante preocupante, portanto, deixar, por exemplo, a definição do modelo de APIs como sendo de integral responsabilidade da Convenção, dado que não prever uma interface API predefinida e única pode gerar diferentes padrões impulsionados por consórcios de bancos e provedores terceirizados, o que limitaria novos serviços a clientes de bancos específicos, contrariando a própria lógica do *open banking* (CARVALHO, 2020).

Outra crítica relevante ao modelo de autorregulação brasileiro está na ausência de uma norma que trate sobre a precificação da transferência de dados por meio das APIs (CARVALHO, 2020). Perceba-se que, se a ideia do *open banking* é a de aumentar a competitividade no setor, o ideal seria que o Banco Central do Brasil previsse que não existirá cobrança pelo armazenamento e compartilhamento dos dados financeiros com terceiros, pois, além de o dado já possuir um valor intrínseco para os seus detentores, a transferência de dados por meio de chamadas/*requests* não consiste propriamente na prestação de um serviço. Frisa-se que essa observação é de enorme importância quando se analisa, por exemplo, o cenário da cobrança de ressarcimentos de custos operacionais (RCO) nos serviços de transferências monetárias como DOC/TED e boleto.

Sendo absolutamente inconteste que os valores cobrados em transferências monetárias são imensamente maiores do que os cobrados pelas infraestruturas geridas pelo Banco Central do Brasil para a operacionalização das transferências e, sabendo-se que esses RCOs foram definidos em fóruns de autorregulação, o que impede que o mesmo ocorra quanto à transmissão de dados financeiros por meio de APIs? Em tese, não há

nada que impeça essa prática. Por essa razão, há de se concordar com a visão de que a definição de custos e cobranças não deveria, em nenhuma hipótese, ter sido deixada sob a incumbência da autorregulação, sob pena de se institucionalizar práticas predatórias das instituições de maior porte (que são aquelas que possuem a custódia dos dados).

Finalmente, abordando-se a perspectiva da proteção dos dados pessoais dos usuários bancários – noção que deve ser necessariamente considerada ao se tratar sobre *open banking* –, deve-se dizer que tanto o modelo de *open banking* brasileiro quanto o modelo de *open banking* europeu e britânico se alicerçam em diversos aspectos consagrados pela LGPD e pelo RGPD[105]. Nesse diapasão, ao se analisar os princípios estruturantes da lógica de proteção de dados, é comum notar que as regulações sobre *open banking* exijam das instituições participantes desse novo modelo de compartilhamento de informações bancárias que elas observem princípios como: (i) transparência; (ii) segurança e privacidade de dados e informações sobre serviços compartilhados; (iii) qualidade dos dados; (iv) tratamento não discriminatório; (v) reciprocidade; e (vi) interoperabilidade (FARO, 2020).

Ademais, outro ponto de convergência entre o *open banking* e a proteção de dados que merece menção diz respeito à figura de um Diretor de Compartilhamento de Dados (art. 32 da Resolução Conjunta nº 01/2020), que em muito se assemelha à figura do encarregado (art. 5º, VIII, da LGPD) ou do DPO (*Data Protection Officer* – art. 37 da RGPD). A principal questão a ser respondida, porém, é se o Diretor de Compartilhamento de Dados corresponde ou não à mesma figura do encarregado ou do DPO.

Nesse sentido, já é possível encontrar vozes que defendam que a tarefa de criar e apresentar relatórios semestrais sobre a troca de informações e serviços de sua instituição (art. 33, §1º, da Resolução Conjunta nº 01/2020) estaria inserida no escopo de atuação do encarregado previsto no art. 41, §2º, da LGPD (LEITE, 2020), motivo pelo qual, em tese, ambas as funções poderiam ser desempenhadas por uma única pessoa (CHIA-

105 Trata-se do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que é o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 01/04/2021.

VASSA; HENRIQUE, 2020). A referida interpretação também pode ser extraída da leitura do art. 32, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 01/2020, que prevê que o Diretor de Compartilhamento de Dados pode cumular outras funções na instituição, desde que não exista conflito de interesses. Essa questão, contudo, precisa ser pacificada no Brasil para se garantir maior segurança jurídica àqueles que atuam no âmbito do compartilhamento de dados bancários.

CONCLUSÕES

Diante das breves noções desenvolvidas no presente trabalho, é possível compreender que, não obstante o *open banking* tenha condições reais de transformar o mercado bancário brasileiro, ainda existem muitas zonas cinzentas relativas à operacionalização desse sistema – as quais, frisa-se, poderão impactar diretamente no sucesso ou fracasso de toda a estrutura de compartilhamento de informações financeiras.

Assim, independentemente de se tratar do estabelecimento de um modelo único de API que permita que a troca de informações entre os participantes do sistema de *open banking*, da precificação do armazenamento e compartilhamento dos dados financeiros ou, ainda, da possibilidade ou não de a função de Diretor de Compartilhamento de Dados poder ser desempenhada pela mesma pessoa que, nos moldes da LGPD, atua como encarregado (referido na legislação de proteção de dados europeia como o *Data Protection Officer* – DPO), fato é que a definição de pontos centrais do *open banking* não poderia ter sido deixada a cargo da autorregulação, já que, conforme fora explicitado no presente trabalho, se está diante de um setor bancário que é historicamente marcado pela concentração de mercado e pela prática de condutas anticompetitivas.

Portanto, embora a noção de autorregulação possa fazer sentido no âmbito da experiência comparada, diante das peculiaridades do sistema financeiro nacional, tal técnica regulatória acaba por promover um elevado grau de insegurança jurídica quanto aos rumos que o *open banking* tomará no Brasil. No fim das contas, parece absolutamente contraditório que a própria regulação delegue poderes regulatórios àqueles que poderão ser prejudicados com a implementação do *open banking* e que, por conseguinte, podem não querer compartilhar os dados – sobretudo quando são

deixados a cargo da autorregulação aspectos determinantes a toda operacionalização do *open banking*. Se a máxima de que "informação é poder" ecoa cada vez mais no mundo globalizado, na prática, a regulação brasileira parece ter minimizado o impacto dessa lógica à já complexa dinâmica de mercado bancário nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLIND, David. *What is an API, Exactly?* In: **ProgrammableWeb**. Disponível em: <https://www.programmableweb.com/news/what-api-exactly/analysis/2015/12/03>. Acesso em: 08/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**, 2018.

CARVALHO, Rômullo. Open Banking: Da lenta evolução à Revolução do Sistema Financeiro. In: MIGUEIS, Ana Carolina et al. (org.). **Sistema financeiro em movimento:** cases, transformações e regulação. 1ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CHIAVASSA, Marcelo; HENRIQUE, Lygia Maria M. Molina. DPO e a figura do Diretor de Compartilhamento de Dados na Resolução do BACEN. In: **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dpo-e-a-figura-do-diretor-de-compartilhamento-de-dados-na-resolucao-do-bacen-28052020>. Acesso em: 08/11/2020.

FARO, Priscila Pinheiro Ribeiro. Open Banking no Brasil como iniciativa de modernização do sistema financeiro e mecanismo de incentivo à concorrência. In: BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno (org). **Banking 4.0:** desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, Edição do Kindle, 2020.

LEITE, Luiza. Open Banking: a quebra do monopólio informacional. In: BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno (org.). **Banking 4.0:** desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, Edição do Kindle, 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1, DE 4 DE MAIO DE 2020**, 2020.

_____. BANCO CENTRAL DO BRASIL; DIRETORIA COLEGIADA. **RESOLUÇÃO BCB Nº 32, DE 29 DE OUTUBRO DE 2020**, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho**, 2015.

_____. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, 2016.

CONSEQUÊNCIAS ÉTICAS E LEGAIS DO BIG DATA EM SAÚDE

Ana Maria G. Anátocles[106]

INTRODUÇÃO

São muitas as maneiras de uso de *Big Data* na área da saúde e, inclusive, são muitas as dificuldades tecnológicas que acabam por ser naturais diante de um ambiente muitas vezes instável por conta de um quantitativo tão exacerbado de informações. O Big data é preparado para lidar com grandes volumes de dados, existindo sem dúvidas, enormes possibilidades de prerrogativas que seu avanço traz à sociedade, o que faz com que a ótica otimista prevaleça sempre, porque os avanços são inquestionáveis.

A justificativa desta abordagem é porque quando a coleta de dados acontece, muitas informações podem não ser tão claras, assim como também não ficam tão evidentes as metodologias utilizadas para tal coleta. Quantas vezes os usuários não recebem a informação de que algum de seus dados está sendo usado para pesquisas dentro de alguma Organização. Neste caso, estamos falando de ética, e, ao que parece, não está sendo bem empregada.

No Brasil, ainda que haja projetos de leis em voga, ainda há muito que caminhar nesse sentido. No ano de 2018, uma evolução neste campo ocorreu quando a União Europeia pôs em vigor o *General Data Protection Regulation (GDPR),* que é o início do caminho no que diz respeito à procura pela proteção dos dados da sociedade europeia, a partir de uma série

106 Doutoranda em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa.

de regras com vistas em normalizar a coleta e a utilização de dados pessoais dos sujeitos que estejam na União Europeia, e que se concentra também nas empresas que atuam neste local.

A *GDPR* tem por objetivo proteger os dados dos cidadãos a partir do cuidado com seus direitos de usuários e seu livre-arbítrio. O Brasil, ainda no ano de 2018, também deu um passo nesse sentido, decretando e sancionando a Lei nº 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados), que reza sobre a proteção de dados pessoais e modifica a Lei nº 12.965, de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Esta lei, grosso modo, tem por escopo a garantia de que os cidadãos tenham privacidade, enfatizando claramente regras para que as empresas que operam neste segmento respeitem esse direito, sem que haja perdas econômicas.

REFERENCIAL TEÓRICO

A sociedade de hoje em dia permite que todos os nossos atos possam ser transformados em dados (ABBES, 2016). Este mesmo autor explica ainda que a coisa acontece aparentemente de forma muito simples: quando um sujeito vai a algum estabelecimento, por exemplo, ele pode estar sujeito a deixar seu rastro a partir de seus dados, o que pode ser viabilizado pelo simples sinal de um celular. Esses dados, em poucos segundos, se transformam em informações que mostram que tipo de consumidor ele é, podendo, inclusive, ir muito mais longe do que isso, caso seus dados sejam de interesse do Governo ou, até mesmo, do campo científico.

A tecnologia e o desenvolvimento andam de braços dados não é de hoje e podem mudar o padrão de comportamento das pessoas, que, graças a essa evolução tecnológica, recebem e passam informações de forma mais ágil que antigamente – e essa velocidade cada vez aumenta mais. Segundo Dong e Srivastava (2013), o *Big Data* está intimamente unido ao processo de aquisição dos dados, o que ocorre de maneira aberta e pública. O que anteriormente parecia suprir necessidades, como simplesmente ter acesso a informações, não é mais, sendo necessário o acesso aos dados, que são capazes de entrar no panorama social do sujeito, o que acontece através de aplicativos, comandos governamentais e pesquisas científicas de Organizações.

Atualmente, o Big Data cresce desmedidamente no que diz respeito ao número de dados gerados pelos sujeitos. Existem dados que são con-

siderados abertos e que, por isso, podem ser usados e disseminados por qualquer pessoa. O *Big Data* não faz referência apenas aos dados abertos, abrangendo informações de suma relevância para transações que dizem respeito a pessoas e àquilo que elas consomem, etc. (YAHYA, 2019). Essas informações são empregadas com o desígnio de alcançar sucesso competitivo para Organizações.

O Big Data é formado por dados abertos (SAES, 2019), entretanto não são atrelados ao governo, mas sim realizados por empreendimentos científicos que compartilham dados, compreendendo grandes acervos de informações de pesquisas dos mais diversos assuntos, desde astronomia ao Genoma humano. Mesmo que esses empreendimentos científicos façam uso de informações que contenham proteção do governo, o que acontece de fato, não caracteriza uso de dados governamentais.

Com esse crescimento exponencial de dados, é preciso uma filtragem para que se possa saber o que de fato interessa. Para isso, existe o serviço do *Bussines Inteligence*, que faz justamente essa filtragem para que possa ser usado pelas Organizações interessadas (SAES, 2019). Este mesmo autor divide o Big Data em uma metafórica "tempestade perfeita de dados" de convergência e da computação, consistindo em um resultado de quatro elementos: Lei de Moore, computação móvel, redes sociais e computação em nuvem (RESING, 2014).

O Big Data na área da saúde vem se desenvolvendo cada vez mais (SOUSA, 2019). De acordo com Herland et al. (2014), o uso dos dados em Big Data nesta seara necessita levar em conta duas vertentes: a demanda de pesquisa e a coleta de dados. Quando se trata de assuntos relativos à epidemiologia, por exemplo, só interessam os dados populacionais, se for clínica, o que servem são os dados moleculares e também se utiliza de mensagens para socorrer os pacientes no sentido de terem mais informações médicas ou dados coletados inteiramente de pacientes com a intenção de reconhecer fatores hipotéticos. Tudo que diga respeito à biologia humana pode se aproveitar de dados teciduais (exames laboratoriais ou de imagem). No que tange à coleta de dados, o padrão seria levar em conta qualquer fonte para a sua coleta.

Neste momento, os procedimentos mais usados são arquivos, rastreadores da Web e softwares que monitorem redes (CHIAVEGATTO FILHO, 2015).

Ainda em saúde, quando os dados forem provenientes de fontes diversas, precisam ser unificados e só depois avaliados no que diz respeito à conformidade e coerência.

Como já se viu, o Big Data compreende a produção, tratamento e análise de números muito altos de dados, que suplantam as capacidades normais de processamento, sendo vastamente usados por empresas, governos e outros segmentos que desejem alcançar informações com base em um amplo volume de dados não organizados.

Na seara de saúde, as fontes de dados empregadas são registros médicos eletrônicos e escritos clínicos; imagens biomédicas; dados provenientes de sensores; base de dados de genomas e farmacêuticas; sistemas de relatórios automáticos; referências de saúde e biomedicina; dados derivados das redes sociais (JOKONYA, 2014). Muitas dessas fontes de dados não sopesam ou interrogam o uso destes dados sem que gerem danos à privacidade do sujeito. Por exemplo, tem-se os dados alcançados por meio de artigos científicos e imagens. Por essa questão é que é tão relevante falar de ética.

A etimologia da palavra ética vem "do grego *ethos*, que exprime 'caráter', 'costume' ou 'maneira de ser'" (DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO, 2021). Mas este dicionário não para por aí e elucida que o significado desta palavra, na verdade, se baseou na expressão grega *ethike philosophia*, que denota "filosofia moral" ou "filosofia do modo de ser". Para Foridi (2010), a ética se dá como a apreciação aprofundada dos juízos valor que dizem respeito ao comportamento humano, no que tange ao que é certo e errado. Quando se fala em Big Data, ele não traz um manual com o que é certo ou errado; ético ou não ético. No entanto, apesar da apreciação ética do panorama do Big Data ser algo complexo, é preciso tentar adentrar o tema, pois, afinal de contas, os comportamentos adotados pelas grandes empresas precisam sofrer análise minuciosa acerca do assunto com vista em tornar mínimas as decorrências negativas que a tecnologia pode gerar ao ser humano.

Existem hoje em dia leis que protegem dados médicos, como a HIPPA (Health Insurance Portabilityand Accountability Act of 1996) e a GINA (Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008), mas é imperioso que se pondere acerca da preservação dos dados pessoais referentes à saúde e ao aumento dos erros baseados em informações sem identifica-

ção. Da mesma forma, é preciso sobrepesar sobre a possibilidade das leis formarem barreiras ao exercício médico através de ferramentas digitais. No que diz respeito à utilização de dados, é de suma importância enfatizar que certos pacientes permitem a utilização de seus dados relacionados no que tange ao seu estado de saúde, porque não acreditam que isso signifique exposição sua e de seu estado (KRAMER, 2014).

Em contrapartida, no que diz respeito à demanda teórica sobre a privacidade no campo médico e a forma como esta precisa ser enfrentada, há muito ainda que se discutir, porque não se chegou a um consenso. Uma vez que se determine que é permitido o compartilhamento consentido pelo paciente, o sujeito que escolher não mostrar suas informações – estará da mesma forma se expondo.

Existem cada vez mais dados que são oriundos de várias fontes. A inteligência artificial se usa de procedimentos tecnológicos que identificam exemplos disso. É o caso de um *software* com a função de reconhecer padrões em imagens médicas, com a finalidade de assinalar problemas e tumores (GUARIZI, 2017). A cautela em relação a bases de dados na conjuntura brasileira não diz respeito somente à teoria, mas à sua organização, triagem ou classificação dessa teoria.

Assim, vale a pena pensar qual seria o melhor comportamento no que tange a uma base de dados organizada e classificada por uma regra de Inteligência Artificial. Conforme o art. 11 apontado pela LDA, o autor é na verdade a pessoa física que cria a sua obra, seja ela literária, artística ou científica, e, segundo as pressuposições apontadas pela Lei, a proteção confiada ao autor abrange também as pessoas jurídicas e sua propriedade. Desse modo, fica claro que o autor das obras deve ser necessariamente uma pessoa física. A interrogação que se faz aqui é: será que é ético algo elaborado por um programa de inteligência artificial estar disponível em domínio público, ou será que pertence à organização titular do programa, através de uma compreensão analógica do art. 4º da Lei nº 9.609/98.

Dando um salto no tempo, em julho de 2018, no Plenário do Senado Federal, foi apresentada uma proposta mais adequada no que diz respeito ao Projeto de Lei da Câmara nº 53, de 2018, que delibera sobre a proteção de dados pessoais e modifica a Lei 12.965 (Marco Civil da Internet), de 2014. Assim, foi materializada a Lei nº 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD). Depois de aprovada, esta lei foi conduzida ao

presidente da República Michel Temer pelo Presidente do Senado Federal para que fosse sancionada.

Com a Lei nº 13.709 (LGDP), Lei Geral de Proteção de Dados em vigor, as corporações públicas e privadas passam a ter 18 meses para se adequar e entrar em concordância com ela. Entretanto, mesmo sendo sancionada, a lei sofreu veto parcial, por algumas discordâncias do interesse público e por inconstitucionalidade. Um exemplo disso foi o veto que sofreu a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Seria essa agência que tornaria possível a aplicação da lei. Sem contar que outros cinco artigos e cinco incisos foram proibidos.

METODOLOGIA DE PESQUISA

A metodologia adotada neste trabalho seguirá a dedução e a dialética. No que diz respeito ao método, será apenas de cunho teórico e qualitativo.

DISCUSSÃO

Observa-se que, com a falta de uma legislação contundente e específica, fica muito difícil unificar normas acerca da segurança jurídica para usuários e empresas, inclusive na área médica, seja em relação ao comércio de dados pessoais dos usuários das redes seja em relação a projetos de organizações que fazem uso desses dados para pesquisas não liberadas.

Dessa maneira, é de suma importância que se destaque que, apesar da nova Lei Geral de Proteção de Dados ter um texto bastante coerente e deixar bastante claro o tratamento de dados concretizado tanto pela esfera privada quanto pela pública, e apesar desta possuir uma legislação específica acerca do consentimento indispensável para efetivação da coleta de dados, fica claro o quanto a lei deixa para o usuário e, sobretudo, aqueles que não possuem muita compreensão do assunto. Dessa maneira, tais brechas ocasionadas pelas advertências aos arremates comercial e industrial necessitaria de um órgão regulador, que, apesar de prevista, não existiu; e sem ele, não tem como a lei ser devidamente fiscalizada (LOPES, 2019).

Assim, mesmo o governo objetivando tornar possível que, no que diz respeito à segurança de dados, as empresas possam atuar de forma transparente em relação às suas finalidades e que a LGPD conferirá limites

ao conturbado panorama do Big Data no Brasil – fazendo com que os cidadãos brasileiros se sintam mais seguros em relação à propagação de seus dados –, fica uma brecha no que diz respeito à criação desse órgão regulador, que poderia resolver todos os problemas em relação ao cumprimento da lei, mas sem os artigos e incisos tão importantes que acabam sendo vetados. Com esses vetos, a eficácia da lei fica comprometida, ocasionando, assim, uma preocupação real no que diz respeito à ética no desempenho das etapas do Big Data e à inspeção dos casos em que esta seja desobedecida.

Em relação à área da saúde em específico, conforme Luxton (2014), o alcance que as tecnologias de inteligência artificial podem chegar na seara médica irá depender amplamente de um meio-termo entre seus prós e contras. É preciso levar em conta os benefícios para os usuários, porque o acesso pode ser realizado por aparelhos com tecnologia muito simples, com uma imensidão de informações e possibilidade de conexão de dados de distintas fontes, o que o torna possível munir tratamentos mais adequados para cada caso. Sem contar com a vantagem de que estes sistemas não correm o risco de incorrer em falha humana com competência para ministrar um tratamento mais personalizado para o paciente. Em contrapartida, se faz necessário questionar sobre a captação dessas tecnologias em certas áreas da medicina, que prioram pelo contato, como a psicoterápica.

Quando se fala de inteligência artificial, Big data e saúde sob uma reflexão da ética, não se pode deixar de discutir a responsabilidade. Muitos sistemas dotados de inteligência artificial são apropriados para fornecer diagnósticos concisos, exatos. Mas, é preciso pensar que, se ocorrer um erro de sistema que faça com que haja um erro que prejudique algum doente, a quem se deve responsabilizar? O que seria ético neste caso? Isso demonstra que a questão da ética neste assunto é ampla, mas precisa ser refletida. Essa situação causa consequências ressaltantes para o Direito, como, por exemplo, o fato de que as atitudes e determinações de um administrador de inteligência artificial passam a ser inesperados ao ser humano (CERLONI, 2019). "Desse modo, uma decisão adotada por um sistema de inteligência artificial pode ser a matematicamente mais apropriada, mas não a 'humanamente' mais apropriada" (CERLONI, 2019, p. 37). É preciso levar em conta essa questão, especialmente no que diz

respeito à autonomia desses sistemas em ocorrências mais vulneráveis. E a medicina é uma área que precisa de cuidados especiais, porque vidas estão em jogo, apesar de sabermos que existe um arcabouço técnico e científico muito grande por trás desses sistemas. Entrando na seara do Direito, conforme o sistema jurídico vigorante no local, a quem deve ser conferida a responsabilidade, caso seja permitido um programa de computador com Inteligência Artificial, apropriado para modificar seu código por meio da prática e de tomar decisões baseadas no seu aprendizado e na disposição de informação em uma rede mundial de informações geradas por outros sistemas de inteligência artificial?

CONCLUSÃO

Este artigo demonstrou que o aproveitamento de sistemas de Inteligência Artificial e Big Data na Medicina são muitos, mas existe uma polêmica muito grande, principalmente no que tange à ética e ao próprio Direito. Além disso, por conta do atual surgimento e desenvolvimento dessas tecnologias, ainda é preciso de mais literatura que possa enriquecer tais reflexões. Foi possível verificar que, para falar sobre o posicionamento ético neste campo, não se pode deixar para trás questões atinentes à Propriedade Intelectual e Responsabilidade, pois estão intimamente atrelados à Inteligência Artificial e Big Data. É preciso refletir, sim, sobre a privacidade dos dados usados por sistemas técnicos, enfatizando o grande número de fontes de documentos que nutrem os Sistemas Especialistas, muitas de perfil público e outras que suscitam interrogações sobre a possibilidade de emprego desses dados. Muitos dados possuem certas consequências de seus empregos.

Enfatiza-se mais uma vez a discussão ética no que diz respeito ao fato de que os sistemas de computadores cobertos de Inteligência Artificial para o campo da saúde podem vir a substituir o médico especialista por causa da sua larga base de conhecimento e disposição avançada de tomada de decisões com base em uma imensidão de dados. Por isso que é preciso se preocupar com as aplicações da inteligência artificial em algumas áreas da saúde, filtrando, como se disse acima, aquilo que é deveras relevante: ter o contato médico-paciente. Não se deve esquecer também a questão da Propriedade Intelectual, no que diz respeito ao direito autoral em rela-

ção à função dos sistemas de Inteligência Artificial e do Big Data nas bases de dados.

Outro ponto conclusivo que cabe salientar é a importância sobre a reflexão em cima das leis que regem essas tecnologias recentes, abarcando bases de dados e tecnologias de Inteligência Artificial, ao se examinar o aumento desses usos e as mudanças que ocorrem nas suas operações devido ao dinamismo das informações dentro da sociedade atual. É preciso uma lei sem brechas, que possa de fato proteger as pessoas e seus dados.

O Direito não possui outra possibilidade além de interceder dentro do processo de relacionamento entre a tecnologia, como exemplo o big *data* e a proteção da pessoa, no que diz respeito aos seus dados pessoais. Não existe algo que possa frear a capacidade do sujeito de se recompor e de modificar tudo à sua volta o tempo todo, por isso o direito não se presta de forma alguma a frear a modernização, mas sim trazer algum equilíbrio dentro dessas relações entre tecnologia e ser humano. Não se pode esquecer de que é impossível utilizar as concepções sobre o uso de tecnologias de Inteligência Artificial para todas as áreas da saúde, porque, quando se fala de saúde, cada caso é um caso. É preciso respeitar a autonomia dessas tecnologias, porque a questão de se tratar de seres humanos, muitas vezes fragilizados, precisa ser levada em consideração.

Finalmente, de suma relevância enfatizar que o uso de dados precisa, sim, ser visto com um olhar cuidadoso, assim como uso de imagens de exames de pacientes que são usadas por sistemas peritos de exame de saúde. É preciso respeitar a privacidade desses pacientes, porque, de fato, as pesquisas que ocorrem através destes dados são muito importantes. Mas, é preciso que se faça uso de toda uma estrutura e tecnologias que não permita a identificação de pacientes quando a situação assim o pedir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BILLY, Maestro. **A Inteligência Artificial e a Música**. Publicado em: 12 set. 2018. Disponível em: <https://www.updateordie.com/2018/09/13/inteligencia-artificial-e-musica>. Acesso em: 31/03/2021

BRASIL. **Lei nº 9609**, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção intelectual de programas de computador, sua comercialização no País e dá outras providências. Brasília, DF.

CARLONI, Giovanna Louise Bodin de Saint-Ange Comnène. **Privacidade e Inovação na Era do Big Data**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV Direito Rio como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Rio de Janeiro. Junho de 2019.

CHIAVEGATTO FILHO ADP. **Uso de big data em saúde no Brasil:** perspectivas para um futuro próximo. Epidemiol Serv Saúde. 2015

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/>. Acesso em: 10 de março de 2021.

DONG, X. L.; SRIVASTAVA, D. **Big data integration**. In: IEEE. 2013 IEEE 29th international conference on data engineering (ICDE). [S.l.], 2013. http://lunadong.com/publication/bigIntegration_icde.pdf acesso em 01/04/2021.

FLORIDI, L. **Information:** A Very Short Introduction. New York: Oxford University Press, 2010.

GUARIZI, Débora Deflim; OLIVEIRA, Eliane Vendramini. **Estudo da Inteligência Artificial aplicada na área da saúde**. Colloquium Exactarum, vol. 6, n. especial, Jul Dez, 2017.

HERLAND M, Khoshgoftaar TM, Wald R. **A review of data mining using big data in health informatics.** J Big Data. 2014.

JOKONYA, Osden Towards. **A Big Data Framework for the Prevention and Control of HIV/AIDS, TB and Silicosis in the Mining Industry'**, Procedia Technology. 2014

KRAMER, A. D. I., GUILLORY, J. E, HANCOCK, J. T**. Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks. National Academy of Sciences.** Princeton University, Princeton. Junho de 2014.

LOPES, M.; OLIVEIRA, G.M; MAIA; L.M. Saúde digital, direito de todos, dever do Estado? A**rq. Bras. Cardiol.** 113(3), p. 429-434, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2019000900429&lng=en>. Acesso em: 26/03/2021

LUXTON, David D. Recommendations for the ethical use and design of artificial inteligente care providers. **Artificial Intelligence in Medicine,** 62, 2014.

RISING, Carl Johan; KRISTENSEN, Michael; TJERRILD-HANSEN, Steffen. Is Big data too Big for SMEs?. **Leading Trends in Information Technology.** 2014.

SAES, K. R. **Abordagem para integração automática de dados estruturados e não estruturados em um contexto Big Data**. Tese (Doutorado) — Universidade de São Paulo.2019 https://web.stanford.edu/class/msande238/projects/2014/GainIT.pdf acesso em 22/03/2021

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. **Pensar**, v. 24, n. 3, jul.-set./2019

YAHYA, F. et al. **Extending the national lake database of malaysia (mylake) as a central data exchange using big data integration**. In: Proceedings of the 2019 2nd International Conference on Data Science and Information Technology. [S.l.: s.n.], 2019.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E OS PRINCÍPIOS DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI E DA PLENITUDE DE DEFESA: UM OXIMORO À SEGURANÇA JURÍDICA

Allan Thiago Barbosa Arakaki[107]
Uendel Roger Galvão Monteiro[108]
Fábio Borini Monteiro[109]

INTRODUÇÃO

Os pilares estruturantes do Tribunal do Júri, o funcionamento deste, albergando teses e argumentações fora da órbita jurídica, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, importou

107 Mestrando em Direito (UNIMAR). Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil (Universitat de Girona). Especialista em Direito Público (Uniderp) e em Ciências Criminais e em Segurança Pública (CERS). Promotor de Justiça (MPMS).

108 Mestre em Direito (UNIMAR). Especialista em Direito Notarial e Registral (Uniderp) e Direito Público com ênfase em Direito Constitucional (Verbo Educacional). Tabelião e Oficial de Registros Públicos.

109 Graduado em Direito (Toledo Prudente Centro Universitário). Especialista em Direito Público (FAEL). Advogado.

claramente o delineamento de um procedimento e sistema diferenciados da realidade ordinária forense, cuja sentença é plasmada na valoração probatória fundamentada do magistrado togado sentenciante.

Nesse eito, em razão das especificidades inerentes ao Tribunal Popular, diversas teses, alheias à esfera judicial, foram se sedimentando tradicionalmente nos debates, como a absolvição por clemência e, máxime, a tese da legítima defesa da honra quanto ao ato de ceifar a vida da mulher adúltera.

Em que pese inegável a importância da proteção da vida feminina, sobretudo dentro de uma estrutura social patriarcal tradicional como a brasileira, mister se faz analisar se a decisão da Corte Suprema no sentido de obstar a arguição da tese da legítima defesa da honra ofenderia ou não os princípios constitucionais da competência do júri e da plenitude de defesa.

Para tanto, é realizada uma pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas jurídicas, e jurisprudencial, consistente no exame do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 779 pela Suprema Corte brasileira. O método empregado é o dedutivo, posto ser o mais adequado para averiguar se haveria ofensa aos princípios constitucionais da competência do júri e da plenitude de defesa ao se obstar à referência da tese defensiva da legítima defesa da honra.

Parte-se, assim, da premissa geral, tecendo breves apontamentos sobre os princípios constitucionais do Tribunal do Júri. Após, ingressa-se na tese da legítima defesa da honra a fim de averiguar a sua juridicidade ou não e, por fim, adentra-se ao ponto fulcral da presente pesquisa para se avaliar se o impedimento de se arguir a tese em questão ofenderia os princípios da competência do júri e da plenitude de defesa.

O referencial teórico utilizado consiste na Constituição Federal de 1988, enquanto norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, no Código Penal e no Código de Processo Penal, mais especificamente na parte atinente ao Tribunal do Júri, no funcionamento deste, nos princípios constitucionais que o norteiam e os efeitos que estes impõem.

1. BREVES APONTAMENTOS A RESPEITO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA IMPORTÂNCIA

O Tribunal do Júri é um instituto secular e histórico, consubstanciando uma das ferramentas democráticas da participação popular. É pos-

sível compreendê-lo assim, uma vez que "[...] não há dúvida do caráter democrático da instituição do tribunal do júri, que nasce, exaltadamente, das decisões emanadas do povo, retirando, das mãos dos magistrados comprometidos com o déspota, o poder de decisão" (RANGEL, 2013, p. 592).

Ademais, é notório que, nas advertências de Paulo Rangel (2013, p. 608), em razão do caráter democrático do júri, dentro dos moldes constitucionais brasileiros, não há sua consonância com regimes ditatoriais, pois o instituto floresceu historicamente da necessidade de afetar determinada competência de poder judicial a pessoas do próprio povo, possibilitando a participação popular. Pode-se dizer ainda que:

> O Tribunal do Júri é a intromissão socioestatal na porção hodierna que mais aflige a humanidade: a violência. É o exercício teatral e direto do poder do povo, sem representação transversa, sem admoestação, promovido pelo Estado para consolidação da democracia (SILVA JÚNIOR; LARA; D'ANGELO, 2018, p. 226).

Imperioso observar que, previsto expressamente na Carta Fundamental de 1988, mais precisamente no art. 5º, XXXVIII, o júri encontra topograficamente sediado sob a rubrica do capítulo relacionado aos direitos e garantias individuais, o que é de extremo relevo. Com efeito, a simples previsão constitucional de tal instituto na Lei Fundamental já denotaria a relevância por si só, porém a Constituição de Federal de 1988 a trouxe inserida no bojo dos direitos e garantias individuais.

É notório que o art. 60, §4º, IV, da CF/88 edificou como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. Implica, por conseguinte, compreender que o Júri se consubstancia, nos moldes lapidados na Carta Fundamental, como instituto insindicável de dilapidação normativa (MARMELSTEIN, 2013, p. 280). Conforme ensina Paulo Bonavides (2016, p. 562): "A garantia constitucional de primeiro grau, dentro ou fora do art. 60, §4º, IV, d, protege o espírito da Constituição. Está fora do poder de emenda. Sobre ela não tem jurisdição o titular do poder constituinte constituído".

O júri, enquanto cláusula pétrea (CÂMERA; OLIVEIRA, BARRETO, 2020, p. 277), deve ser compreendido dentro da molécula essen-

cial e fundamental do eixo do texto constitucional que, muito embora admita alterações porvindouras, não concebe restrições ao sentido delineado na própria Carta da República (MARMELSTEIN, 2013, p. 280).

O elo íntimo entre o júri e a democracia, permitindo ao próprio povo selar a sorte de um semelhante, é nítido, conforme declina Guilherme Nucci (2013, p. 45): "Ao estabelecer, na Constituição Federal, como cláusula pétrea [...], que haverá júri em nosso País, termina-se por inserir o cidadão no contexto do hermético Poder Judiciário". Inegável, assim sendo, a importância e a relevância do Tribunal Popular na linha dos fundamentos extraídos do texto constitucional.

Aliás, a Carta Maior de 1988 não previu apenas o Júri, mas traçou os pilares fundantes daquele, consistentes na plenitude de defesa; no sigilo das votações; na soberania dos veredictos e na competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, a, b, c, d). Veja-se que os quatro eixos estruturantes do Tribunal Popular são de imensa relevância por haurirem diretamente seu fundamento do próprio texto constitucional, motivo pelo qual se passa a abordá-los brevemente.

O princípio da plenitude de defesa, vigente expressamente no caso do Tribunal do Júri, transborda as fronteiras do princípio da ampla defesa (ALMEIDA, 2014, p. 34**;** NUCCI, 2013, p. 29; STRECK, 2013, p. 382; TRAD et al., 2015, p. 146). Lênio Streck (2013, p. 382) sintetiza: "a garantia da plenitude de defesa permite que o acusado, por meio do advogado, utilize todos os argumentos necessários para apresentar sua defesa e, assim, buscar convencer o conselho de sentença".

Em outras palavras, tendo em vista a natureza do Tribunal Popular, a formação heterogênea de sua composição, a ideia de um indivíduo ser julgado pelo seu semelhante, a plenitude de defesa admite a concepção das mais diversas teses defensivas possíveis, cabendo ao juiz natural da causa, isto é, aos jurados, em havendo a submissão ao plenário do júri pela pronúncia, a avaliação a respeito de cada uma delas.

O princípio do sigilo da votação é, de igual maneira, outro pilar estruturante do Júri. Por meio dele, garante-se que não se saiba como cada jurado votou ou se expressou a respeito das teses ventiladas no julgamento do plenário do júri. Aliás, a reforma do procedimento do Júri, promovida pela Lei nº 11.689/08, na parte da votação dos jurados, deixou inequívoca

a prevalência dessa diretriz ao determinar que a contagem de votos se encerraria atingida a maioria em um sentido ou em outro (art. 489 do CPP).

O princípio da soberania dos veredictos, por sua vez, impõe a imutabilidade de mérito da decisão dos jurados. Ensina Guilherme Nucci (2013, p. 37): "Se a participação popular no Judiciário, por meio do Júri, é tão enaltecida por muitos, como mecanismo do exercício da cidadania, numa autêntica democracia, deve-se respeitar a decisão proferida [...]".

Em outras palavras, juízes togados não podem adentrar ao mérito da deliberação dos jurados, modificando o seu teor. Pode, obviamente, em sede de recurso, reconhecer nulidades, contudo, mesmo assim, submete à análise do mérito da causa novamente ao Tribunal Popular em anulando o julgamento pelo júri anterior.

A ressalva existente, quanto ao princípio da soberania dos veredictos, reside expressamente no art. 593, III, d, do CPP, o qual permite o manejo do recurso de apelação em casos de veredicto dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Porém, mesmo em tais situações, o Colegiado de magistrados não adentra ao mérito, mas submete-o a um novo julgamento popular, após o qual então não se caberá mais recurso de apelação fundado novamente no argumento da contrariedade do veredicto à prova dos autos (art. 593, §3º, do CPP).

Em resumo, quanto à importância do princípio da soberania dos veredictos para o júri, Paulo Rangel conclui com precisão: "Júri, sem soberania, não é júri. É tudo, menos um tribunal popular democrático. O próprio sistema da íntima convicção é fatal para o júri de um país que se diz democrático" (RANGEL, 2013, p. 611). No mesmo sentir, Fábio Trad (et al., 2015, p. 125):

> [...] mister reconhecermos que a soberania dos veredictos está mui acima da legislação infraconstitucional, não somente por estar inserida no bojo da Constituição Federal de 1988, mas, principalmente, por se revelar uma forma de respeito ao Estado Democrático […].

Por derradeiro, o último pilar previsto no texto constitucional em relação ao Júri concerne à sua competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Cuida-se, a bem da verdade, de uma competência

mínima, devendo ser compreendida no sentido de que cabe ao Tribunal Popular o julgamento, no mínimo, dos crimes dolosos contra a vida. Assim, embora não possa ser suprimida essa competência, nada impede que ela seja dilatada por atuação do Constituinte Derivado Reformador (MORAES, 2006, p. 79).

Alexandre de Moraes (2006, p. 79) destaca ainda que a competência do júri, além de poder ser elastecida, não é absoluta, pois é plenamente possível haver hipóteses de crimes dolosos contra a vida julgados por outros órgãos jurisdicionais, afastando aquela. Tais casos refeririam essencialmente, segundo o referido autor, às competências por prerrogativa de função, cuja sede é, de igual maneira, constitucional.

Nesse espectro, cabível rememorar que, por outro lado, em se tratando de foro por prerrogativa de função, estabelecido apenas pela Constituição Estadual, e havendo a concorrência com a competência do júri, não há a prevalência do primeiro, consoante o entendimento esposado no verbete vinculante nº 45 da Corte Suprema.

Enfim, considerando não ser a pretensão deste artigo esgotar as polêmicas dos princípios constitucionais do júri, tecida a compreensão destes e de sua importância para o funcionamento do Tribunal Popular, imprescindível adentrar à estruturação da tese da legítima defesa da honra a fim de verificar se a decisão da Corte Suprema, proibindo-se realizar qualquer alusão àquela, ofenderia ou não os princípios constitucionais do júri.

2. A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI

A legítima defesa encontra guarida no art. 23, II, do CP, figurando como uma das causas de excludente de ilicitude e, por conseguinte, do crime, enquanto fato típico e ilícito, da Teoria Finalista. Os requisitos para a figuração de tal excludente, por seu turno, encontram fundamento no art. 25, caput, do CP, exigindo: "a) a agressão injusta, atual ou iminente; b) direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão; c) repulsa com os meios necessários; d) uso moderado de tais meios; e) conhecimento da agressão e necessidade da defesa" (JESUS, 2005, p. 385).

Para o correto entendimento da questão deste artigo, oportuno verificar que a legítima defesa "não se corporifica em revide ou vingança,

mas em defesa, como sua própria denominação jurídica está a elucidar. Não constitui desforço ou vingança, mas proteção" (PEDROSO, 1978, p. 1221). Assim, cuida-se de um determinado indivíduo que, sendo atacado ou estando em iminência para tanto, defende-se e acaba por agredir seu algoz.

É necessário verificar também a exigência da proporcionalidade para a figuração da legítima defesa. Significa dizer que não há a excludente de ilicitude acaso o indivíduo que alegue assim agir sob o pálio daquela exceder-se em seus atos. A proporcionalidade, ou melhor, a moderação entre o meio utilizado e a agressão ocorrida ou na iminência de ocorrer é requisito legal da legítima defesa (BITENCOURT, 2014, p. 427).

A referida excludente de ilicitude, visualizada sob a ótica da honra conjugal tradicionalmente, dentro da sociedade brasileira, encontrava-se vinculada à honra marital, com padrões morais bem diferenciados (ASSIS, 2003, p. 31). Nos moldes tradicionais do sistema patriarcal brasileiro, ao marido assistiria a possibilidade de defender sua honra em relação à esposa adúltera, ceifando a vida desta, pois a honra da mulher, de forma individualizada, não era considerada (ASSIS, 2003, p. 31).

Com as conquistas de direitos pela mulher, percebeu-se logo o anacronismo da concepção de outrora, forjando, regularmente, que a honra, para fins de se aferir a ocorrência ou não da legítima defesa, traduz um conceito individual, não coletivo (PEDROSO, 1978, p. 1242). Imbuído de tal premissa, logo se observava a incompatibilidade gritante da tese da legítima defesa da honra conjugal nos casos de cônjuge adúltero, uma vez que a honra maculada é do adúltero, não do traído (PEDROSO, 1978, p. 1243).

Acrescente-se, por oportuno, que seria incompatível albergar a suposta legítima defesa da honra conjugal, dentro dos requisitos legais do art. 25, caput, do CP, em razão da ausência de proporcionalidade. De fato, variados direitos são passíveis de legítima defesa, contudo, inexistindo qualquer proporcionalidade entre o assassinato do cônjuge adúltero e o bem envolvido, qual seja, honra, resta afastada a legítima defesa (CAPEZ, 2013, p. 310).

A obsoleta tese de legítima defesa da honra conjugal à luz do ordenamento jurídico pátrio não prospera é aberrante, visto que se lastreia em premissas evidentemente equivocadas. Ademais, aquele que ceifa a vida de

cônjuge adúltero não age em defesa de qualquer bem seu, mas sim movido pela vendeta. É, por conseguinte, claramente cristalina a inexistência de legítima defesa da honra conjugal nos casos em que o algoz atenta contra a vida do adúltero ou adúltera, eis que não se cuida de defesa.

Impende destacar, nesse eito, que o que existia, na realidade, nas situações em que era suscitada, perante o Tribunal do Júri, a tese de legítima defesa da honra era um caso clássico de vingança e de ódio, consoante se extrai da lição de Roberto Lyra (1975, p. 97):

> O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins de responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas de natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos.

A toda evidência, em que pese a incompatibilidade da legítima defesa da honra com os requisitos da legítima defesa, não havia como se impedir a arguição de tal tese no âmbito do Tribunal de Júri antes do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 779. Nesta, a Corte Suprema, concedendo a cautelar, entendeu que a tese da legítima defesa da honra ofenderia os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade de gênero, motivo pelo qual obstou que aquela fosse suscitada pelos atores judiciais, direta ou indiretamente, bem como qualquer argumento que induzisse a tanto (STF, 2021).

A Suprema Corte, ao conceder a cautelar, lastreou-se, sobretudo, nos robustos índices de feminicídios que ocorrem no Brasil e que são inegavelmente preocupantes. Nesse prisma, é inconteste o fato de que o feminicídio é preocupante e possui números assustadores, como se observa do Monitor da Violência, do Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo, o qual apontou que ocorreram 1.890 homicídios dolosos de mulheres, dos quais 631 foram casos de feminicídios, em plena pandemia, no primeiro semestre de 2020 (VELASCO et al., 2020).

Sucede, contudo, que considerando que o julgamento dos crimes contra a vida compete ao Tribunal de Júri, cujos jurados são leigos e de formação heterogênea, mister verificar o impacto da cautelar concedida pela Corte Suprema, obstando a arguição da tese de legítima defesa da honra, no Tribunal Popular, sobretudo, no que concerne aos princípios da competência constitucional e da plenitude de defesa, o que se passa a fazer logo adiante.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO TRIBUNAL DO JÚRI E OS PRINCÍPIOS DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E DA PLENITUDE DE DEFESA

O cerne do corrente estudo consiste em analisar, perante os princípios constitucionais do Tribunal Popular, a decisão que concedeu a Medida Cautelar na ADPF 779, homologada pela maioria da Suprema Corte, nos votos do relator. Enfim, determinou-se que fosse obstada a qualquer participante do processo ou do procedimento inquisitorial, em qualquer fase pré-processual ou processual, que se fizesse referência direta ou indiretamente à tese de legítima defesa da honra, decisão esta que, com a devida vênia, não se concorda.

Com efeito, a começar, a decisão da Suprema Corte, no presente caso, ao determinar que não seja formulada referência pela defesa de uma determinada tese, subtrai do Tribunal Popular a sua competência de análise. O art. 5º, XXXVIII, d, da CF é de clareza solar ao delinear, dentro dos direitos e garantias fundamentais, a competência do júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Implica dizer, em outras palavras, que cabe aos jurados debruçar sobre as teses expendidas pela acusação e pela defesa.

A dinâmica dos trabalhos dos jurados no Júri, segundo lições de Mittermayer (1909, p. 110), pode ser caracterizada por quatro pontos distintos: 1º) são escolhidos entre as pessoas do próprio povo, não possuindo necessariamente formação jurídica e técnica; 2º) figuram como juízes de fato; 3º) não precisam motivar sua decisão; 4º) podem ser recusados injustificadamente pelas partes, dentro da quantidade prevista no ordenamento jurídico processual.

Ora, tendo em vista que, não havendo dúvidas de serem os jurados juízes para o julgamento das teses de mérito relacionadas a crimes dolosos contra a vida, por mais estapafúrdia que elas sejam, mostra-se incongruente proibir abstratamente, sobretudo, à defesa arguir a tese da legítima defesa da honra. Importante ter claro que não se defende esta de forma alguma, até mesmo porque, conforme demonstrado alhures, tal tese, encontra no máximo eco na retórica, jamais no direito, posto nada refrata de legítima defesa.

O problema que exsurge é que a Suprema Corte, restringindo os debates e o surgimento das teses, subtrai do juiz natural a competência para análise do mérito. Assim, cabe aos jurados verificar se rechaçam ou não qualquer tese meritória que seja, uma vez que, quando o legislador quis restringir a matéria veiculada nos debates ou em qualquer ato, fê-lo expressamente, mais precisamente no art. 478 do CPP. A respeito do assunto, lapidar o ensinamento de Nadir Mazloum (2021):

Ao proibir a tese de legítima defesa da honra [...] tira-se o poder de decisão dos jurados e transfere-o para as cortes superiores. Parece que, no fundo, não é a tese da legítima defesa da honra em si que incomoda, mas o fato de o Tribunal do Júri ser o mais independente do governo e o fato de suas decisões gozarem de proteção constitucional privilegiada.

Aliás, imperioso destacar que Edilson Mougenot sustenta, inclusive, a inconstitucionalidade do art. 478 do CPP por ofensa ao devido processo legal ao se limitar a matéria veiculada nos debates, conforme se extrai do excerto abaixo:

A Constituição Federal, ao reconhecer o valor justiça e o devido processo legal (art. 5º, LIV), em seu mister de alcançá-los, não permitiu ao legislador infraconstitucional se aventurasse a proibir a liberdade argumentativa nos debates, num claro cerceamento da defesa, da acusação e do devido processo legal, atingindo, a um só tempo, ambas as partes (MOUGENOT, 2012, p. 306-307).

Pois bem, é possível depreender que a Suprema Corte, ao vedar a referência à legítima defesa da honra, por mais incongruente que esta fosse, subtraiu dos jurados a análise daquela, quando isso competia a eles por força do art. 5º, XXXVIII, d, da CF. Ademais, claramente se abre espaço para um precedente perigoso, consistente na possibilidade de órgãos

judiciais adentrarem ao mérito das teses para declinar o que é possível ou não se alegar.

Roberto Lyra (1975, p. 135), a respeito do júri, já advertia: "Não há Júri sem, pelo menos, liberdade de critérios de julgamento e segurança dos veredictos. [...] O Júri é um tribunal e não um simples colegiado de primeira instância sujeito às impugnações ordinárias". O autor destaca: "O Júri é um instrumento de direitos e garantias individuais e não somente peça do Poder Judiciário" (LYRA, 1975, p. 134). Compreendida a dimensão do Tribunal Popular, é possível observar os problemas oriundos da decisão da Corte Suprema.

Ora, em sendo possível ao Supremo Tribunal Federal afastar a tese obsoleta da legítima defesa da honra por sua inconstitucionalidade, por qual motivo não o faz igualmente em relação à absolvição por clemência? Esta, como é cediço, não encontra eco no texto constitucional (OLIVEIRA JÚNIOR; DIAS, 2020, p. 76). Diego Costa (2019, p. 71) pontua: "A clemência, em todas as formas analisadas no estudo, seja mera arbitrariedade, seja pretensamente calcada em compaixão ou desnecessidade da pena, é inconstitucional e não encontra esteio na legislação que cuida do Tribunal do Júri".

Partindo da premissa da possibilidade de Corte Judicial adentrar ao mérito de teses, logo o efeito disso será transformar o júri, instituição democrática, em um tribunal judicial. Evidentemente, não é com esse intuito que se desenhou o Tribunal do Júri. Seria, enfim, em uma analogia, usando a mesma *ratio*, admitir que os órgãos judiciais eleitorais pudessem eleger os representantes do povo, afastando este do seu protagonismo democrático.

Ora, se a Carta Cidadã de 1988 delegou a competência de julgamento ao júri, as teses devem ser analisadas em sua plenitude pelo juiz natural da causa. E cabe somente aos jurados decidirem a sorte de seu semelhante, pois, do contrário, não faria o mínimo sentido delegar competência ao Tribunal Popular, se fosse exigível dos jurados o conhecimento jurídico pleno.

Cabível ainda observar que, mesmo que a defesa não possa alegar legítima defesa da honra, nada impede que o agressor seja absolvido por clemência no plenário júri, uma vez que a quesitação absolutória é genérica, o que soa incongruente. A decisão constitucional em tela, por conseguin-

te, cria grande insegurança jurídica e é um precedente perigoso por permitir a órgão judicial limitar teses a serem articuladas pelas partes, o que não encontra guarida na legislação infraconstitucional (art. 478 do CPP).

Não se defende aqui a impossibilidade de restringir a matéria dos debates ou a ser alegada em defesa, contudo, tal vedação deve decorrer apenas da lei, jamais de órgão judicial. A lei reverbera a vontade coletiva, extraída da legitimidade popular de seus membros, enquanto o ato judicial, ainda que sobrevindo da Corte Constitucional, não possui esses predicados, o que denota comedimento, sob pena de ofender a pedra angular da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88).

Há ainda aqui clara ofensa ao princípio da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, a, CF/88). Veja-se ainda que, consoante descrito, mostra-se um oximoro vedar à defesa a alegação da legítima defesa da honra, porém não impedir a arguição da absolvição por clemência. Ambas as teses defensivas ofendem o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, não encontram substrato no plano jurídico. Permitir a sindicância em matéria de mérito de qualquer tese é muito perigoso, eis que rompe com a lógica sistêmica que deveria prevalecer em total prejuízo da plenitude de defesa.

Há também o problema da divergência de tratamento da defesa ao arrepio da Constituição Federal. Isso porque, mesmo com a decisão da Suprema Corte, não há óbice para se alegar legítima defesa da honra em um processo criminal de lesão corporal ou vias de fato, por exemplo, perante um juízo monocrático e togado. Não está se falando que a tese seria acolhida, o que, por óbvio, não ocorreria pelas razões já declinadas no tópico anterior, mas o fato é que inexiste qualquer óbice para tanto.

Veja-se que, por outro lado, no júri, cujo princípio constitucional angular não é da ampla defesa genericamente, mas sim da plenitude de defesa, sequer a defesa ou qualquer ator processual poderia fazer referência à tese. Implica dizer que o princípio da plenitude de defesa, com a decisão da Corte Suprema, possuiria um perímetro atuante menor do que o próprio princípio da ampla defesa, atuante nos demais processos e procedimentos, o que é uma contradição.

Cabível rememorar que o princípio da plenitude de defesa não possui o mesmo âmbito de atuação da ampla defesa (ALMEIDA, 2014, p. 34; NUCCI, 2013, p. 29; STRECK, 2013, p. 382; TRAD et al., 2015, p. 146). Kamila Câmera e Tarsis Barreto (2020, p. 260) aduzem: "Amplo é

algo vasto, largo copioso, enquanto que pleno equivale a completo, perfeito, absoluto, restando evidente a intenção do legislador de enfatizar a diferença entre ambos".

É perceptível, por conseguinte, o descompasso que se criou com a decisão da Suprema Corte ao se possibilitar a arguição da tese da legítima defesa da honra nos procedimentos ordinários, mas proibi-lo nos procedimentos afetos ao Tribunal Popular. Apequenou-se a plenitude de defesa para um quilate menor do que a própria ampla defesa, além da insegurança jurídica que tal precedente implica e provoca.

É preciso que fique claro que, admitindo aos órgãos judiciais ingressar no perímetro da análise do mérito das teses, por mais anacrônicas e absurdas que sejam, além de tolher do jurado a sua competência natural, destoa totalmente as balizas do Tribunal Popular. De fato, não se exige deste o resultado jurídico obtido nos juízos comuns, sentenciados por magistrados togados, pois, do contrário, não faria qualquer sentido conceber o júri, composto de jurados do povo, de formação heterogênea.

CONCLUSÕES

O índice de feminicídio no Brasil é alarmante, contudo é necessário que se resguardem os ditames constitucionais, sob pena de implodir a coesão e a unidade inerentes a um ordenamento jurídico. Não é proibindo a arguição de teses quaisquer que sejam, por mais anacrônicas que figurem, que se solucionará o problema do feminicídio. Na realidade, o acolhimento de eventual tese de legítima defesa, totalmente infundada e descabida, pelos jurados descortina o real malefício que deve ser combatido: a ignorância.

Com efeito, na sociedade tradicionalmente patriarcal, havendo acolhimento da tese da legítima defesa da honra pelos jurados, chancelando-se ao homem ceifar a vida da mulher adúltera, demonstra-se que o problema está na estrutura da consciência social, cuja mudança somente ocorrerá, de fato, por intermédio de políticas públicas efetivas a cargo do Executivo.

Acreditar que vedar, abstratamente, a arguição de teses defensivas, a pretexto de se proteger a igualdade de gênero, não substitui a clara carência de políticas públicas efetivas do Poder Executivo, em geral, para

romper com o tradicional pensamento patriarcal. Ao contrário disso, a postura da Corte Suprema, ao proibir a alegação da tese da legítima defesa aos atores judiciais, abre um precedente extremamente preocupante.

Ao se vedar ao juiz natural da causa, os jurados, a análise meritória de quaisquer das teses declinadas, por mais absurda que sejam, subtrai o conhecimento pleno da questão pelo juiz natural. Se o jurado possui competência constitucional para o julgamento dos crimes contra a vida, cabe a ele, inclusive, analisar o mérito das teses declinadas, sendo descabido a órgão judicial atuar como censor do próprio juiz natural da causa.

Ademais, a plenitude de defesa, ou seja, o próprio conceito de plenitude, traduz que é possível arguir qualquer matéria fora da órbita jurídica, daí porque não há como se vedar a alegação da tese defensiva, ao argumento da dignidade da pessoa humana. Isso porque, assim o sendo, de igual maneira, caberia, então, aos órgãos judiciais afastarem e proibirem o pedido de absolvição por clemência, o qual igualmente não encontra raiz no ordenamento jurídico.

Muito embora não se negue serem preocupantes os índices de feminicídio e reconhecer ser uma excrescência a tese da legítima defesa da honra, mostra-se inadmissível vedar a arguição de qualquer tese que seja, acreditando-se que, com isso, se supriria a clara ausência de políticas públicas, sobretudo, do Executivo, para se coibir tais crimes.

Enfim, se a tese da legítima defesa da honra encontra guarida e eco, ainda que isoladamente, perante o Tribunal Popular, certamente o problema não está na articulação da ideia em si, mas sim na consciência social dos próprios jurados, cuja reminiscência do patriarcado tradicional ainda impera. Tal mudança ocorre é por meio de políticas públicas, jamais pela censura ou pelo cerceamento do embate de teses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roger Paulo Giaretta de. Tribunal do júri – ampla defesa diferente de plenitude de defesa – novidade de tese na tréplica – possibilidade. **Quaestio iuris**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 26-46, 2014.

ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. **Tese da Legítima defesa da honra dos crimes passionais**: da ascensão ao desprestígio.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri**: do inquérito ao plenário. Saraiva: São Paulo, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADPF 779.** O Tribunal, por unanimidade, referendou a concessão parcial da medida cautelar para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF) [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli, 15 de março de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690/>. Acesso em: 16 de mar. 2021.

CÂMERA, Kamila; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. A Lei nº 11.689/2008 e o tribunal do júri no Brasil: aspectos críticos doutrinários e jurisprudenciais. **Revista Vertentes do Direito**. Palmas, v. 7, n. 1, p. 256-280, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Diego Erthal Alves da. A clemência no Tribunal do Júri no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 71, p. 49-76, jan./mar., 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4ª ed. Atlas: São Paulo, 2013.

MAZLOUM, Nadir. Fundamentos políticos do Tribunal do Júri. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/nadir-mazloum-fundamentos--politicos-tribunal-juri>. Acesso em: 14 mar. 2021.

MITTERMAYER; C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Alberto Antonio Soares. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria do Editor J Ribeiro dos Santos, 1909.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20ª ed. Atlas: São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR; Francisco Elnatan Carlos; DIAS, Eduardo Rocha Dias. Controle racional da absolvição pelo Tribunal do Júri: ensaio sobre uma teoria do controle jurisdicional da clemência. R**evista da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza, ano 12, n. 2, p. 57-80, jul./dez. 2020.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Legítima defesa. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Doutrinas Essenciais.** Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA JÚNIOR, Paulo Roberto; LARA, Marcelo D'Angelo. Considerações acerca do Tribunal do Júri sob o viés dos direitos humanos e das garantias constitucionais. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ijuí, ano 6. n. 12, jul./dez., p. 212-228, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Tribunal do Júri. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET; Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRAD, Fábio; TRAD, Marcos; D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Élcio; SIMÕES, Kristiam Gomes. **O advogado, o promotor de justiça e o juiz no Tribunal do júri sob a égide da Lei nº 11.689/08**. 3ª ed. São Paulo: Leme, 2015.

VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Assassinatos de mulheres sobre no 1º semestre no Brasil, mas agressões e estupros caem; especialistas apontam subnotificação durante pandemia. **G1**. Rio de Janeiro: 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/assassinatos-de-mulheres-sobem-no-1o-semestre-no-brasil-mas--agressoes-e-estupros-caem-especialistas-apontam-subnotificacao--durante-pandemia.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2020.

PLANEJAMENTO CONTÁBIL ESTRATÉGICO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO TERMO INSUMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nathália Zampieri Antunes[110]
Amanda Costabeber Guerino[111]
Marina Dal Pizzol Siqueira[112]

INTRODUÇÃO

O cenário econômico trazido pela pandemia da Covid-19 trouxe consigo novas possibilidades jurídicas para a sobrevivência das empresas

110 Advogada e sócia da Bochi Brum & Zampieri Advogados Associados – OAB/RS 361, Especialista em Direito Tributário pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico, Pós-Graduanda em Nível de Especialização em Direito Tributário e Contabilidade Tributária pela FBT – Faculdade Brasileira de Tributação, Graduada em Direito pela FADISMA – Faculdade de Direito de Santa Maria.

111 Advogada na Bochi Brum e Zampieri Advogados Associados – OAB/RS 361, Pós-Graduanda em Nível de Especialização em Direito Tributário e Contabilidade Tributária pela FBT – Faculdade Brasileira de Tributação, Graduada em Direito pela UFSM – Universidade Federal de Santa Maria.

112 Graduanda em Direito pela UFSM – Universidade Federal de Santa Maria.

que atuam nos ramos do comércio e indústria. O Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1.565, publicada em 18 de junho de 2020, tornou obrigatório o uso de máscaras, álcool gel e equipamentos de segurança, como viseiras de proteção, luvas, termômetros e testes para detectar o novo coronavírus, itens que, para a abertura e funcionamento dos estabelecimentos empresariais, têm se mostrado despesas imprescindíveis.

Nesse cenário, as empresas estão tendo de se modificar, adotando medidas positivas no intuito de diminuir custos para fins de maximizar lucros e dar continuidade à atividade empresarial, em máxima tentativa de sobreviver e esquivar-se da dura realidade vivenciada por números alarmantes de sociedades empresariais que estão chegando ao fim.

De acordo com a Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas Empresas, realizada pelo IBGE na 2ª quinzena de agosto de 2020, 33,5% das empresas em funcionamento reportaram que a pandemia teve um efeito negativo sobre a empresa e, mais que isso, 46,8% indicaram dificuldade para acessar fornecedores de insumos, matérias-primas ou mercadorias (IBGE, 2020).

Aqui, o futuro da empresa passa a depender não somente de sua atividade principal, mas também de sua capacidade de se adaptar às mudanças advindas no novo cenário político, econômico e, sobretudo, pandêmico que estamos vivendo. Adaptar-se a essas mudanças em um mercado oscilante e exigente, no qual várias outras empresas estão dando baixa em seus cadastros, mostra-se extremamente necessário e vital no mundo dos negócios, sendo, na maioria das vezes, uma regra de sobrevivência ao mercado.

De acordo com Watermann (1987 apud SZYSZKA, 2001), essa capacidade de se (re)organizar, (re)adequar e renovar para atender às exigências do mercado e sobreviver aos momentos conturbados, é o principal mecanismo para sobrevivência das empresas em um mundo globalizado, de constantes mudanças externas e internas.

Essa adaptabilidade necessária no cenário pandêmico, especialmente no que tange à aquisição de equipamentos de proteção e demais medidas para garantir a segurança de funcionários e clientes, deve ser analisada em face do conceito de "insumos", fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, por meio da sistemática de recursos repetitivos, no qual se adotou o entendimento da apli-

cação dos critérios da essencialidade, pertinência e relevância. Esse creditamento voltado às contribuições sociais ao PIS e da COFINS tem como objetivo desonerar a cadeia produtiva, evitando a múltipla incidência do tributo sobre a mesma base econômica.

Tendo em vista que essa corrente interpretativa se justifica pelo princípio da essencialidade, a obrigatoriedade da utilização de EPI's e de álcool em gel para a higienização do ambiente comercial e de mercadorias deve ser observada como uma extensão desse entendimento, não sendo descartada, inclusive, a possibilidade de serem considerados bens imobilizados do patrimônio da empresa, quando possuírem durabilidade de um ano, enquanto perdurar o cenário de pandemia.

Essas medidas se justificam, conforme será analisado, diante da modificação da organização das empresas brasileiras em um tempo curto e limitado durante a pandemia, de forma que o creditamento se apresenta como uma medida de preservação da empresa, podendo ser interpretado como a aplicação de um princípio essencial para a perpetuação da economia nacional.

Considerando que se trata de uma das maneiras de mitigar essas despesas e auxiliar a subsistência dos estabelecimentos comerciais em tempos de crise, a aplicação do precedente do STJ acerca do conceito de insumos para a devida aplicação à realidade da empresa, aliada a situação enfrentada pela Covid-19, busca-se na contabilidade a possibilidade de deduzir despesas essenciais às suas atividades para fins de economia tributária mediante um planejamento contábil estratégico sem ultrapassar os limites legais.

Para tanto, o trabalho está dividido em três partes. A primeira destina-se a explicitar aspectos gerais do PIS e da COFINS. A segunda explora o conceito de insumos, de acordo com o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça. A última examina como tal conceito pode ser estendido ao planejamento tributário e contábil das empresas, para fins de reduzir custos e propiciar meios de sobrevivência econômica que possibilitem enfrentar a crise econômica que se instaurou em razão da pandemia da Covid-19.

Nesse diapasão, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, iniciando em um contexto voltado à generalização e partindo para um diagnóstico particular, visto que a análise parte de um julgamento proferido

pelo Superior Tribunal de Justiça, buscando aplicar esse entendimento em um panorama que possa beneficiar várias empresas (LAKATOS; MARCONI, 2014).

Quanto ao procedimento, tem-se a utilização do método histórico, visto que se objetivou analisar a evolução das possibilidades de creditamento de PIS e COFINS desde o surgimento da não-cumulatividade, com base em novos precedentes acompanhando o aprimoramento deste instituto tributário conforme a necessidade de adaptação econômica e social pelas empresas. Para tanto, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica e explicativa, visto que busca compreender um instituto tributário e como ele interfere no planejamento contábil de uma empresa por meio da doutrina, observando ainda como um cenário fático real pode interferir e se tornar em um fenômeno econômico que exige a adaptação das pessoas jurídicas para sua sobrevivência.

1. DO PIS E DA COFINS: DISPOSIÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUTOS INDIRETOS E DO INSTITUTO DA NÃO-CUMULATIVIDADE

O princípio da não-cumulatividade, instituto de natureza tributária, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de legislação ordinária, especificamente pela Lei nº 10.637/02 e Lei nº 10.833/03, adquirindo status constitucional após a Emenda Constitucional nº 42/2003, que acrescentou o parágrafo décimo segundo ao artigo 195 da Constituição Federal (BRASIL, 2002; BRASIL 2003; BRASIL, 1988).

O objetivo do legislador era desonerar a cadeia produtiva, evitando a múltipla incidência de tributo sobre a mesma base econômica, representando uma clara aplicação do princípio da capacidade contributiva ao evitar que o tributo se torne uma incumbência cada vez mais onerosa nas várias operações e etapas de industrialização e circulação de produto ou mercadoria, como leciona o doutrinador Adolpho Bergamini:

> A vantagem da plurifasia cumulativa – que facilitou sua difusão pelo mundo – é a sua simplicidade, haja vista que o quantum a ser pago ao Estado é obtido pela mera aplicação do percentual previsto em lei ao valor da operação ou prestação, sem necessidade

> de quaisquer adições ou deduções. Outrossim, como há incidência nas várias etapas da cadeia produtiva, a alíquota não precisa ser alta para assegurar-se uma arrecadação satisfatória (BERGAMINI, 2016).

Complementando essa ideia, Daniel Carneiro explica que a não-cumulatividade é um instituto jurídico que visa o creditamento dos tributos indiretos que já incidiram na etapa anterior da cadeia produtiva, com o objetivo de evitar tributação em cascata. Por meio desse mecanismo, há a possibilidade de compensação com os créditos incidentes na etapa posterior utilizando-se contabilmente do encontro de contas de débito e crédito para a apuração do montante a ser compensado (CARNEIRO, 2005).

A fim de dar efetividade a não-cumulatividade, os artigos 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 preveem que as pessoas jurídicas podem descontar créditos das contribuições ao PIS e à COFINS referentes a bens e serviços, desde que prestados por pessoa jurídica, utilizados como insumos na realização de seu objeto social, como se observa:

> Lei nº 10.637/02
>
> Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:
>
> [...]
>
> II – bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).
>
> Lei nº 10.833/02
>
> Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:
>
> [...]

> exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).

Com efeito, para que o instituto da não-cumulatividade esteja em consonância com os preceitos constitucionais, é necessário aplicá-lo no âmbito da incidência do PIS e da COFINS, qual seja, a receita ou faturamento, que consistem estruturalmente na sua base de cálculo. A receita, nesse sentido, consiste na totalidade das receitas auferidas por mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua classificação contábil (BERGAMINI, 2016).

A respeito do tema, a Receita Federal do Brasil, no limite do seu poder regulamentar, editou as Instruções Normativas nº 247/2002 e 404/2004, aplicando inicialmente o conceito de insumos adotado para o creditamento de IPI para as contribuições em análise, dispondo que esses corresponderiam a produtos "utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à revenda", interpretando, de maneira restritiva, como a matéria prima utilizada diretamente no processo produtivo (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2004).

Deve-se observar, no entanto, que esse acolhimento do conceito de insumos limitado pelas Instruções Normativas nº 247/2002 e 404/2004 acabou por resultar em discussões administrativas, doutrinárias e judiciais de caráter controverso, visto que sua análise considera os insumos como bens e serviços que não só integram os gastos realizados pelo contribuinte, mas que assimilam o produto final da mercadoria a fim de realizar as atividades empresariais previstas pelo contrato social.

Nesse contexto, ensina Leandro Paulsen que a sistemática da não-cumulatividade do PIS e da COFINS necessita de interpretação divergente daquela aplicada ao IPI, justamente por possuir como base de cálculo a receita, que abarca um viés mais abrangente do que a base de cálculo que apura a tributação das operações com produtos industrializados (PAULSEN, 2007).

Compreende-se, então, que adotar o conceito de insumos pertinente ao IPI para fins de crédito de PIS e COFINS não condiz com os preceitos constitucionais e nem com a legislação ordinária que regulam a matéria

das contribuições. É obscura a aplicação desse entendimento, imposta por atos normativos infralegais que condicionam o direito de apropriação de créditos de contribuições a partir de critérios próprios de outro sistema normativo, nesse caso, do IPI.

Essa problemática foi levada aos tribunais administrativos, que juntamente com a doutrina, entenderam que o conceito adotado pela Receita Federal não se trata da escolha mais prudente para analisar a possibilidade de aproveitamento de créditos de PIS e COFINS, fixando o conceito de insumo como tudo aquilo que for necessário ao processo produtivo[113].

Corroborando ainda com o entendimento adotado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o debate também alcançou apreciação do Poder Judiciário, que analisou a temática, em um primeiro momento, no julgamento do REsp nº 1.235.979/RS e do REsp nº 1.246.317/MG. Nesses, foi fixada a interpretação do termo "insumos", no que tange ao creditamento de PIS e COFINS não-cumulativos, como "tudo aquilo que for utilizado no processo de produção e/ou prestação de serviço, em sentido estrito, e integra o produto final" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Acrescenta-se que, a partir do acórdão proferido no REsp 1.246.317/MG, é possível concluir que determinado bem ou serviço será considerando como insumo para fins de creditamento de PIS e COFINS se a sua retirada obstar a atividade econômica em questão ou implicar em perda de determinada característica ou em perda de qualidade. Ou seja, para os eméritos Ministros da Segunda Turma, é necessário realizar o teste de subtração, sendo inaplicável, dessa forma, o *princípio da consumição*, próprio do regime não cumulativo do IPI, como observado pelas Instruções Normativas nº 247/2002 e nº 404/2004.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reforçou esse posicionamento ao julgar sob o rito dos recursos repetitivos o Recurso Especial nº 1.221.170/PR, adotando o entendimento da interpretação do conceito de insumos diante dos critérios da essencialidade, pertinência e relevância para a conceituação de insumos, conforme será observado a seguir.

113 Recurso Voluntário nº 15868.720082/2015-74; 4ª Câmara – 2ª Turma Ordinária, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Relator: Waldir Navarro Bezerra, Julgado em 24/05/2018

2. A INTERPRETAÇÃO DO TERMO "INSUMO" DE ACORDO COM O NOVO CONCEITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No ano de 2018, ao julgar o Recurso Especial nº 1.221.170/PR, sob o rito dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça deliberou acerca da incidência de PIS e COFINS sobre o faturamento das empresas e das entidades jurídicas a elas assemelhadas, analisando pelo viés da não-cumulatividade, ao identificar o conceito de insumo e definindo o alcance para o creditamento de dispêndios onerados pelas referidas contribuições.

A corrente interpretativa adotada pelos julgadores da Primeira Seção do STJ se justifica pelo princípio da essencialidade, que implica em uma importância superior à necessidade. O insumo, nesta senda, não deve ser apenas necessário à produção ou à prestação de serviços, mas sim essencial para a consecução do objeto social, visto que sua ausência impossibilita a produção ou a prestação de serviços, ou até mesmo reduz sua qualidade consideravelmente de forma a inutilizá-lo.

A doutrina anterior entendia que o conceito de insumo deveria ser observado em relação às peculiaridades da empresa, em especial o objeto social e o tipo de produto comercializado ou industrializado, determinando-se as circunstâncias e limites dos bens e serviços caracterizados como insumos. Assim, leciona Marco Aurélio Greco:

> O critério a ser aplicado, portanto, apoia-se na inerência do bem ou serviço à atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte (por decisão sua e/ou por delineamento legal) e o grau de relevância que apresenta para ela. Se o bem adquirido integra o desempenho da atividade, ainda que em fase anterior à obtenção do produto final a ser vendido, e assume a importância de algo necessário à sua existência ou útil para que possua determinada qualidade, então o bem estará sendo utilizado como insumo daquela atividade (de produção, fabricação), pois desde o momento de sua aquisição já se encontra em andamento a atividade econômica que – vista global e unitariamente – desembocará num produto final a ser vendido (GRECO, 2008).

Em consonância com a interpretação da doutrina sobre o verdadeiro conceito de insumos, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento

no sentido de que o enquadramento de determinado bem e serviço como insumo, para fins de direito ao creditamento de PIS e COFINS, deve ser analisado pelos critérios de essencialidade ou da relevância, tendo em vista sua imprescindibilidade e importância para a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica, sem qualquer distinção nesse particular.

Em outros termos, para ser considerado como insumo, basta que o bem ou o serviço seja, no mínimo, considerado importante para a atividade do contribuinte, restando superado o entendimento que exigia o consumo do item pelo processo produtivo ou a sua integração ao produto final, aplicável ao IPI, segundo as previsões normativas anteriores, reconhecidamente ilegais por este julgamento.

Esse precedente, que se demonstra de extrema relevância para a hipótese discutida, teve seus pilares de fundamentação definidos pela Ministra Regina Helena Costa em seu voto-vista e foi posteriormente complementado pelo Ministro Mauro Campbell com o conceito de pertinência, conforme trecho *in verbis:*

> Tem-se que o critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência. Por sua vez, a relevância, considerada como critério definidor de insumo, é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual – EPI), distanciando-se, nessa medida, da acepção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

Pela análise do precedente, é importante destacar que o critério da essencialidade está relacionado com a dependência para com o produto ou o serviço, figurando-se como elemento inerente ao processo de produção

e desenvolvimento do serviço, de modo que sua ausência impossibilita a continuidade da atividade. A relevância, igualmente, deve ser entendida como o elemento caracterizador da finalidade do serviço, como aquele produto integrante da cadeia de produção por imposição legal, o qual, da mesma forma, também a sua ausência impede a consecução do objeto social dos contribuintes.

Os dois critérios devem ser interpretados de maneira conjunta. Isso porque, para entender o conceito de insumo, a relevância e a essencialidade são conceitos complementares para sua caracterização. A decisão da Corte Superior, assim, compactua com o entendimento doutrinário majoritário, sendo, no ponto, esclarecedora a lição de Adolfo Bergamini:

> No entender do STJ, o conceito de insumos para o entendimento dos bens passíveis de creditamento de PIS e Cofins está afeto ao critério da essencialidade, segundo o qual conferem créditos os gastos pertinentes ao processo produtivo e à prestação de serviços, ou que venham a viabilizá-los de algum modo. Para instrumentalizar este critério, o STJ aplica uma espécie de "essencibilidade negativa", ou seja, se a subtração do bem ou serviço adquirido obstar a atividade da empresa ou, ainda, implicar em substancial perda de qualidade do produto ou serviço resultante, então o gasto poderá ser tido como insumo passível de crédito de PIS e Cofins. [...]
>
> Essa essencibilidade negativa se aproxima muito do entendimento segundo o qual os créditos de PIS e Cofins sobre insumos devem ser calculados sobre os gastos que compõem o conceito de custo de produção. Afinal, é certo que, se a empresa não adquirir os bens e serviços que compõem o aludido conceito, (i) terá a sua continuidade prejudicada pelo fato de não ter como levar adiante o seu processo produtivo, ou (ii) terá produtos de qualidade inferior. Ora, os gastos que compõem o custo de produção são exatamente aqueles que devem ser aplicados no processo produtivo, sem os quais não seria possível a própria produção, ou, se possível, com clara perda de qualidade. Tão necessários esses gastos do custo de produção que são também dedutíveis à apuração do IRPJ, nos termos do art. 289 do RIR (BERGAMINI, 2016).

Diante disso, resta claro que o conceito de insumo consiste em todas as despesas realizadas com a aquisição de bens necessários para o exercício da atividade empresarial, e não somente aqueles que se integram ao produto final a ser comercializado pelas empresas. Nesse contexto, a configuração de determinado bem/serviço como insumo, para fins de direito ao crédito de PIS e COFINS, precisa ser interpretado por meio dos critérios de essencialidade, em atenção à sua relevância para a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica.

Aplicando-se esse entendimento ao cenário econômico atual, permeado por uma nova realidade enfrentada pelas empresas, que buscam a todo custo manter-se economicamente equilibradas mediante a adoção de medidas de planejamento tributário e contábil estratégico, destaca-se a possibilidade de creditamento de "novos" insumos reconhecidos pela instauração da pandemia da Covid-19.

3. A UTILIZAÇÃO DE "INSUMO" NO PLANEJAMENTO CONTÁBIL ESTRATÉGICO DAS EMPRESAS FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19

Com a pandemia da Covid-19, o Ministério da Saúde, para fins de conter a propagação do vírus, editou portarias, a exemplo da Portaria nº 1.565 de 2020, a qual adotou, entre outras medidas, a obrigatoriedade do uso de máscara em todos os locais, disponibilização de álcool em gel 70%, manutenção dos ambientes limpos e ventilados e, ainda, de evitar aglomerações, indicando procedimentos que permitam a manutenção da distância mínima de um metro entre os indivíduos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Com efeito, para o cumprimento de todas as medidas de segurança, as empresas, as quais já transpassam por difíceis condições para sua manutenção em decorrência da crise econômica trazida pela pandemia, acabam por ter ainda mais gastos fixos, além daqueles necessários para sua sobrevivência no mercado. A adoção de um planejamento contábil estratégico apresenta-se como uma saída para diminuir os custos, maximizando os lucros e permitindo a continuidade dos negócios.

Nessa esteira, a partir da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao termo "insumo", somada à obrigatoriedade legal de aquisição dos mesmos, os gastos despendidos com a obtenção dos equi-

pamentos para proteção e inibição da propagação do vírus podem gerar crédito de PIS e COFINS, sob o viés da não cumulatividade, em decorrência da essencialidade e relevância desses para o funcionamento regular da empresa.

A Receita Federal, a partir das repercussões advindas do julgamento do REsp 1.221.170/PR, definiu o conceito de insumos geradores de créditos no sistema da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, interpretando que os Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), dada sua imposição legal (NR-12 e NR-36), são abarcados por tal conceito, podendo, pois, serem creditados pela despesa oriunda de sua aquisição (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2018).

Atentando para o fato de que a utilização de instrumentos inibidores da disseminação do vírus tem caráter obrigatório, dada sua indispensabilidade à preservação da segurança e da vida tanto dos colaboradores da empresa quanto dos consumidores, é lícito inferir que as despesas arcadas com suas aquisições podem gerar créditos de PIS e COFINS, quando submetidos ao teste da subtração.

Isso pois, em uma comparação lógica, as máscaras, viseiras de proteção e o álcool em gel podem ser equiparados diretamente com os Equipamentos de Proteção Individual, porquanto asseguram a segurança do trabalho desenvolvido por funcionários componentes do quadro das empresas contribuintes, tendo em vista a possibilidade de contaminação.

A propósito, a Organização Mundial de Saúde ao demonstrar a importância da utilização de equipamentos de proteção individual para o não contágio e disseminação da Covid-19, especificou que luvas, máscaras, óculos de proteção e/ou *face shield* devem ser considerados sendo "*personal protective equipment (PPE)*". Outrossim, medidas como utilização de álcool em gel e distanciamento social mostram-se de extrema importância (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2020).

Em relação às máscaras, tem-se que correspondem a um equipamento de proteção destinado a evitar o contágio com gotículas de saliva que podem agir como transmissoras de agentes patológicos, no caso a Covid-19 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2014). Assim, tendo em vista que esse agente é transmitido por meio de contato ou por exposição aos perdigotos, a utilização desses equipamentos mostram-se fundamen-

tais para inibir a disseminação do vírus (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA, 2020).

Do mesmo modo, é oportuno mencionar a importância da utilização do álcool em gel 70% e porque esse pode ser considerado um EPI. Ao utilizá-lo para higienização das mãos e para limpeza de superfícies, é cientificamente comprovado que o vírus causador da doença é inativado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Ou seja, em se tratando de um ambiente com rotatividade de indivíduos e maior probabilidade de contágio, como depreende-se de um ambiente empresarial ou industrial, a higienização das mãos também é medida necessária para que tanto o trabalhador como o consumidor não sejam contaminados.

Outros equipamentos que auxiliam na proteção dos trabalhadores da empresa contra a Covid-19, como, por exemplo, óculos de proteção, luvas, *face shield* e termômetros, podem, igualmente, ser enquadrados como equipamentos de proteção individual e, por consequência, como insumos. Isso porque, a depender da atividade empresarial e do objeto social desenvolvido, os protocolos de segurança exigem a utilização de mais ou menos instrumentos protetores.

Considerando que os EPIs são aqueles dispositivos ou produtos empregues para fins de proteger o trabalhador contra eventuais danos à sua saúde ou segurança na realização de seu serviço (RESENDE, 2020) e, sobretudo, que esses são considerados pela Receita Federal do Brasil como insumos para fins de creditamento do PIS e da COFINS, infere-se que os gastos despendidos para proteção do trabalhador contra Covid-19 possam ser enquadrados no conceito de insumos, para fins de creditamento.

É preciso acentuar, nesse contexto, que a conclusão acima se visualiza porquanto os objetos utilizados para balizar a propagação da Covid-19, como máscaras e álcool em gel ou, ainda, aqueles utilizados para garantir a segurança dos trabalhadores e dos consumidores, como termômetros, garantem que o trabalhador exerça sua função de maneira segura, viabilizando a continuidade da atividade empresarial em tempos de pandemia.

Em consonância com o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer como insumos todos os itens essenciais e relevantes para o pleno desenvolvimento do objeto social dos

contribuintes, somando-se o fato de que para a Receita Federal do Brasil, os Equipamentos de Proteção Individual são passíveis de gerar crédito de PIS e COFINS no sistema da não cumulatividade, os utensílios reconhecidos pela OMS como protetores da disseminação do vírus podem ser reconhecidos como insumos e, consequentemente, torna possível a apuração de crédito do PIS e COFINS em suas aquisições.

Deve-se observar, todavia, que, para a viabilização do direito a crédito em decorrência dos dispêndios com os insumos relacionados à Covid-19, este deve ser buscado judicialmente por meio de impetração de Mandado de Segurança, comprovando além de sua essencialidade, a sua durabilidade que se demonstra pela escrituração como bens do ativo imobilizado.

Essa caracterização deve ser observada para estar em harmonia com os princípios contábeis que tornam válido o planejamento tributário estratégico, levando em consideração também a possibilidade de extensão temporal da pandemia e dos seus efeitos na economia brasileira e na viabilização do funcionamento das empresas e indústrias nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, duas premissas podem ser fixadas. A um, que no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fixado no Recurso Especial nº 1.221.170/PR, é possível gerar crédito de PIS e COFINS pelo sistema da não-cumulatividade, de todos aqueles bens caracterizados como insumos, pelo viés da essencialidade e relevância para a consecução da atividade empresarial dos contribuintes.

A duas, consoante inteligência da Receita Federal do Brasil, os equipamentos de proteção Individual (EPIs), por decorrerem de obrigação legal, enquadram-se como insumos e, por via de consequência, podem gerar o crédito de PIS e COFINS em suas aquisições, independente do objeto social ou de qualquer outro fator, como sua durabilidade, por exemplo, especialmente se aplicado ao cenário pandêmico.

Inserindo essas duas premissas na realidade instaurada pela pandemia, em que muitas empresas estão encontrando dificuldades financeiras para manutenção de suas atividades, somando a isso a necessidade

de respeito aos protocolos que obrigam a utilização de instrumentos de proteção contra a Covid-19, o que gera ainda mais gastos, a possibilidade de crédito de PIS e COFINS na obtenção desses, torna-se um mecanismo estratégico para a contenção de gastos e reequilíbrio econômico diante deste cenário caótico.

Embora o governo tenha tomado medidas para diminuir os gastos fixos das empresas, a exemplo da Resolução nº 22 de 2020 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), que zerou impostos de 62 produtos utilizados no combate ao coronavírus, por outro lado, no âmbito do PIS e da COFINS, ainda não há nenhuma medida concreta. Por essa razão, um planejamento contábil estratégico, realizado dentro dos limites legais, mostra-se uma providência vantajosa que se utiliza do poder judiciário para seu alcance, com alicerce em entendimento jurisprudencial.

Considerando tanto a adaptabilidade das pessoas jurídicas a essa nova realidade social, cultural e econômica trazida pela Covid-19 quanto à observância à consecução de um propósito negocial que certifique um planejamento estratégico lícito e viável, é essencial que o Poder Judiciário analise essa possibilidade de creditamento com o olhar da preservação da economia e da empresa no contexto presente, de forma que o precedente, de fato, abra um leque de possibilidades de conservação da economia nacional pela aplicação do instituto do creditamento de tributos conforme as variações do cenário fático empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGAMINI, Adolpho. **PIS e COFINS:** Análise de legislação, manifestações da administração tributária, jurisprudência administrativa e judicial / Adolpho Bergamini; prefácio de Karem Jureidini Dias – Coleção curso de tributos indiretos, v. 2. São Paulo: FISCOSoft Editora, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

_____. **Emenda constitucional nº 42**, 2003.

_____. **Lei nº 10.637**, 2002.

_____. **Lei nº 10.833**, 2003.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **NR-12**, 1978.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **NR-36**, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.221.170/PR**. Primeira Seção. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 22/02/2018. Publicado em: 24/04/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.235.979/RS**. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 12/05/2015. Publicado em: 18/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.246.317/MG**. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 19/05/2015. Publicado em: 19/06/2015.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. A não-cumulatividade do PIS e da COFINS. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 116, p.33-34, maio/2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Recurso Voluntário nº 15868.720082/2015-74**; 4ª Câmara – 2ª Turma Ordinária, Relator: Waldir Navarro Bezerra, Julgado em 24/05/2018

GRECO, Marco Aurélio. Conceito de insumo à luz da legislação de PIS/COFINS. In: **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, n. 34, jul./ago. 2008

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Pulso Empresa:** Impacto da COVID-19 nas empresas. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 28/03/21.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.565**, 2020.

_____. **Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de COVID-19 e outras síndromes gripais.** COE/SVS/MS. abr. 2020. Disponível em: <https://www.saude.go.gov.br/files/banner_coronavirus/GuiaMS-Recomendacoes-deprotecaotrabalhadores-COVID-19.pdf>. Acesso em: 28/03/21.

_____. **Resolução nº 22**, 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Infection prevention and control of epidemic - and pandemic-prone acute respiratory infections in health care**: WHO Guidelines. World Health Organization, 2014. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112656/9789241507134_eng.pdf;jsessionid=BE25F8EAA4F631126E78390906050313?sequence=1>. Acesso em: 28/03/21.

_____. **Rational use of personal protective equipment for coronavirus disease 2019 (COVID-19)**: Interim guidance. World Health Organization, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/rational-use-of-personal-protective-equipment-for--coronavirus-disease-(covid-19)-and-considerations-during-severe-shortages>. Acesso em: 01/04/21.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições. Custeio da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa nº 247**, 2002.

_____. **Instrução Normativa nº 404**, 2004.

_____. **Parecer Normativo nº 05**, 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. **Equipamentos de Proteção Individual (EPIs):** Orientações da Sociedade Brasileira de Dermatologia aos profissionais da Saúde. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.sbd.org.br/

mm/cms/2020/05/17/cartilhaepiaprovacaov6.pdf>. Acesso em: 28/03/2020.

SZYSZKA, Irene. **Implantação de sistemas da qualidade ISO 900 e mudanças organizacionais.** Dissertação (Mestrado em Administração) – Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2001. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2925/000328608.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28/03/21.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Letícia Estrela[114]

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, demonstraremos a longa jornada percorrida para que fosse auferida em 2011 a decisão histórica que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar. Ou seja, conseguiu-se a tutela igualitária de direitos que esses casais não possuíam em relação aos casais heterossexuais. Este tema sempre esteve na sociedade mas, devido ao conservadorismo, preconceitos e discriminações, ele é deixado de lado. Conforme Barroso (2020, p. 97), "a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo".

As normas que trouxeram a discussão do tema referem-se ao art. 1.723, do CC/2002, que não menciona a união homoafetiva. Com isso, os incisos II e V, do art. 19, e o art. 33, do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo do Rio de Janeiro), tiveram a interpretação prejudicada e os direitos à previdência e à licença dos servidores não abarcaram as famílias homoafetivas.

114 Graduanda em Direito pela Universidade Nove de Julho.

Ao julgar-se procedente, a união estável homoafetiva também se enquadra no conceito de família (art. 226, "caput" e §3º da CF/88). Segundo Gonçalves (2019, p. 17), "lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção". Garante-se uma segurança jurídica, em que a liberdade e a igualdade (art. 5º, "caput", da CF/88), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e a felicidade sejam efetivados.

Por meio da metodologia bibliográfica sobre os ramos do Direito brasileiro, conseguiremos realizar o estudo aprofundado para que cheguemos à conclusão da pesquisa.

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)

Ao nos depararmos com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), estamos diante de uma ação especial objetiva (significa que não há um litígio, portanto não há um réu especificamente) de controle concentrado de constitucionalidade exercido conforme o art. 102, inciso I, alínea "a", da CRFB/88, pelo Supremo Tribunal Federal (conhecido como o guardião/porta-voz da Constituição Federal brasileira) – em que uma lei ou ato normativo federal ou estadual, ou uma interpretação decorrente, pode ser declarada inconstitucional de maneira total ou parcial em análise abstrata, ou melhor, independente de um caso concreto, sendo que a decisão possui efeito vinculante e erga omnes (para todos). Conforme Lenza (2019, p. 493), "o objeto da ADI genérica será a lei ou o ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o parâmetro ou paradigma de confronto." Sendo assim, quando explana-se que uma decisão do STF possui efeito vinculante seguido de eficácia erga omnes, diz respeito que, mesmo que os demais órgãos do Poder Judiciário construam entendimentos diferentes do proferido pelo STF, eles terão que seguir o entendimento construído pelo Supremo Tribunal Federal.

Entende-se como lei todas as espécies descritas no artigo 59 e seus incisos, da CRFB/88, sendo elas: as emendas à Constituição (art. 59, I, da CF/88), leis complementares (art. 59, II, da CF/88), leis ordinárias (art. 59, III, da CF/88), leis delegadas (art. 59, IV, da CF/88), medidas provi-

sórias (art. 59, V, da CF/88), decretos legislativos (art. 59, VI, da CF/88) e resoluções (art. 59, VII, da CF/88).

Já quando nos referimos aos atos normativos, podemos citar as resoluções administrativas dos tribunais e os atos estatais, em que se observa como exemplos as resoluções administrativas e os regimentos internos dos tribunais.

Conforme preceitua o art. 103, da CF/88, como legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, observa-se: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

2. BREVE HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Como poderíamos começar a explicitar sobre a garantia de direitos fundamentais inerentes ao ser humano sem antes, observar como pressuposto indiscutivelmente essencial senão a própria Constituição Federal que rege o Estado Democrático de Direito?

O conceito de constituição nos remete à lei fundamental de um Estado, significando que todos os indivíduos presentes na sociedade devem conduzir-se de acordo com ela. Nesse sentido, devemos imaginar o ordenamento jurídico (direito positivo) como uma pirâmide em que situada no topo dessa pirâmide está localizada a Constituição Federal. Com isso, o que está situado abaixo da Constituição Federal é denominado de normas e atos infraconstitucionais. Para Kelsen (1998, p. 155), "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas".

Ao estudarmos todo o histórico das constituições brasileiras, devemos elencar a presença de sete constituições que já foram criadas ao longo do tempo, entre elas: a constituição de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e, claramente, a atual, de 1988.

A constituição de 1824 é marcada pelo período imperial, sendo outorgada (isso significa que foi imposta pela vontade do governante, e não do poder popular, como ocorre no caso das constituições promulgadas) em 25 de março de 1824 por D. Pedro I, após a Independência do Brasil, em 1822. Vale destacar algumas peculiaridades presentes em seu conteúdo, como, por exemplo: nessa época, encontrava-se um governo monárquico e hereditário, que tinha a religião Católica Apostólica Romana como a oficial do Império (as demais religiões eram permitidas somente com seu culto doméstico, não sendo possível a sua externalização). Conforme Lenza (2019, p. 194), "foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por unitarismo e absolutismo".

Já em 24 de fevereiro de 1891, temos a promulgação da primeira Constituição da República Brasileira, sendo possível notarmos consideráveis mudanças, se compararmos com a Constituição de 1824. A partir de 1891, não há mais religião oficial no Brasil, significando que o Estado passa a ser laico, não sendo mais regido pela religião Católica. Em substituição ao governo monárquico, encontra-se o governo presidencialista sob o regime representativo. Aqui, não se nota mais a presença do Poder Moderador, mas sim a presença da separação dos poderes, seguindo a teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu, com a presença do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Os direitos fundamentais começam a ser ampliados. Observamos a introdução do princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, que, resumidamente, denota que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos e garantias que não estão expressos (atualmente, esse princípio está localizado no art. 5º, §2º, da CRFB/88). O art. 5º, § 2º, da Constituição prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, introduzido pela primeira vez na Constituição de 1891 (RAMOS, 2020, p. 141).

No tocante à Constituição de 1934, vemos a inclusão dos direitos humanos de 2ª geração, conhecidos também como direitos sociais (como os direitos trabalhistas, por exemplo). De acordo com Martins (2019, p. 118), "temos como marco brasileiro do Constitucionalismo Social a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, que é a primeira Constituição brasileira a prever expressamente o direito ao tra-

balho, dentre outros direitos sociais". Esse diploma perdurou por pouco tempo, sendo revogado pela Constituição de 1937.

A Constituição de 1937 é marcada fortemente pelo autoritarismo e pelo período ditatorial. Como presidente do Brasil, tínhamos Getúlio Vargas. Em seu conteúdo, os direitos e garantias fundamentais foram limitados e, em muitos casos, restringidos (podemos citar como exemplo a restrição do direito de manifestação do pensamento e a utilização da tortura como meio de repressão). Na maioria das vezes, de acordo com o explicitado no artigo 123 dessa Carta Magna, deveria prevalecer a absoluta razão do Estado. Atenta-se com este artigo o alto teor antidemocrático que prevaleceu por todo esse regime, que, na realidade, a Lei Maior não possuía função alguma, devido ao fato de que o presidente da República realizava feitos de acordo com os seus próprios interesses e vontades. Segundo Ramos (2020, p. 732), "em que pese a Constituição de 1937 apenas servir para camuflar a ditadura de Getúlio Vargas e seu Estado Novo".

Após o declínio do Estado Novo e de Getúlio Vargas ser deposto de seu cargo, o Brasil caminhava para a formulação de uma nova Constituição: a de 1946. Nela, o constituinte pretendeu restabelecer os direitos que foram cerceados pela Carta Magna de 1937, para que houvesse, então, a redemocratização brasileira e para que não houvesse resquícios do antigo regime totalitário. Para Mendes (2018, p. 149), "a Constituição de 1946 exprimiu o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa". Desse modo, podemos considerar que o objetivo central dessa Carta Magna não foi a criação de novos direitos, mas sim o de recuperação de direitos.

De acordo com Lenza (2019, p. 225), "na mesma linha da Carta de 1937, a de 1967 concentrou, bruscamente, o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República". Com isso, entende-se que, na Constituição de 1967, vemos novamente um período que achávamos que nunca mais ocorreria novamente: a presença de um governo militar autoritário, centralizador e com a restrição de direitos fundamentais, seguindo a linha de raciocínio da Constituição de 1937.

Com o Brasil novamente em busca de uma redemocratização, a Constituição de 1988 (e que está vigente até os dias atuais) foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Ela é marcada em seu sentido axiológico pela

crença de que dias melhores podem se restabelecer, demonstrando que é possível a transição de um regime totalmente autoritário e violento para a instituição de um Estado Democrático de Direito. Ao analisarmos o seu conteúdo, denota-se que, pela primeira vez, uma constituição faz menção ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), remetendo-nos, então, que o indivíduo possui autonomia para reivindicar os seus direitos e as suas próprias escolhas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi posta por uma Assembleia Nacional Constituinte, formada por representantes que foram eleitos diretamente pelo povo, surgindo da transição de um Estado veementemente autoritário para um Estado democrático.

O sistema jurídico pátrio é formado por um sistema de regras e princípios, no qual vale dizer que a Constituição possui como pilares centrais a justiça e a consolidação dos direitos fundamentais.

As regras são comandos objetivos que expressam em seu conteúdo uma permissão ou proibição, sendo predominantemente descritivas de comportamento, devendo-se realizar aquele mandamento abordado equivalente ao tudo ou nada. A regra se aplica na modalidade tudo-ou-nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato, ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto (BARROSO, 2020, p. 205). Desse modo, as regras são aplicadas diretamente por meio da subsunção que significa enquadrar o fato à norma para que seja possível chegar a uma conclusão no caso concreto.

Já quando nos referimos aos princípios, não vemos a modalidade tudo-ou-nada presente em relação às regras, devido às circunstâncias de que os princípios em sua égide comportam os valores em sua dimensão ética, ou seja, são predominantemente finalísticos, indicando, então, uma direção que deve ser tomada. Além disso, no caso dos princípios, não ocorre a subsunção do fato à norma. Sendo assim, caso ocorra uma colisão entre princípios, o intérprete deverá utilizar da ponderação, isto é, um princípio irá se sobressair em relação ao outro princípio devido à análise feita pelo intérprete de acordo com os elementos existentes no caso concreto. Segundo Ramos (2020, p. 180), "há a faceta de ponderação em um conflito de direitos, pela qual a proporcionalidade é utilizada pelo intérprete para fazer prevalecer um direito, restringindo outro".

3. CÓDIGO CIVIL DE 2002

É importante abordarmos um capítulo sobre o Código Civil de 2002 para que entendamos o processo de evolução principiológica filosófica dessa codificação e como foi a sua inserção no seio da sociedade brasileira.

O Código Civil faz parte do Direito Privado, que é conhecido por regular os direitos e obrigações das relações entre particulares (denominadas também como relações privadas). A atual codificação foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, mas entrando em vigor somente após um ano de vacatio legis (período que decorre entre o dia da publicação de uma lei e o dia de sua entrada em vigor), em 11 de janeiro de 2003.

Como marco inicial para discutirmos esse tema, iniciaremos com os princípios que são utilizados como base fundamental abordados pelo atual código, cujo ponto de destaque podemos citar: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Nota-se que o princípio da eticidade é reconhecido como a valorização das condutas éticas que devem ser seguidas entre as partes nas relações privadas, como, por exemplo, a boa-fé que encontramos em alguns dispositivos deste instituto. Remete-nos como consoante necessária a confiança (outro exemplo de conduta ética) que deve ser esperada nessas relações, para que não ocorra a sua violação e a outra parte saia com algum prejuízo dessa relação.

Já o princípio da socialidade abrange o caráter social do código, ou seja, o individualismo (em conjunto com o patrimonialismo e elitismo) que regia o Código Civil de 1916 foi deixado de lado. Como exemplo desse caráter social que leva em conta o contexto da sociedade em certos momentos, temos: a família, a empresa, o contrato e entre outros.

No princípio da operabilidade, encontram-se mais dois sentidos e conceitos enraizados em sua estrutura: o da simplicidade e o da efetividade (denominado de concretude). Quando nos referimos à simplicidade, significa que o atual código foi criado com uma interpretação simplificada para que os seus institutos fossem aplicados de uma forma mais fácil e com um entendimento claro. Já a efetividade ou concretude diz respeito às cláusulas gerais que são abordadas no Código Civil. Ou seja, essas cláusulas gerais são a porta de entrada para que princí-

pios valorativos que, muitas vezes, não estão expressos no ordenamento jurídico possam ser incorporados e utilizados no caso concreto para a solução de um litígio. Para Tartuce (2020, p. 99), "percebe-se na atual codificação material um sistema aberto ou de janelas abertas, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação".

4. DIREITO DE FAMÍLIA

Para tratarmos do tema sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, é notável destacarmos e entendermos o direito de família que está diretamente ligado com o objetivo do presente artigo.

O direito de família é um ramo do Direito Civil sendo tratado pelo atual Código Civil de 2002, que abrange em seus dispositivos os seguintes assuntos: casamento; união estável; as relações de parentesco; filiação; alimentos; bem de família; tutela, curatela e guarda. Conforme doutrina Gonçalves (2019, p. 19), "o direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela".

Esse instituto possui como base central determinados princípios que estão descritos expressamente e tacitamente na Constituição de 1988 e no próprio Código Civil de 2002 e que merecem a devida atenção, pois, ao analisarmos o direito de família, vemos que ele acompanhou e ainda acompanha as mudanças que ocorrem tanto na evolução social quanto às mudanças referentes aos bons costumes, ou seja, como um todo acaba atendendo às necessidades e aos interesses da sociedade.

Abordado pelo art. 1º, inciso III, da CF/1988, o princípio da dignidade da pessoa humana merece extrema atenção. Ao denominarmos ele de princípio dos princípios, isso significa que a proteção da pessoa humana é o que rege o nosso Estado Democrático de Direito. É demasiadamente claro que todo o ordenamento jurídico possui como pilar a dignidade da pessoa humana. Mas conforme Tartuce (2020, p. 1751), "não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família". Desse modo, vemos que

essa qualidade inerente ao ser humano assegura que o indivíduo é um fim em si mesmo e não merece passar por nenhum tratamento degradante.

O princípio da solidariedade familiar está embutido no art. 3º, inciso I, da CF/1988, levando-nos ao sentido em que, na relação familiar, um indivíduo deve preocupar-se com o outro, denotando-se, então, um sentido amplo (lato sensu) que deve estar presente em vários aspectos. Como explica Tartuce (2020, p. 1.757), "a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual".

Já o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, §5.º, da CF/1988, e art. 1.511, do CC) refere-se à igualdade de direitos e deveres que ambos possuem. Percebe-se, então, que, com a evolução da sociedade, o papel da mulher na relação não se restringe mais somente às tarefas domésticas, como ocorria antigamente, pois existia uma forma de submissão da mulher em relação ao seu marido/companheiro, considerado o chefe da família, conforme disposto no art. 233, do Código Civil de 1916. Sendo assim, com o Código Civil de 2002, a chefia familiar pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, não devendo existir uma hierarquia de poder nessa relação.

Vale destacar o princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1.513, do CC), que, evidentemente, está relacionado ao princípio da autonomia privada em que pese qualquer pessoa de direito público ou privado não pode interferir na livre decisão do casal. Ademais, é importante lembrar que esse princípio deve ser ponderado, caso conflita com algum outro princípio presente no caso concreto.

Por fim, podemos elencar o princípio da afetividade, mesmo ele não estando descrito explicitamente nos dispositivos constitucionais e nos dispositivos do diploma civil referentes ao direito de família. Mesmo assim, é qualidade intrínseca do ser humano compartilhar sua vida e as suas relações com quem possui afeto e amor, duas características que podemos dizer que estão relacionadas à subjetividade e à maneira de pensar de cada um para que ocorra esse vínculo para a formação da entidade familiar. E ainda, podemos dizer que, muitas vezes, o liame afetivo acaba sobressaindo-se ao liame biológico. Aqui utilizamos o exemplo da parentalidade socioafetiva e da adoção.

5. UNIÃO ESTÁVEL

Antes de discorrermos sobre a união estável homoafetiva, é indispensável abordarmos sobre o conceito do que o ordenamento jurídico pátrio entende e aborda como união estável.

A união estável está pautada no art. 226, § 3º, da CF/88 (in verbis): "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" e também no diploma civil de 2002 em seu art. 1.723, preceituando que "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

É notável que existem determinadas diferenças entre o instituto da união estável em relação ao instituto do casamento. Há que existir no casamento um certo formalismo para a sua composição, em que o homem e a mulher devem manifestar a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal perante o juiz (art. 1.514, do CC/2002), já na união estável, ocorre a ausência dessa solenidade, na qual também não é necessário escritura pública entre as partes envolvidas, por exemplo. Ademais, como outras diferenças entre esses dois institutos, podemos citar as seguintes: no casamento, a lei expressamente aborda como deveres a fidelidade e a vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, incisos I e II, do CC/2002); já na união estável, os companheiros não necessitam obrigatoriamente de conviverem sob o mesmo teto.

Para que uma relação seja caracterizada como união estável a lei não determina necessariamente uma contagem ou um prazo de tempo em anos específica, mas admite expressamente como dever de ambos os companheiros (denominados também de conviventes) da relação em seu art. 1.724 que: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

6. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Agora que já discorremos no tópico anterior sobre o que o ordenamento jurídico brasileiro entende por união estável, podemos explanar

sobre o objetivo central da presente pesquisa, que é o de entender como ocorreu o processo de reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Até recentemente, antes do entendimento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o direito brasileiro não reconhecia a união estável formada por casais do mesmo sexo devido ao fato de que, até então, por sua essência e por analogia ao instituto do casamento somente era reconhecida a união estável formada por casais de sexos diferentes (denominados também de heterossexuais), ou seja, somente pelo homem e a mulher. Com isso, a união homoafetiva não tinha seu espaço no direito de família, sendo considerada somente como uma sociedade de fato cujos efeitos eram o de uma relação puramente obrigacional, seguindo o disposto no art. 981, do Código Civil de 2002 (in verbis): "Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".

Esse tema antes de adentrar na Suprema Corte já era abordado pelos Tribunais de Justiça. Podemos citar uma decisão em um caso concreto que ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que realizando o uso do que preceitua o art. 4º, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". A união estável homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar e como merecedora dos mesmos direitos da união heteroafetiva. Para Aristóteles (1991, p. 118), "quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão".

Foi somente em 5 de maio de 2011, em decisão unânime proferida pelo Supremo Tribunal Federal que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/RJ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/DF foram julgadas procedentes, isto é, foi somente a partir desse ano que a união estável homoafetiva foi reconhecida e inserida no conceito de entidade familiar. Quando paramos para observarmos quantos anos fazem da tomada dessa decisão histórica, vemos que é uma decisão extremamente recente (aproximadamente com dez anos) sobre um assunto que merecia a devida atenção muito antes

disso, pois, de certo modo, as uniões homoafetivas não tinham nenhuma segurança jurídica nacional. Conforme assinala Gonçalves (2019, p. 687), "o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal".

Claramente, o direito deve acompanhar as transformações e as evoluções sociais e, se prestarmos atenção, é notório que a nossa Constituição de 1988 é defasada em alguns quesitos por conta de que a sociedade muda a cada instante e, com isso, surgem novas formas de agir, de pensar, de ser, de costumes e de hábitos. Pelo entendimento de Filho (2015, p. 33), "sendo o Direito uma decorrência das relações sociais, um produto da sociedade, tudo o que agir sobre a sociedade produzirá reflexo também sobre o Direito". É fundamental que a Lei Maior acompanhe o contexto atual da sociedade na qual está inserida, significando que ela não se prenda estritamente a concepções formuladas a décadas em que, na maioria das vezes, nem sequer existiam as situações que encontramos hoje em dia.

Outro ponto valioso para ressaltar é o da própria essência da decisão do STF, na qual podemos introduzir o conceito da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. Ou seja, ela foi tomada com base na tríade fato-valor-norma. É evidente que essa decisão não obteria o mesmo resultado, se observasse somente como elementos: o fato e a norma (teoria pura do direito de Hans Kelsen), sem o uso do elemento axiológico. Fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar lhe aplicação (REALE, 2002, p. 60).

O ponto de partida para a discussão do tema do caso em análise perante o STF foi que o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/75) não abrangia os parceiros homoafetivos em determinadas situações, como, por exemplo, o direito de licença por motivo de doença de pessoa da família e os direitos à previdência. Desse modo, os servidores que possuíam uma relação de união estável com um parceiro do mesmo sexo não detinham os mesmos direitos assegurados que os casais heterossexuais.

Como Ministro relator desta ADI encontra-se Ayres Britto. Como condutor do acórdão preceitua que a Carta Magna apresenta como objetivo da República Federativa do Brasil o bem de todos sem que haja qualquer tipo de preconceitos e discriminações (art. 3º, IV, da CF/88), isso significa que não é possível que exista em um Estado Democrático de Direito a discriminação por conta da sexualidade dos indivíduos em decorrência de que a liberdade e a igualdade (art. 5º, "caput", da CF/88) sexual são direitos individuais (autonomia da vontade) com base na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e no direito à intimidade (art. 5º, X, da CF/88). O tratamento das questões relativas às pessoas e relações homoafetivas deve ser visto fundamentalmente à luz da igualdade e da liberdade constitucionalmente amparadas (LEITE et al., 2013).

Além do mais, consoante o disciplinamento jurídico, a união estável homoafetiva segue os requisitos necessários diante exposto no art. 1.723, do CC/2002, que são: convivência pública, contínua e duradoura.

Após a decisão do STF, o art. 1.723 do Código Civil de 2002 passou a ser "interpretado conforme a Constituição", ou seja, ao observarmos o caput do art. 226, da CF/88, "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", não cita, em nenhum momento, que o substantivo "família" refere-se somente à família formada por casais heterossexuais ou, ainda, que esse substantivo emprega algum significado de cunho restrito. Através dessa colocação, vemos que o conceito de família para a Constituição Brasileira possui um significado de pluralidade e de fraternidade abarcando todos os tipos existentes de entidades familiares. Como bem discutido por Leite et al. (2013), "o caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos". Sendo assim, como o Código Civil é uma lei infraconstitucional, ele deve respeitar o mandamento da ordem Constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do acima exposto, resta claro que o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar é indubitavelmente um grande marco tanto para a sociedade brasileira quanto para o ordenamento jurídico.

Demonstra que as transformações e evoluções sociais acabam refletindo, sim, no Direito e que ele deve acompanhá-las em decorrência de que, caso isso não ocorra, a falta de normas jurídicas sobre determinado assunto podem acarretar na imprevisibilidade jurídica e na violação ou omissão de direitos que devem estar garantidos pela Constituição Federal e pelas demais leis infraconstitucionais.

Foi necessário explanar sobre o histórico das Constituições Brasileiras e do Código Civil para que entendamos como as transformações ocorreram ao longo do tempo. A entrada dos direitos fundamentais no sistema normativo ocorreu lentamente e que, por algumas vezes, esse processo sequer conseguiu avançar, sendo até mesmo restringido (como nas épocas ditatoriais e autoritárias, com a Constituição de 1937 e a Constituição de 1967, por exemplo). Muitos consideram acertadamente que a Constituição de 1988 é a mais completa por dar extrema importância aos seus princípios e valores, em que a dignidade da pessoa humana é o ponto crucial do Estado Democrático de Direito.

Já o histórico do Código Civil também segue a linha de raciocínio de uma lenta evolução, na qual o Código de 1916 é marcado por um patrimonialismo, elitismo e individualismo exagerado, não dando atenção para o contexto social. O diploma civil de 2002 é regido pela eticidade, socialidade e operabilidade fornecendo a merecida atenção às condutas éticas que devem reger as relações privadas.

A união homoafetiva sempre foi um tema presente no seio da sociedade, considerado por muitos como um tabu e não possuindo o mesmo reconhecimento, como no caso das uniões heterossexuais consideradas como "normais". Algo errôneo, pois todos os indivíduos possuem autonomia de escolherem com quem irão constituir uma relação e família. É algo que não deve ser fruto de preconceitos ou discriminações, por vivermos em um Estado que possui como fulcro a liberdade, a igualdade e o bem de todos.

Infelizmente, a carência legislativa específica sobre esse tema ainda é uma realidade constante, que vemos na sociedade brasileira. Mas vemos que o Poder Judiciário por diversas vezes acaba suprindo essa necessidade de legislação no caso concreto, podendo-se dizer até que o juiz acaba realizando o papel que o legislador ainda não realizou, que obviamente é o papel de legislar.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal realizou perfeitamente o seu papel ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar. Como consequência, vemos que essas relações terão segurança jurídica e os seus direitos assegurados, entre eles: a adoção, comunhão parcial de bens, licença médica e a inclusão do companheiro como dependente em planos de saúde, por exemplo.

Por fim, vemos que o presente tema remete-nos em sua essência ao direito de amar e a busca pela felicidade do indivíduo em suas relações, algo que não merece sofrer de ingerências arbitrárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

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

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de sociologia jurídica**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6:** direito de família. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, G.S et al. **IDP** – Direito, diversidade e cidadania – Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

O TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO DO EMPREGADO À DESCONEXÃO

Christiano Abelardo Fagundes Freitas[115]
Léa Cristina Barboza da Silva Paiva[116]

INTRODUÇÃO

O teletrabalho é uma realidade mundial e, desde a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, encontra-se disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho, com regras específicas constantes do artigo 75-A ao 75-E.

Considera-se teletrabalho o regime de labor em que a prestação de serviços ocorre preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

115 Bacharel em Direito. Advogado. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Língua Portuguesa. Mestrando em Planejamento Regional e Gestão de Cidades pela UCAM/Campos dos Goytacazes (RJ). Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil da 12ª Subseção (RJ).

116 Advogada. Mestrado pela Universidade Candido Mendes/Campos (RJ). Diretora-geral da Ordem dos Advogados do Brasil da 12ª Subseção (RJ).

Questão que se revela importante é que os empregados que laboram no regime de teletrabalho estão excluídos, pelo artigo 62, inciso III, da CLT, do capítulo destinado à limitação da jornada de trabalho.

Assim sendo, o objetivo deste artigo é analisar o direito fundamental do empregado de ter o seu horário destinado ao descanso, ao lazer, à vida social preservado, haja vista que a exigência do empregador de que o empregado fique "acessível", por meio de ferramentas tecnológicas, podendo ser contactado a qualquer momento do dia, viola direitos da personalidade do empregado, indo de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme será abordado, há julgados consignando que o excesso de jornada e a falta de desconexão do trabalho causam doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que não pode ter a chancela do ordenamento jurídico.

Analisaremos as regras relacionadas à jornada de trabalho, ao regime de teletrabalho, bem como os fundamentos pertinentes ao direito à desconexão do ambiente de trabalho (tanto no direito pátrio, como no aspecto internacional) e, por derradeiro, como os tribunais trabalhistas têm julgado demandas relacionadas ao direito do empregado de desconectar-se do ambiente de trabalho.

A pesquisa, em sua essência, consistirá na revisão bibliográfica e na análise de julgados correlacionados ao tema central ora objeto de perquirição.

1 DA JORNADA DE TRABALHO À LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

O instituto jurídico da jornada de trabalho pode ser conceituado com o número de horas de trabalho que o empregado presta, por dia, ao empregador, seja efetivamente laborando ou à disposição deste.

A palavra jornada, etimologicamente, significa "dia". Logo, redundante falar "jornada diária" de trabalho, como também não existe, tecnicamente, jornada semanal, quinzenal ou mensal. Sugerimos, nesses casos, o uso do vocábulo módulo: módulo semanal, módulo quinzenal, módulo mensal de trabalho.

A duração do trabalho humano é assunto de muita importância no plano do Direito do Trabalho, porque está relacionado a regras de saúde

(física e mental), mantendo íntima correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Prescreve o art. 58, da CLT:

> Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas, desde que não seja fixado expressamente outro limite.
>
> § 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.
>
> § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Freitas e Paiva lecionam sobre as regras constantes da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 5/10/1988, acerca da duração da jornada de trabalho, aduzindo que:

> À luz da Carta Magna (art. 7º, XIII), a jornada de trabalho terá duração de 8 horas e o módulo semanal de 44 horas. No entanto, oportuno registrar que o constituinte permitiu a flexibilização de tal jornada, uma vez que admitiu a sua compensação por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho (p. 72).

Não se incluem na jornada acima os empregados sujeitos à jornada especial, como, por exemplo:

a) o bancário que possui, em regra, uma jornada de 6 horas (art. 224, da CLT);

b) o advogado que deve laborar, no máximo, 4 horas contínuas (art. 20, da Lei nº 8.906/94);

c) do contrato a tempo parcial cujo módulo semanal são de até 26 horas, com possibilidade de labor extraordinário, ou de até 30 horas, sem possibilidade de realização de horas suplementares (art. 58-A, CLT);

d) do aprendiz, em regra, jornada de 6 horas (art. 432, CLT). Esse limite poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica (art. 432, § 1º, CLT);

e) o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7º, XIV, CRFB/88).

A CLT, no artigo 62, excepciona alguns trabalhadores do regime de controle de jornada, estando inclusos, no referido rol, os empregados que laboram no regime de teletrabalho.

> Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
>
> I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;
>
> II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.
>
> III – os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

O artigo 62, da CLT, sofre duras críticas da doutrina e da jurisprudência quanto à sua constitucionalidade, uma vez que a CRFB/88, no artigo 7º, XIII e XV, assegura "a todos os empregados", sem fazer distinção, o direito ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho. Para exemplificar, transcreve-se o Enunciado nº 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA) no ano de 2017:

> **17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.** 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da

> República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

Trata-se, no entanto, de tese superada, refutada, há tempo, diga-se de passagem, tanto pela jurisprudência do TST, como da oriunda do STF, como evidenciam as seguintes ementas:

> AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. HORAS EXTRAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, II, DA CLT. TESE SUPERADA PELA JURISPRUDÊNCIA DO TST E DO STF. A tese de inconstitucionalidade do art. 62, II, da CLT foi refutada, tanto pelo TST, quanto pelo STF, ante a situação específica que excepciona a regra geral constante no art. 7º, XIII, da CF. Portanto, superada essa questão. Dessa forma, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, III e IV, "a", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido. (PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-2078-48.2015.5.02.0005. MAURICIO GODINHO DELGADO. 3ª Turma. 29/11/2019)
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUESTIONAMENTO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC. APLICABILIDADE. Caracterizam-se como manifestamente protelatórios os embargos de declaração que visam obter manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do art. 62 da CLT, em manifesto confronto com a jurisprudência pacífica do TST e do próprio Supremo Tribunal Federal, de modo a evidenciar a provocação indevida da jurisdição, por meio de recurso destituído de razões. Aplicação de multa. Embargos de declaração a que se nega provimento, com multa. (ED-Ag-AIRR:

> 10010811620165020263, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 12/06/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/06/2019).

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, o entendimento também é pela constitucionalidade do artigo 62, da CLT, como exemplifica o recente julgado, lavrado pelo TRT da 3ª Região (MG):

> **BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, II DA CLT.** A questão da inconstitucionalidade do art. 62, II da CLT está superada, tendo o TST já se manifestado que retrata situação específica que excepciona a regra geral constante no art. 7º, XIII, da CF (Súmula 278 do TST). **(PROCESSO nº 0012019-55.2017.5.03.0027 (ROT). Desembargador relator LUÍS FELIPE LOPES BOSON. TRT 3ª Região. 3ª Turma. Publicação: 22/5/2020).**

Analisar-se-ão, a seguir, as regras referentes ao teletrabalho, a fim de possibilitar a interface entre o binômio: teletrabalho e direito à desconexão do ambiente de trabalho.

2 O REGIME DE TELETRABALHO NO BRASIL

Segundo a CLT, teletrabalho é "a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo", como se depreende do art. 75-B.

O teletrabalho pode ser realizado no domicílio do empregado ou em qualquer outro lugar que não seja nas dependências do empregador, porquanto as tecnologias (internet, e-mail, videoconferência, Facebook, Skype, WhatsApp, entre outros) permitiram ao empregado executar suas atividades profissionais em sua própria residência, numa biblioteca ou cafeteria, com a mesma qualidade e eficiência dos trabalhos executados dentro do estabelecimento da empresa.

O comparecimento eventual para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento da empresa

não descaracteriza este regime de teletrabalho, consoante dicção do parágrafo único, do art. 75-B, da CLT.

Como qualquer outro regime de trabalho, a modalidade de teletrabalho requer anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), devendo constar expressamente no contrato de emprego as atividades que serão realizadas pelo empregado.

Poderá ser realizada alteração do regime presencial para o teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual (§1º, art. 75-C, CLT), bem como do teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantindo prazo de transição mínimo de 15 dias, também com correspondente registro em aditivo contratual (§2º, art. 75-C, CLT). Quanto a esta última modalidade de alteração contratual, oportuno registrar a seguinte ementa do TRT da 2ª Região (SP):

> TELETRABALHO. RETORNO AO REGIME PRESENCIAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. A determinação de retorno ao regime de trabalho presencial encontra-se inserida no poder diretivo do empregador, sem qualquer necessidade de consentimento do empregado, nos termos do artigo 75-C, parágrafo 2º, da CLT, incluído pela Reforma Trabalhista. E, nem se alegue violação ao artigo 468, da CLT, eis que o artigo 75-C, da CLT trata-se de norma específica ao teletrabalho. (TRT-2 10001000720195020384 SP, Relator: IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA, 17ª Turma – Cadeira 4, Data de Publicação: 06/03/2020).

Vale gizar que o TRT da 17ª Região, por meio de acórdão emblemático, de cunho altruísta e sociológico, desconsiderou o fato de a adoção do sistema de teletrabalho dizer respeito ao poder diretivo do empregador, deferindo ao empregado a mudança do regime presencial para o de teletrabalho, para proteger pessoa com deficiência, garantindo, assim, o cumprimento de direitos fundamentais. Vejamos:

> AUTORIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO REGIME DE **TELETRABALHO** NO EXTERIOR. ACOMPANHAMENTO DE FILHO COM DEFICIÊNCIA. COMPATIBILIDADE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO COM O

> TRABALHO À DISTÂNCIA. Em regra, não é dado ao Poder Judiciário interferir nos atos de gestão administrativa, imiscuindo-se na discricionariedade do ente privado para impor a liberação do trabalhador para o regime de **teletrabalho**, sobretudo quando a lei disciplina textualmente se tratar de faculdade do empregador a realização do trabalho à distância. Ocorre que, quando se está diante de situações excepcionalíssimas de tensão envolvendo o (des) cumprimento de direitos fundamentais, especialmente com risco à garantia da proteção da pessoa com deficiência, não é dado ao Poder Judiciário omitir-se na tarefa de fazer prevalecer o interesse público e a eficácia integrativa dos direitos outorgados aos cidadãos, devendo ser criados os pressupostos fáticos necessários ao exercício dos direitos garantidos no ordenamento jurídico. Com efeito, ante a plena compatibilidade da atividade do autor com o trabalho desenvolvido remotamente, e não havendo outras razões minimamente razoáveis que desaconselhassem a liberação do reclamante para trabalhar à distância, a recusa imotivada não pode impedir esta Justiça Especializada de buscar o equilíbrio necessário entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, garantindo ao autor a possibilidade de destinar os esforços necessários aos cuidados de seu filho autista, sem trazer prejuízos para o tomador dos seus serviços. (TRT 17ª R., ROT 0001208-69.2018.5.17.0008, Divisão da 2ª Turma, DEJT 17/12/2019).

Daí, verifica-se que a mudança do sistema telepresencial para o presencial constitui, em regra, uma hipótese de *jus variandi* do empregador. Diz-se em regra, porquanto o poder diretivo do empregador e o *jus variandi* não são absolutos, admitindo, pois, abrandamento, mormente neste momento tão delicado de pandemia, por qual atravessa a humanidade. Nessa oportunidade, trazemos à baila a seguinte ementa:

> REGIME ESPECIAL DE TELETRABALHO FACULTADO A EMPREGADA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. REVOGAÇÃO UNILATERAL. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SUPERVENIÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO ESTADO DE FATO EXCEPCIONAL E TRANSITÓRIO QUE ENSEJOU O DEFERIMENTO DO

REGIME ESPECIAL DE TELETRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. No caso, à reclamante foi facultado, pela reclamada, em caráter excepcional (transitório), o trabalho em regime especial, remoto (teletrabalho), durante a vigência das normas que suspendam as atividades escolares ou em creches em razão do atual estado de emergência de saúde pública pertinente à Covid-19, possuindo a reclamante dois filhos menores, um dos quais portador de necessidades especiais, porque autista. E, nesse contexto, a par do seu poder diretivo, não pode a reclamada, ponderados os termos do artigo 468 da CLT, revogar, de forma unilateral, na vigência das normas que suspendam as atividades escolares ou em creches em razão do atual estado de emergência de saúde pública pertinente à Covid-19, o regime especial de teletrabalho por ela mesma assegurado – ainda que de forma excepcional e transitória – à reclamante – *venire contra factum proprium non valet* –, observado o princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do CC), não se verificando, no caso, a superveniência de alteração do estado de fato excepcional e transitório que ensejou o deferimento, à reclamante, do regime de trabalho remoto (telepresencial). Nesse contexto, enquanto perdurar a vigência das normas que suspendam as atividades escolares ou em creches em razão do atual estado de emergência de saúde pública pertinente à Covid-19, o regime especial de teletrabalho assegurado pela reclamada à reclamante não pode ser unilateralmente revogado, sem justa causa. A pretensão deduzida em juízo, no caso, está amparada por ato próprio da reclamada, além do disposto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no artigo 10, parágrafo único, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e no artigo 227 da Constituição da República. A mera remissão da reclamada, nesse contexto, ao seu poder diretivo não permite a reforma da r. sentença de origem, porque o poder diretivo patronal não é absoluto. O fato de serem essenciais os serviços postais não faculta à reclamada, de per si, a revogação unilateral do regime especial de teletrabalho por ela mesma deferido à reclamante, não demonstrando a reclamada, no caso, que a manutenção do teletrabalho, para a reclamante, consubstancie óbice efetivo à manutenção regular dos seus serviços (TRT-2 10008655820205020055

SP, Relator: RODRIGO GARCIA SCHWARZ, 2ª Turma – Cadeira 1, Data de Publicação: 09/03/2021).

É no contrato de trabalho que será determinada a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado (art. 75-D, da CLT). As utilidades ora mencionadas não integram a remuneração do empregado (parágrafo único, art. 75-D, da CLT).

Quanto à Medicina e Segurança do Trabalho, a CLT preconiza que o empregador tem de instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomarem a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho (art. 75-E), mediante assinatura pelo empregado de termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (parágrafo único, art. 75-E).

Quanto aos demais direitos, como férias, décimo terceiro salário, aviso prévio, descanso semanal remunerado, licença maternidade, entre outros, o teletrabalhador terá os mesmos direitos dos demais empregados, exceto, em regra, a horas extras, uma vez que, conforme visto, o artigo 62, III, da CLT, exclui o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho.

3 DIREITO À DESCONEXÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Neste tópico, reside o ponto nevrálgico do tema analisado. O teletrabalhador pode exercer sua função, por exemplo, da sua própria residência ou do lugar que reputar conveniente, não estando sujeito ao controle de jornada e, como consequência, não tendo, em tese, direito ao recebimento de horas extras.

Assim como os demais empregados, o teletrabalhador tem o direito a desconectar-se do trabalho, para manter suas relações sociais, familiares, religiosas, afetivas, acadêmicas.

Havendo o controle do horário de trabalho, bem como a exigência de que o teletrabalhador fique à disposição do empregador, podendo ser acionado a qualquer hora, numa situação análoga ao sobreaviso, deverá ser afastada a regra constante do artigo 62, III, da CLT, para que esta espécie

de empregado faça jus ao recebimento de horas extras, haja vista que caracterizada a restrição quanto ao gozo do tempo livre, de lazer por estar conectado ao trabalho.

Desejamos, com isso, afirmar que, não havendo liberdade, por parte do teletrabalhador, para fixar o seu horário de trabalho, em virtude dos interesses do empregador, que acaba controlando a jornada de trabalho, serão aplicáveis a esse empregado as regras atinentes à jornada de trabalho. Nesta diretriz, a lição de Barros (2012), *in verbis*:

> É possível aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, caso haja controle mediante a utilização de um programa informático, que permita armazenar na memória o tempo de duração real da atividade, dos intervalos, ou o horário definido pela exigência dos clientes do empregador, sem que o teletrabalhador tenha liberdade para escolher as horas que pretende trabalhar ao dia. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária e consequentemente, é possível também fixar o salário por unidade de tempo (BARROS, 2012).

Nesse sentido, a seguinte ementa da lavra do Egrégio Tribunal da 15ª Região, de relatoria do Dr. **Luiz Antonio Lazarim**:

> **JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS. CONCESSÃO.**
>
> Comprovada a insuficiência de recursos do Reclamante, em razão da condição de desempregado, devem ser concedidos os benefícios da Justiça Gratuita.
>
> **HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. PROVA. CABIMENTO.**
>
> Comprovado pela prova testemunhal que o trabalhador em regime de teletrabalho extrapolava os limites constitucionais que delimitam a jornada de trabalho, devidas as horas extras laboradas e não quitadas pelo empregador **(PROCESSO Nº 0011340-98.2018.5.15.0152. 5ª TURMA – 9ª CÂMARA. TRT 15. LUIZ ANTONIO LAZARIM. Publicação: 3/12/2020).**

No plano internacional, diversos diplomas asseguram aos empregados o direito à limitação da jornada de trabalho, destacando-se: a) artigo 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936); b) artigo XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; c) artigo 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; d) artigo 7º, "g" e "h", do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Impende consignar que estes dois últimos foram ratificados pelo Brasil. A seguir, a transcrição desses diplomas normativos:

> Artigo 2 – O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida.
>
> [...] Artigo 4 – O direito à vida comporta: a) O direito a um trabalho reduzido o bastante para deixar lazeres suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que uma repartição equitativa deve e pode garantir a todos; b) O direito ao pleno cultivo intelectual, moral, artístico e técnico das faculdades de cada um (...) (Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (Elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936).
>
> Artigo XXIV – Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948).
>
> Artigo 7º: Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo: (...) d) O repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados. (Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil).
>
> Artigo 7º: Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao

> trabalho, a que se refere o anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: [...] b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional; [...] g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos; h) Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais. (Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil e com vigência interna a partir de 16 de novembro de 1999 nos termos do Decreto 3.321/99).

O Egrégio TRT do Rio de Janeiro, recentemente, ao julgar um recurso ordinário, assegurou ao trabalhador o direito à desconexão do trabalho, constando do julgado que o empregado não possuía liberdade para escolher sequer o local para dormir durante o período de descanso, como ilustra a seguinte ementa:

> **INTERVALO INTRAJORNADA. DIREITO À DESCONEXÃO.** O artigo 71 da CLT contém norma de ordem pública, e o direito ao intervalo para refeição e descanso é medida de higiene e segurança do trabalho, do qual não se pode dispor sem prejuízo dos princípios protetivos do direito do trabalho. **No caso dos autos, o demandante não usufruiu verdadeiramente o direito à desconexão, com liberdade para decidir o que fazer ou não fazer, ou até mesmo o local onde gostaria de dormir durante o seu período de descanso diário, hipótese análoga ao disposto no inciso II, da Súmula nº 428, do C. TST, já que a qualquer momento poderia ser chamado para o serviço durante o seu horário de repouso.** Recurso patronal a que se nega provimento. (**PROCESSO nº 0100859-53.2019.5.01.0471 (ROT). RELATORA: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA. 7ª tur-**

ma. TRT 1ª Região. Publicação: 13/10/2020) Destaques realizados.

4 O DOMICÍLIO COMO UMA EXTENSÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO

Segundo a doutrina especializada, o conceito de meio ambiente é deveras amplo. Sirvinskas registra: "que o conceito legal de meio ambiente é amplo e relacional, permitindo-se ao direito ambiental brasileiro a aplicação mais extensa que aqueles de outros países".

Impende destacar que meio ambiente do trabalho engloba não só condições materiais, mas também físicas, psíquicas, abrangendo as relações interpessoais, ou seja, não se trata de expressão que se limita ao local em que o trabalhador (subordinado ou não) desempenha seu ofício. Nessa toada, Rocha aduz que o "meio ambiente o trabalho constitui o pano de fundo das complexas relações biológicas, psicológicas e sociais a que o trabalhador está submetido".

Guardando pertinência com o assunto ora perquirido, dentro da elasticidade conceitual de meio ambiente de trabalho, Romita leciona que o domicílio do trabalhador em regime de teletrabalho revela-se uma extensão do ambiente laboral, *in verbis*:

> Importante é a conceituação do meio ambiente do trabalho apta a recolher o resultado das transformações ocorridas nos últimos tempos nos métodos de organização do trabalho e nos processos produtivos, que acarretam a desconcentração dos contingentes de trabalhadores, não mais limitados ao espaço interno da fábrica ou empresa. Por força das inovações tecnológicas, desenvolvem-se novas modalidades de prestação de serviços, como trabalho em domicílio e teletrabalho, de sorte que o conceito de meio ambiente do trabalho se elastece, passando a abranger também a moradia e o espaço urbano.

Realizados os registros acima, mister consignar que a finalidade deste tópico é informar que a atitude do empregador de controlar integralmente o tempo do teletrabalhador afeta a qualidade de vida deste.

Caso a falta de desconexão do ambiente de trabalho interrompa ou prejudique um projeto de vida do trabalhador, abrir-se-ão as portas para um pedido de reparação por dano existencial. Nesse diapasão, a percuciente lição de Almeida Neto, para quem haverá dano existencial, quando não se garante à pessoa física, o:

> direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.

A jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho também reconhece a configuração do dano existencial, quando o empregado tem um projeto de vida prejudicado, quando o convívio familiar e social são violados por atos abusivos do empregador, como reflete a ementa abaixo:

> DANOS EXISTENCIAIS. CUMPRIMENTO DE JORNADA EXTENUANTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
>
> O cumprimento de jornadas de trabalho exaustivas, com prestação de labor em sobrejornada acima do limite estabelecido pela lei (art. 59, *caput*, da CLT), constitui causa de danos não apenas patrimoniais ao trabalhador, mas, principalmente, violação a direitos fundamentais e o aviltamento da saúde e bem-estar do empregado. É, pois, fator de risco ao estado psicossocial da pessoa, capaz de ensejar danos à saúde e à sociedade como um todo, na medida em que o obreiro fica privado de uma vida familiar e social dignas, do lazer e do desenvolvimento de sua personalidade, além de gerar risco potencial para acidentes e doenças do trabalho. Inegavelmente, a prestação de trabalho em jornadas exaustivas, com labor habitual e diário acima dos limites estabelecidos pela lei, além do máxi-

> mo tolerável para permitir uma existência digna ao trabalhador, causa dano presumível aos direitos da personalidade do empregado (dano moral/existencial in re ipsa), dada a incúria do empregador na observância dos direitos fundamentais e básicos estabelecidos pela lei quanto à duração da jornada de trabalho, em especial os limites para exigência de horas suplementares e ao mínimo de descanso exigido para recomposição física e mental do trabalhador que compõe o tempo para o indispensável convívio social e familiar. **No caso concreto, a ilicitude do ato praticado pelo empregador é evidente, diante da violação de direitos fundamentais e sociais, notadamente os direitos sociais a uma existência digna, ao lazer, à segurança etc., pelas restrições de ordem pessoal e social sofridas pelo autor, que trabalhou além do limite constitucional-legal de jornada. Indenização por danos morais devida, na modalidade de danos existenciais.** (0000358-60.2014.5.04.0802 RO. TRT 4ª Região. 2ª Turma. DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO. Publicação: 19/06/2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O empregado tem o direito a desconectar-se do ambiente de trabalho, devendo o empregador respeitar os dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico neste particular, pois a garantia desse direito vai repercutir em tantos outros, tais como: o direito à convivência familiar (art. 226, da CRFB/88), à proteção à intimidade e à privacidade do trabalhador (art. 5º, X, da CRFB/88).

O artigo 6º, da CRFB/88, arrola o trabalho como um direito social e, na sequência, o lazer. Trata-se de direitos sociais que devem caminhar em harmonia, de mãos dadas (numa alusão ao poeta de Itabira, Carlos Drummond de Andrade), pois aquele não pode suplantar este, sob pena de caracterizar violação a direitos da personalidade do trabalhador, o que terá como consequência o direito a uma reparação por dano existencial, na hipótese de comprovação de dano a um projeto de vida do trabalhador.

A submissão habitual do trabalhador a uma jornada excessiva de trabalho, tendo de ficar longas horas do dia à disposição do empregador faz com que aquele sofra limitações em sua vida pessoal, decorrente da con-

duta ilícita praticada pelo empregador, importando em verdadeiro confisco irreversível do tempo, já que o trabalhador fica impossibilitado de destiná-lo ao descanso, ao convívio familiar, ao lazer (como lhe asseguram os artigos 6º, 7º, IV, 217, §3º e 227, todos da CRFB/88).

O artigo 62, III, da CLT, ao excluir o teletrabalhador das regras relativas à jornada de trabalho, traz uma presunção relativa, haja vista que, não havendo autonomia, liberdade para o trabalhador administrar seus horários, ante o controle, a determinação de horários pelo empregador, aquele fará jus ao recebimento de horas extras, caso ultrapassados os limites impostos pela Carta Magna.

Pelo fio do exposto, o direito à desconexão do ambiente de trabalho tem o desiderato de permitir ao trabalhador usufruir seu tempo fora do ambiente de trabalho (independentemente de qual seja este) para o lazer, para atividades pessoais, enfim, utilizar o tempo da maneira que desejar, realizando atividades que sejam do seu interesse, aliás como canta a Banda Titãs: "A gente não quer só comida/ A gente quer comida/ Diversão e arte/ A gente não quer só comida/ A gente quer saída/ Para qualquer parte...".

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

BARBA FILHO, Roberto Dala. **Reforma Trabalhista & direito material do trabalho:** atualizada de acordo com a MP 808 de 14.11.2017. Curitiba: Juruá, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com comentários à LEI N. 13.467/2007. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes; PAIVA, Léa Cristina Barboza da Silva. **Os Reflexos da Reforma Trabalhista para o Empregado Doméstico.** São Paulo: Ltr, 2019.

_____. **Manual de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.** 2ª ed. Campos dos Goytacazes: Grafimar, 2011.

_____. **Curso de Direito do Trabalho para o exame da OAB.** São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Curso de Direito Individual do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Manual dos direitos Trabalhistas do Empregado e do Empregador Doméstico.** São Paulo: LTr, 2014.

FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes. **Direito do Trabalho e Processual do Trabalho para OAB:** questões e peças processuais. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes; FILHO, Antônio Carlos Ferreira dos Santos; MACHADO, Rafael Crespo Maciel. **Operação OAB 260.** Questões Comentadas. São Paulo: LTr,2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de Oliveira. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental do trabalho.** São Paulo: LTr, 2002

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2009.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tutela constitucional do meio ambiente:** interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.

EDUCAÇÃO EM CRISE: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Emilia Davi Mendes[117]

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a discutir os impactos da crise educacional mundialmente vivenciada por decorrência da pandemia de Covid-19. Entre os impactos sociais e econômicos perpetuados, percebe-se que o fechamento das instituições de ensino incorporou prejuízos que ultrapassam o próprio direito à educação e alcançam garantias conexas, fruto da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

Nessa linha de intelecção, nota-se a educação como um ponto de encontro para muitas políticas públicas, especialmente em favor de grupos vulneráveis, de modo que não pode ser considerada individualmente. Quando a atividade educacional é suspensa, muitas outras garantias fundamentais sofrem prejuízos, a exemplo do direito à água, ao saneamento e a uma alimentação diária nutritiva.

Além de uma ampla análise dessas interconexões, este trabalho também fornece uma abordagem integrada da trajetória histórica do direito à

117 Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Redatora do Jornal O Clima. Entusiasta dos Direitos Humanos e engajada com a agenda da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável.

educação, não se limitando ao contexto pós-pandêmico, mas retomando também a situação dessa garantia antes da crise sanitária, a fim de identificar aspectos estruturais pregressos de relevância para o desaguar da atual conjuntura.

Voltando os olhos para o presente, a pandemia fez surgir a necessidade de rápidas respostas por parte das lideranças governamentais para garantir a continuidade do direito à educação, o que implicou em novos desafios e oportunidades. Esse foi um campo fértil para a aceleração de um processo que vinha acontecendo de modo gradual: a digitalização da educação. O papel desse novo paradigma, todavia, traz à tona questões pertinentes para que sua aplicação ocorra de modo integrado e democrático, a fim de que os mais vulneráveis não sejam alvo de discriminação e esse mecanismo não torne-se um intensificador de desigualdades.

1. NOVAS E VELHAS DISCRIMINAÇÕES: AS DESIGUALDADES APARENTES E CRESCENTES REVELADAS PELA PANDEMIA

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarava oficialmente a pandemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Apenas um ano depois, o número total de mortes pela doença já ultrapassara os dois milhões[118]. Durante este intervalo, muitos desafios surgiram, transbordando a própria crise sanitária e atingindo diversos outros aspectos sociais relevantes.

Não obstante a doença tenha ultrapassado indistintamente as fronteiras dos Estados, não é correto afirmar que os desafios decorrentes propagaram-se de modo uniforme. As questões políticas, econômicas e culturais próprias de cada país revelaram maneiras dispares de reagir ao momento e traçar medidas de contenção para a reestruturação de suas dinâmicas sociais.

A necessidade de respostas emergentes para uma crise contemporânea sem precedentes possibilitou o categórico vislumbre do funcionamento interno de cada país e de suas condições estruturais. Desse modo, a análise da maneira como a crise sanitária é capaz de sobrepujar outros direitos

118 Em 23 de março de 2021, o número de total de mortes por Covid-19 correspondia a 2.719.163, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (WHO, 2021).

para o cenário crítico de desordem em que se manifesta, revela não somente o contexto atual vivenciado desde o início da pandemia, mas também importantes falhas pregressas desses sistemas sociais para garantia da dignidade humana.

Segundo dados do Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), cerca de 168 milhões de crianças ficaram fora da escola por quase um ano em todo o mundo em razão da pandemia do novo coronavírus. Além disso, uma em cada sete crianças – o que corresponde a cerca de 214 milhões – perdeu mais de três quartos de suas aprendizagens neste período. Vale ressaltar ainda que, em 14 países de todo o mundo, as escolas permaneceram praticamente fechadas desde março de 2020 a fevereiro de 2021, afetando aproximadamente 98 milhões de crianças em idade escolar (UNICEF, 2021).

O fechamento de escolas e universidades, inevitavelmente, se traduziu em uma crise global de educação, interrompendo a aprendizagem de inúmeros alunos. Para um determinado grupo de estudantes, essa situação teve consequências limitadas. É o que se observa para aqueles que perderam apenas algumas semanas de ensino ou em relação às crianças cujos pais estiveram em condições de fornecer um acompanhamento adequado para a continuidade das atividades escolares remotamente, com o apoio de seus professores e acesso a plataformas de aprendizagem digital. O mesmo se aplica aos alunos mais velhos que tiveram condições de acessar a educação online e outras formas de apoio pedagógico, gozando de boas condições físicas, sociais, econômicas e psicológicas para tanto (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020, p. 8).

Entretanto, para uma outra parcela de alunos, o fechamento das escolas significou consequências devastadoras, com repercussões de longo prazo e decisivas mudanças de perspectivas para os seus futuros. Para muitas crianças e adolescentes, o fechamento das escolas representou um processo de aceleração de desigualdades.

É o caso de alunos em situação de vulnerabilidade social, que estudam em escolas incapazes de garantir as medidas sanitárias necessárias para o retorno às salas de aula – cujos pais não possuem condições de garantir uma efetiva experiência escolar no ambiente doméstico, que vivem em condições precárias de moradia, que possuem condição econômica ou vínculo familiar fragilizados ou que não são capazes de acessar ou se be-

neficiar da educação online por estarem inseridos em um contexto de exclusão digital. Em casos como esses, a situação trazida pela Covid-19 pode fazer com que alunos nunca retornem às salas de aula e, até mesmo, sejam forçados ao trabalho ou casamento infantil.

1.1. DESIGUALDADES ESTRUTURAIS PREEXISTENTES

A educação, como direito humano, evidentemente possui inserção em um campo de luta social e conquistas graduais, caracterizadas como partes do seu processo de evolução enquanto garantia humana. Este processo de desenvolvimento é constante e, portanto, a existência de desigualdades e pontos passíveis de aperfeiçoamento é fato que precede o eclodir da pandemia de Covid-19.

Nesse sentido, nota-se um processo de intensificação das iniquidades e falhas estruturais na garantia do direito humano à educação por decorrência da hodierna crise sanitária. Para contornar essa problemática, é imprescindível que as medidas tomadas pelos Estados a fim de viabilizar a continuidade da educação ocorram com base em direitos humanos, ou seja, pautadas em decisões governamentais atentas às necessidades dos mais vulneráveis e pautadas em princípios de não discriminação.

Infelizmente, tais diretrizes não puderam ser amplamente observadas na atuação de lideranças globais, permitindo que alguns governos deixassem de priorizar a educação direcionada a comunidades de refugiados durante a crise, bem como de crianças e adolescentes em internação em estabelecimentos educacionais ou sob os cuidados do Estado. Além disso, também houve casos de discriminação contra filhos de trabalhadores da saúde, que foram impedidos de reintegrar as aulas durante a reabertura de escolas.

Crianças com deficiência intelectual também correm mais riscos de exclusão, inclusive abandono escolar em virtude da falta de habilidade ou treinamento de pais ou responsáveis para o apoio na execução das atividades de educação em casa. Outrossim, não raramente nota-se também que a aprendizagem remota frequentemente não é adaptada ou apropriada em termos de atender às necessidades educacionais deste público (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020, p. 9).

Em uma análise mais detida, observando o direito à educação no Brasil no cenário pré-pandemia, é possível constatar uma série de insu-

ficiências e desigualdades passíveis de acentuação pela crise da Covid-19. Segundo dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC) antes do início da pandemia de Covid-19 (IBGE, 2019), no subgrupo populacional de pessoas jovens (entre 14 e 29 anos), composto por cerca de 50 milhões de pessoas, quase 20% (ou 9,8 milhões de pessoas) não frequentavam a escola e não haviam concluído ainda o ensino médio. Deste número, cerca de 7,1 milhões eram negras e 2,7 milhões eram brancas. O principal motivo apontado para o abandono escolar, por sua vez, é a necessidade de trabalhar, seguida da falta de interesse em estudar, gravidez, realização de afazeres domésticos ou cuidados dedicados a pessoas, problema de saúde permanente e ausência de escola, vaga ou turno desejado (IBGE, 2019).

Estes dados revelam indícios de uma estrutura de vulnerabilidade que fragiliza o processo de aprendizagem adotado em um contexto de suspensão das atividades presenciais, no qual a interação pedagógica se dá a partir do uso de ferramentas tecnológicas de comunicação remota ou, ainda, por meio do envio e devolução de atividades impressas pelos discentes.

Corroborando com essa análise, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Avançados da USP (IEA-USP), com a participação de 19 mil professores do estado de São Paulo, revelou que 85% deles acreditavam que seus alunos estavam aprendendo menos ou muito menos do que aprendiam antes da pandemia (GRANDISOLI; JACOBI; MARCHINI, 2020 apud UBES, 2021, p. 14).

A evasão escolar ou a descontinuidade da formação educacional, inclusive no nível superior, traz consequências relevantes a longo prazo, revestindo-se em dificuldades de acesso do direito a um trabalho digno, bem como reprimindo a possibilidade de explorar e desenvolver todo o seu potencial humano. Portanto, desigualdades na educação conduzem a ainda mais desigualdades no futuro.

1.2. EXCLUSÃO DIGITAL

Com o fechamento das escolas, fez-se necessário construir uma alternativa curricular e pedagógica a fim de viabilizar a continuidade das atividades educacionais. Nesse contexto, a pandemia de Covid-19 introduziu

um novo tipo de discriminação relacionada à falta de acesso a conexões de internet.

Sob o ponto de vista global, é possível observar a adoção de medidas de alta tecnologia (internet), baixa tecnologia (rádio ou televisão) e sem tecnologia (materiais impressos), aplicadas de acordo com as particularidades e necessidades de cada localidade.

Nessa perspectiva, ao tratar sobre a temática no *Report on the impact of the COVID-19 crisis on the right to education*, o relator especial sobre o direito à educação destacou a importância de ponderar sobre a abordagem mais apropriada para cada contexto, a fim de que a estrutura social tenha condições de sustentá-la.

> Por exemplo, a INEE[119] recomenda que, dependendo do contexto e do grupo, uma abordagem multifacetada pode ser a mais apropriada, tendo em mente que tanto da perspectiva da oferta quanto da demanda, a maioria das formas digitais de ensino a distância em áreas com conectividade limitada será difícil. Em primeiro lugar, a maioria dos sistemas educacionais em contextos frágeis e afetados por conflitos não estão configurados para suportá-los. Em segundo lugar, a maioria das populações marginalizadas não terá capacidade financeira ou mesmo apenas a possibilidade física de acesso aos meios de apoiar seus filhos com o ensino a distância digital (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020, p. 10, tradução nossa).

Segundo dados da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO, 2020), metade do número total de estudantes mantidos fora das salas de aula em razão da pandemia de Covid-19 – cerca de 826 milhões de alunos – não tem acesso a um computador doméstico e 43% – 706 milhões – não têm internet em casa. Uma dependência excessiva de ferramentas digitais de ensino para garantir a continuidade da educação pode, portanto, exacerbar as desigualdades.

No Brasil, nota-se que, além do padrão abissal de desigualdades econômicas, raciais e de gênero preexistente à pandemia, "a conjuntura política e institucional, marcada por uma liderança nacional negacionista, com forte vetor autoritário e com baixíssima capacidade técnica para a cons-

119 Inter-Agency Network and Education in Emergencies.

trução de caminhos seguros para enfrentar o momento" (UBES, 2021, p. 7) produziu uma conjuntura de profundos impactos negativos na garantia do direito à educação muito superiores aos vivenciados em outros países.

Esse quadro permitiu a existência de uma espécie de abandono escolar não documentado, definido como a ausência ou quase ausência de interações entre estudantes e professores. Nessa lógica, é possível constatar que os alunos que não conseguiram se manter engajados com seus professores e colegas por meio do ensino a distância, e desconectando da escola de forma prolongada, encontram-se também em situação de abandono escolar.

2. A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A EDUCAÇÃO COMO MEIO DE ACESSO A OUTROS SERVIÇOS SOCIAIS

Não obstante a autonomia inerente a cada direito humano, é de amplo consenso que estes direitos não podem ser apartados em termos lógicos, tampouco práticos. Há, pelo revés, uma relação de recíproca dependência, em razão da qual cada premissa almeja as mesmas finalidades pelo auxílio mútuo e coadjuvação recíproca, pelo que se consagra o princípio da interdependência entre os direitos humanos.

Atrelado ao princípio da interdependência, se reconhece também a indivisibilidade destas garantias. O preâmbulo do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San Salvador (1988), revela os contornos desse princípio ao afirmar que:

> Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, **porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana**, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros (grifo nosso).

Essa característica comum a cada direito humano revela traços marcantes quando se examina o direito à educação. Essas inter-relações com outros con-

juntos de direitos assumem duas importantes ramificações. A primeira, refere-se à sua condição de "direito habilitante" ou "direito de síntese", uma vez que a educação significa a ampliação de horizontes com resultados de médio e longo prazo vinculados ao pleno exercício de direitos como trabalho e cidadania.

A segunda vertente relaciona-se aos efeitos produzidos a curto prazo, pela possibilidade de acesso a outros serviços sociais vinculados à atividade escolar: o direito à água e ao saneamento e a uma alimentação diária nutritiva e adequada dentro das instituições, o acesso a serviços de apoio psicossocial, bem como o direito à proteção da criança ou adolescente a todas as formas de violência, lesão ou abuso.

Nesse sentido, a educação é um ponto crucial para o encontro de muitas políticas públicas de ação em favor de grupos vulneráveis. O fechamento de instituições de ensino, portanto, jamais pode ser analisado de forma isolada, uma vez que, quando a educação é suspensa, muitos outros serviços também são.

2.1. EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

A educação é um dos direitos humanos reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, em seu art. 26, trouxe o seu núcleo fundamental, produzindo um parâmetro para as normas internacionais e nacionais supervenientes acerca da matéria.

Como norma jurídica internacional, o direito à educação foi fortalecido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 13 e 14), pela Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, pela Convenç**ão sobre os Direitos da Criança (arts. 28 e 29) e pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 13).**

> Artigo 26
>
> 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

> 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
>
> 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (AGNU, 1948).

A educação é um direito amplo, que não se restringe à esfera escolar, englobando a aprendizagem que ocorre em diferentes âmbitos, como o da família, do trabalho, da comunidade e das relações interpessoais em geral. Enquanto garantia incorporada pelo sistema internacional de direitos humanos, firma-se como um compromisso global para que seja disponibilizada e acessada por todos, não se sujeitando unicamente às regras do mercado ou a condições sociais, culturais, raciais ou de gênero.

Estes preceitos fundamentais inerentes à educação se mantêm válidos mesmo em cenários excepcionais, como o atualmente vivenciado, uma vez que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não dispõe sobre possíveis derrogações ou suspensões de certos direitos, mesmo que em condições estritas. Desse modo, a pandemia não revoga o que está previsto no art. 26 da Declaração Universal ou, mais particularmente, no caso do Brasil, o art. 205 da nossa Constituição.

Entretanto, sabendo que algumas medidas necessárias à contenção do vírus limitam os direitos do Pacto, a exemplo do fechamento de instituições educacionais e a abertura somente parcial, é fundamental a observância de dispositivos como o art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que admite apenas "limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de **satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática**" (grifo nosso). Portanto, as restrições no direito à educação para proteção da saúde pública devem ser necessárias, proporcionais e reduzidas ao mínimo absoluto.

2.2. INTER-RELAÇÕES DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Como consequência da inter-relação e interdependência entre os direitos humanos, que formam um corpo uno e indivisível de garantias que devem atuar em harmonia, vislumbra-se uma série de outros direitos em relação aos quais a educação perpassa.

A crise sanitária, econômica e social trazida pela pandemia de Covid-19 demonstrou categoricamente quão engenhosa é esta sistemática. Quando se pensa em instituições de ensino, logo se pode associar a direitos como água, saneamento e alimentação adequada, bem como apoio psicossocial fornecidos dentro dos próprios estabelecimentos educacionais, direito a um padrão de vida adequado e acesso a oportunidades dignas de trabalho, que, na maioria das vezes, depende do nível educacional alcançado ou, mesmo, o direito à moradia satisfatória, condição importante para uma efetiva experiência de aprendizado remoto.

A contrário sensu, falhas na plena garantia do direito à educação reverberam negativamente nesses direitos humanos conexos. Nesse sentido, já é possível constatar no atual contexto de pandemia e fechamento de instituições de ensino o aumento da incidência de fatores como insegurança alimentar, violência doméstica e familiar, exposição ao trabalho e casamento infantil ou juvenil, tráfico de crianças e recrutamento para uso em conflitos armados, bem como intensificação de situações de sofrimento psíquico e adoecimento.

Segundo dados do *World Food Programme (WFP)*, linha de frente no combate à fome na ONU, a estimativa era que até o final de 2020 cerca de 270 milhões de pessoas passariam fome nos países em que o programa opera. Esse número representa um aumento de 82% em relação ao período anterior à pandemia, que já estava entre os piores da história (crescimento de quase 70% nos últimos quatro anos). Na América Latina, a quantidade de pessoas que precisam de assistência alimentar quase triplicou em razão da crise e da miséria advinda do grande número de perdas de emprego (WFP, 2020).

Ao analisar a situação da insegurança alimentar no Brasil sob os efeitos da pandemia, o economista-chefe do WFP, Daniel Balaban, estimou que o número de brasileiros vivendo em situação de elevada insegurança

alimentar passaria para 14,7 milhões de pessoas em 2020, por força do contexto associado à crise sanitária, social e econômica, o que representa um aumento de cerca de 5,4 milhões de pessoas (BERALDO, 2020).

O fechamento das escolas contribui para o agravamento desse quadro. Segundo um relatório conjunto da UNICEF e do WFP, a suspensão das atividades educacionais presenciais em razão do novo coronavírus gerou uma grave crise nutricional pelo mundo. Intitulado como "Covid-19, perdendo mais do que aulas", o estudo revelou que desde março de 2020 mais de 39 bilhões de merendas deixaram de ser distribuídas em todo o globo, afetando 370 milhões de crianças, que deixaram de receber 40% de suas refeições no colégio. Muitas delas têm nas escolas a sua única fonte de alimentação (ONU NEWS, 2021).

O isolamento social também revelou um aumento dos números relacionados à violência doméstica e familiar. As medidas de restrição social significaram para muitos conviver mais tempo com os agressores. No Brasil, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) contabilizou, logo no início da pandemia, o aumento de 22,2% dos casos de feminicídio em 12 estados do país. Os homicídios contra pessoas trans, por sua vez, cresceram 70% durante a pandemia (UBES, 2021, p. 32).

Esses números atentam para a maior exposição de grupos vulneráveis como mulheres, crianças, adolescentes e população LGBTQIA+, que, longe das instituições de ensino, passam a maior parte do tempo em um ambiente domiciliar propenso à violência doméstica.

> Além das violências de gênero e contra as mulheres, a violência contra as crianças e adolescentes também se faz preocupante no cenário decorrente da pandemia de Covid-19, no qual milhões de crianças e adolescentes permanecem a maior parte do tempo no ambiente domiciliar, em isolamento social junto aos demais membros da família aumentando o risco de violência (UBES, 2021, p. 34).

Outrossim, a erosão do suporte social, especialmente fornecido pelo ambiente escolar, além de contribuir para o agravamento de questões estruturais relativas à desigualdade de gênero, também eleva situações de sofrimento psíquico e adoecimento advindas do desequilíbrio emocional

de crianças e adolescentes, bem como dos pais e responsáveis, que precisam se adaptar a uma nova dinâmica social reconfigurada pela pandemia.

O aumento da incidência do trabalho infantil também decorre da dificuldade financeira enfrentada por famílias vulneráveis que tiveram decréscimo de renda durante a pandemia, bem como dos demais agravantes supracitados. Um levantamento realizado pelo UNICEF (2020) sobre a situação da renda e trabalho com 52.744 famílias de diferentes regiões de São Paulo, que receberam doações da organização, revelou que houve um aumento de 21% na incidência do trabalho infantil após a pandemia.

Portanto, inúmeras conexões do direito à educação com outros direitos humanos possuem um importante papel na análise dos impactos da sua não concretização. Quando a educação é suspensa ou sofre significativa reconfiguração, como a atualmente vivenciada, é preciso ter em mente que outros direitos igualmente importantes também passam a sofrer limitações. Desse modo, é imprescindível que todas as medidas adotadas para reduzir o impacto da Covid-19 ocorram com base em uma ampla abordagem de direitos humanos.

3. DIGITALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES

Discriminar desafios e oportunidades educacionais, especialmente em tempos de crise, é tarefa imprescindível para a garantia plena do direito à educação. O Relatório Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU (2020, p. 6) traz um importante dimensionamento para essa tarefa, com base em uma estrutura chamada de "4As".

De acordo com esse enquadramento, a educação deve conter as seguintes características essenciais e inter-relacionadas: disponibilidade *(availability)*, acessibilidade *(accessibility)*, aceitabilidade *(acceptability)* e adaptabilidade *(adaptability)*.

A disponibilidade implica em uma oferta adequada dos recursos necessários a uma educação efetiva, isto é, disponibilidade de saneamento básico, água e merenda escolar seguras, bem como professores capacitados e instalações de informática e internet. A acessibilidade implica na existência de instituições e programas educacionais física e economicamente acessíveis para todos, sem discriminações. A aceitabilidade refere-se à

receptividade quanto à forma e conteúdo da atividade educacional, incluindo a grade curricular e a metodologia pedagógica, para que reúnam um repertório cultural relevante e de acordo com os princípios delineados pelas normas internacionais de direitos humanos.

A adaptabilidade, por sua vez, requer que a educação seja flexível, isto é, que consiga se adaptar às mudanças sociais e responder às necessidades de estudantes em configurações sociais e culturais diversas. Investir em um sistema educacional que atenda a essas diretrizes é uma tarefa que se impõe também durante o enfrentamento da atual crise da Covid-19, por favorecer a equidade, igualdade e eficiência na garantia do direito à educação.

Desse modo, embora se reconheça que o atual contexto ocasionou o fechamento repentino das instituições de ensino e exigiu respostas imediatas em diversos campos sociais, é imprescindível que a implantação do ensino a distância ocorra dentro dessa estrutura, sob pena de, ao invés de combater as desigualdades, acabar por acentuá-las. Outrossim, a cooperação entre instituições de ensino, professores, famílias e comunidades é outro ponto fundamental para o sucesso na aplicação da estrutura dos "4As".

Exemplos disso podem ser vislumbrados em boas práticas adotadas em diferentes lugares do mundo a fim de contornar os novos desafios na educação. Em países como Bolívia, República Democrática do Congo, Equador, Guatemala, Índia, Quênia, Estados Unidos da América e Vietnã foram disseminadas orientações e recomendações para famílias e cuidadores de alunos com deficiência. No Peru, o ensino em casa é oferecido por meio de 50 estações de rádio locais em nove línguas indígenas e por meio da TV aberta em língua de sinais, alcançando mais de 200.000 alunos em comunidades remotas das regiões dos Andes e Amazonas (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020, p. 9).

É inquestionável a aceleração no desenvolvimento e utilização de ferramentas de aprendizado a distância após o início da pandemia de Covid-19. Esse processo deve ser visto como um importante passo para uma amplificação e melhor implementação do direito à educação no futuro. Entretanto, o ensino a distância deve ser visto como uma solução temporária em tempos de crise sanitária, e não como um substituto definitivo do ensino presencial.

A digitalização da educação perpassa por questões sensíveis como a garantia da proteção de dados relativos aos estudantes e professores, o que justifica a necessidade de soluções tecnológicas com caráter público em "especial atenção aos riscos presentes e futuros da adoção de propostas e alternativas exportadas de fatias do mercado que não atuam no campo da educação ou que não respondam ao interesse público" (UBES, 2020, p. 49).

Outrossim, tornar a educação a distância o novo padrão pós-pandemia afetaria o cerne e o propósito do direito à educação. Nesse sentido, pontua o *Human Rights Council* (2020, p. 11-12, tradução nossa):

> A educação presencial permite que os professores não apenas forneçam conteúdo, mas também garantam que ele seja compreendido e bem recebido. Além disso, a educação vai muito além de um único objetivo de transmitir conhecimentos didáticos, e visa desenvolver habilidades socioemocionais, espírito crítico e criatividade, cidadania e compreensão mútua entre grupos que precisam interagir e se misturar para viver e construir uma sociedade pacífica, bem como conectar as crianças à natureza e ao meio ambiente. **A educação é um ato social de uma comunidade de alunos, que requer interações humanas reais** (grifo nosso).

Nessa linha de intelecção, pertinente acrescentar que há evidências epidemiológicas de que, nos países em que se realizou uma reabertura das escolas, o contágio entre alunos não se mostrou tão expressivo, fato que mobilizou parte da opinião pública em favor da ideia de reabrir as escolas.

Pode-se citar como uma das evidências científicas, nesse sentido, as conclusões manifestadas por pesquisadores da Universidade de Dresden, na Alemanha, revelando que apenas 0,1% de quase 2 mil professores e alunos testados apresentaram anticorpos contra a Covid-19, indicador de que houve baixíssimo contágio no ambiente escolar (FOLHA DE S. PAULO, 2020).

Entretanto, o comportamento epidemiológico da pandemia em países que reabriram completamente as escolas variou consideravelmente e os dados sobre os reais impactos desta reabertura ainda são incertos. No Brasil, a política governamental quanto ao isolamento social apresentou

uma dinâmica ambígua, com momentos de fechamento e reabertura de atividades econômicas e serviços, mesmo aqueles não considerados "essenciais". Contudo, o setor educacional esteve na maior parte do tempo no campo das atividades que não foram autorizadas a retornar ao funcionamento presencial.

Em março de 2021, o Brasil vive sua segunda onda de Covid-19 e o debate acerca do retorno das atividades educacionais persiste na esfera pública. Todavia, as medidas preparatórias consideradas urgentes para que isso aconteça de maneira segura não foram completamente realizadas. Ao mesmo tempo, o sistema de ensino remoto é visto pela comunidade educacional como precário e insuficiente.

Diante desse cenário, a melhor resposta seria a implementação de estratégias de ação que incorporem uma dinâmica mista, na qual a atividade educacional remota atenda ao enquadramento dos "4As", reforçando a cooperação entre instituições, professores, famílias e comunidades, para garantir que as necessidades dos alunos e suas famílias sejam compreendidas e que os mais vulneráveis não sejam deixados para trás. Em adição, deve-se seguir com os cuidados, protocolos e políticas dedicadas a sustentar um retorno progressivo e seguro às atividades presenciais nas instituições de ensino.

CONCLUSÕES

A crise sanitária vivenciada em razão da pandemia de Covid-19 teve um profundo impacto sobre as configurações econômicas e sociais do mundo inteiro. A educação destaca-se entre as garantias sociais que sofreram forte abalo em razão desse novo contexto, trazendo à tona antigos problemas e sobrepondo novos desafios.

Esse cenário foi efetivo em demonstrar a função central das instituições educacionais em nossa sociedade. Para além do direito de garantir a todos uma educação de qualidade, o sistema educacional revela relações com inúmeros outros direitos, assumindo um importante papel na garantia de serviços sociais em benefício dos mais marginalizados.

O fechamento das escolas, para grande parte dos alunos, representou um aumento na vulnerabilidade, influenciando em prejuízos na garantia do direito à água, ao saneamento, a uma alimentação adequada, assim

como no acesso a serviços de apoio psicossocial. Esses fatores contribuíram para o aumento dos índices de insegurança alimentar, violência doméstica e familiar, exposição ao trabalho e casamento infantil ou juvenil, tráfico de crianças, bem como intensificação de situações de sofrimento psíquico e adoecimento.

Dessa forma, é fundamental considerar a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, bem como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), para que a resposta à crise seja multidimensional e multissetorial, promovendo ações baseadas no fortalecimento das conexões entre educação, saúde, habitação, alimentação, emprego e serviços sociais essenciais, e movendo esforços para a garantia do seu pleno acesso. Desse modo, os Estados devem ser cautelosos e não promover o redirecionamento massivo de recursos para a saúde ou recuperação econômica, em detrimento da educação.

A atividade educacional, mesmo quando realizada de modo remoto, deve observar os princípios gerais formulados pela legislação internacional, no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. Para isso, ressalta-se a aplicação da estrutura dos "4As", a fim de que a educação seja disponível, acessível, aceitável e adaptável.

A digitalização da educação, nesse contexto, apresentou inegáveis avanços e sinaliza para a possibilidade de torná-la mais acessível por meio desses mecanismos em um futuro não tão distante, inclusive valendo-se da observância de boas práticas integrativas e democráticas aplicadas em alguns países. Entretanto, além de qualquer aspecto técnico que possa ser vislumbrado, "a educação é um ato social de uma comunidade de alunos, que requer interações humanas reais" (HUMAN RIGHTS CONCIL, 2020, p. 11-12, tradução nossa). Desse modo, as atividades à distância nunca devem substituir o ensino presencial por professores.

Assim, é imprescindível que junto a um ensino remoto engajado e fruto da cooperação entre instituições de ensino, professores, famílias e comunidades, os países, notadamente o Brasil, trabalhem na aplicação de protocolos e políticas dedicadas a sustentar um retorno progressivo e seguro às atividades presenciais nas instituições de ensino.

Por fim, atenta-se para a oportunidade de "reconstruir melhor" o sistema educacional após a pandemia e de abordar as fraquezas do

passado, que se tornaram tão visíveis em meio à crise, de modo mais consciente. Isso inclui a compreensão de como as políticas e estruturas legais e regulatórias que falharam em integrar uma abordagem baseada nos direitos humanos de forma suficiente podem ter exacerbado o impacto negativo da pandemia sobre o direito à educação dos mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGNU. ASSEMBLEIA GERAL DA NACÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III). 1948.

BERALDO, Paulo. 'Brasil está voltando ao mapa da fome', diz chefe de agência da UNU. In: **O Estado de S. Paulo**. https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-esta-voltando-ao-mapa-da-fome-diz-chefe-de-agencia-da-onu,70003299359. Acesso em: 30/03/21.

FOLHA DE S. PAULO. Estudo alemão indica baixa taxa de contágio por coronavírus em escolas**.** In**: Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/07/estudo-alemao-indica-baixa-taxa-de-contagio-por-coronavirus-em-escolas.shtml>. Acesso em: 30/03/21.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report on the impact of the COVID-19 crisis on the right to education. In: **Office of the High Commissioner for Human Rights**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/SREducation/Pages/COVID19.aspx>. Acesso em: 30/03/21.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: educação: 2019. In: **IBGE**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101736>. Acesso em: 30/03/21.

ONU. Pandemia corta mais de 39 bilhões de merendas escolares gerando crise de nutrição. In: **ONU News**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/01/1739922.>. Acesso em: 30/03/21.

UBES. Direito Humano à Educação na Pandemia: Desafios, Compromissos e Alternativas. In: **UBES**. Disponível em: <https://ubes.org.br/ubesnovo/wp-content/uploads/2021/03/NOTA TA%CC%83_CNICA_DIREITO-HUMANO-A%CC%83_-EDUCAA%CC%83_A%CC%83_O-_22_01-1.pdf>. Acesso em: 30/03/21.

UNESCO. Startling digital divides in distance learning emerge. In: **UNESCO**. Disponível em: <https://en.unesco.org/news/startling-digital-divides-distance-learning-emerge>. Acesso em: 30/03/21.

UNICEF. COVID-19: Schools for more than 168 million children globally have been completely closed for almost a full year, says UNICEF. In: **UNICEF**. Disponível em: <https://www.unicef.org/press-releases/schools-more-168-million-children-globally-have-been-completely-closed>. Acesso em: 30/03/21.

_____. UNICEF alerta para aumento de incidência do trabalho infantil durante a pandemia em São Paulo. In: **UNICEF**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/unicef-alerta-para-aumento-de-incidencia-do-trabalho-infantil-durante-pandemia-em-sao-paulo>. Acesso em: 30/03/21.

WFP. World Food Programme to assist largest number of hungry people ever, as coronavirus devastates poor nations. In: **WFP**. Disponível em: <https://www.wfp.org/news/world-food-programme-assist-largest-number-hungry-people-ever-coronavirus-devastates-poor>. Acesso em: 30/03/21.

A MÍDIA NA CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA DE FEMINICÍDIO E VIOLÊNCIA SEXUAL

Ana Luiza Barros da Cunha
Roberta Maia Marques

INTRODUÇÃO

O assassinato de mulheres em contextos discriminatórios recebeu uma designação própria: feminicídio. Dessa forma, a Lei nº 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) veio com a perspectiva de tirar essas raízes de intolerância e da invisibilidade e coibir a impunidade.

Nomear o problema é uma forma de visibilizar um cenário grave e permanente: milhares de mulheres são mortas e estupradas todos os anos no Brasil.

No entanto, ao noticiar esses crimes, a imprensa muitas vezes extrapola seu papel enquanto veículo de comunicação, ao abordar o crime de forma sensacionalista, expondo a vítima ao escrutínio público e inclusive reforçando estereótipos, em um claro movimento de culpabilização da vítima.

Diante do exposto levanta-se a problemática: é possível descrever as raízes históricas e conceituais do feminicídio e do estupro? Como tais crimes se encaixam no ordenamento jurídico-penal brasileiro? Qual o papel e poder da mídia quando se trata da violência contra mulher?

Posta as reflexões, o objetivo geral é analisar o contexto histórico-cultural da violência contra a mulher, assim como suas formas, a fim de

compreender o papel e o poder da imprensa ao divulgar os casos e perpetuar com a cultura de culpabilização da vítima. Para isso, a metodologia utilizada no presente trabalho foi bibliográfica e documental.

Este artigo está divido em três itens. O primeiro item desse estudo será apresentado o contexto histórico da violência contra a mulher, assim como as diversas formas de agressão existentes. No segundo tópico será conceituado o termo Feminicídio e Estupro, suas origens, razões e tipificação penal. Na terceira parte será analisado como esses crimes são abordados pela mídia através da análise de casos.

1. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

1.1. CONSTRUÇÃO SOCIOCULTURAL DO PATRIARCALISMO

Entender a noção de patriarcado é essencial para se entender a opressão sentida pelas mulheres historicamente. Para Carvalho (2006), os primeiros discursos sobre a condição da mulher e a relação entre os sexos remontam à Grécia Antiga, época em que os filósofos mais representativos do pensamento ocidental começaram a tecer considerações depreciativas sobre o sexo feminino.

Em Roma, "elas nunca foram consideras cidadãs e, portanto, não podiam exercer cargos públicos" (FUNARI, 2002, p. 94). A exclusão social, jurídica e política colocava a mulher no mesmo patamar que as crianças e os escravos. Sua identificação enquanto sujeito político, público e sexual lhe era negada, tendo como status social a função de procriadora.

Outro discurso normatizador foi feito pela tradição católica e judaica. Para elas, a própria existência do feminino só se justifica através da existência do elemento masculino que a precede, ou seja, a mulher já nasce dependente do sexo oposto. Afirma Pinafi (2005, p. 3):

> O Cristianismo retratou a mulher como sendo pecadora e culpada pelo desterro dos homens do paraíso, devendo por isso seguir a trindade da obediência, da passividade e da submissão aos homens, — seres de grande iluminação, capazes de domi-

> nar os instintos irrefreáveis das mulheres — como formas de obter sua salvação.

Outrossim, no século XIX, há a consolidação do sistema capitalista, que acabou por acarretar profundas mudanças na sociedade como um todo. A entrada de mulher no mercado de trabalho faz com que ela saia do ambiente "tradicional" e entre no ambiente público, antes pertencente apenas aos homens.

Apesar das eventuais mudanças socioculturais, o sistema patriarcal sobreviveu, alterando apenas alguns aspectos. Pode-se dizer que o mesmo evoluiu, todavia, concentrou em seu cerne as mesmas bases de superioridade e subordinação. Tal mudança originou o que Machado (2000) chama de "patriarcado contemporâneo", a relação homem e mulher continuam herdando muitas características desiguais, ainda assim presentes tanto em meio social, quanto profissional e familiar.

Conclui-se que, embora as diversas formas de dominação patriarcal e suas instituições tenham se transformado com o passar dos anos, a dominação masculina continua presente e seria de certa forma, "um fenômeno mais geral que o patriarcado" (MIGUEL; BIROLI; 2014, p. 19).

1.2. INDICADORES DA VIOLÊNCIA

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2019) realizou uma pesquisa que mede a tolerância da sociedade brasileira em relação à violência contra as mulheres. Os dados revelam que, de modo geral, a população brasileira ainda possui uma visão de família nuclear patriarcal em que o homem é percebido como o chefe da família e a esposa, por sua vez, devem "se dar ao respeito" e se comportar segundo o papel prescrito pelo modelo patriarcal heteronormativo.

Assim, de acordo com a pesquisa:

> Quase três quintos dos entrevistados, 58%, concordaram, total ou parcialmente, que "se as mulheres soubessem se comportar haveria menos estupros". E 63% concordaram, total ou parcialmente, que "casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família". Também, 89% dos entrevistados tenderam a concordar que "a roupa suja deve ser lavada em casa";

> e 82% que "em briga de marido e mulher não se mete a colher" (IPEA, 2019, p. 3).

No Brasil, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018), a taxa é de 4 mortes para cada grupo de 100 mil mulheres, ou seja, 74% superior à média mundial, de 2,3 mortes para cada 100 mil mulheres. A pesquisa afirma ainda, 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil, enquanto 22 milhões (37,1%) de brasileiras passaram por algum tipo de assédio. Entre os casos de violência, 42% ocorreram no ambiente doméstico. Após sofrer uma violência, mais da metade das mulheres (52%) não denunciou o agressor ou procurou ajuda.

Ademais, de acordo com o Atlas da Violência (2019), publicado pelo IPEA (2019), em 2016, foram registrados nas polícias brasileiras 49.497 casos de estupro. E, que esse tipo de agressão, quando a vítima e autor se conhecem, 78,6% dos casos acontece dentro da residência. Quando eles não se conhecem, a via pública é o local majoritário de ocorrência. Cerca de um terço dos casos aconteceram em uma situação em que havia suspeita de o agressor ter ingerido álcool e que a força física e as ameaças foram, em grande parte, o meio empregado para coagir a vítima.

1.3. AS DIVERSAS FORMAS DE AGRESSÃO PELA LEI 11.340/2006

A violência contra a mulher vai muito além da agressão física ou do estupro. A Lei Maria da Penha classifica os tipos de abuso contra a mulher nas seguintes categorias: violência patrimonial, violência sexual, violência física, violência moral e violência psicológica:

> CAPÍTULO II – DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
>
> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – A violência física, [...] II – A violência psicológica [...] III – A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força.

Além das formas descritas há também, segundo a Rede Feminista de Saúde, a violência institucional, sendo esta a que é exercida nos/pelos próprios serviços públicos, por ação ou omissão. Abrange abusos cometidos em virtude das relações de poder desiguais entre usuários e profissionais dentro das instituições. Podendo ser caracterizada por atos como desqualificação do saber prático, da experiência de vida, diante do saber científico; violação dos direitos reprodutivos (discrição das mulheres em processo de abortamento, aceleração do parto para liberar leitos, preconceitos acerca dos papéis sexuais e em relação às mulheres soropositivas, quando estão grávidas ou desejam engravidar); falta de escuta e tempo para a clientela, caracterizando rispidez, falta de atenção, negligência.

2. FEMINICÍDIO E ESTUPRO

2.1. CONCEITO E ORIGEM DOS TERMOS

A origem da expressão "feminicídio" é atribuída a Diana Russell, que a utilizou pela primeira vez durante um discurso perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, realizado na cidade de Bruxelas no ano de 1976. Na ocasião, Russel utilizou a expressão para se referir tão somente aos assassinatos de mulheres perpetrados por homens.

Neste sentido, Diana Russell (1992) considera o feminicídio a morte violenta, não acidental e não ocasional de uma mulher, ditado por uma sociedade patriarcal, machista, sexista e misógina. Dessa maneira, o feminicídio é, na verdade, uma qualificadora do crime de homicídio onde a principal motivação do crime seria o ódio contra as mulheres, demonstrando um menosprezo a sua condição feminina. Assim, esse crime é a expressão máxima final de um ciclo de violência sofrida de diversas formas que atingem mulheres em uma sociedade marcada pela desigualdade de gênero.

Portanto, a característica comum dessas mortes é que não se tratam de eventos isolados ou excepcionais, mas ocorrem em conexão com outras formas de violência, formando parte de um contínuo de violência que afeta a vida das mulheres de forma cotidiana e que encontram na morte seu desfecho mais extremo (KELLY, 1988 apud MONTAÑO, 2011, p. 96).

Ademais, segundo Letícia Lourenzato (2018), o crime de estupro está presente desde a primeira legislação penal brasileira, na qual o criminoso sofria sanção de morte, independente das circunstâncias e elementos subjetivos. Adiante, com Código Criminal do Império, o crime só era considerado em casos cometidos sem consentimento de "mulher honesta" e a pena variada entre prisão e multa. O termo "estupro" apareceu apenas no Código Penal de 1890, com sérios preconceitos e discriminações, o qual tinha como redação:

> Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não, mas honesta. Pena – se a estuprada for mulher honesta, virgem ou não, um a seis anos de prisão celular. Se for mulher pública ou prostituta a pena é de seis meses a dois anos de prisão.

Com mudança do Código Penal, em 1940, e com a Constituição Federal de 1988, não há mais o que se falar em obrigações conjugais, mesmo que não tipificado o crime de estupro marital, ou a mais a previsão de extinção da pena com o casamento da vítima com o autor (LORENZATO, 2018).

2.2. TIPIFICAÇÃO PENAL DO FEMINICÍDIO E DO ESTUPRO

No Brasil, até o ano de 2015, não tínhamos uma legislação que aplicasse uma penalidade especial para o homicídio que era praticado por razões da condição do sexo feminino, ou seja, não existia uma pena maior. Contudo, em 9 de março de 2015, foi publicada a Lei 13.104/15, que alterou o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, passando a prever o feminicídio como circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio e, no mesmo norte, foi inserido no rol de crimes hediondos.

Por se tratar de um agravante, as penalidades para os crimes de feminicídio são, obviamente, superiores às penalidades aplicadas nos casos de homicídio comum. Os homicídios simples podem gerar penas de 6 a 20 anos. Em regime de reclusão, ao passo que o feminicídio pode resultar de 12 a 30 anos de reclusão para os condenados, de acordo com o Código Penal.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, adota a igualdade entre homens e mulheres, assegurando tratamento igualitário, sem distinção de qualquer natureza, garantindo à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança. E, em seu art. 226, §5º, a Carta Magna prevê que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Tais previsões legais, embora redundantes, mostram uma superação das desigualdades sofridas pelas mulheres, mesmo que na teoria legislativa, uma vez que a maioria das ocorrências ocorrem dento do ambiente doméstico. (MACHADO, 2016).

O Código Penal, em seu artigo 213, caracteriza o estupro como "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Então, o que a lei assegura "é o direito de qualquer pessoa de dispor de seu corpo se e quando desejar, em se tratando dos atos sexuais". Ainda segundo Machado (2016), o estupro está entre os crimes sexuais em que a infração é a de natureza mais grave.

3. FEMINICÍDIO E ESTUPRO NA MÍDIA

3.1. O PAPEL E A RESPONSABILIDADE DA IMPRENSA

Para Pereira (2019), no sistema democrático, a representação é fundamental, e a legitimidade da representação depende muito da informação. Os jornais nasceram no começo do século XIX, com a Revolução Industrial e a democracia representativa. Formam parte das instituições da democracia moderna. De acordo com Guimarães (2005), a mídia assume um papel social de alta responsabilidade, que deve ser exercido com transparência sob pena de ameaça à democracia e aos direitos fundamentais

A mídia hoje é considerada e estudada como uma das agências informais do sistema de justiça, uma vez que ela condena, absolve, orienta a investigação e até mesmo investiga o crime. Fato que confere a ela uma enorme responsabilidade (ELA WIECKO, 2017 apud PATRÍCIA GALVÃO, 2017).

Assim, de acordo com Patrícia Galvão (2017), a imprensa tem um papel estratégico na formação da opinião e na pressão por políticas

públicas e pode contribuir para ampliar, contextualizar e aprofundar o debate sobre o feminicídio. Análises mostram, porém, que com frequência as coberturas jornalísticas reforçam estereótipos e culpabilizam a mulher, abordando o crime de forma sensacionalista, desrespeitando vítimas e seus familiares.

De acordo com Caires (2016, p. 3):

> Ao informar sobre casos de violência, a mídia cumpre o papel de formação da opinião pública também sobre o assunto. A composição textual e imagética traz consigo ideias sobre o caso, assim como a escolha das fontes e do tratamento para com os envolvidos. Quando nenhuma das notícias contextualiza o caso dentro da cultura do estupro, ou sequer mostra as deficiências no aparato público de suporte à mulher que sofre a violência, há uma finalidade ideologia na matéria.

Como esclarece Shirlei Alvez (2017), é fundamental reforçar que, diante de qualquer fato, incluindo um crime, o papel primário da imprensa em uma cobertura é informar. Dessa forma, tão importante quanto falar sobre algum tema é entender de que maneira se fala sobre esse tema (JASPER; POLLETTA, 2001). A imprensa brasileira ainda não compreendeu como falar do assunto de forma correta, como mostram muitas manchetes de jornais.

3.2. CULPABILIZAÇÃO E REVITIMIZAÇÃO

Corroborando o exposto, Bandeira, Campos e Vieira (2018) consideram que a mídia acaba por reforçar o sistema patriarcal e de dominação masculina ao noticiar o assassinato de mulheres como um crime comum.

De acordo com as referidas autoras (p. 5):

> Depreende-se ainda que nas manchetes coloca-se sempre em evidência o homem, sujeito da ação contra uma companheira/mulher/namorada/esposa, de forma que esta é vista como "aquilo que ela é do homem", em outras palavras, de seu pertencimento, e de sua não existência em si, mas a partir e para alguém.

Segundo o estudo de comparação de Bieneck e Krahé (2011), nas notícias sobre casos de estupro, a culpa atribuída à vítima é maior que nas notícias de roubos. Tal pesquisa confirma que existe benevolência com o criminoso nos crimes de estupro, principalmente, quando a vítima e o agressor se conheciam.

Nesse sentido, é comum o uso de termos como "residência", no "casal", em uma "relação", para informar sobre os acontecimentos do crime, trazendo nestas palavras símbolos de vida íntima, portanto, "problemas íntimos". Assim, reforçam a ideia de que "em briga de marido e mulher, não se mete a colher" (BANDEIRA; CAMPOS; VIEIRA, 2018).

Assim, para Hauser, Castro, Mendonça e Satler (2017), o viés machista e o sentimento de posse são o alicerce dos crimes movidos pela obsessão. Portanto, os ocorridos são tratados pela mídia, como consequência do ciúme possessivo ao qual o réu foi acometido. Assim, para os autores, a mídia transforma indivíduos que cometeram certo crime em legítimas celebridades.

3.3. ELOÁ PIMENTEL E O CRIME PASSIONAL

Na imprensa do país, a expressão "crime passional" tem uma tradição maior que a palavra "feminicídio", sendo aquela usada década de 1970. A expressão costuma designar crimes que envolvam relações familiares e motivações emocionais, como ciúmes ou raiva. Contudo, esse tipo de crime, tão comum no imaginário social, não é tipificado pelo código penal brasileiro, já o feminicídio sim (OLIVEIRA, 2010).

Acerca do tratamento dos ditos crimes passionais no Código Penal de 1940, observa Fernando Capez (2008, p. 40):

> O homicídio passional, na sistemática penal vigente, não merece, por si só, qualquer contemplação, mas pode revestir-se das características de crime privilegiado desde que se apresentem concretamente todas as condições dispostas no §1º do art. 121 do CP. Desse modo, se o agente flagra sua esposa com o amante e, dominado por violenta emoção, [...], poderá responder pelo homicídio privilegiado [...] se a emoção ou a paixão estiverem ligadas a alguma doença ou deficiência mental, poderão excluir a imputabilidade do agente.

Patricia Galvão (2017) contrapõe crime passional e feminicídio: quando uma mulher é morta por seu companheiro ou ex-companheiro, a mídia e a justiça atribuem a morte a uma briga de casal que deu errado. Porém, enquanto existir uma política de Estado deliberadamente machista, que objetifica a mulher, desvalorizando sua vida e banalizando seu assassinato, isso não é crime passional: é feminicídio.

Segundo Borges (2011, p. 438):

> A noção de "crime passional" supõe que as circunstâncias que envolvem o homicídio são a expressão de uma paixão, de um amor e, pelas mais variadas razões, da impossibilidade da realização e da continuidade desse amor, principalmente do ponto de vista da pessoa que comete o homicídio. Esse termo ("crime passional") leva a entender que a paixão permanece o indicador principal que levaria à compreensão do gesto homicida e, assim, as outras variáveis passíveis de estar relacionadas com o gesto (violência conjugal, psicopatologia, etc.) perdem seu valor.

Dessa forma, concordando com Buzzi (2014), feminicídio não tem nada de paixão ou amor. São crimes de poder, que evidenciam a força do patriarcado e sustenta a autoridade masculina para controlar, com poder punitivo.

Nesse viés, um dos crimes mais famosos do cenário brasileiro e com a maior interferência da mídia, foi o da adolescente Eloá Pimentel, em 2008. Em resumo dos fatos, Buzzi (2014, p. 67) destaca:

> Em 13 de outubro de 2008, Lindemberg Fernandes Alves, à época com 22 anos, invadiu o domicílio da ex-namorada, Eloá Cristina Pimentel, de 15 anos, em Santo André/SP, onde ela e amigos realizavam trabalhos escolares. Dois colegas foram liberados, restando no interior do apartamento Eloá e sua amiga Nayara. Eloá foi mantida em cárcere privado por mais de 100 horas – o sequestro em cárcere privado mais longo já registrado pela polícia do estado de São Paulo. Durante cinco dias, ela sofreu agressões físicas e psicológicas, até ser morta por Lindemberg, baleada na cabeça e no púbis.

A interferência dos meios de comunicação marcou este caso. Desde o início, houve ampla cobertura da mídia, com muitas reportagens ao vivo, e a repercussão fez aumentar a audiência de diversos programas de televisão (VIANNA, 2011).

Para Rodrigues (2016, p. 41):

> Importante lembrar que ainda durante o cárcere privado, Lindemberg concedeu entrevistas ao vivo a diversos meios de comunicação, inclusive o televisivo. Nas oportunidades, todo o espaço de fala era destinado a ele, como se de repente Eloá se tornasse apenas mais um elemento a compor o cenário, numa total inversão de papéis. As perguntas realizadas se dirigiam majoritariamente ao criminoso, assim como palavras de afago e solidariedade, como se a verdadeira vítima do ocorrido fosse ele. Ademais, em muitos momentos jornalistas tentaram usurpar uma função que não lhes cabia, qual seja, a de negociadores da soltura das adolescentes, interferindo no trabalho da polícia.

Alegando que ele "amava" a vítima, e que estava em algum estado emocional incontrolável no momento da perpetração do crime, a mídia tratou de justificar o comportamento do acusado. Essa visão busca justificar os atos dos assassinos, classificando-os como "crimes passionais" (BUZZI, 2014).

Porém, como colocado anteriormente, e justificado por Patrícia Galvão (2017, p. 165):

> Sim, a morte de Eloá e o disparo contra Nayara em 2008 foram dois feminicídios (um consumado e um tentado) – conforme seria estabelecido somente em 2015 pela qualificadora prevista na Lei nº 13.104, que reconheceu o caráter diferenciado do assassinato em situação de violência doméstica e familiar ou por decorrência do menosprezo/discriminação à condição de mulher.

O caso Eloá, infelizmente, não é um caso à parte quando se analisa a cobertura midiática da violência contra as mulheres. Embora muitas mudanças estejam sendo feitas, e a mídia progredindo ao enfrentar a cultura de violência sexista, "a descontextualização dos casos, a invisibilidade das

mulheres e suas trajetórias (a vida além do crime), o racismo e o preconceito e estereótipos de gênero ainda são largamente empregados" (GALVÃO, 2017).

3.4. MARI FERRER E O "ESTUPRO CULPOSO"

Destarte, Ferreira (2021) preleciona que no cenário atual, um termo cunhado pela mídia ganhou grande destaque: o chamado estupro culposo, que surgiu a partir do caso da influenciadora digital, Mariana Ferrer. Em suma dos fatos:

> Mariana Ferrer acusa André Camargo de Aranha pelo crime de estupro que teria ocorrido em dezembro/2019 em um *beach club* na cidade de Florianópolis, onde Mariana, no momento do crime, estaria dopada e sem condições de apresentar resistência. O acusado apresentou inúmeras versões, desde dizer não conhecer Mari e não ter tido qualquer contato com ela no dia do ocorrido, até que, por fim, sustentou a tese de que praticou o ato, contudo sem saber que a vítima estava dopada. Aranha foi inocentado pela justiça em setembro de 2020 (FERREIRA, 2021, p. 1).

No processo, o Ministério Público entendeu que o empresário não teria conhecimento de que Ferrer estaria inconsciente, e que então, para ele, ela teria realizado atos sexuais por livre vontade e em plena consciência. Segundo Bárbara Cunha (2020), "em outras palavras, o promotor sustentou que o estupro foi culposo, já que não havia intenção de estuprar por parte de André".

O termo "estupro culposo" surgiu com o vazamento de partes do julgamento pelo jornal eletrônico *The Intercept*, e objetivava explicar para os leigos a decisão do juiz, não tendo sido utilizado no processo. Não obstante a clara atecnia jurídica, o neologismo pode ser relacionado a um outro termo, até pouco tempo considerado válido e jurídico: a "legítima defesa da honra", um instituto que se caracteriza em desgastar a imagem da vítima (GLÓRIA, 2020 apud CHYSTUS, 2020).

Felizmente, em 15 de março de 2021, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, confirmou a inconstitucionalidade da tese da legítima

defesa da honra, por ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.

De qualquer forma, o fato que causou maior comoção não foi a existência ou não da expressão no processo, mas sim como a audiência de julgamento se concretizou: como uma verdadeira humilhação da vítima e consagração de um sistema patriarcal, na qual a mulher é culpada pela violência que sofreu. Entre diversas atitudes do advogado de defesa do réu, Cláudio Gastão da Rosa Filho, Martins (2020, p. 1) destaca os momentos em que ele "mostra fotos dela alegando que ela teria posado em 'posições ginecológicas' e que estaria se utilizando da situação para se promover".

Corroborando, sobre a audiência, Machado e Mori (2020, p. 1) ponderam:

> Em determinado momento, o advogado mostra fotos de Mariana Ferrer, publicadas nas redes sociais antes do caso e que nada têm a ver com o processo. "Peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher como você. Teu *'showzinho'* você vai lá dar no teu *Instagram*, para ganhar mais seguidores. Você vive disso." Em outro ponto, Rosa Filho mostra outra imagem de Mariana Ferrer. "Essa foto extraída de um site de um fotógrafo, onde a única foto chupando o dedinho é essa aqui, e com posições ginecológicas".

O caso Mari Ferrer faz parte dos milhares de casos de estupro, no qual a vítima é quem sofre o julgamento, tendo que comprovar sua inocência; e o réu sai impune.

CONCLUSÃO

É visto então que, ao passar dos anos, mesmo com as transformações das instituições e das formas de dominação patriarcal, a "superioridade" masculina continua presente e os números de casos de violência contra a mulher são alarmantes no Brasil.

E, no feminicídio, a violência encontra sua forma com fim mais extremo. Em 9 de março de 2015, foi publicada a Lei 13.104/15, que alterou o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, tipificando o ato. Assim, em to-

das as suas razões, o feminicídio se torna um qualificador do crime de homicídio cuja a principal motivação do fato seria o ódio contra as mulheres.

Outrossim, estupro configura-se em um crime em que a vítima tem o constrangimento de ser forçada a ter relações sexuais por meio de violência ou de ameaças, levando à danos físicos quanto psicológicos, quando não ao feminicídio. Na maior parte dos casos, a mulher é colocada como culpada pela agressão que lhe foi proferida, por razão da roupa que usava, por ter bebido, por estar em local não condizente com a "boa reputação". E, diversas são as vezes que, matérias jornalísticas são vinculadas com tal teor, corroborando para a mitigação da culpabilidade do réu.

Nesse viés, a mídia brasileira, embora progredindo para enfrentar a cultura de violência de gênero, ainda contribui para a revitimização e culpabilização. A imprensa acaba por reforçar o sistema patriarcal e de dominação masculina, colocando o assassinato de mulheres como um crime comum, ou ainda mais, como crime passional. E, nesse sentindo, a transgressão é justificada como um ato de ciúmes e paixão, em um grande desserviço à luta pela dignidade humana e igualdade de gêneros.

Portando, pode-se concluir que existem raízes históricas e bases conceituais da violência contra a mulher. Concomitantemente, a imprensa exerce um papel fundamental e estratégico na formação da opinião pública em relação à vítima. Assim, coberturas jornalísticas que ainda reforçam estereótipos e culpabilizam a mulher, colocando justificativas para os atos criminosos cometidos contra elas, não devem mais ser toleradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, SCHIRLEI. Cobertura da violência contra a mulher ainda é superficial no Brasil, aponta estudo: Evento em São Paulo discutiu o papel da mídia no combate à cultura de agressão. **Gauchazh.** Porto Alegre, mai./2017. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2017/05/cobertura-da-violencia-contra-a-mulher-ainda-e-superficial-no-brasil-aponta-estudo- 9802669.html>. Acesso em: 5 ago. 2019.

BANDEIRA L.M; CAMPOS, S.G; VIEIRA, L.O enquadramento midiático dos crimes de feminicídio no Brasil: O padrão de reprodução e a invisibilidade de mulheres assassinadas. **NEPEM – Núcleo de**

Estudos e Políticas sobre as Mulheres da Universidade de Brasília. Brasília, p. 1-15, mar./2018. Disponível em: <http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/7790_larissa_vieira.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2019.

BIENECK, S; KRAHÉ, B. **Blaming the victim and exonerating the perpetrator in cases of rape and robbery: is there a double standard?** 2011. J. Interpers Violence.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro** nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, 1940.

_____. **DECRETO Nº 847,** de 11 de outubro de 1890. Rio de Janeiro, 1890.

_____. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Lex:** 188º da Independência e 121º da República**.** Brasília, 2009.

_____. Lei n.11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lex:**185º da Independência e 118º da República**.** Brasília, 2006.

_____. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. **Lex:** 194º da Independência e 127º da República. Brasília, 2015.

_____. Lei n.11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lex:** 185º da Independência e 118º da República**.** Brasília, 2006.

_____. Lei n.8.072, de 25 de julho de 1990. **Lex**: 169º da Independência e 102º da República. Brasília, 1990

BORGES, Lucienne Martins. Crime passional ou homicídio conjugal? **Psicologia em Revista.** Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 443-444, dez./2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/per/v17n3/v17n3a07.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BUENO, S; LIMA, R. S .**Dados de violência contra a mulher são a evidência da desigualdade de gênero no Brasil**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/dados-de-violencia-contra-a-mulher-sao-a-evidencia-da-desigualdade-de-genero-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2019.

CAIRES, M. D. S. A Mídia do Estupro: análise de notícias sobre violência sexual durante o mês de maio de 2015. **Revista Anagrama**: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 1-15, jun./2016. Disponível em: <file:///C:/Users/ /Downloads/108980-Texto%20do%20artigo-195032-1-10-20151227.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** volume 1: parte geral (arts. 1º a 120). 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Maria da Penha Felício dos Santos de. Ética e Gênero: a construção de uma sociedade mais feminina. **Revista de Filosofia do Mestrado Acadêmico em Filosofia**. UECE. v. 3, nº 6. Ano 2006. Fortaleza, 2006.

CHYSTUS, Mirian. A cultura de culpabilização da vítima. **UFMG**, Belo Horizonte, nov./2020. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/a-culpabilizacao-da-vitima-no-caso-mariana-ferrer>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE**. Caso Mari Ferrer: o que se sabe sobre o processo que inocentou André Aranha**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/11/4886716-caso-mari-ferrer-o-que-se-sabe-sobre-o-processo-que-inocentou-andre-aranha.html>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CUNHA, B. M. Análise jurídica do caso Mari Ferrer: A Justiça em defesa das estruturas patriarcais. **Jus**, Teresina, nov./2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86582/analise-juridica-do-caso-mari-ferrer>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FERREIRA, A. D. O. B. Casos Mari Ferrer e Marcius Melhem: por que o Direito Penal não protege as mulheres? **Jus**, Salvador, fev./2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88770/casos-mari-ferrer-e-marcius-melhem-por-que-o-direito-penal-nao-protege-as-mulheres>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FUNARI, Pedro Paulo A**. Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2002.

GALVÃO, Instituto Patrícia; **Feminicídio: #InvisibilidadeMata**. 1ª ed. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2017. p. 1-184. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wpcontent/uploads/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf>. Acesso em: 5 de ago. de 2019.

GALVÃO, Patrícia. Machismo na mídia e feminicídio na prática: Eliza merece justiça! **Esquerda Diário**: Movimento Revolucionário dos Trabalhadores, São Paulo. fev./2017. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/Machismo-na-midia-e-feminicidio-na-pratica-Eliza-merece-justica>. Acesso em: 5 ago. 2019.

GUIMARÃES, Eduardo. O papel social da imprensa. **Observatório da Imprensa.** São Paulo, v. 329, n. 1049, mai./2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitas/o-papel-social-da-imprensa/>. Acesso em: 5 ago. 2019

HAUSER, E. E; CASTRO, A. G; CASTRO, C.C; MENDONÇA N. L; SATLER, V. F. Crimes passionais: romantização da mídia e a tese de defesa de honra em homicídios "por amor". **Salão do Conhecimento**: a matemática está em tudo, Rio Grande do Sul, jan./2017. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7721/6458>. Acesso em: 15 ago. 2019

IPEA. **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

JASPER, F.; POLETTA, A. J. M. Collective Identity and Social Movements. **Annual Review of Sociology.** New York, set./2001. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev.soc.27.1.283>. Acesso em: 5 ago. 2019.

LOURENZATO, Leticia. Breve Histórico do Crime do Estupro: subtítulo do artigo. **SoulArt**, Brasil, jun./2018. Disponível em: <https://soulart.org/sociedade/crime-do-estupro>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MACHADO, L.Z. **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** In: Sociedade Brasileira de

Sociologia (Ed.) Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo, 52ª Reunião Brasileira para o Progresso da Ciência. Brasília: SBP

MACHADO, L; MORI, L. Caso Mariana Ferrer: desmerecer a vítima é comum em casos de estupro, relatam advogados. **BBC News**: Brasil, São Paulo, dez./2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54803352>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MACHADO, Naiara. Uma breve história sobre o crime de estupro. **Jus**, Rio de Janeiro, jul./2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51014/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MIGUEL, L. F; BIROLI, F. **Feminismo e política**. v.1. São Paulo: Boitempo, 2014.

MONTAÑO, J. Reflexões sobre o feminicídio. In: CHIAROTTI, S. (Ed.). **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio**. Lima: CLADEM, p. 95-106, 2011

OLIVEIRA, E. **O discurso da notícia e a representação da identidade de gênero feminino nos crimes passionais**. Tese (Doutorado em Língua Portuguesa) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010

PEREIRA, MERVAL. O papel da imprensa. **O GLOBO.** Rio de Janeiro, dez./2005. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/o-papel-da-imprensa.html>. Acesso em: 5 ago. 2019.

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade: subtítulo do artigo. **Revista Histórica**: subtítulo da revista, São Paulo, v. 21, n. 21, p. 1, dez./2005. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

REDE Feminista de Saúde. **Dossiê Violência contra a Mulher.** Disponível em: <http://www.redesaude.gov.br>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

RODRIGUES, A. S. C. **Feminicídio no Brasil:** uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero. Universidade Federal Fluminense: Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Volta Redonda, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4840/1/ANNELISE%20SIQUEIRA%20COSTA%20RODRIGUES%20-%20FEMINIC%C3%8DDIO%20NO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

RUSSEL, Diana. **Femicide:** The Politics of Woman Killing. Nova York: Twayne Publishers, 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336>. Acesso em: 2 abr. 2021.

VELLEDA, Luciano. Especialistas apontam influência da mídia no discurso de ódio contra mulheres: subtítulo do artigo. **Rede Brasil Atual.** São Paulo, jan./2017. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/01/especialistas-apontam-a-influencia-da-midia-no-discurso-de-odio-contra-as-mulheres-5052/>. Acesso em: 5 ago. 2019

VIANNA, C. S. M. O CASO ELOÁ: ANÁLISE DA ABORDAGEM DE FEMINICÍDIO NA MÍDIA. **Fazendo Gênero 9**: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos, Belo Horizonte, v. 9, Número, p. 1-8, dez./2005. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278299010_ARQUIVO_semiramis-eloafeminicidio.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2019.

INICIATIVA BRASIL-BIOTEC: RETORNO, MUDANÇAS E PROFISSIONALIZAÇÃO EM BIOTECNOLOGIA

Bárbara Dias Cabral[120]

INTRODUÇÃO

A Biotecnologia tornou-se um mercado bilionário em um século. Quem detém maior tecnologia, tem mais poder, pois aquela é intrínseca ao dia a dia do Homem contemporâneo. Mas uma necessidade básica de todos os seres vivos são os recursos naturais, como água e alimentos. Num Planeta com mais de 7 bilhões de habitantes, investir em recursos biotecnológicos é tática necessária para a sobreviver. A vantagem que o Brasil tem em relação ao outros países é a vocação natural para a Biotecnologia.

Pensando em estratégias para o desenvolvimento biotecnológico, o Brasil tornou-se signatário de convenções internacionais sobre biotecnologia, além de instituir todo um aparato jurídico-normativo sobre o tema, culminando na Portaria nº 4.488/21 (MCTIC, 2021), que criou a Iniciativa Brasil-Biotec. Tal Iniciativa objetiva estruturar ações que irão contribuir com a Política Nacional de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (P,D&I) em Biotecnologia, além de criar, integrar e fortalecer ações

120 Mestre em Direito Ambiental - UEA, especialista em Gestão Pública, servidora pública, advogada e ex-professora universitária.

governamentais na área, com foco na promoção da ciência, da inovação e do desenvolvimento econômico e social.

Com a Portaria supracitada vem o seguinte questionamento: seria a Iniciativa Brasil-Biotec uma possível ferramenta para o fortalecimento da Biotecnologia no País? O trabalho justifica-se pela necessidade de apresentar ao mundo acadêmico um promissor instrumento público para o desenvolvimento nacional. A pesquisa tem por objetivo expor a principal legislação internacional e nacional sobre o tema. A pesquisa tipifica-se em qualitativa, bibliográfica e interpretativa.

Para tanto, o trabalho se propõe a abordar conceitos fundamentais, legislação e panorama sobre a biotecnologia. Por fim, apresentará características normativas do extinto Projeto Brasil-Biotec frente a Iniciativa Brasil-Biotec. Por fim, destacará a importância da profissionalização da Biotecnologia.

1. CONCEITOS BASILARES E FUNDAMENTO LEGAL (INTER)NACIONAL SOBRE BIOTECNOLOGIA

O presente capítulo abordará conceitos basilares para facilitar a compreensão do trabalho, além do fundamento legal internacional e nacional sobre Biotecnologia.

1.1. BIO: CONCEITOS BASILARES

Antes de tratar das mudanças na legislação sobre Biotecnologia é fundamental apresentar alguns conceitos referentes à vida. Em primeiro lugar, é preciso compreender que biodiversidade (DELONG JR., 1996) é um atributo de uma área, sendo a variedade dentro dela e entre organismos vivos, assembléias de organismos vivos, comunidades bióticas e processos bióticos, que podem ocorrer naturalmente ou por intervenção humana. A biodiversidade pode ser medida pela diversidade genética e pela identidade e número de diferentes tipos de espécies, assembléias de espécies, comunidades bióticas e processos bióticos e pela quantidade (por exemplo, abundância, biomassa, cobertura, taxa) e estrutura de cada um. Ela pode ser observada e medida em qualquer escala espacial, desde microsítos e manchas de habitat até toda a bios-

fera. A biosfera (HUTCHINSON, 1970) é aquela parte da terra em que existe vida.

Biossegurança para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (FIOCRUZ, 2014) é a: condição de segurança alcançada por um conjunto de ações destinadas a prevenir, controlar, reduzir ou eliminar riscos inerentes às atividades que possam comprometer a saúde humana, animal e o meio ambiente. Para Teixeira e Valle (2010), ela é o conjunto de ações destinadas a prevenir, minimizar ou eliminar riscos nas atividades de pesquisa, produção, ensino, desenvolvimento tecnológico e prestação de serviços, buscando a saúde do homem, dos animais, a preservação do meio ambiente e a qualidade dos resultados.

O Projeto de Lei nº 3.762/19 (CAMARA, 2019) define biotecnologia como o conjunto de tecnologias que utilizam sistemas biológicos, organismos vivos ou seus constituintes para produzir inovação ou modificar produtos e processos para uso específico, bem como para gerar novos serviços de alto impacto em diversos segmentos, destacando-se: agricultura, pecuária, aquicultura, alimentação, saúde humana, saúde animal, meio ambiente, indústria e bioenergia. Biotecnologia é um termo geral usado para um amplo campo de estudo (ZAID, 1999). Para a Convenção sobre Diversidade Biológica (BRASIL, 1998), biotecnologia é: qualquer aplicação tecnológica que use sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados, para fazer ou modificar produtos ou processos para uso específico. Engloba as atividades fundadas em conhecimentos multidisciplinares que utilizem agentes biológicos (organismos, células, moléculas) para desenvolver produtos úteis ou para a resolução de problemas.

Uma bioeconomia pode ser definida como uma economia onde os blocos básicos de construção de materiais, produtos químicos e energia são derivados de recursos biológicos renováveis (MCCORMICK; KAUTTO, 2013). Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, 2009), bioeconomia é um mundo em que a biotecnologia contribui com parcela importante da produção econômica. Sua emergência está relacionada a princípios relativos ao desenvolvimento sustentável e sustentabilidade ambiental, envolvendo quatro elementos: biotecnologia, conhecimento, biomassa renovável e integração entre aplicações. Conhecendo os conceitos relativos à vida, será mais fácil compreender os fundamentos jurídicos da Biotecnologia.

1.2. FUNDAMENTO LEGAL INTERNACIONAL SOBRE BIOTECNOLOGIA

Um documento internacional de destaque para a Biotecnologia é a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1992. Foi assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. No Brasil, seu texto foi aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 2/94 (BRASIL, 1994). Posteriormente, tal Convenção foi promulgada por meio do Decreto nº 2.519/98 (BRASIL, 1998). Além de definir conceitualmente o termo "biotecnologia", a CDB afirma em seu art. 2º que "Tecnologia" inclui biotecnologia. Trouxe ao Brasil, por meio de seu art. 8º, alínea g, a responsabilidade de estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia. Em seu art. 19, aborda termos de gestão de biotecnologia e distribuição de seus benefícios.

Destaca-se também o Estatuto e o Protocolo do Centro Internacional de Engenharia Genética e Biotecnologia, adotados em Madri, em 1993, e em Viena, em 1984, respectivamente, e assinados pelo Brasil em 1986. Foi promulgado por meio do Decreto nº 2.929/99 (BRASIL, 1999). Afirma em seu preâmbulo que aplicações pacíficas da biotecnologia trazem benefício à humanidade, devendo ser explorada de modo a contribuir para a solução dos problemas prementes do desenvolvimento, em particular os dos países em desenvolvimento (categoria esta em que o Brasil se enquadra). Criou o Centro Internacional de Engenharia Genética e Biotecnologia. O Centro tem como um de seus objetivos estimular e auxiliar as atividades implementadas em nível regional e nacional no campo da biotecnologia, utilizando as capacidades científicas e tecnológicas dos países-membro.

Outro documento pertinente é o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgado mediante o Decreto nº 5.705/06 (BRASIL, 2006). Afirma que a biotecnologia moderna se desenvolve rapidamente e que é crescente a preocupação social sobre seus potenciais efeitos adversos acerca da biodiversidade e à saúde humana. Por outro lado, reconhece que a biotecnologia moderna[121] oferece um potencial considerável para o bem-estar

121 Por "biotecnologia moderna" se entende (BRASIL, 2006): a. a aplicação de técnicas in

humano se for desenvolvida e utilizada com medidas de segurança. Para tanto, objetiva contribuir para assegurar um nível adequado de proteção no campo da transferência, da manipulação e do uso seguros dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna

1.3. FUNDAMENTO LEGAL NACIONAL SOBRE BIOTECNOLOGIA

O marco legal da proteção ao meio ambiente é a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Trata sobre biotecnologia apenas em seus anexos. Já a Constituição Federal (BRASIL, 1988) não trata literalmente sobre biotecnologia. Porém, conjugando o teor dos artigos 196 (Tecnologia) e 225 (Meio Ambiente) pode-se concluir que esta dá fundamento para o desenvolvimento de políticas biotecnológicas no País. Por outro lado, a revogada Lei de Biossegurança (Lei nº 8.974/95), criou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia (BRASIL, 1995). Entre outras funções, deveria acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico na biotecnologia. Dispunha que a referida Comissão deveria ter especialistas de notório saber científico e técnico na área da biotecnologia, além de um representante de associação legalmente constituída, representativa do setor empresarial de biotecnologia. O Decreto nº 1.752/95 regulamentava a Lei de Biossegurança. Também encontra-se revogado.

Em 2005, foi criada uma nova Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). Tem por uma de suas diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biotecnologia. Manteve a competência da CTNBio em relação à biotecnologia. Porém, a partir de 2005, a Comissão deve ser composta por 27 (vinte e sete) cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional em áreas diversas, entre elas, a biotecnologia. Tal especialista deverá ser indicado pela pelo Ministro da Agricultura,

vitro, de ácidos nucleicos inclusive ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante e injeção direta de ácidos nucleicos em células ou organelas, ou b. a fusão de células de organismos que não pertencem à mesma família taxonômica, que superem as barreiras naturais da fisiologia da reprodução ou da recombinação e que não sejam técnicas utilizadas na reprodução e seleção tradicionais.

Pecuária e Abastecimento (BRASIL, 1995). No mesmo ano foi decretada a regulamentação da Lei de Biossegurança (Decreto nº 5.591/05).

Dois anos após a criação da Lei de Biossegurança foi instituída, em âmbito nacional, a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia (BRASIL, 2007), por meio do Decreto nº 6.041/07 – o qual também criou o Comitê Nacional de Biotecnologia. Tem por objetivo o estabelecimento de ambiente adequado para o desenvolvimento de produtos e processos biotecnológicos inovadores. Em seu anexo afirma que a biotecnologia é uma das ferramentas tecnológicas mais importantes da atualidade. Suas aplicações têm contribuído para a estruturação de novos sistemas econômicos e sociais. Um de seus objetos específicos, importante destaca-lo em tempos de pandemia, é acompanhar as tendências mundiais de garantia de fornecimento de vacinas para os países em desenvolvimento. Programas e planos em biotecnologia foram desenvolvidos posteriormente, Porém estes serão tratados no capítulo seguinte. Em 2020 (INPI), instituiu-se a nova versão das Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente na Área de Biotecnologia.

2. BRASIL-BIOTEC: CRIAÇÃO, MUDANÇAS E PROFISSIONALIZAÇÃO

O presente capítulo apresentará as principais características do Projeto Brasil-Biotec de 2018 e da Iniciativa Brasil-Biotec de 2021, traçando um paralelo entre ambos. Por fim, apresentará o Plano de Ação e o projeto de Lei que trata sobre profissionalização da Biotecnologia no Brasil.

2.1. BRASIL-BIOTEC EM 2018

Antes de falar sobre o Programa BRASIL-BIOTEC, cumpre lembrar que, em 2013, a Sociedade Brasileira de Biotecnologia (SBBiotec)[122] lançou a Rede Brasileira de Biotecnologia da área acadêmica que reuniu, no mesmo sistema eletrônico, todos os cursos de pós-graduação em Biotecnologia do País. Cinco anos depois da iniciativa da SBBiotec, por meio

122 Fundada em 1988, a Sociedade Brasileira de Biotecnologia – SBBiotec tem como proposta, promover o progresso da Biotecnologia, integrando ciência e o desenvolvimento tecnológico (SBBiotec, 2017).

do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), o Governo Federal criou a Rede Brasil – Biotec, por meio da Portaria SEPED/MCTIC nº 1.078/18 (MCTIC, 2018). Para sua criação, o MCTIC considerou os esforços empreendidos pelo Governo Federal para propor uma estratégia nacional de articulação dos Laboratórios de Pesquisa, com foco na eficiência econômica, na otimização da infraestrutura, na complementaridade de atribuições e na capacidade de inovação nacional.

Na 198ª sessão ordinária da comissão interministerial para os recursos do mar, o Secretário de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento (SEPED), do MCTIC afirmou que a Rede Brasil-Biotec (MARINHA, 2018):

> trouxe avanços considerando os esforços empreendidos pelos Governo Federal em propor uma estratégia nacional de articulação dos laboratórios de pesquisa, com foco na eficiência econômica, na otimização da infraestrutura, na complementaridade de atribuições e na capacidade de inovação nacional. Essa "rede de redes" agrega as redes regionais de biotecnologia [...], aumentando a articulação do setor e a coordenação dos esforços integrados no tema, de forma a colocar o Brasil no patamar mundial de desenvolvimento de pesquisas inovadoras e de fronteira nas áreas de biodiversidade [...].

A Rede Brasil-Biotec era supervisionada por um Conselho de Integração e por uma Coordenação Executiva, não tendo efeito sobre a atuação independente dos programas de pós-graduação vinculados às entidades que a compunha. Um de seus objetivos era capacitar recursos humanos especializados nas diferentes áreas da Biotecnologia. A Rede Brasil - Biotec foi planejada para ter duração de três anos, a partir da data de publicação desta Portaria, podendo ter sua duração renovada por decisão do MCTIC. Deveria a Rede Brasil-Biotec encerrar seus trabalhos em 2021. Porém, no ano posterior a sua criação, foi extinta (BRASIL, 2019), por força do Decreto nº 9.759/19.

2.2. BRASIL-BIOTEC EM 2021

No ano de 2021 a extinta Rede Brasil-Biotec foi recriada como Iniciativa Brasil-Biotec, por meio da Portaria nº 4.488/21 (MCTIC, 2021).

Sobre as diferenças entre as duas portarias, destaca-se a questão da supervisão. A Rede Brasil-Biotec era supervisionada por um Conselho de Integração e por uma Coordenação Executiva. Já a Iniciativa Brasil-Biotec tem supervisão um Comitê Gestor, formado por representantes do MCTIC, da Financiadora de Estudos e Projetos – Finep e da Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial – EMBRAPII.

Na Iniciativa Brasil-Biotec redes e grupos de pesquisa e programas de pós-graduação na área de biotecnologia podem compô-la, além de ambientes promotores de inovação, como parques tecnológicos, incubadoras e aceleradoras de empresas, centros de inovação, fundações, dentre outros e cooperações internacionais envolvendo biotecnologia. Antes com cinco objetivos, agora são sete. Entre eles: promover a formação, capacitação e fixação de recursos humanos, a educação em biotecnologia e sua divulgação.

Uma importante mudança foi prever que as ações da Iniciativa Brasil-Biotec podem ser executadas por meio de chamadas públicas, acordos de cooperação científica, tecnológica e de inovação e de outros instrumentos jurídicos necessários para viabilizar o financiamento e a execução da Iniciativa, nos termos da legislação em vigor. Com uma estrutura mais enxuta, objetivos mais detalhados e ações declaradas, a Iniciativa Brasil-Biotec tem maior chance de sucesso. Cumpre lembrar que esta não tem data de validade. Caberá, futuramente, acompanhamento das ações promovidas pela Iniciativa, para aferição de seu (in)sucesso.

2.3. PLANO DE AÇÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA NO BRASIL

No mesmo ano da criação da Rede Brasil-BIOTEC foi lançado o Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação para Biotecnologia (MCTIC, 2018). O Plano propõe ações para a promoção de PD&I[123] e objetiva produzir e aplicar o conhecimento científico e tecnológico, de modo a promover benefícios sociais, econômicos e ambientais, preenchendo lacunas de conhecimento essenciais, fomentando a inovação e provendo a infraestrutura necessária para o avanço da pesquisa biotecnológica

123 Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação.

nacional. Almeja promover PD&I em áreas de fronteira do conhecimento, com foco na superação de desafios tecnológicos envolvidos na produção de produtos de origem biotecnológica.

Conforme o entendimento do Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação para Biotecnologia, o Plano de Ação para a promoção da Inovação Tecnológica (2018-2022) (MCTIC, 2018) afirma que o advento de tecnologias estratégicas, como as de informação e comunicação, nanotecnologia, biotecnologia e ciências cognitivas (neurociência), entre outras, introduziram demandas tecnológicas a serem solucionadas. Políticas, planos, programas e projetos são essenciais para nortear e colocar em prática os anseios sociais. Na área da biotecnologia, vê-se um amparo legal extenso. Cabe à academia verificar, por meio de seus instrumentos de pesquisa, a implementação das propostas governamentais.

Foi visto em alguns pontos do trabalho que há necessidade de profissionais especializados em biotecnologia, de acordo com as legislação brasileira. Mesmo não regulamentada, a profissão de biotecnologista já existe de fato. E é válido ressaltar que há avanço da difusão da tecnologia, do conhecimento e das habilidades entre tal comunidade profissional (SCHMIDT, 2008). Para sanar o problema, tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 3762/19 (CAMARA, 2019), que regulamenta a profissão de Biotecnologista. Com o desenvolvimento da área, a inserção de produtos e processos biotecnológicos aumentou e, por conseguinte, ampliou a demanda da formação de profissionais especializados. Após a criação da lei, no entender de Marangoni (2018) é preciso estudos para acompanhar o desenvolvimento de um novo profissional, e a formação de sua trajetória no mercado de trabalho, bem como incentiva políticas públicas que valorizem o profissional em Biotecnologia e o desenvolvimento da pesquisa, inovação e empreendedorismo no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Biotecnologia evoluiu a partir de sistemas fermentativos simples, alcançando neste século o *status* de partícipe nas mais diversas atividades econômicas, como resultado do avanço do conhecimento na área de Ciências da Vida (MCTIC, 2018). Tanto que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define a biotecnologia

como prioridade, dado seu potencial para alavancar o desenvolvimento sustentável com responsabilidade ambiental.

O primeiro capítulo, inicialmente, abordou definições conceituais de temas como biotecnologia, biodiversidade, biota, biossegurança e bioeconomia. Tais definições são de extrema importância para melhor compreensão da pesquisa. Depois, apresentou a tutela jurídica da internacional sobre Biotecnologia como, por exemplo, convenções em que o Brasil é signatário. Por fim, trouxe embasamento jurídico pátrio sobre a temática; desde a Constituição Federal até Decretos e Portarias sobre Biotecnologia. Constatou-se que há amparo legal suficiente para o bom desenvolvimento da biotecnologia.

O segundo capítulo apresentou Rede Brasil-Biotec, criada por meio da Portaria SEPED/MCTIC nº 1.078/18 (MCTIC, 2018), como iniciativa pioneira em solo brasileiro de integração de esforços para o desenvolvimento científico e tecnológico da Biotecnologia brasileira. Em seguida, mostrou Iniciativa Brasil-Biotec, por meio da Portaria nº 4.488/21 (MCTIC, 2021), que visa contribuir com a Política Nacional de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) em Biotecnologia. Por fim, tratou o exemplo do Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação para Biotecnologia (MCTIC, 2018) e do Projeto de Lei nº 3.762/19 (CAMARA, 2019), que regulamenta a profissão de Biotecnologista.

O trabalho demonstrou que há um aparato jurídico-normativo para implantação de projetos a nível nacional que envolvam biotecnologia. A Iniciativa Brasil-Biotec (Portaria SEPED/MCTIC nº 1.078/18), junto ao Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação para Biotecnologia, é uma possível ferramenta para o fortalecimento da Biotecnologia no País.

Para uma análise mais profunda, sugere-se que estudos interdisciplinares futuros acompanhem o desenvolvimento do de pesquisas e projetos em biotecnologia, por vários ângulos, para medir o (in)sucesso da implantação da Iniciativa Brasil-Biotec. Para tanto, seria útil compará-la com outras iniciativas similares implantadas em países em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995**. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. (REVOGADA)

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º , 6º , 7º , 8º , 9º , 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

_____. Decreto Legislativo nº 2, de 1994. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992.

_____. Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995. Regulamenta a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, dispõe sobre a vinculação, competência e composição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, e dá outras providências. (REVOGADA)

_____. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992.

_____. **Decreto nº 2.929, de 11 de janeiro de 1999**. Promulga o Estatuto e o Protocolo do Centro Internacional de Engenharia Genética e Biotecnologia, adotados em Madri, em 13 de setembro de 1993, e em Viena, em 4 de abril de 1984, respectivamente, e assinados pelo Brasil em 05 de maio de 1986.

_____. **Decreto nº 5.591 de 22 de novembro de 2005**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências.

_____. **Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006.** Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica.

_____. **Decreto nº 6.041, de 8 de fevereiro de 2007.** Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências

_____. **Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019.** Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal.

CAMARA. **Projeto de Lei nº 3.762, de 2019**. Regulamenta a profissão de Biotecnologista. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6C635299442575FE46EC7BCB725688B5.proposicoesWebExterno2?codteor=1779834&filename=Avulso+-PL+3762/2019>. Acesso em: 1 abr 2021.

DELONG JR., D. C. **Defining biodiversity**. Wildl. Soc. Bull.24,738–749. 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3783168>. Acesso em: 1 abr 2021.

FIOCRUZ. **Biossegurança, o que é?** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/biosseguranca-o-que-e>. Acesso em: 1 abr 2021.

HUTCHINSON, G. E. **The Biosphere**. Scientific American, vol. 223, no. 3, 1970, pp. 44–53. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/24925892>. Acesso em: 1 abr 2021.

MARANGONI, E.B. *et. al.* **Avaliação do perfil dos egressos do curso de biotecnologia da Universidade Federal de Goiás e suas perspectivas no mercado de trabalho**. Disponível em: <http://www.conhecer.org.br/enciclop/2018a/human/avaliacao%20do%20perfil.pdf>. Acesso em: 2 abr 2021.

MARINHA. **Comissão interministerial para os recursos do mar**: ata da 198ª sessão ordinária. (2018). Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/secirm/sites/www.marinha.mil.br.secirm/files/documentos/atas/ata198.pdf>. Acesso em: 1º abr 2021.

MCTIC. **Portaria nº 1.078, de 27 de fevereiro de 2018**. Institui no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) a Rede Brasil - Biotec.

_____. **Portaria nº 4.488, de 23 de fevereiro de 2021**. Institui, no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, a Iniciativa Brasil-Biotec e cria o Comitê Gestor responsável pela sua supervisão e implementação de seus objetivos.

_____. **Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação para Biotecnologia**. Disponível em: <https://antigo.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/ciencia/SEPED/Arquivos/PlanosDeAcao/PACTI-Biotec_Web.pdf>. Acesso em: 1º abr 2021.

_____. **Plano de Ação para a promoção da Inovação Tecnológica (2018-2022).** Disponível em: <https://www.inova.rs.gov.br/upload/arquivos/202006/16182031-plano-acao-promocao-inovacao-tecnologica.pdf>. Acesso em: 1º abr 2021.

INPI. **Instrução Normativa /INPI /PR nº 118, de 12 de novembro de 2020**. Institui a nova versão das Diretrizes de Exame de Pedidos de Patente na Área de Biotecnologia.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMET (OECD). **The Bioeconomy to 2030**: Designing a Policy Agenda. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8l687tk>. Acesso em: 1º abr 2021.

SBBIOTEC. **Nossa História.** Disponível em: <https://www.sbbiotec.org.br/nossa-historia>. Acesso em: 1º abr 2021.

SCHMIDT, M. **Difusão da biologia sintética**: um desafio para a biossegurança. ComCiência, Campinas, n. 102, 2008. Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542008000500008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 2 abr 2021.

TEIXEIRA, P.; VALLE, S. **Biossegurança**: uma abordagem multidisciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2010. 442p.

ZAID, A. *et al*. **Glossary of biotechnology and genetic engineering.** Disponível em: <http://www.fao.org/3/X3910E/X3910E00.htm>. Acesso em: 29 mar 2021.

PANDEMIA DA COVID-19, JUVENTUDE E EVASÃO ESCOLAR NO CENÁRIO BRASILEIRO

Suenne Santos de Aguiar[124]

INTRODUÇÃO

Este breve artigo, objetiva contextualizar as implicações da pandemia da Covid-19 na educação da juventude brasileira, relacionadas a evasão escolar. Se sabe que, já no século passado se debatia as nuances e facetas da evasão escolar no segmento juvenil. A partir de 1950, houve o que se denomina desisntitucionalização (ABAD, 2003), ao passo que, apesar da escola da época se apresentar como o mecanismo de relação entre o jovem e o mercado de trabalho formal, como o fio condutor para a empregabilidade dos jovens, o sistema educacional, na realidade não se mostrara capaz de atingir tal objetivo.

O desprestígio da instituição escola (SPOSITO, 2011) e a incapacidade de atingir os objetivos a que se propunha, principalmente para as classes mais vulneráveis da sociedade, era fator de manipulação de aspirações, e inequivocamente, frustração dos jovens. Mas somente pertencendo ao ambiente escolar, seria possível perceber que tal ambiente contribuía na reprodução de privilégios (BOURDIEU, 2019).

---

124 Graduada em Direito pela UNICAP, Pós-Graduada pela FAFIRE, Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFPE. Advogada vinculada à OAB/PE. Possui interesse em Direito, Direitos Humanos, Educação, Juventude e Análise de Discurso.

Este contexto da recente história, perdurou até o início do século XXI, conforme dados elucidados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do ano de 2001. A citada pesquisa concluiu que, aproximadamente 60% dos jovens, naquele ano, não estavam frequentando a escola, considerado o universo de 34 milhões de jovens. Nessa conjuntura, o século XXI se iniciara com novos desafios e perspectivas para a coletividade, a fim da educação se fazer atrativa àqueles que se distanciaram do sistema educacional.

O relatório "Educação um tesouro a se descobrir", feito pela Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, para a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), dirigido por Jacques Delors, arrimou os quatro pilares para a Educação da UNESCO, a fim de que a educação fosse mecanismo de coesão e pluralidade, observadas as disparidades existentes entre a educação proposta nos países de terceiro mundo e a educação dos poderosos blocos econômicos.

Nessa conjuntura, insta salientar que no contexto brasileiro, o início do século XXI, ensejara um processo de expansão do ensino pelo poder público, que culminou no aumento dos níveis de escolaridade dos jovens. Muito em decorrência do olhar estatal, à época para as juventudes, em nível federal.

De modo que, os avanços legislativos para juventudes, culminou na destinação de recursos para a educação deste segmento, elaboração de políticas públicas, promulgação do Estatuto da Juventude, bem como a abertura a participação juvenil no processo de produção de políticas públicas, a criação de órgãos colegiados de fortalecimento das políticas juvenis, com estruturação e incidência nos níveis federal, estadual e municipal.

Entre conquistas prematuras e avanços na temática juventude, que se deflagaram no início do século XXI, há indubitavelmente retrocessos político-sociais que se instauraram com a extinção dos Conselhos Nacionais pelo Governo Federal, sob a Presidência do Jair Bolsonaro, que através do Decreto nº 9.759/19 extinguiu os espaços e lugares de debates entre a sociedade civil e o governo federal, afetando fortemente os espaços de colaboração e fortalecimento das políticas públicas de juventude, bem como de vários pilares sociais que ensejam a atuação estatal.

Salienta-se que tais Conselhos, foram implementados na conformação do ente federal, desde o início do século XX, sendo efetivado por meio de conferências, que são espaços de produção de políticas públicas, sendo ainda uma instância de fortalecimento e construção de direitos não-exercidos, porém necessários ao desenvolvimento social do país. Ressalta-se que, o próprio Estatuto da Juventude, adveio de debates realizados em conferências.

Assim, neste terreno fragilizado pelos fatores acima expostos, em um cenário de enfraquecimento de diálogos e de carência, no direcionamento de recursos financeiros e estruturais às políticas públicas de juventude, adveio a pandemia da Covid-19, desnudando problemas estruturais e físicos dos ambientes escolares no Brasil, problemas estes que, culminaram no distanciamento escolar por grande parte dos jovens brasileiros, através do abandono escolar ou da ínfima utilização do recurso tempo para os estudos.

Alguns documentos oficiais arrimaram o deslinde do presente artigo, através dos dados observados nos respectivos documentos, quais sejam: o relatório "Enfrentamento da cultura do fracasso escolar", do Fundo das Nações Unidas para a infância (UNICEF), a pesquisa "Tempo para a escola na pandemia", da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SOCIAL), o Boletim Macroeconômico, da Secretaria de Político Econômica (Ministério da Economia), a Nota Técnica nº 244 "Educação: a pandemia da Covid-19 e o debate da volta às aulas presenciais", do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos socioeconômicos (DIEESE), e por fim, a pesquisa "Consequências da Violação do Direito à Educação", realizada através de parceria entre a Fundação Roberto Marinho e o Insper.

O presente artigo não pretende exaurir o debate acerca das consequências da pandemia da Covid-19 na evasão escolar do segmento juvenil, mas sim construir um arcabouço contextual da temática, lastreado nas respectivas pesquisas que podem elucidar o difícil caminho e o sabor amargo das consequências de uma pandemia sobre a educação dos jovens, principalmente na educação pública. Sobretudo objetiva, lançar luz à temática juventude no contexto da pandemia, em um governo federal que não demonstra empreender esforços para reaproximar os jovens da escola, ou através de políticas públicas, fazer da escola um ambiente atrativo

e promissor, não somente para os jovens em suas individualidades, mas principalmente para o desenvolvimento socioeconômico do país.

1. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19 E SUAS INCIDÊNCIAS NO CONTEXTO EDUCACIONAL BRASILEIRO

As diretrizes estabelecidas pelos Governo Estaduais e Municipais brasileiros através de Decretos no enfrentamento a pandemia, culminou na adoção de medidas que impuseram o isolamento social e a quarentena rígida, a fim de frear o aumento dos números de casos de contaminados e as evitáveis mortes pela Covid-19 no Brasil, medidas tomadas através do respaldo científico, bem como por orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), medidas de incidência mundial.

Dentre tais medidas que se impuseram, no que tange ao necessário afastamento social, Estados e Municípios determinaram o fechamento das escolas e suspensão das aulas presenciais. Apesar de necessárias, tais medidas afetaram o desenvolvimento cognitivo dos estudantes de forrma geral, mas sobretudo àqueles vinculados a rede pública de ensino. Apesar de ser fato notório que, os estudantes de escolas privadas também tenham enfrentado alguma dificuldade de aprendizagem, mesmo que a estes tenham sido oferecidos o ensino remoto, durante todo o período.

De modo extrínseco ao campo educacional, devido as restrições e dificuldades econômicas suportadas por vários pais, mães e responsáveis pelo financiamento da educação particular dos filhos, houve o fechamento de diversas escolas particulares pelo Brasil, e que de igual modo, vários responsáveis tiveram que transferir seus filhos, os matriculando por ora, na rede pública de ensino.

Somente em São Paulo, dados da Secretária de Educação do estado apontam que, as transferências subiram mais de 100% se comparado os números dos anos de 2019 e de 2020. No ano de 2019 foram realizadas 219 transferências, somente nos meses de abril e maio do ano de 2020, foram 2.388 transferências para a rede pública estadual de ensino.

A conjuntura da pandemia no Brasil já culmina numa fragilização da qualidade do ensino ofertado no ensino público mais fortemente e é especificamente para o público jovem pobre e vulnerável, que lançaremos

luz no presente artigo, pois é o estrato do segmento juvenil mais afetado pela situação a eles imposta. Principalmente por estes jovens não terem recursos financeiros, físicos e estruturais, como uma boa internet, para que possam continuar recebendo o ensino de um modo minimamente aceitável, pelas escolas e professores também estarem adstritos a escassez de recursos que afetam seus trabalhos.

1.1. DESAFIOS DO ENSINO ESCOLAR REMOTO

A fim de mitigar e reduzir o número de contágio pela Covid-19, a partir das medidas de isolamento social que se impôs, se implementou o ensino escolar remoto. Ensino que trouxe uma alternativa a suspensão das atividades escolares presenciais, a fim de dar continuidade de certo modo a aprendizagem dos alunos, mesmo sendo uma medida que traz muitos desafios e se esbarra em muitas restrições e dificuldades gerenciais.

O Governo Federal através da Medida Provisória 934/2020, manteve a exigência da carga horária e do conteúdo necessário ao desenvolvimento cognitivo dos estudantes, flexibilizando apenas o número de dias letivos considerados obrigatórios.

A implementação urgente do ensino remoto importara muitos desafios intrínsecos e extrínsecos ao sistema educacional público, sobretudo. A nota técnica "Educação: a pandemia da Covid-19 e o debate da volta às aulas presenciais", feita pelo DIEESE, aponta alguns entraves a que se deparou a educação durante o período de pandemia.

Dentre vários desafios, têm-se a indisponibilidade ou precariedade da internet, a carência de aparelhos computadores em grande parte dos lares brasileiros, a escassez de recursos tecnológicos, a dificuldade do estudante não ter um responsável o acompanhando durante o momento de aprendizagem no período que se impôs, todos estes fatores, implicam numa condição inadequada de acompanhamento escolar, que deveria ser suprida pelo poder público. E a disparidade do ensino ofertado na rede pública se comparado a qualidade do ensino ofertado na rede privada.

O momento de pandemia e a oferta do ensino remoto, impunha ao poder público federal o empreendimento de esforços para a democratização do acesso a computadores e aparelhos tecnológicos de aporte ao desenvolvimento educacional adequado dos alunos da rede pública, bem

como a disponibilização de internet, pois tal contexto é indispensável no momento atual. Visto que, somente através dos mecanismos tecnológicos supracitados poderá haver a efetivação do direito à educação de forma coesa e plural.

Porém, como já citado anteriormente o Projeto de Lei que objetivava a disponibilização de internet para alunos e professores da rede pública de ensino, fora integralmente vetado pelo atual Presidente da República, obstruindo a democratização do acesso ao mecanismo internet para àqueles estudantes vulneráveis, que no presente momento se encontram ceifados de possuir os mecanismos minimamente necessários para suas aprendizagens.

A pesquisa "Tempo para a escola na pandemia", feita pela FGV Social, aporta no recurso tempo, a fim de se chegar ao tempo que está sendo despendido pelos estudantes para a educação. Insta salientar que, através da MP 934/2020, que deu origem a Lei nº 14.040/2020, se autorizou a possibilidade de flexibilização dos dias letivos. No que tange especificamente, ao ensino fundamental e médio se flexibilizou os dias letivos necessários, porém se mantendo a carga horária mínima anual exigida em Lei, de 800 horas.

Neste sentido, a jornada mínima satisfatória para o cumprimento da carga horária definida em Lei, ensejava 4 horas diárias de estudo, durante 5 dias por semana. Conforme dados da supracitada pesquisa, lastreado nos microdados da PNAD COVID/IBGE de julho e agosto de 2020, o que se depreende é que os jovens até 14 anos de idade, se dedicaram a 2,48 horas de estudo diárias, jovens dos 16 aos 17 anos, somente se dedicaram diariamente a 2,34 horas de estudos, jovens de 18 a 24 anos, somente se dedicaram à 0,95 horas, enquanto os jovens de 25 a 29 anos a 0,34 horas.

A pesquisa ainda considerou o dado renda per capita habitual, a fim de se analisar as dissonâncias econômicas e suas consequências na dedicação aos estudos pelos indivíduos, no que se refere ao recurso tempo para a educação. Os jovens de 16 a 17 de classe AB (R$ 2.203,00 per capita em diante) gozaram de 3,33 horas de estudos diárias, enquanto os jovens de classe E (até R$ 245,00 per capita) gozaram apenas 2,03 horas de estudo diárias. Ambas as classes, conforme a pesquisa, tem um quantitativo semelhante de alunos, 2,27 milhões e 2,36 milhões, respectivamente.

A oferta de atividades foi outro ponto observado na pesquisa, de modo que dentre os estudantes de 16 a 17 anos da Classe E, 24,72% não receberam atividades escolares, enquanto que os estudantes com a mesma idade de Classe AB, apenas 4,82% estavam na mesma situação.

Conforme dados da pesquisa, há uma disparidade gigante de tempo dedicado aos estudos, entre as classes AB e E, constatações que trazem grandes prejuízos sociais, prejuízos também impostos a vida de cada um destes jovens pobres que se encontram obstacularizados de exercer o direito à educação, pelos mais diversos motivos que os atingem e afligem.

1.2. EVASÃO ESCOLAR NA PANDEMIA E CONSEQUÊNCIAS FUTURAS

A evasão escolar se trata de um problema que acompanha o país desde o século passado, porém no início do século XXI, devido a tomada de decisões do ente federal, no enfrentamento a problemática, houve uma modificação satisfatória dos números, com o claro regresso daqueles que haviam se distanciado do sistema escolar. De modo que, somente através do agir estatal, conseguimos ver modificado tal quadro.

Mas manter os estudantes jovens no sistema escolar sempre teve seus desafios, porque a escola deve representar possibilidades concretas e futuras para estes. A história mostra a prematuridade das políticas públicas direcionadas para o segmento juvenil, conquistas que ensejam dos governos, comprometimento, e que as políticas sejam de estado, independentemente qual seja o governo que esteja no poder.

O que se vê, nos primeiros anos da gestão do Governo do Presidente Jair Bolsonaro, é um claro descompasso as políticas que viam sendo implementadas na estrutura educacional pública brasileira, principalmente com o supracitado decreto que ceifou os conselhos, àqueles ambientes de debate entre a sociedade civil organizada, empresários e o governo, nas mais diversas questões de interesse social, que serviam de lastro para a tomada de decisão dos poderes, no enfrentamento as mazelas sociais e o desenvolvimento do país.

E assim, se recrudescem dados. Na pesquisa PNAD contínua 2019 do IBGE, dentre os quase 50 milhões de brasileiros jovens entre 14 a 29 anos, mais de 20% destes, número correspondente a 10,1 milhões de jo-

vens, não completaram alguma etapa da educação básica, seja o ensino fundamental ou médio. Deste montante, 71,7% é composto por pessoas negras ou pardas, que se distanciaram do sistema escolar pela necessidade de trabalhar ou por desinteresse nos estudos.

Para o Ministério da Economia do Governo Bolsonaro, há custos socioeconômicos futuros pelo fechamento das escolas devido a pandemia, custos estes de curto prazo, para os jovens especificamente, a evasão escolar, culminada pelo desestímulo ou pela necessidade de trabalhar para contribuir na renda familiar. Já no longo prazo, se cita as ressonâncias cognitivas que perpassarão desta para outras gerações, bem como a vulnerabilidade de renda, que também passarão as futuras gerações.

Neste sentido, para a Secretaria Econômica do Ministério da Economia, a conjuntura que se impôs devido a pandemia na educação, poderá ter efeitos a longo prazo de até 15 anos, por ora, para a economia brasileira. Culminará em um país mais pobre futuramente, pois seus efeitos atingirão o Produto Interno Bruto (PIB) do país, aumentando a desigualdade social, muito em razão das distorções suportadas em âmbito educacional pelos jovens das diversas classes sociais, principalmente àqueles vulneráveis.

Apesar de tais constatações, da supracitada Secretaria vinculada ao Ministério da Economia, o próprio Governo Bolsonaro, obstrui avanços na temática educação, é o que se depreende através, por exemplo do veto integral do Presidente, através do despacho nº 81, de 18 de março de 2021, do Projeto que assegurava internet grátis a alunos e professores de escola pública. Salienta-se ainda que, a precariedade da internet em tempos de pandemia, se tornara um monstruoso óbice a efetivação do direito à educação.

Tal omissão no ônus de educar uma sociedade importará em perdas sociais e econômicas futuras inestimáveis. Se trata de uma clara violação imposta a estes jovens, ao direito à educação, que está arrimado na Carta Magna brasileira. O estudo "Consequências da Violação do Direito à Educação Básica", realizado numa parceria entre a Fundação Roberto Marinho e o Insper, faz uma ponte entre a evasão escolar e a falta de prioridade para com a educação e suas consequências socioeconômicas. A pesquisa aponta que, dos 3,3 milhões de jovens que possuem 16 anos, 557 mil não concluirão a educação básica.

No contexto da pandemia, a pesquisa aponta que 3 de cada 10 jovens demonstram que já pensaram em não voltar à escola após o fim do isolamento social. Dos 15 aos 18 anos: 24%, dos 19 aos 24 anos: 29% e dos 25 aos 29 anos: 30%. A referida pesquisa ainda considera de forma inédita, os prejuízos econômicos da evasão escolar, que culmina em uma perda de R$ 395 mil por jovem, um custo de R$ 220 bilhões por ano, levando a uma perda de 3,3% do PIB anual. Concluindo que a perda é maior do que o valor que seria investido na educação de cada jovem.

Tal conjuntura, somente fortalece a importância estatal na preservação e no fomento do direito à educação, pois não há progresso social sem que um povo tenha recebido escolarização. Incumbindo ao Estado, principalmente, o nível federal, o dever de estimular e perseguir a escolarização de seu povo. Pois os benefícios socioeconômicos serão de grande importância para o futuro do país. Desconsiderar sua importância nessa engrenagem, não estimular a educação dos jovens através de políticas públicas, ceifando os ambientes de debate com a sociedade e com os próprios jovens, é agir na contramão do progresso do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os males da Covid-19 perpassam o campo social, atingindo fortemente a saúde pública, a educação, a economia e o desenvolvimento do país. A juventude, principalmente àquela vinculada a educação pública, é a que mais sofre com as ressonâncias da pandemia, seja pela escassez de recursos e oferta de atividades, seja porque se vê ceifada de mecanismos que a auxiliem no desenvolvimento educacional satisfatório, ou até pela necessidade de trabalhar para trazer recursos financeiros imediatos para ajudar a família. Tal conjuntura culmina na evasão escolar.

O sistema de ensino remoto, surgira como condição única a suspensão das atividades escolares presenciais, tendo em vista a necessidade que se impôs do necessário distanciamento social, a fim de conter o contágio do vírus. À educação, coube a continuidade das atividades, porém os dados demonstram uma disparidade na oferta de atividades escolares para àqueles estudantes mais pobres e vulneráveis.

O Estado, como garantidor e cumpridor dos direitos elencados na Constituição Federal, na pessoa do ente federal, não despendera esforços

na garantia do direito à educação da pluralidade da sociedade. Ou seja, aos óbices que se impunham, como o acesso à internet, como a necessidade de possuir um computador para realização das atividades, não foram tomadas decisões para mitigá-los, de modo inverso, o projeto de lei que dispunha de destinação de recursos para tais mecanismos, foi vetado integralmente.

Apesar das constatações de prejuízos bilionários aos cofres públicos em razão da evasão escolar, importando na diminuição do PIB nos anos vindouros, o ente federal não demonstra qualquer preocupação com tais evidências, pois se queda inerte a tais fatores.

Tal conjuntura que se impõe causa preocupação social, pelos malefícios sociais causados pela inércia estatal em agir diante de um problema social que se estabelece. Milhares de jovens em todo o país, notadamente os pertencentes as classes mais vulneráveis da sociedade, estão a se evadir da escola, sofrerão dificuldades na empregabilidade, na socialização e nas relações interpessoais. A violência tende a se agravar.

Se faz necessário, que o ente federal lastreado nos dados e pesquisas, reveja sua atuação, conforme o poder que lhe compete, pois somente efetivando o direito à educação, se pode alcançar uma sociedade mais justa e desenvolvida, manter-se inerte ou obstacularizar a destinação de recursos para a educação pública, não é uma opção viável para o desenvolvimento socioeconômico do país, principalmente no período pandêmico e pós-pandêmico, que se impõem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAD, Miguel. **Crítica política às políticas de juventude**. In: FREITAS, Maria Virgínia e PAPA, Fernanda de Carvalho. Políticas Públicas. Juventude em Pauta. São Paulo, Cortez Editora/ Ação Educativa/ Friedrich Ebert Stifung, 2003.

BOURDIEU, Pierre, 1930-2002. **Questão de sociologia**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República, de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03/03/21.

_____. **Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acesso em: 04/03/21.

_____. **Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-934-de-1-de-abril-de-2020-250710591>. Acesso: 20/03/21.

_____. **Lei Federal nº 14.040, de 18 de agosto de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.040-de-18-de-agosto-de-2020-72981525>. Acesso em: 20/03/21.

_____. Ministério da Economia. **Boletim Macro Fiscal da Secretaria de Política Econômica:** Conjuntura Econômica e Perspectivas para 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-macrofiscal/2021/panmacro_spe_slides_-marco2021.pdf/view>. Acesso em: 18/03/21.

DELORS, J. el al. **Educação:** um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 1998.

DIEESE. **Nota Técnica nº 244.** Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2020/notaTec244covidEducacao.pdf>. Acesso em: 18/03/21.

FUNDAÇÃO ROBERTO MARINHO E INSPER. **Consequências da Violação do Direito à Educação.** Disponível em: <https://frm.org.br/sem-categoria/indicadores-de-consequencia/>. Acesso em: 03/03/21.

FGV SOCIAL. **Tempo para a Escola na Pandemia.** Disponível em: <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/SLIDES-1pp-FGV-Social-Neri-e-Osorio-Tempo-para-Escola-Pandemia.pdf>. Acesso em: 12/03/21.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2001.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 26/03/21.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD-C) 2019.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 26/03/21.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD COVID).** Julho e Agosta de 2020. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 26/03/21.

SPOSITO, Marilia Pontes. **Algumas reflexões e muitas indagações sobre as relações entre juventude e escola no Brasil**. In ABRAMO, H. e BRANCO, Pedro Paulo (orgs). Retratos da juventude brasileira. Análises de uma pesquisa nacional. São Paulo: Instituto da Cidadania/Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. p. 87-127.

UNICEF. **Enfrentamento da Cultura do Fracasso Escolar.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/enfrentamento-da-cultura-do-fracasso-escolar>. Acesso em: 12/03/21.

O ESPECTRO POLÍTICO RELATIVO À IDEOLOGIA FASCISTA: ESQUERDA OU DIREITA?

Henrique Reis Calazans[125]

INTRODUÇÃO

A política é um tema que tem cada vez mais chamado a atenção da população por envolver debates e decisões que envolvem áreas do interesse de toda sociedade, uma vez que se coloca em jogo temas que afetam o cotidiano das pessoas.

Em períodos de eleições, dentro da possibilidade de alternância de poder e de votação em um sistema democrático, é normal haver posicionamentos e divisões com relação às propostas oferecidas pelo sistema, de forma que a administração pública irá ser direcionada com base nas decisões das autoridades a serem eleitas. Nesse ponto, ressurge-se o clássico debate acerca das diferentes pautas políticas, as quais venham a ter um viés de esquerda ou de direita e como se propõem serem aplicadas na prática.

A história ensina que os regimes autoritários vieram a prevalecer por meio de promessas, com centralização do poder e até por lideranças populistas. Nesse ínterim, o medo do ressurgimento de discursos totalitários no Estado Democrático de Direito acende o alerta nos eleitores para se ter

125 Estudante de graduação em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA) onde atualmente cursa o 9º período.

o cuidado de não realizar más escolhas que possam afetar valores como a liberdade e igualdade como um todo.

Dentro desse patamar, o seio social tem despertado dúvidas a respeito da inserção do fascismo no âmbito da política, principalmente se tal movimento pertence à esquerda ou à direita, como também, que tipo de liderança ou partido chega a despertar valores que inspiram o fascismo.

Sendo assim, é vital uma análise histórica acerca desse tema a fim de se aprofundar nessa matéria e buscar trazer ao conhecimento o que de fato significa fascismo e qual sua inserção dentro do espectro político.

1. IDEOLOGIAS POLÍTICAS DE ESQUERDA E DIREITA: HISTÓRICO

Durante todo o desenvolvimento da história, o ser humano buscou se moldar com base naquilo que convém dentro de suas preferências, e se aliar a outras pessoas que compartilham da mesma ideia, ou ainda, da mesma causa a qual possuem interesses em comum.

Tal situação também veio a se enquadrar na política. Ao longo dos séculos XVIII e XIX, houve o surgimento de estados modernos constitucionais, bem como, a crescente pluralidade política combinada com os movimentos liberais que romperam com a velha ordem absolutista. Esses fatos trouxeram certas divisões que levaram seus ideais para dentro das diversas áreas da política, as quais envolvem o governo, a economia e a sociedade.

Compreendida essa parte, vale fazer uma abordagem histórica nesse sentido. No tocante à divisão política entre esquerda e direita, é essencial mencionar suas origens como ponto de partida, as quais estão adstritas à Revolução Francesa[126]. Nessa época, a burguesia buscava apoio da população com o objetivo de ter maiores liberdades contra a monarquia absolutista e reduzir os poderes da nobreza e do clero.

Assim, na primeira fase dessa revolução, houve intensos debates a fim propor a elaboração de uma nova Constituição. O embate se deu entre as camadas mais ricas, conhecidas como Girondinos, os quais optaram por

126 Movimento revolucionário que ocorreu na França contra a monarquia absolutista, com inspirações da Revolução Americana de 1776. Seu momento mais proeminente foi a tomada da prisão-política da Bastilha em 1789.

ficar à direita na Assembleia Constituinte por discordarem das propostas burguesas ao verem seus privilégios ameaçados. Enquanto isso, as classes mais baixas restaram ficar na ala esquerda, as quais eram chamados de jacobinos e liberais radicais[127].

Com o desenvolvimento da revolução, o poder acabou sendo tomado por facções de ordem jacobina. Nesse sentido, se instalou um período de terror na França, onde muitos tiveram suas cabeças cortadas na guilhotina, seja por envolvimento com opositores ou suspeitos de terem simpatia ao antigo regime.

Com o passar do tempo, a França passou por altos e baixos na história sendo que diversos grupos se alteravam no poder ou trocavam de lado na política. Frente a isso, vale ressaltar:

> Neste momento da história o **foco da discussão política estava na divisão de "classes" e nos privilégios econômicos e políticos existentes**, mas com o avanço do liberalismo político e o reconhecimento da ideia de que todos os cidadãos devem ser iguais perante a lei, estes sistemas de "classes" naturalmente sucumbiram ou diminuíram de importância. Mesmo em sociedades oficialmente "classistas", como o Reino Unido, a aristocracia teve os seus privilégios tão esvaziados ao longo do século XX que hoje quase não constituem uma vantagem (MATTOS, online, 2021, grifos do autor).

Dessa maneira, os termos políticos de esquerda e direita surgiram com definições atreladas para uso político relacionadas a disputas inerentes no âmbito de querer mudar os fundamentos do Estado ou manter o sistema como estiver. Com a derrocada da velha ordem, o período liberal veio à tona no século XIX, sendo que no decorrer desse período, o mundo passou por um outro paradigma. Dissertando a respeito do assunto, Murray Rothbard (2010, p. 16) preleciona:

> De fato, o liberalismo trouxe para o Ocidente não apenas a liberdade, a perspectiva da paz e os padrões de vida ascendentes de

127 Por esse motivo, é comum fazer a associação da esquerda com luta de classes e a direita ligada com benefícios às classes altas e ao conservadorismo.

> uma sociedade industrial, mas, talvez acima de tudo, trouxe esperança, a esperança num progresso cada vez maior, que tirou a maior parte da humanidade de sua imemorial fossa de estagnação e desesperança.

Entretanto, à medida que a história passava e a pluralidade política avançava, a simples expressão de esquerda e direita com base nos fundamentos de classes provenientes da Revolução Francesa, tornou-se arcaica. Com a medida que os ideais liberais avançaram, os liberais se tornaram a "nova" direita e os radicais se tornaram a "nova" esquerda, de modo que ao longo do tempo houve arranjos e rearranjos de forma que o foco dessas ideologias mudou e trouxe novas dicotomias, tais como: coletivismo e individualismo; mais Estado ou mais liberdade; maior ou menor regulação da economia; mais ou menos impostos. Entre um elemento comum em ambos os lados, Norberto Bobbio (1995, p. 31), em feliz síntese, traz:

> "Direita" e "esquerda" são termos antitéticos que há mais de dois séculos têm sido habitualmente empregados para designar o contraste entre ideologias e entre os movimentos em que se divide o universo, eminentemente conflitual, do pensamento e das ações políticas. Enquanto termos antitéticos, eles são, com respeito ao universo ao qual se referem, reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivos.

De acordo com isso, o pensador italiano afirma que nenhum dos lados pode ter uma doutrina ou movimento que seja efetivamente de direita e esquerda de forma simultânea. Dessa forma, tal contraposição traz uma representação que engloba diferentes áreas de pensamento formadas por divisões naturais por parte dos indivíduos ou grupos em sua constante necessidade de se posicionar. Portanto, tal fato sempre trará antagonismos que compõe várias áreas da sociedade.

2. UMA NOVA VISÃO DE POLÍTICA

Na virada do século XIX para o século XX, com as diferentes concepções políticas e ascensão de novos grupos com interesses diversos, bem como, tendo os ideais de socialismo e capitalismo consolidados e, ao mes-

mo tempo, outras classes conservadoras e liberais de esquerda ou direita começaram a surgir.

Isso ocasionou um fenômeno que Rothbard classificou, em sua ótica no contexto estadunidense, como uma grande mistura desordenada de ideias, uma vez que a defesa de cada lado manifestava propostas amplamente diversificadas e, ao mesmo tempo, convergentes. Vale citar:

> [...], o conservantismo era o oposto absoluto da liberdade, e o socialismo, embora à "esquerda" do conservantismo, era essencialmente **um movimento confuso**, de cunho intermediário. Era de cunho intermediário, e ainda o é, por tentar alcançar *fins* liberais pelo uso de meios conservadores (ROTHBARD, 2010, p. 21, grifo nosso).

Como se pode notar, além de a política tratar de temas ligados a administração pública e participação do Estado, não se pode omitir o envolvimento de paixões e fortes e apelos dentro do seio social, onde as pessoas buscam a política como um caminho ou instrumento para se aplicar aquilo que entendem ser o correto e, para isso, muitos entes utilizam diversos meios que o sistema oferece, os quais nem sempre condizem com o que necessariamente pregam.

Sob o mesmo ponto de vista, mais uma vez, vale citar Bobbio (1995, p. 33, grifo nosso):

> [...] "esquerda" e "direita" não indicam apenas ideologias. Reduzi-las a pura expressão do pensamento ideológico seria uma indevida simplificação. **"Esquerda" e "direita" indicam programas contrapostos com relação a diversos problemas cuja solução pertence habitualmente à ação política, contrastes não só de ideias, mas também de interesses e de valorações [*valutazioni*] a respeito da direção a ser seguida pela sociedade e que não vejo como possam simplesmente desaparecer**. Pode-se naturalmente replicar que os contrastes existem, mas não são mais os do tempo em que nasceu a distinção; modificaram-se tanto que tornaram anacrônicos e inadequados os velhos nomes.

Frente a isso, o filósofo italiano traz um resumo do que ambos os lados do espectro político defendem. Em ambos os casos, vale dizer que se pautam por reformas na política. A respeito da esquerda, sua principal pauta é a igualdade e justiça social, ou seja, está mais engajada com o coletivo a fim de eliminar as abissais desigualdades que, porventura, existem na sociedade. Lado outro, a direita foca no individuo, com prioridade a temas relacionados a liberdades individuais. Em outras palavras, como explica Alessandro Mattos:

> Em um nível mais prático isto significa que a **esquerda** tende a encorajar políticas públicas que busquem fazer aqueles que são desiguais mais iguais, mas não uma sociedade utópica na qual todos os indivíduos são iguais em todos os aspectos. Paralelamente significa que a **direita** tende a priorizar outros valores que não a igualdade, sem deixar de reconhecer que algumas igualdades são importantes (como a igualdade perante a lei, por exemplo), além de aceitar em maior grau as desigualdades naturais entre as pessoas e aquelas geradas pelo livre mercado; entretanto, não deseja impor autoritariamente uma desigualdade baseada numa hierarquia social rígida e sem mobilidade (MATTOS, 2021, p. 20).

Nesse ponto, é possível perceber no que cada lado constrói como seu alicerce. A esquerda, ao considerar o valor de igualdade, compreende a necessidade que todo o coletivo deve agir em prol dos desfavorecidos a fim de trazer um equilíbrio dentro da sociedade. Enquanto isso, a direita possui como princípio, a autonomia individual, sendo essa pautada por respeito às decisões do próprio individuo, isto é, dar mais espaço para ele construir suas qualidades próprias, sem a necessidade de haver intervenção do Estado.

2.1 O ENVOLVIMENTO DA ECONOMIA

Na esteira desse processo, não se deve omitir também a respeito da atuação dessas duas ideologias dentro da esfera econômica, pois desde o desenvolvimento da economia capitalista da era industrial, essa temática não poderia estar de fora das pautas de cada sistema político. Em breve síntese, assim explica Mattos:

> Assim como em outras esferas, na economia o foco da discussão é o **individualismo e o coletivismo**, cujos valores de expressão máximos são a diversidade para o individualismo e a igualdade para o coletivismo, defendidos pela direita e pela esquerda, respectivamente.
>
> [...]
>
> **As características da esquerda são essencialmente coletivistas:** meios de produção sob o comando de coletividades (Estado, cooperativas, comunidades), acordos coletivos entre os empresários e a força de trabalho e impostos mais altos para financiar serviços públicos amplos e para distribuir renda. Já **as características da direita são essencialmente individualistas**: meios de produção sob o comando privado (indivíduos ou empresas), acordos individuais entre empregadores e empregados e impostos mais baixos que deixam mais recursos nas mãos dos indivíduos para eles decidirem sobre o seu uso, porém com serviços públicos menos abrangentes (MATTOS, 2021, p. 26-27, grifo nosso).

Nessa perspectiva, os ideários coletivistas e individualistas, mais uma vez se fazem presentes nessa análise. Cada área pode influenciar de diferentes maneiras o destino de um governo e, não menos importante, de um país.

A política econômica exerce um papel sem precedentes na vida de qualquer cidadão tendo em vista que se trata de uma ciência que visa administrar a escassez e, a depender de sua aplicação, pode vir a trazer tempos de prosperidade ou de miséria para toda a comunidade dentro de seu território.

Hoje em dia, o eixo econômico gira em torno de intervenções diretas, indiretas ou aplicação do neoliberalismo. No caso da Europa na metade do século XX, as ideologias de caráter autoritário[128] que surgiam no continente, buscou trazer sistemas econômicos mais diversificados como alternativa do livre-mercado, de modo que fosse possível o Estado atuar

128 Referência à tríade de autoritarismo na Europa, a qual consiste nos regimes fascista italiano, nazista alemão e socialista soviético.

nessa área para ganhar aliados e, ao mesmo tempo, exercer controle no âmbito econômico, para mais ou para menos.

2.2 EIXOS POLÍTICOS: COMO DIFERENCIAR ESQUERDA E DIREITA

Como foi visto até aqui, a simples classificação de uma ideologia política na designação de esquerda ou direita se tornou insuficiente para os dias atuais. Com o passar do tempo e com o advento de novas ideias e novos posicionamentos diferentes daqueles que vieram de movimentos liberais, reformistas ou radicais, o espectro político traz uma enorme gama de eixos que envolvem os mais diversos agrupamentos, sejam eles liberais ou conservadores, nos quais existem a possibilidade a ponto de cada um deles se encaixar na escala de esquerda ou de direita.

Atualmente, é cabível a denominação dos chamados eixos políticos, os quais envolvem a política de forma diversificada por deterem um leque de assuntos que se encaixam dentro de vários posicionamentos. Dentro disso é possível estabelecer um ponto que esclareça da melhor forma possível o que cada ideologia prega. Assim, faz-se premente citar exemplos de onde se movem esses eixos:

> **Foco da Política:** Coletivismo versus Individualismo. A política deve focar na coletividade ou no indivíduo?
>
> **Papel da Religião:** Clericalismo versus Anticlericalismo. Qual deve ser o grau de influência das religiões no Estado?
>
> **Política Externa:** Intervencionismo versus Não intervencionismo. O Estado deve intervir nos assuntos internos de outros Estados?
>
> **Ação Internacional:** Multilateralismo versus Unilateralismo. O Estado deve coordenar as suas ações com outros estados ou deve agir isoladamente?
>
> **Violência Política:** Militância versus Pacifismo. As visões políticas devem ser impostas pela força ou pelo convencimento?
>
> **Comércio Exterior:** Globalização versus Autarquia. O Estado deve buscar a integração comercial com outros estados ou tentar ser autossuficiente?

> **Diversidade:** Multiculturalismo versus Nacionalismo. A nação deve ser representada por uma diversidade de culturas ou por uma cultura majoritária?
>
> **Centro do poder:** Totalitarismo versus Pluralismo. O Estado deve controlar todos os aspectos da vida pública e privada, ou deve haver diversos centros de poder e estilos de vida? (MATTOS, 2021, p. 30).

A partir disso, vale ressaltar que a definição do espectro político pode ser feita por meio de um gráfico onde se analisam questões, tanto de ordem econômica, moral e social. Isso porque o contexto atual está bem interligado com a diversidade política que tanto envolve a população em geral.

Uma boa proposta de captar esses tópicos dentro do espectro político está no gráfico de Nolan[129], desenvolvido pelo cientista político David Nolan, o qual traz uma divisão baseada em uma escala social por um eixo baseado na escala econômica.

Dessa maneira, no eixo horizontal há o significado da escala econômica, ou seja, indicaria que quanto mais à esquerda maior o controle do governo na economia e à direita, mais liberdade de mercado. Lado outro, o eixo vertical indica o posicionamento quanto à liberdade social. Isso quer dizer que no extremo acima, estão as políticas autoritárias, ou seja, maior controle tem o Estado nas liberdades do indivíduo. Abaixo da linha vertical, estão ideais políticos mais libertários os quais compreendem que o governo não deve interferir na vontade das pessoas.

Nesse sentido, pode-se constatar que nos dias atuais a simples nomenclatura em ser de "esquerda" ou ser de "direita" não condiz com determinados movimentos ou ideologias conforme o entendimento superficial. Cada ideologia se encontra, na verdade, em dimensões diferentes, sendo imperioso uma análise a respeito de cada aspecto social ou econômico que a classifique em um eixo adequado. Sendo assim, compreendidos esses conceitos, é possível passar agora para uma análise da ideologia fascista.

129 No sítio <https://www.politicalcompass.org/>, é possível verificar o posicionamento político de acordo com os pensamentos de cada um. Acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

3. A ERA FASCISTA NA ITÁLIA: DA EUROPA PARA O MUNDO

O termo 'fascista' tem sido usado hoje em dia para denotar uma ideia politicamente pejorativa e depreciativa, sendo que em grande parte, não tem guardado, necessariamente, ligação com o verdadeiro significado de origem. Ao se tratar de uma análise do fascismo, faz-se mister elaborar um traçado histórico de como esse movimento se expandiu na Europa e quais eram suas principais propostas e valores que influenciaram regimes em outros países como Portugal, Espanha e Brasil[130].

A Itália é um Estado que, junto a Alemanha, se unificou por volta da década de sessenta do século XIX, ou seja, tardiamente em comparação com outros países europeus. Após a primeira guerra mundial em 1918, o país, em uma situação precária pós-guerra, precisou adotar novos meios para aprimorar sua economia e buscar medidas para estabilização social. Frente a isso, o país se voltou mais para dentro a ponto de forjar um sentimento que enaltecia o povo e a cultura italiana, fato esse que acabou por ganhar apoio das massas e, logo, poder político.

Essa mudança de Estado se deu através de um pensamento coletivo que visava uma nova ordem no país e, simultaneamente, uma nova ordem que representasse um orgulho nacional. Dentro dessa mutação do Estado, diversas tensões tomaram conta da política italiana a ponto de interferir em toda estrutura do Estado e na sociedade. A respeito disso, assim esclarece Dalmo Dallari (2016, p. 138):

> Com efeito, há dois erros básicos de concepção que têm levado o Estado a extremos opostos: ou mantendo uma organização inadequada, ou adotando processos muito eficazes para objetivos limitados, mas conflitantes com o objetivo de consecução do bem comum de todo o povo. No primeiro caso tem-se uma concepção formalista e estática de *ordem*, que leva à utilização do Estado como um embaraço às mudanças sociais, tornando-o expressão de valores anacrônicos, já superados pela realidade social. [...] E o próprio anacronismo dos valores oferece pretexto para a ação arbitrária,

130 Na prática, isso correspondeu, respectivamente, nos governos ditatoriais de António Salazar, Francisco Franco e Getúlio Vargas ao longo do século XX.

> pois toda inovação é vista como ação destruidora dos valores tradicionais e, dessa maneira, contraditoriamente, a preservação de uma ordem inadequada serve de fundamento para impedir que atinja o ideal de atualização, que é o *Estado adequado*.

De acordo, será possível depreender como a formação do Estado fascista tomou controle de toda a Itália a ponto de influenciar outras nações ao redor do mundo. Dentro desse contexto, um movimento ultranacionalista começava a se destacar em toda a Itália, principalmente nas regiões mais ricas do país. Trata-se do *Fasci di Combattimento*[131] lançado por Benito Mussolini, um combatente da primeira guerra e editor do *Il Popolo d'Italia*[132]. Juntamente com artistas futuristas, sindicalistas e nacionalistas, o movimento encontrava cada vez mais apoiadores contrários aos ideais socialistas que se expandiam na Europa. Dentro de suas crenças estavam o repúdio ao parlamentarismo, às ideias liberais e constante crença na guerra.

Ainda a respeito dos símbolos utilizados pelos fascistas, convém mencionar também o seguinte fato histórico das origens significado oriundo de "*fasces*":

> Locução latina designativa do feixe (*fasces*) de vara de olmo ou bétula, atadas por uma correia vermelha, que os *litores* (oficiais públicos) traziam ao ombro esquerdo quando saíam à rua, acompanhando os magistrados, e que exteriorizava o poder de império destes. [...] Um dos símbolos marcantes da Revolução Francesa, o *fasces* foi reintroduzido na Itália, em pleno séc. XX, por Benito Mussolini, que, aliás, denominou *fascismo* ao regime totalitário implantado em

131 Significa "Feixe" ou "Vigas de Combate" em tradução livre. O feixe de madeira com um machado era a marca principal do fascismo para indicar força através da união ou coletividade. Imagem essa que o fascismo se inspirou da Roma Antiga para trazer uma mensagem de uma Itália fortificada por meio do ideal coletivista, marca essa que também maculou um símbolo histórico usado por vários países que se inspiraram na democracia romana.

132 "O Povo Da Itália" em tradução livre. Segundo o historiador Duggan (2016), esse era o jornal que Mussolini começou a editar após ser expulso do partido socialista. Apesar de ainda simpatizar com a esquerda, foi o principal articulador em moldar um outro seguimento político junto com seus apoiadores.

> seu país a partir de 1922, tornando-se o símbolo inconfundível ao movimento fascista (ACQUAVIVA, 2004, p. 638).

Foi assim que surgiu o movimento fascista, os quais apresentavam os seguintes princípios: alto grau de nacionalismo, autoritarismo, oposição ao avanço socialista e com uma classe dominante no poder, a qual compreendia ter seus valores como corretos a ponto de serem impostos a toda população. De acordo com as lições do historiador Christopher Duggan (2016, p. 225):

> [...] o fascismo começava a atrair a atenção dos setores mais conservadores da sociedade italiana. Contudo, o crescimento do movimento fascista, na segunda metade da década de 1920, deve-se a fatores fora do controle de Mussolini, acima de tudo à ameaça (ou à pretensa ameaça do Partido Socialista.)
>
> [...]
>
> Nesse cenário, o movimento fascista decolou subitamente, no final da década de 1920. Os grupos paramilitares ou "esquadras", geralmente liderados por ex-oficiais subalternos, e quase sempre apoiados pelos militares e pela Polícia locais, espalharam-se pela Itália do norte e central.

Por conta dessa oposição ao socialismo na Itália, tem sido comum associar a ideologia fascista como de extrema direita e, do lado oposto, o comunismo na extrema esquerda. Entretanto, tal comparação não se adequa aos fundamentos da ciência política. Talvez não fosse ocioso lembrar que essas ideologias supracitadas contém semelhanças. Conforme aponta Carl Landauer (apud CAPLAN, online, 2021, grifo nosso):

> Na história do socialismo, o fascismo merece o lugar de não apenas um oponente que, por um período, ameaçou destruir o movimento socialista**. Os dois movimentos têm algumas raízes em comum, em especial um descontentamento com a economia capitalista pré-1918** (…)
>
> O fascismo estava disposto a usar as formas de organização econômica sugeridas pelos socialistas – e muito provavelmente esse

> uso teria aumentado se o fascismo não tivesse se autodestruído em causar a Segunda Guerra.

Sob o mesmo ponto de vista, dentro dessa comparação, assim explica Rothbard (2010, p. 25): "O comunismo constituiu um movimento revolucionário genuíno, que desalojou e destronou de modo implacável as elites dominantes estabelecidas, ao passo que o fascismo, ao contrário, consolidou no poder as classes dominantes tradicionais".

Dentro dessa perspectiva, o economista estadunidense explica que o fascismo monopolizou privilégios dentro da sociedade e, nesse sentido, se cristalizou como um movimento contrarrevolucionário por não expropriar as elites socioeconômicas que haviam até então. Ao contrário, passou a lhes oferecer recompensas materiais enquanto estivessem favoráveis ao ideal fascista, tal fato se opõe ao ideal de livre-mercado baseado no sistema de *laissez-faire*[133].

Dessa maneira, é possível notar que o fascismo tinha um viés coletivista, e que, ao mesmo tempo, adotava medidas econômicas intervencionistas. Frente a isso, vale mencionar de forma ampla qual era seu posicionamento nessa seara. Na correta observação de Mattos (2021, p. 35, grifo nosso):

> No fascismo a economia se caracteriza por **um alto nível de coordenação do Estado que controlava indiretamente boa parte da economia, pois esta estava em sua maior parte oficialmente sob controle de particulares**. Existia um conluio entre as elites econômicas e a liderança política, na qual ambas se beneficiavam, mas em que as consequências eram graves para os que se recusavam a obedecer. O fascismo também era contra o capitalismo internacional e o liberalismo econômico.

Dessa maneira, no contexto e dimensão históricos daquela época, o fascismo representou um orgulho nacional que tornaria a Itália uma gran-

133 Expressão francesa oriunda da máxima laissez faire, laissez aller, laissez passer, isto é: 'deixar fazer, deixai ir, deixai passar'. Seu conteúdo se faz presente na filosofia da liberdade econômica, a qual também prega a respeito da liberdade de mercado sem regulamentação e barreiras que impedem a circulação de bens e serviços.

de nação, forte e influente com fundamentos na idolatria ao líder e ao grupo político que direcionavam a nação a ponto de influenciar toda a cultura dentro da sociedade.

Em outras palavras, segundo breve resumo do historiador Richard Pipes, o regime se caracterizava da seguinte maneira: "Uma ideologia oficial e abrangente; um único partido comandado por um 'líder' que domina o estado; o partido no poder em posse dos meios de comunicação e das forças armadas; economia centralizada" (apud CAPLAN, online, 2021).

3.1. ENQUADRAMENTO DA IDEOLOGIA FASCISTA NO ESPECTRO POLÍTICA

O fascismo tem se tornado o centro do debate a respeito de onde tal ideário se encaixa no espectro da política. Em outras palavras se se trata de uma ideologia de esquerda ou de direita. Vale dizer que essa ideologia, aglutinada com ideais autoritários, elitistas e ultranacionalistas, influenciou diversos movimentos em outros Estados que tiveram experiências lamentáveis a ponto de terem suas liberdades cerceadas, senão também canceladas pelo Estado por não reunirem as qualidades exigidas pelo grupo dominante no poder.

Certamente, adotada essa perspectiva, vale destacar a conceituação clássica de fascismo, a qual segundo as lições de Bobbio et al. (DICIONÁRIO DE POLÍTICA, 1998, p. 466):

> Em geral, se entende por Fascismo um sistema autoritário de dominação que é caracterizado: pela monopolização da representação política por parte de um partido único de massa, hierarquicamente organizado; por uma ideologia fundada no culto do chefe, na exaltação da coletividade nacional, no desprezo dos valores do individualismo liberal e no ideal da colaboração de classes, em oposição frontal ao socialismo e ao comunismo, dentro de um sistema de tipo corporativo; por objetivos de expansão imperialista, a alcançar em nome da luta das nações pobres contra as potências plutocráticas; pela mobilização das massas e pelo seu enquadramento em organizações tendentes a uma socialização política planificada, funcional ao regime; pelo aniquilamento das oposições, mediante o uso da violência e do terror; por um aparelho de propaganda

> baseado no controle das informações e dos meios de comunicação de massa; por um crescente dirigismo estatal no âmbito de uma economia que continua a ser, fundamentalmente, de tipo privado; pela tentativa de integrar nas estruturas de controle do partido ou do Estado, de acordo com uma lógica totalitária, a totalidade das relações econômicas, sociais, políticas e culturais.

Na esteira desse processo, pode-se apreender que o Estado fascista se caracterizou por deter controle da economia e de organizações trabalhistas, fato esse que ocorreu com a Lei Sindical de 1926 e a Carta do Trabalho no ano subsequente. Desse modo foi possível, como afirma Duggan[134], criar um "Estado corporativo" a fim de incentivar uma identidade coletiva através da propaganda e fomento à guerra, ou seja, uma tentativa de construir uma comunidade única e nacional italiana.

Nesse sentido, portanto, definir se o fascismo é de esquerda ou direita é um tema de difícil conceituação e complexa análise ao situá-lo no espectro político. De acordo com as lições de Bobbio, vale explicar que tendo a igualdade como ideal supremo, explica que ambos os lados não são absolutos e não se pode negar a possível mobilidade de cada um tendo em vista um objeto indeterminado. Entretanto, ao se tratar do fascismo, este é classificado como anti-igualitário e antiliberal, sendo assim, de extrema-direita[135].

Entretanto, na prática, não é congruente dizer que o fascismo é de direita, uma vez que era detinha um viés coletivista e contrário à economia de livre-mercado e ao capitalismo internacional. Sendo assim, portanto, o fascismo se enquadra como uma ideologia autoritária de centro com um alto controle do Estado na economia juntamente com agentes econômicos e lideranças na política.

Essa conceituação não é ociosa, visto que o movimento buscou mudanças rápidas na sociedade e um novo paradigma na ordem social que vigia no contexto da época. Vale apontar, segundo o gráfico de Nolan, sua dimensão mais proeminente está na linha vertical, onde o Estado se

134 Para melhores informações ver História Concisa da Itália, 2016, cap. 8 – Fascismo.

135 Para melhores informações ver cap. 7 de Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política e Dicionário de política, p. 468.

apresentou como autoritário e contrário aos direitos fundamentais e à diversidade, ou seja, moveu-se bem ao topo da linha.

No mesmo sentido, vale lembrar que o sistema também abarcava setores de vários lados, os quais, alinhados com o governo vigente tornavam o fascismo um sistema meramente único, como uma terceira via, voltado meramente a criar uma identidade coletiva.

CONCLUSÕES

O regime fascista é um período histórico que merece sempre muita atenção, tendo em vista que no contexto daquela época dominou corações e mentes em um momento na história onde diversas nações europeias se encontravam arrasadas. Após a primeira grande guerra, surgiram ideais e personalidades capazes de liderar as massas a um novo caminho, a ponto de não saber que apoiar um extremo em oposição a outros extremos poderia vir a causar tamanho desmantelamento no futuro.

Nesse sentido, o fascismo, essencialmente foi um movimento cujo alicerce estava em uma liderança autoritária, sem guardar relação com os princípios identificadores da esquerda ou da direita. Em outras palavras, sendo um extremo onde inexiste tanto justiça social quanto liberdades individuais.

Um país que detém um governo comprometido com sua finalidade política não deve se intrometer na vida particular das pessoas a ponto de dizer como devem se comportar ou que crenças deveriam absorver em suas vidas, uma vez que sua existência e construção da personalidade não está atrelada aos interesses do Estado.

Certamente, o fascismo demonstrou ser um movimento de viés autoritário e historicamente maculado por diversos fatores que facilmente o classifique como antiliberal, antidemocrático, sem respeito aos direitos fundamentais, baseado em valores sórdidos como concentração de poder, culto a um líder, imperialismo e perseguição a opositores.

Assim, este estudo procurou demonstrar que o fascismo deve ser compreendido como um movimento que atrai repulsa para qualquer um que apoie um Estado de Direito fundamentado em valores que exaltem a liberdade e respeito às diversidades. Além disso, vale dizer que um país só pode ser bem construído por meio de debates saudáveis onde o Estado se

limite a manter uma certa ordem social ao passo que a liberdade, a vida e a propriedade do indivíduo sejam sempre respeitadas.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA. Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 12ª ed. ampl., rev. e atual.. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política I**.; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev.geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª la ed., 1998.

BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda:** Significados de uma Distinção Política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

CAPLAN, Bryan. Socialismo, Fascismo e Nazismo: Frutos da mesma Árvore. **Ideias Radicais**. Disponível em: <https://ideiasradicais.com.br/socialismo-fascismo-e-nazismo-frutos-da-mesma-arvore/>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**. 33ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2016

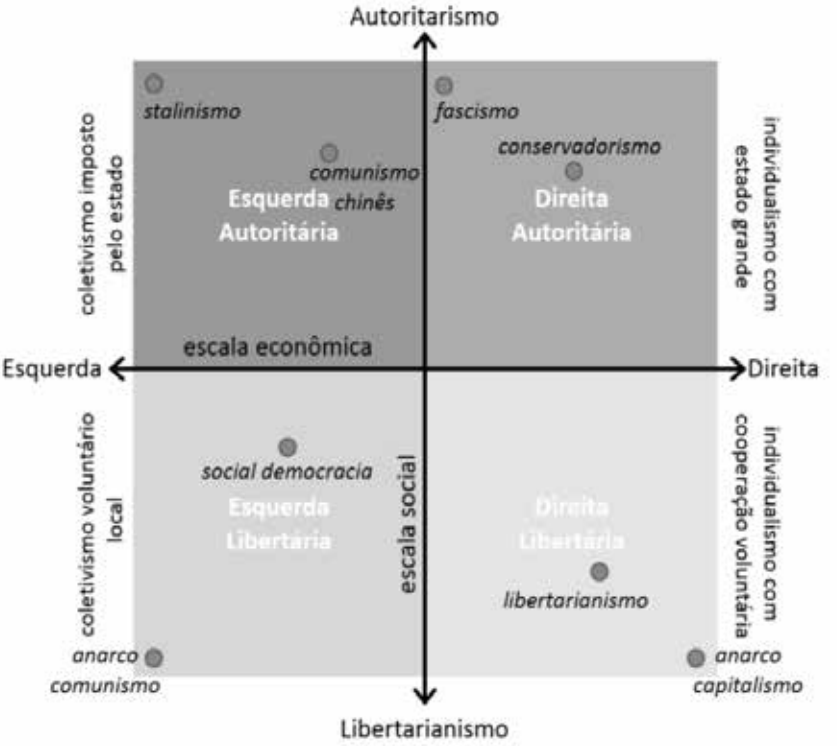
DUGGAN, Christopher. **História Concisa da Itália**. São Paulo: Edipro, 2016

MATTOS, Alessandro Nicoli de. O Livro Urgente da Política Brasileira: Um Guia para Entender a Política e o Estado no Brasil. **Politize.com.br.** 4ª Edição – Jan/2020. Disponível em <https://www.politize.com.br/wp-content/uploads/2020/01/LUPB-4Ed_Politize.pdf>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2021.

ROTHBARD, Murray N. **Esquerda e Direita:** Perspectivas para a Liberdade. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ANEXO

Figura 1 – Espectro político com diversas ideologias políticas inseridas no gráfico de Nolan.



Posições aproximadas de algumas correntes de pensamento político no gráfico sugerido pelo "*The Political Compass*"[136].

136 Extraído da obra Alessandro Nicole de Mattos. O Livro Urgente da Política da Política Brasil, 4ª ed. 2020, p. 35.

OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PUBLICIDADES SIMULADAS

Glenda dos Santos Honório da Silva[137]
Lara Jayne dos Santos Mota[138]

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o ser humano tem por natureza ser um animal coletivo, que necessita de estar em grupo e de interagir com outros de sua espécie, para tanto, foi desenvolvido métodos através dos tempos como gestos, sinais e escritas. A criação dos meios de comunicação e da tecnologia teve um grande impacto no mundo contemporâneo, desde então, as informações são alcançadas com rapidez através da televisão, rádios, jornais, revistas, sites e principalmente pelas mídias sociais. Essas mídias sociais causaram nas pessoas, comportamentos dignos de observações e análises. Pode-se destacar a alienação das massas, principal motivo para o surgimento dos famosos influenciadores digitais, tornando-os um dos responsáveis por induzir a sociedade de maneira rápida e crescente a consumir todo tipo de produto e serviço que aparenta ser relevante em seu dia-a-dia.

A maneira como esse tipo de designação de produtos e serviços é feito, transmite defluência nos comportamentos e ocasionando o consumo. Dessa forma, o sujeito que se beneficia desse poder são as denominadas

137 Acadêmica do curso superior de Direito da Faculdade de Colinas do Tocantins/TO.

138 Acadêmica do curso superior de Direito da Faculdade de Colinas do Tocantins/TO.

empresas que se apropriam da vantagem de vender em grandes quantidades, lucrar e adquirir mais clientes utilizando-se dessa parceria. A abordagem personalizada desses influencers trouxe avanços que permitiram que as empresas ampliassem seus negócios, diversificando produtos, serviços e a forma de ofertá-los ao público em geral. Em análise, podemos observar que tal estratégia traz privilégios as empresas nesse sentido.

Com o advento dos influenciadores digitais e sua crescente fama, questionam-se os limites e o enquadramento das responsabilidades ante a sociedade civil e as consequências para manter seguro ambos os lados, o cuidado com a questão do influenciado, que na maioria das vezes é o mais lesado em uma futura ação, leva-se em conta também o papel das publicidades simuladas que pode causar graves danos a um número alto de pessoas pelo grande alcance do poder do induzimento a aquisição de bens e serviços.

Diante deste cenário e da presença da figura do influenciador digital, levando se em conta o poder de formar e transmitir sua opinião na internet, juntamente com as redes sociais, faz-se utilizável sua imagem, para fazer parcerias com empresas e passa a divulgar produtos e serviços, recebendo quantias em pecúnia. Partindo disso, por se tratar de algo propriamente dito como recente na sociedade e se tornando um modo de fazer carreira e lucrar, se faz necessária uma orientação quanto a responsabilidade civil diante do público-alvo dessa junção, e ainda, as consequências em casos de lesão ao consumidor final que no caso seria o maior prejudicado.

Fica claro que após a desenfreada criação de tantos influenciadores em várias redes sociais passa a exigir que essa figura faça parte da relação de consumo, sendo necessário identificar qual posição ela se encontra caso a relação de consumo incorra em erro e seja necessária sua responsabilização. O influenciador digital faz jus à o seu convencimento para com seu público, como mencionado anteriormente, para fazer com que o consumidor ao ver a publicidade de algum produto ou serviço indicado por ele, venha a ser consumido. Posto isto, é possível perceber que os influenciadores digitais devem, perante seus seguidores, agir com boa-fé e honestidade, evitando fazer falsas divulgações de produtos ou serviços. Diante disso, em se tratando de uma problemática inovadora e não existindo legislação própria para sustentar esses conflitos, se faz necessária uma análise da temática, procurando contribuir com toda a sociedade.

Proposto isso, o objetivo geral deste artigo é tratar da responsabilidade civil dos influenciadores digitais perante o âmbito jurídico, trazendo uma visão diante o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitaria (CONAR). O presente artigo utiliza-se do método dedutivo, que pressupõe a razão como a única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro e lógico permitindo testar a validade de informações já existentes após análise de obras e artigos pertinentes ao tema.

1. QUEM SÃO OS INFLUENCIADORES DIGITAIS?

Antes de ser utilizado o termo influenciador digital, sua origem adveio do inglês "digital influencer", termo que passou a ser utilizado no Brasil em 2015 e em meados de 2016 a empresa YouPix trouxe outro para se referir a esses mesmos sujeitos, denominando-os de criadores de conteúdo digital.

Diante dessas informações sobre os novos "profissionais da web" ainda nos questionamos como ocorre essa modelagem de pensamento nas pessoas por estes personagens, e então nesse ponto concluímos, esses influenciadores ganham a admiração das massas através de compartilhamentos de conteúdo digital nas plataformas de mídias sociais que variam de coisas simples do dia a dia e chegam até a humor, moda, dicas de beleza, rotinas de estudos e dos mais variados assuntos possíveis. Temos então, um influenciador divulgando conteúdos variados que despertam interesse nas pessoas, estes, por sua vez começa a dar credibilidade às informações transmitidas. Cria-se um vínculo de fidelidade, gerando a influência, contribuindo de maneira notável para o comércio digital que tem uma alta elevada de movimento com compras digitais e utilização de redes sócias gerando um alto índice de consumo de bens e serviços.

É importante se observar que no início, quando essa atividade começou a ter destaque, ela não estava relacionada de maneira "profissional", os influenciadores eram meros indivíduos que transmitiam suas opiniões e personalidades de maneira despretensiosa ao público para entretenimento e diversão. E então com o desenvolvimento da internet e facilitação das redes sociais o consumo e o mercado digital se fundiram dando aos influenciadores a oportunidade de usar seus atributos para alavancar divul-

gação de publicidades de bens e serviços aos seguidores. Outros sujeitos que se beneficiam com os influenciadores são as empresas que perceberam a alternativa de usá-los como ferramenta para transmitir seus próprios interesses para um número superior de pessoas. Partindo dessa reflexão, sabemos que a vida de digital influencer não e considerada uma profissão regulamentada, então ela e desprovida de lei que a discipline, bem como, das relações entre influenciador e empresas, e nem de relações das pessoas que consomem produtos e serviços divulgados por eles em redes sociais, porém, existem leis esparsas são aplicadas a fim de resguardar tais relações. São elas: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação do CONAR, dentre outras, nas quais essas são as mais destacadas, que servem de suporte para eventuais frustrações de ambos os lados e assim, deixa claro a necessidade de uma lei específica para facilitar nessas relações.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

A publicidade é um dos principais percursores da evolução do consumo na sociedade da informação. No art.5º, IX da Constituição Federal de 1988 não trata diretamente sobre a publicidade, porém em seu contexto expõe que: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"[139]. Em análise, não se tem uma regulamentação própria da publicidade, mas apenas uma auto-regulamentação que se correlaciona tendo em vista que a Carta Mãe[140] de todas as leis preleciona sobre este de maneira subjetiva.

É importante frisar que a publicidade é regulamentada por diversas leis de acordo com cada matéria e tema a ser tratado como Lei das Contravenções Penais (anúncio de processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, divulgação de loterias e imitação de moeda); lei n. 10.826/2003 (publicidade ilícita de armas de fogo); Código Civil (uso de nome, apelido e imagem das pessoas); lei n. 9.610/98 (direitos autorais); lei n. 4.680/65, decreto 57.690/66, (exercício da profissão de publicitário); lei federal n 5.197/67 (utilização de animais da fauna silvestre em

139 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Poder Executivo. 1988.

140 Constituição Federal.

anúncios publicitários); lei 6.360/76 e resolução da Anvisa – RDC 102/00 (publicidade de medicamentos); A lei 9.294/96 (restrições à propaganda de produtos famígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas); lei n. 5.768/71 e decreto n. 70.951/72 (legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências.); lei n. 5.700/71 (Símbolos Nacionais); lei 8.979/ 95 (vendas a prestação de artigos de qualquer natureza e na respectiva publicidade escrita e falada); lei n. 11.265/2006 (regulamenta a comercialização de alimentos para lactantes e crianças de primeira infância e também de produtos de puericultura correlatos) e a lei 9.279/96 (propriedade industrial).

Dessa forma, para responsabilizar os infratores de forma mais efetiva e concreta, no âmbito civil e penal, entende-se que seja necessária uma definição na relação influente e seguidor, no que se refere aos produtos e serviços publicados nas suas redes sociais, e ter uma interpretação desse encontro. Deve ser desenvolvido também adequando os criadores de conteúdo digital como sendo fornecedor equiparado, posição que permite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos casos e em sequência a responsabilização objetiva e filantropo destes em companhia do anunciante e do veículo, garantindo, assim, a proteção completa ao consumidor, demonstrando segurança nas relações e amparando os prejudicados em cada caso.

Em conformidade com as regulamentações acerca do tema o Código de Defesa do Consumidor que traz em seu bojo uma seção destinada a Publicidade, e ainda alguns princípios fundamentais da Política Nacional De Relações De Consumo, apesar de não ser uma norma propriamente dita da relação dos digitais influencers com os seus seguidores, ela é a alternativa de maior valor por abordar princípios que atualmente são usados como parâmetros, como por exemplo, o artigo 4º, inciso III "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"[141].

141 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei Nº 8.078/1990. Brasília, DF: Poder Executivo, 1990.

É importante ressaltar que a publicidade enganosa fere o texto constitucional que diz respeito à dignidade da pessoa humana, ultrapassando os limites da legislação consumerista, desrespeitando os principais objetos protegidos pela regulamentação da publicidade, que são: a vulnerabilidade do consumidor e os valores sociais. No art. 37º, parágrafo 2º do CDC[142], que trata da publicidade abusiva é a antiética, que fere também a vulnerabilidade do consumidor, os valores básicos sociais e que machuca a própria sociedade como um todo.

Sendo a responsabilidade civil o instrumento jurídico que pode ensejar a punição do sujeito que, de forma omissiva ou comissiva, gera dano a outrem. O Código de Defesa do Consumidor acata, como regra, a Teoria do Risco, que configura a responsabilidade civil dos provisores de produtos e prestante de serviços pelos danos fomentados aos consumidores da forma objetiva e solidária, ficando visível para o agente o dever de indenizar, independente da comprovação de culpa ou dolo, tornando suficiente a presença dos três elementos. É o que alegam Tartuce e Neves (2015).

Sempre estarão presentes os três elementos da responsabilidade civil: a ação ou omissão, o nexo causal e o resultado danoso. Sendo o ato de ação ou omissão do agente o fator gerador da Responsabilidade Civil, se por alguma circunstância a pessoa faça ou deixe de fazer algo que deveria ter feito e, com isto, resulte em um determinado dano. Desta maneira, a ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) se trata de conduta humana, e por consequência elemento subjetiva da responsabilidade civil, de tal forma, que se torna indissociável da culpa, portanto tornando-se um único elemento. Já no nexo causal, é a ligação existente entre a conduta e o agente e o resultado danoso, ou seja, é necessário que o ato ensejador seja a causa do dano e que o prejuízo sofrido pela vítima seja o resultado desse ato. Gisela Sampaio da Cruz (2005) diz que, a importância do nexo causal não se restringe aos casos de responsabilidade objetiva. Através do nexo de causalidade, delimita-se a extensão do dano a indenizar em todas as espécies de responsabilidade civil ao prejudicado. A final o dano surge em relação a qualquer situação vantajosa, mesmo de fato, não precisando necessariamente da lesão como um direito subjetivo; mas precisamente

142 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. Brasília, DF: Poder Executivo, 1990.

relevante para efeitos de responsabilidade civil, quando resulta a lesão de uma situação vantajosa tutelada pelo direito.

A responsabilidade dos digitais influencers pelos anúncios (as *#publis*) postados nas suas mídias sociais, sobre certo produto ou serviço, é possível, desde que tenha executado uma ação ou omissão (ter declarado ou deixado de declarar algo necessário sobre o produto ou serviço) e, em face disso, o seguidor/consumidor tenha obtido e padecido algum resultado danoso.

Casos típicos de resultados danosos podem ser observados em algumas publicações simuladas, como, quando certos influentes divulgam para seus seguidores algo, levando-os a compra de produto e ou aquisição de serviços, acarretando em expectativas frustradas em relação a este não corresponder de maneira fiel ao que foi proposto. Outro exemplo comum são os sorteios que mobilizam uma grande massa de usuários por causa das promessas de prêmios exorbitantes, e nesses casos, quanto maior a promessa, consequentemente, maior será a expectativa gerada no indivíduo. Essa tática é bastante utilizada, pois geralmente, uma das regras dos sorteios é marcar outras pessoas o que automaticamente triplica o número de seguidores que tem o intuito de ganhar, aumentando a visibilidade da página e assim, fazendo com que boa parte de perfis adotem essa mesma prática, no entanto, o vencedor não receberá o prêmio lesionando assim a expectativa e sendo uma publicação ilícita podendo ser responsabilizado civilmente por crime por não cumprir com o prometido, e por mas que não haja uma relação de consumo, equipara-se, pois há uma promessa que gera uma responsabilidade de chegar ao seu destino final, por mais que a participação do destinatário não ocorreu de forma monetária.

Tratando-se de risco profissional (responsabilidade própria do profissional), tratando se de atuação à qual a lei impõe deveres especiais (através de normas de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual (*ex vi* arts. 1º, 51, I, e 25 do CDC), terá o fornecedor de suportar a sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha. E note-se que a jurisprudência do STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da publicidade (art. 30 c/c 35 e art. 37 do CDC), Marques (2011).

Para Miragem este é o tipo de doutrina contemporânea que vem denominando-os de 'fornecedores por equiparação', ampliando com isso a responsabilidade pelos termos da oferta. E de acordo com Marques (2007) o provisor por equiparação é "aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou auxiliar da relação de consumo principal, mas que age frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse".

Nesse compasso, os influenciadores digitais, assim como outras celebridades, devem ser responsabilizados por eventuais danos causados aos consumidores, haja vista que, como dito anteriormente, para que os seguidores possam adquirir produtos e serviços com base na confiança e na boa-fé, que, aliás, são princípios norteadores do direito do consumidor, conforme Gasparatto, Freitas e Efing (2019).

Segundo Filomeno (2018), em seu trabalho sobre a temática, esclarece que a mensagem publicitária distribuída entre seus seguidores se denota em três figuras: o anunciante, o agente publicitário e o veículo. O autor refere-se ao anunciante como o próprio provisor, definido no art. 3º; do CDC, e o agente publicitário é o profissional que gera e faz a publicidade; e, por fim, o veículo é qualquer base de comunicação em massa que conduz as mensagens publicitárias até seus receptores ou potenciais consumidores, ou seja, a ferramenta que se utiliza para transmiti-los (sejam Instagram, Facebook, YouTube, TV e etc.).

Apesar da maioria dos Tribunais acatarem o que estabelece o STJ, disciplinando não somente o anunciante pelos danos gerados advindos dos anúncios publicitários aos consumidores, por mais que seja baixa a demanda do judiciário que trata da responsabilização dos digitais influencers em geral em consequência dos anúncios publicitários postados nas suas redes sociais, adota-se a erudição de Tartuce e Neves quanto à capacidade não só de punir o anunciante (o provisor propriamente dito), mas incluir a agência (fornecedor por equiparação influenciador digital) e o veículo, que é possível enxergar o direito de regresso daquele que repontou perante o consumidor em face do real culpado pelos danos causados pelo anúncio publicitário (as referidas #plublis). É o que alegam Tartuce e Neves (2015).

Na configuração da publicidade enganosa, fica desnecessário que consumidor enganado obtenha o produto, ou seja, não é preciso que tenha a ocorrência do erro de fato, mas sim, existir a possibilidade do con-

sumidor ser levado ao erro. E esse cenário pode ser observado em vários casos de divulgação de produtos que sem ou após sua aquisição não tinha a excelência oferecida pelo influenciador através das redes sociais.

2.1. CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – CONAR

O CONAR fiscaliza a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil e segue as disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e tem como principal objetivo evitar a veiculação de anúncios e campanhas de conteúdo enganoso, ofensivo, abusivo ou que desrespeitam e entre outros, a leal concorrência entre anunciantes. A entidade não tem "poder de polícia", não multa, não possui voz de prisão e não devolve valor monetário ao consumidor ou impõe troca de mercadorias após aquisição. Somente tem por base a ética, e o bom senso dos envolvidos na publicidade, e se utiliza através dos métodos mais amigáveis para a solução dos conflitos que surgem no meio social advindos das denominadas publicidades.

Segundo o CONAR[143], seus preceitos básicos são da ética publicitária são:

- todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país,
- deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais,
- deve ter presente à responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor,
- deve respeitar o princípio da leal concorrência e
- deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

O CONAR analisa as denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria. Feito a denúncia, o Conselho de Ética do CONAR – o órgão soberano na fiscalização,

143 CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Código. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>.

julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código – se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Caso a denúncia tiver procedência, o CONAR recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode ainda advertir anunciante e agência.

Dissemelhante do que pensam este não apresenta poder jurídico, apesar disso possui grande relevância e respeito perante as empresas, e em casos de descumprimento de conselhos emitidos pelo CONAR como punição está passa a ser vista com maus olhos perante seus semelhantes no âmbito empresarial.

Após explanação acerca do trabalho desempenhados pelo CONAR, faz-se necessário analisar de perto alguns dos casos que foi resolvido por seus conselheiros no ano de 2020, envolvendo influenciadores digitais bem conhecidos no mundo das mídias sociais, casos estes, de publicações com conteúdos obscuros e duvidosos, que de certa maneira pôde confundir seu público, indo de confronto com um dos preceitos básicos da ética publicitaria zelada pelo CONAR. Vejamos:

> PRIMEIRO CASO
>
> Mês/Ano Julgamento: MAIO/2020
>
> Representação nº: 049/20
>
> Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor
>
> Anunciante: Nutrin Group
>
> Relator(a): Conselheiro Paulo Fernandes Neto
>
> Câmara: Terceira, Quarta e Oitava Câmaras
>
> Decisão: Alteração
>
> Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 27, 28, 30, 33, letra "c", e 50, letra "b", do Código e seu Anexo H.
>
> Resumo: Consumidor questionou no Conar a natureza publicitária de postagens em redes sociais, em desacordo com recomendações do Código. Além disso, as postagens propalam crescimento de cabelo decorrente do uso do produto, sem qualquer menção a cuidados no seu uso.

A anunciante Nutrin Group defendeu-se, informando que, de fato, contratou o influenciador Saulo Poncio para divulgação do seu produto, Gummy Men, um suplemento alimentar, mas que a postagem objeto desta representação é ação espontânea dele, após uso do produto. A defesa informa que a partir da notificação do processo ético movido pelo Conar, solicitou a Saulo que identificasse a postagem como publicidade.

O relator propôs a alteração das postagens, de forma a enquadrá-las nas recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

> SEGUNDO CASO
>
> Mês/Ano Julgamento: JULHO/2020
>
> Representação nº: 105/20
>
> Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor
>
> Anunciante: Hypera, Andrea Santa Rosa e Daniel Cady
>
> Relator(a): Conselheiro Carlos Chiesa
>
> Câmara: Segunda Câmara
>
> Decisão: Alteração
>
> Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 27, 28, 30 e 50, letra "b", do Código e seu Anexo Q
>
> Resumo: Dois consumidores consideram insuficiente a identificação publicitária de postagens nas redes sociais dos influenciadores Andrea Santa Rosa e Daniel Cady divulgando produto da Hypera. Eles mencionam também que a publicidade seria de marca de produto farmacológico, podendo causar confusão entre o suplemento alimentar e o medicamento, ambos comercializados sob a marca "Addera D3". Os consumidores também questionaram a adequação dos endossos dados pelos influenciadores, na qualidade de nutricionistas, em potencial infração ao disposto no Anexo Q, que trata de testemunhais, atestados e endossos.

Vale lembrar que, de acordo com o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por se tratar de publicidade de um suplemento alimentar, além do dever geral de apresentação verdadeira, o anunciante

deve evitar a associação a produtos fármaco-medicinais e limitar afirmações técnicas relativas a benefícios de saúde ou propriedades funcionais àquelas que forem comprovadas, compatíveis com o seu licenciamento oficial e amparadas em comprovação técnica, apresentando eventuais benefícios de saúde de maneira correta.

A defesa de Daniel Cady argumenta que as informações que o influenciador passou a seus seguidores são básicas e elementares e facilmente obtidas mediante pesquisa em portais, e alega ter inserido a hashtag #publi.

A defesa de Andrea Santa Rosa informa que após a citação do Conar editou o post, inserindo a informação "Addera 2.000 U.I. é um suplemento alimentar isento de registro" e que o conteúdo foi produzido para o canal da influenciadora "figura pública de relevante fama e prestígio", e não pelo canal de sua clínica de nutrição.

A Hypera juntou em sua defesa estudos que concluem pelos benefícios do consumo de Vitamina D para o sistema imunológico. Considera verazes as informações de que o produto está em consonância com todo o disposto na legislação sanitária. Reconhece lapso do influenciador Daniel Cady, que já foi corrigido.

O relator iniciou seu voto entendendo que está comprovada a condição de suplemento do produto anunciado, da mesma forma que considera verdadeiras as alegações dos influenciadores nas respectivas peças publicitárias. Aceita também que os dois influenciadores sejam considerados como celebridades e não como profissionais de nutrição.

Resta a questão da identificação publicitária, que o relator considerou deficiente nos anúncios que deram origem a este processo. Por isso votou pela alteração, sendo acompanhado por unanimidade.

Segundo a visão de Tartuce e Neves existe uma questão a ser analisada em relação a natureza da responsabilidade civil dos profissionais liberais perante a oferta e a publicidade, se esta poderia ser objetiva ou subjetiva. Fica nítido que quando se trata da oferta em si, a responsabilidade a ser levada em conta é a subjetiva, pois se indica o uso o §4º artigo 14º do CDC para completar o sentido da responsabilidade pela oferta do produto ou serviço, há exemplo, do dever de reparar indivíduos envolvidos ao publicitário responsável pelo bojo das informações ou do influenciador que relaciona o seu nome a publicidade, ressalta que, em outro ângulo, se for levada em consideração a regra da responsabilidade civil do CDC,

em que há solidariedade entre todos os envolvidos na veiculação da oferta (prelecionado no caput do art. 34), bem como o modelo de responsabilidade solidária, contida nos arts. 932, inc. III, e 942, parágrafo único, do Código Civil de 2002, será o caso da natureza objetiva da responsabilidade civil. Além disso, os autores salientam que a responsabilidade pelo ato do preposto é objetiva, com a diferença substancial de que, no Direito do Consumidor, não há necessidade de se provar a culpa deste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de não haver sanção para os atos irregulares dos influenciadores digitais, existe a repercussão negativa desses comportamentos nas mídias e uma das consequências é gerar perda de credibilidade ao influenciador juntamente com marca. Portanto, é de extrema importância que qualquer anúncio de propaganda seja de fácil identificação e objetivamente interpretativo, mostrando a que fim o *post* se destina, de modo a garantir total transparência, confiança dos expectadores no anúncio e cumprindo sua responsabilidade firmada perante o meio social em que foi destinado.

Faz-se necessário destacar, também, que foram feitas algumas tentativas para a regularização desses novos "profissionais", todas infelizmente frustradas em algum momento, a exemplo do Projeto nº 4.289/2016, que tratava sobre reconhecimento da profissão de "blogueiro/vlogueiro". Apensado a este projeto, também surgiu o de nº 10.937/2018, visando regulamentação do "Ofício de Influenciador Digital Profissional", sendo tais exemplos infrutíferos. Os projetos mencionados infelizmente encontram arquivados. Desta forma, os reflexos da profissionalização de um influenciador digital devem ser analisados de forma cautelosa, por meio das regras genéricas previstas no Código Civil, na Lei de Direitos Autorais, Código de Defesa do Consumidor e dentre outras.

De certo modo, atualmente essa "profissão" está em constante crescimento e o Direito deverá acompanhar sua evolução para lidar com as mais diversas situações envolvendo os criadores de conteúdos digitais, correlacionados, principalmente, às questões consumeristas, trabalhistas, contratuais e tributárias. Por isso é importante a regulamentação dessa forma de trabalho, até mesmo para facilitar a aplicação de consequências jurídicas mais severas para diminuir práticas abusivas ou ilícitas. A fim de

deixar nítida a responsabilidade civil que possuem em quaisquer maneiras de interagir com o público, em prol de seu próprio benefício.

E destarte, recordamos o papel do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR na realidade dos influenciadores, que de certa forma não puni por eventuais *publis* irregulares, apenas instruem a modificar e alterar a forma como expor determinado anúncio, dessa maneira auxilia na esfera do judiciário a prevenir que situação acaba indo para essa esfera, aliás, uma maneira mais amigável, econômica e tão efetiva como uma arbitragem e, até mesmo, mais célere que um processo que soluciona vários conflitos envolvendo os influenciadores. Este Conselho de ética acaba sendo a grande válvula de escape de inúmeras situações como exposto anteriormente, e que merece toda uma admiração da sociedade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marina Barbosa e MAGALHÃES, Vanessa de Pádua Rios. A Responsabilidade Civil Dos Influenciadores Digitais Pelos Produtos e Serviços Divulgados Nas Redes Sociais. **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/>. Acesso em: 1 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Poder Executivo, 1988.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei Nº 8.078/1990. Brasília, DF: Poder Executivo, 1990.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Decisões.** Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 31 de Março de 2021.

_____. **Código.** Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 1 de abril de 2021.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 19, n. 1, p.65-87, 9 abr. 2019. Centro Universitario de Maringa. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87>. Acesso em: 25 de março de 2021.

MARQUES Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor:** fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo**:** Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito Material e Processual. 5ª ed. São Paulo: Forense, 2015.

A SEMIOLOGIA E O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: PERSPECTIVAS A PARTIR DE WARAT

Rosane da Silva Lima[144]

INTRODUÇÃO

A reviravolta linguística ocorrida a partir do séc. XX modificou a percepção da realidade, tornando a linguagem o ponto central dos questionamentos. Diante dessa transformação, a semiologia, como ciência que estuda os sistemas de signos, encarrega-se de analisar as leis e suas regras metodológicas. Sob essa perspectiva, a semiologia surge como proposta crítica, tratando do discurso e de seus modos de significação como ato político e institucional.

Nesse sentido, inexiste falar em sociedade sem tratar da linguagem. A semiologia relaciona-se com o direito em diversos sentidos, nesta investigação a base do estudo partirá da compreensão dos reflexos da linguagem jurídica no contexto fático, um diálogo da sociologia do direito. Assim, o intuito da pesquisa será a verificação do quanto a realidade social é alterada com base no ordenamento jurídico e, consequentemente, na interpretação das normas.

144 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNIFG. Bolsista de pesquisa pela CAPES. Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela UNIFG. Advogada.

Diante dessa problemática, a semiologia do poder surge como proposta para tratar o poder dos discursos e sua influência na vida social. Nessa perspectiva do Estado Democrático de Direito, tal teoria ainda se mostra insuficiente para atender aos anseios da sociedade. Para isso, Warat propõe a inclusão do elemento poder-desejo como uma proposta da psicanálise para realizar a leitura das significações do poder, através de uma semiologia do imaginário radical.

1 A TRAJETÓRIA TEÓRICA DA SEMIOLOGIA

A semiologia insere-se na reviravolta linguística ocorrida na filosofia após a identificação de um novo campo de percepção da realidade, uma mudança ocorrida na própria maneira de compreender a filosofia (OLIVEIRA, 1996). Nesse sentido, "a linguagem tornou-se, durante o séc. XX e o início do séc. XXI, a questão central da filosofia e de todas as escolas e disciplinas filosóficas, sem esquecer de todas as ciências, pelo menos para a filosofia analítica e o neopositivismo lógico" (BEDIN, 2016, p. 38).

A linguagem, a partir de então, situa-se o centro dos questionamentos, antes de tratar quaisquer questões filosóficas, questiona-se seu sentido (OLIVEIRA, 1996). A linguagem passa a ser pressuposto de possibilidade, enquanto elemento que constitui o sentido, e não somente um elo entre a comunicação do sujeito e objeto (STRECK, 2002).

Nessa esteira, percebe-se que inexiste estudar as questões da sociedade sem considerar a linguagem, nos dizeres de Oliveira (1996, p. 13): "a linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade". Por isso, fora do mundo da linguagem os estudos configurariam apenas constatações brutas da realidade, complemente sem sentido (WARAT; ROCHA, 1995, p. 19). O processo de conhecer o mundo, portanto, depende da utilização de enunciados linguísticos: "na teoria de Saussure, a língua é considerada como um sistema de signos e assim, a sua unidade mínima de análise é o signo" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 25).

A partir da construção da língua enquanto conjunto de signos, Saussure (2006) desenvolve a semiologia, que seria uma teoria geral de signos. Isso quer dizer que, "a semiologia [...] seria um estudo voltado à deter-

minação das categorias, fundantes e às regras metodológicas pertinentes à constituição de uma ciência dos signos em sentido estrito" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 11). Ao elaborar a teoria geral, Saussure aponta que:

> Com efeito, distingue-se, analiticamente, no interior do signo, dois elementos ou planos conceituais: o indício material ou significante (som, sinal, grafia, gesto, comportamento, objeto, imagem), situado no plano da interação (fenômeno, fato). O signo, portanto, é um conceito teórico que empregamos para nos referir ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado). Esta relação dá lugar ao signo, pois como afirma Saussure, analisar cada um separadamente teria somente um valor negativo, já que sua positividade é fruto de sua correlação (WARAT; ROCHA, 1995, p. 25).

Nesse raciocínio, é possível identificar a "importância da ruptura epistemológica que Ferdinand de Saussure ajudou a produzir. Ao propor a construção da semiologia como uma teoria geral dos signos" (BEDIN, 2016, p. 41). A constatação da relevância da linguagem para a ciência surge após a construção teórica feita por Saussure, com isso, concebe-se a ciência como um "processo cumulativo de discursos e significações" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 7).

2 A SEMIOLOGIA E A TEORIA JURÍDICA

Aos poucos, a teoria jurídica foi incorporando essa nova perspectiva dada pela semiologia. Nos dizeres de Bedin (2016, p. 45), constituíram assim "uma nova referência teórica importante e um novo paradigma para a Ciência Jurídica contemporânea". Hans Kelsen teria sido o primeiro a incorporar os conceitos da semiologia em sua obra a *Teoria Pura do Direito* (BEDIN, 2016), sua construção se dá "através da transferência da dimensão individual, valorativa e contingente da linguagem jurídica para as decisões judiciais, com isso, o autor delimitou o objeto da Ciência Jurídica como sendo apenas o sentido objetivo de um ato de vontade" (BEDIN, 2016, p. 46).

Norberto Bobbio também foi outro autor que assimilou conceitos da semiologia à teoria jurídica, "o autor é extremamente explícito em seu

projeto de tentar construir uma Ciência Jurídica segundo o que ele classificou de concepção moderna de ciência e que ele denomina positivismo lógico" (BEDIN, 2016, p. 48). Nos estudos em questão, Bobbio concebe três fases:

> 1ª) Fase da purificação da linguagem jurídica. Esta fase pressupõe que a linguagem do legislador não é necessariamente rigorosa, sendo um trabalho importante da Ciência Jurídica a sua precisão lingüística;
>
> 2ª) Fase de integração da linguagem jurídica. Esta fase pressupõe que a linguagem do legislador não é necessariamente completa e plena, sendo um trabalho importante da Ciência Jurídica a sua complementação; 3ª) Fase de ordenação da linguagem jurídica. Esta fase pressupõe que a linguagem do legislador não é necessariamente sistemática e coerente, sendo um trabalho importante da Ciência Jurídica a sua ordenação sistemática (BEDIN, 2016, p. 49).

Nessa linha, "outros teóricos do direito foram incorporando, rapidamente, os pressupostos da reviravolta linguística da filosofia e dos principais conceitos desenvolvidos pela semiologia" (BEDIN, 2016, p. 49). Tal modificação viabilizou o novo paradigma da teoria jurídica, pois a linguagem é para o direito um instrumento de ligação importante para a comunicação entre emissor e destinatários e, também, para a interpretação de seu sentido (LIZIERO, 2013).

Como um discurso com finalidade normativa, o Direito pode ser considerado linguagem: "o direito é composto por símbolos [...], é um aglomerado de textos de caráter normativo que é distinto das demais literaturas em razão de sua linguagem própria" (LIZIERO, 2013, p. 101). O direito é também condicionante da realidade social e política como dever-ser, em que se conecta diretamente a legitimação e sustentação do poder (LIZIERO, p. 103). A linguagem é um conjunto de signos, nesse raciocínio, o direito "pode ser entendido também como um conjunto de signos com um sentido específico e arbitrário, produto da junção entre seu significante – o discurso – e o significado – a representação do conteúdo ao qual se refere" (LIZIERO, 2013, p. 106).

Os estudos do direito precisam seguir o salto teórico proposto pela semiologia, é possível identificar "um certo esgotamento da produção linguístico-semiológica atual dos juristas" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 99). A semiologia leva em consideração fatores que utilizam regras metodológicas para: "a) considerar a natureza do discurso; b) obter alguns critérios seguros para a sua interpretação e efetuar em torno deles leituras ideológicas; c) tratar o problema da significação como fenômeno no discurso" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 100). Assim, existe uma preocupação por parte da semiologia em considerar o discurso, o que a difere da linguística que não o concebe como objeto de estudo (WARAT; ROCHA, 1995).

Nessa ótica, a semiologia é "um estudo que, apesar de levar em consideração o conhecimento social do processo significativo, ignora os efeitos políticos da própria significação: o poder do discurso" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 100). A semiologia política surge buscando analisar o valor político do discurso, já que este não pode ser separado do valor social de seu significado. Com tudo isso, o intuito da semiologia política não é o retorno às concepções metafísicas ou ontológicas, mas, sim, de expandir, promovendo uma abertura para novos questionamentos (BEDIN, 2016).

Nos dizeres de Streck (1998, p. 54) "Warat [...] nunca acreditou na existência de um significante primeiro, que se buscava tanto em Artistóteles como [...] Kant; significante que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado". Assim, não há uma proposição de ruptura com a semiologia, mas sim a abertura para um novo modelo teórico ampliado.

3 SEMIOLOGIA DO PODER OU SEMIOLOGIA POLÍTICA

O campo político faz parte do processo de significações e, por isso, deve ser levado em consideração pela semiologia. A concepção da semiologia política é como um discurso contrário, "ou seja, de dentro do próprio discurso dominante, demonstrando que as suas significações são política e socialmente construídas a partir dos interesses dos grupos sociais detentores do poder" (BEDIN, 2016, p. 51).

Os estudos da semiologia política envolvem uma pesquisa interdisciplinar com a sociologia, a antropologia e a ciência política, mas vale res-

saltar que não podem ser considerados um subtópico desses ramos, e sim um desdobramento da semiologia oficial (WARAT; ROCHA, 1995). A teoria de Saussure, no entendimento de Warat e Rocha (1995), deixa de considerar o discurso como um dado político, e como consequência sua teoria do valor falha. Nessa perspectiva prossegue:

> A semiologia política não pretende reduzir a problemática da ciência jurídica a um devir axiomático, visto como a única garantia para exprimir, sem distorções, o objeto jurídico. A semiologia política, aplicada ao direito, tenta tornar objeto de seu estatuto a "política da análise", que regula a produção do saber jurídico dominante (WARAT; ROCHA, 1995, p. 103).

A semiologia política visa a analisar as condições sociais instituídas para legitimar o discurso dominante (BEDIN, 2016). Em outras palavras, esse espaço reflete sobre "a dimensão ideológica e política das palavras vendo-as como um lugar de poder" (WARAT, 1981, p. 82). Dessa forma, destaca-se a importância do reconhecimento da dimensão política e ideológica das palavras, "a prática discursiva que a Semiologia do Poder inaugura não encontra, assim, seu apoio em uma teoria da linguagem-signo, mas em uma teoria sócio-política dos discursos" (WARAT, 1981, p. 83). Nos dizeres de Warat (1981, p. 82):

> A proposta de um novo tipo de estudo semiológico sobre o direito, apenas terá êxito, introduzindo-se a discussão da linguagem jurídica no interior da problemática aberta pelas diversas propostas de instituição do que poderíamos chamar uma teoria crítica da ciência jurídica. Uma teoria crítica da ciência jurídica, tal como a concebo, não se deve preocupar com a constituição de uma normatividade para o conhecimento do direito. Ela se define pela tentativa de elaboração de um contra-discurso apto a revelar o poder do conhecimento e seus condicionamentos sociais. Trata-se de um espaço discursivo mediante o qual se procura a compreensão das dimensões sociais de um sistema de sentido. Esta tarefa contra-discursiva permitirá mostrar como um saber-jurídico gravita na produção dos efeitos sociais geralmente atribuídos, com exclusividade,

> ao conjunto de signos integrante dos textos legais, exigindo-se, assim, em uma instância de sua significação.

Diante dessa realidade, a semiologia e a sociologia do direito cumprem papel extremamente relevante para o estudo da linguagem (LIZIERO, 2013, p. 100). Nessa esteira, "a linguagem jurídica, representa socialmente um símbolo natural de poder político, cumprindo um papel simbólico nas relações de poder" (LIZIERO, 2013, p. 101).

4 O DISCURSO JURÍDICO E A SEMIOLOGIA DO PODER

A ciência jurídica enquanto elemento constituído de poder é revestida por segredos e silêncios que exprimem técnicas de manipulação social (WARAT, 1982). Warat (1982, p. 48) afirma que "estamos diante de uma soma de argumentos, que podem ser vistos como atuais respostas intelectuais a funções camufladas do saber jurídico, produzido pelo contexto acadêmico e profissional". Partindo desse pressuposto, Warat (1982) denomina senso comum teórico dos juristas esse imaginário no qual são estabelecidas as inibições e censuras:

> o senso comum teórico dos juristas deve ser entendido, como um conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos, estereótipos que governam e disciplinam anonimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, compensando-os de suas carências. Visões, recordações, idéias dispersas, neutralizações simbólicas que estabelecem um clima significativo para os discursos do direito antes que eles tornem audíveis ou visíveis (WARAT, 1995, p. 96).

Dessa forma, "a ortodoxia epistemológica do direito está preocupada como o restante da epistemologia das ciências sociais – com o enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência." (WARAT, 1982, p. 49). O que significa dizer que o conhecimento científico é reduzido e limitado a determinações conceituais (WARAT, 1982). Warat (1982) fundamenta que as significações são dotadas de poder, e, portanto, o direito pode ser considerado um instrumento de controle social. Tal raciocínio demonstra que:

> o senso comum teórico dos juristas consegue apresentar os interesses dos grupos dominantes, que são plurais, dispersos e contraditórios, como um conjunto coerente e bem ordenado de intenções que se apresentam como interesses comuns a todos os grupos sociais de uma dada sociedade. Com isso produz-se o encobrimento dos verdadeiros interesses em questão e assegura-se a reprodução das relações de poder existentes em uma sociedade. Daí, portanto, a relação indissociável existente entre o senso comum teórico dos juristas e os interesses dos grupos dominantes (BEDIN, 2016, p. 55).

O desenvolvimento de uma "sociologia política procuraria desvelar o poder social do senso comum teórico dos juristas e seria chamada por Warat de semiologia do poder" (ESPÍNDOLA; SEEGER, 2018, p. 103). Assim, para a superação desse senso comum, o discurso crítico partiria da mudança conceitual do sistema de significações tomando como base a política e também como elemento de poder. Prossegue o entendimento, "um saber crítico, em oposição ao senso comum teórico dos juristas, estabeleceria uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico institucionalmente sacralizado" (ESPÍNDOLA; SEEGER, 2018, p. 101). Destarte,

> a superação deste senso comum teórico do jurista e da ortodoxia epistemológica seria, portanto, só seria possível a partir da emergência de um autêntico discurso crítico, que iniciaria pela substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema das significações, seguida pela pluralidade ideológica e epistemológica e pela introdução da temática do poder como forma de explicitação do poder social das significações, proclamadas científicas (ESPÍNDOLA; SEEGER, 2018, p. 102).

Sendo assim, diversos elementos que fazem parte do processo e interpretação atribuiriam sentido às normas jurídicas. Nesse contexto, ressalta-se que o constitucionalismo após o período da Segunda Guerra Mundial passa por um processo de ressignificação, no qual se busca muito além da formalidade existencial da Constituição, mas também sua aplicação substancial (GUBERT, 2018, p. 99-100). A partir de então, a norma consti-

tucional reflete a ideia de um poder capaz de condicionar os fatores sociais que envolvem o discurso político.

Esse panorama incorporado, a partir de 1988, com o Estado Democrático de Direito reflete nossas aspirações sociais, tendo em vista "a crise de sentido que instalou como ordem da idealização da modernidade. Essa perda de sentido do social, do político e das identidades que alguns chamam de pós modernidade" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 107). Prossegue o autor "agora, a América Latina vive tempos que, com ressalvas, podem ser chamados de democráticos. Alguns medos acabaram. A língua metafórica de sobrevivência não é mais necessária" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 109). Em consequência, Warat (1995) sugere a inclusão dos elementos poder e desejo na semiologia política.

5 A SEMIOLOGIA E O IMAGINÁRIO RADICAL

O universo da semiologia, após o processo de democratização, passa por alterações que incluem a "constituição de uma sociedade de autonomia, que constitui uma nova cidadania como potência de liberação, fundadora da política como potência de liberação no interior de limites auto-estabelecidos" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 108). O direito nessa instância deixa de ser meio de controle, como obrigação e obediência, para dar lugar a uma semiologia do desejo, como uma semiologia do imaginário radical (WARAT; ROCHA, 1995). Nessa perspectiva:

> O objeto da semiologia do desejo é a subjetivação. Ela não é de modo algum uma formação do saber ou uma função do poder. A subjetivação se distingue do saber e do poder, é um processo que se desenvolve fora destes dois registros do polo de captura. É o processo de construção do estilo de vida para a autonomia (WARAT; ROCHA, 1995, p. 107).

A abordagem da semiologia do desejo se constrói a partir da constatação de que a semiologia política é insuficiente para guiar a interpretação do direito em uma sociedade democrática. Para Warat (1995), o imaginário social funciona como organizador do processo de significação dos atos sociais, limitando e alienando os receptores da norma para determinado

modo de ser. A partir daí, o direito se envolve com a psicanálise para incluir o elemento da autonomia no discurso jurídico.

Nessa ótica, a democracia deve construir um espaço político que seja capaz de influenciar o direito através dos conflitos e não torná-lo um instrumento de conformação social. A partir desse espaço será possível obter "as respostas de uma sociedade de uma dada sociedade a questão do que ela é como coletividade, o que deseja, e o que lhe está faltando" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 112). Portanto, a função das significações sociais imaginárias deve ser fornecer respostas às questões suscitadas, e não criar um realismo imaginário que condiciona a forma de pensar e as construções de sentido (WARAT; ROCHA, 1995). Dessa maneira:

> O polo da autonomia instaura a possibilidade de uma subjetividade reflexiva e deliberante, que deixou de ser uma máquina pseudo racional e socialmente adaptada. [...] O polo da autonomia (do desejo) permite a entrada do indivíduo no processo de singularização (que é sempre um devir, nunca um estado atingido para sempre). O polo do desejo, em seu devir, permite que o indivíduo desenvolva a sua capacidade de liberar os fluxos representativos, reconhecer seus afetos e desejos. Isto é permite ao sujeito criar as suas significações de sua liberdade a realidade imaginária que não submeta a iniciativa do múltiplo a uma síntese transcendental. [...] O projeto da autonomia é desenvolvido no confronto da captura instituída. É um projeto necessariamente social. E não simplesmente individual. Um projeto que procura a autonomia para indivíduos e não podem deixar de assimilar a heteronomia das instituições existentes (WARAT; ROCHA, 1995, p. 113-114).

Em razão disso, "a política seria, então, a procura criativa dos pontos de fuga, a liberação da criatividade coletiva e individual" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 114). Por isso a necessidade da complementação da semiologia política, que, em sua origem, não leva em conta a questão da criatividade como pauta de suas indagações (WARAT; ROCHA, 1995). Portanto, para que efetivamente tenha-se uma semiologia política, e não apenas semiologia do poder como vinha sendo debatido, o elemento desejo deve se fazer presente no discurso jurídico. Segue:

> Foi uma semiologia do poder, mas não, em sentido forte, uma semiologia política. Não ajudou o indivíduo e a coletividade a criar significações de sua liberdade. Um projeto de semiologia política, para a autonomia individual e coletiva, precisa ser simultaneamente uma "semiologia crítica do poder" e uma "semiologia do desejo" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 115).

Essa nova visão traz a crítica do "sentido-desejo como ingrediente imprescindível para a instituição imaginária da sociedade de autonomia" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 115). Segue nesse entendimento, "os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito forjam uma realidade imaginária, um verdadeiro mundo de faz de conta" (WARAT; ROCHA, 1995, p. 120). Dessa forma, a semiologia do desejo buscaria modificar todo o imaginário social, instituindo uma nova forma de sentir e participar da sociedade.

CONCLUSÃO

Este trabalho tomou como ponto de partida a importância do estudo da linguagem para uma análise da interpretação do direito. Nessa ideia, foram abordadas as contribuições da linguística e da semiologia, bem como suas influências no saber jurídico. A semiologia, conforme demonstrado, trouxe importantes subsídios teóricos para o direito, principalmente a partir da construção da semiologia do poder, na qual se constata que uma análise da linguagem pura não se mostra suficiente para atender aos anseios da sociedade.

Dessa forma, a semiologia política auxilia na construção de um espaço contradiscursivo, que considera não apenas o processo significativo, mas também o poder do discurso. A vinculação do discurso jurídico aos elementos do todo social é pressuposto indispensável para a construção de uma teoria jurídica que não se preocupe apenas com a questão metodológica.

Nesse raciocínio, Warat, como grande referência dos estudos de direito e sua linguagem, aponta a necessidade de inclusão do elemento autonomia para a superação do senso comum teórico dos juristas, tendo em vista que para uma verdadeira e efetiva semiologia política, o direito deve

agir como um processo fomentador da discussão e não como conformador da realidade. Para isso, a coletividade precisa adquirir significações de liberdade, assim, a semiologia política estaria diretamente associada ao poder e ao desejo. Por fim, somente com a abertura a essas novas linhas de pensamento é que ocorreria a modificação da mentalidade dos juristas sobre a real função que desempenha o direito na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDIN, Gilmar Antonio. **Semiologia política e interpretação das leis:** algumas reflexões sobre a função política e a função normativa semiológica do senso comum teórico dos juristas. Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SEEGER, Luana da Silva. O ensino jurídico no Brasil e o senso comum teórico dos juristas: um "olhar" a partir de Warat. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 92-120, jul./dez. 2018.

GUBERT, Roberta Magalhães. Os desafios para a implementação de um tribunal constitucional brasileiro. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 94-114, jan./jun. 2018.

LIZIERO, Leonamm Baesso da Silva. Simbolismo n(do) direito: a linguagem jurídica entre a semiótica e a sociologia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, PUCMINAS, Belo Horizonte, MG, v. 16, n. 31, jan/jun/2013.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral.** São Paulo: Cultrix, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. A revelação das obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: OLIVEIRA JUNIOR (Org.). **O poder das metáforas:** homenagem aos 35 anos

de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WARAT, Luis Alberto. À procura de uma semiologia do poder. **Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, UFSC, Florianópolis, SC, v. 02 n. 03 (1981).

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, UFSC, Florianópolis, SC, v. 03 n. 05 (1982).

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2ª ed. Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

Joseph Murta Chalhoub[145]
Pedro Germano dos Anjos[146]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX, estabelece que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; e, no §1º, do mesmo dispositivo constitucional, resta consagrado o princípio de que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV" (BRASIL, 1988).

Não bastasse isso, o texto constitucional também dispõe, no inciso V, do artigo 5º, que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; e, no inciso IX, do mesmo artigo, enuncia que "é livre a expressão da ati-

145 Graduando do 5º Semestre do Curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.

146 Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor Assistente de Direito Constitucional e Tributário da Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.

vidade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (BRASIL, 1988).

Anote-se que as garantias constitucionais acima elencadas se encontram consagradas dentre os direitos fundamentais. Porém, estes não são absolutos, pois embora traduzam o espírito de garantia fundamental, assegurados em diversas nações democráticas, podem, no caso concreto, entrar em rota de colisão. Por conseguinte, cabe ao operador do Direito, na análise do caso concreto, e diante dos fatos sociais, buscar a correta interpretação e alcance do direito à informação quando colide com os direitos da personalidade, questão que ganha relevo quando se discute o direito ao esquecimento.

Isso se deve porque alguns fatos, quando relembrados pelos meios de comunicação, de forma reiterada, expõem desnecessariamente os envolvidos, obstando o direito ao esquecimento, principalmente quando envolvem delitos que geraram clamor social. Nesse contexto discute-se a colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade, à honra, à intimidade de todos os envolvidos, a saber, autor, vítima e familiares.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo averiguar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito ao esquecimento, de modo a compreender como se posiciona a jurisprudência dos Tribunais Superiores diante da informação em conflito com os direitos da personalidade.

Desta feita, para alcançar o objetivo supra, adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, e como método de procedimento, o descritivo. Quanto à técnica de pesquisa, classifica-se como bibliográfica e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, jurisprudências, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do problema de pesquisa.

Destarte, espera-se averiguar como se posicionam os estudiosos do tema, no que tange o conflito entre direito ao esquecimento e liberdade de informação, mormente o Supremo Tribunal Federal, mais alta Corte do país; e, assim, identificar se a questão encontra-se ou não pacificada na jurisprudência após o pronunciamento do referido Tribunal no julgamento do RE 1010606.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito ao esquecimento é fundamentado na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III) e tratados internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948 (preâmbulo, arts. 1º a 3º), mediante o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, mormente os direitos à honra, imagem, nome, privacidade e intimidade. Contudo, não é regulamentado expressamente na legislação brasileira (CANÁRIO, 2013).

De acordo com Cheahab (2014), o direito ao esquecimento pode ser conceituado como uma faculdade conferida ao indivíduo de ver determinado fato de sua vida pessoal apagado, suprimido ou bloqueado. Trata-se, no entender do autor, de reconhecer que o decurso do tempo leva ao reconhecimento do direito fundamental de não ver expostos fatos pretéritos que comprometam os direitos da personalidade.

Não é demais ressaltar que o direito ao esquecimento possui intrínseca relação com o decurso de tempo e deriva-se da reabilitação criminal, pois busca dar uma nova chance de vida ao indivíduo, motivo pelo qual as discussões centram-se principalmente no âmbito do Direito Penal, no que diz respeito ao autor e vítima do delito e também aos seus familiares, de não terem que conviver, reiteradamente, com a menção a fatos pretéritos (PINHEIRO, 2016).

Porém, o direito ao esquecimento não se limite à seara penal. No Brasil, a primeira menção ao instituto se deu na seara jurisprudencial, quando da realização da VI Jornada de Direito Civil, no ano de 2013, relacionando o instituto ao Código Civil, ao proclamar que o direito ao esquecimento se encontra consagrado como "[...] um dos direitos da personalidade. A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos" (CANÁRIO, 2013, p. 1).

Há quem defenda, também, que o direito ao esquecimento é aplicável ao meio virtual, pois as "pessoas têm o direito de serem esquecidas na internet por atos passados" (FILARETO, 2014, p. 1), entendimento do qual comunga Rodrigues Júnior (2013c), ao afirmar que se tem notícias da aplicação do direito ao esquecimento, pela jurisprudência brasileira, em relação às redes sociais.

Anote-se ainda que nas últimas décadas a seara acadêmica tem se dedicado à análise da temática, sendo pioneiros Edson Ferreira da Silva e Luís Alberto David Araújo (RODRIGUES JÚNIOR, 2013a). Ocorreu, com a exposição destes pensamentos, a inclusão do "[...] 'direito ao esquecimento' no conceito de vida privada, ao lado de identidade; lembranças pessoais; intimidade do lar; saúde; vida conjugal; aventuras amorosas; lazeres; vida profissional e segredo dos negócios" (RODRIGUES JUNIOR, 2013a, p. 1).

O grande atrativo do direito ao esquecimento é a sua facilidade em flutuar entre diversas áreas do direito. É, pois, visto como "[...] um dos direitos importantes adquiridos pela sociedade no decorrer dos séculos [...] é o direito ao esquecimento dos delitos por intermédio da prescrição" (RODRIGUES JÚNIOR, 2013a, p. 1). Apesar de que a alusão não seja uma referência direta ao "atual Direito ao Esquecimento", já serve para demonstrar o seu viés plural e a sua evolução (RODRIGUES JUNIOR, 2013a, p. 1).

A ausência de contemporaneidade do relato. Logo, para a autora, embora a comunicação dos fatos seja lícita, a narrativa acaba por violar direitos da personalidade, na medida em que os meios e comunicação apresentam versões e enquadramentos diversos, o que, somado à influência do indivíduo no relato de fatos pretéritos, mormente a subjetividade na narrativa, vai de encontro à privacidade, à honra, à imagem, dentre outros direitos individuais (PINHEIRO, 2016).

Semelhantes são os ensinamentos de Cheahab (2014, p. 88):

> O direito ao esquecimento é a faculdade que o titular de um dado fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com direitos fundamentais afetos a personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição da lei.

Portanto, o direito ao esquecimento se enquadra como um direito autônomo de personalidade, através do qual o indivíduo pode excluir as informações inverídicas ou vexatórias a seu respeito quando decor-

rido um lapso temporal entre a coleta das informações e sua divulgação, desde que não tenham mais utilidade e não interfiram no direito à liberdade de expressão, científica, artística literária e jornalística. Portanto, o esquecimento é uma forma de restabelecer o status quo ante e preservar a dignidade da pessoa humana (RODRIGUES JÚNIOR, 2013b).

Mazzuoli (2015) vai além: embora o direito ao esquecimento e a liberdade de informação se encontrem consagrados dentre os direitos comunicativos, pois visam assegurar que as ideias e opiniões sejam livremente manifestadas, não se pode ignorar os impactos negativos da utilização de fatos pretéritos pelos meios de comunicação, motivo pelo qual diplomas de Direito Internacional, por exemplo, se preocupam com a tutela dos direitos da personalidade, como a já citada Declaração dos Direitos humanos, de 1948.

De fato, como bem observa Costa Júnior (2004), a legislação avança lentamente ao surgimento de novos fatos sociais, novos valores a serem protegidos, como a tutela de um direito que se sobressai da intimidade, mormente a necessidade de encontrar solidão e paz, quando o indivíduo quer se resguardar da exposição de fatos pretéritos.

Desta feita, o direito ao esquecimento possui uma relação direta com a privacidade e a intimidade, uma vez que a paz e o anonimato são necessários àqueles que objetivam ter seu nome esquecido, a exemplo da vítima e demais envolvidos em crimes de grande clamor social ou midiático. Por isso, dada a diferença entre esfera individual e esfera privada, o homem almeja a proteção da honra, o direito ao nome e à sua reputação, bem como a proteção contra a indiscrição, o que configura a proteção à própria individualidade (COSTA JUNIOR, 2004).

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO: SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

Esquecer, outrora era a regra, ao passo que lembrar era a exceção (PINHEIRO, 2016). Porém a lógica se inverteu com a tecnologia da informação e, não raras vezes, a propagação de informações, para atender à mera "curiosidade pública", acaba por violar os direitos da personalidade, em especial a privacidade e a intimidade. Trata-se do mau uso de infor-

mações que, ainda públicas, comprometem a dignidade da pessoa humana (PINHEIRO, 2016).

De fato, com a difusão das novas tecnologias, as informações são armazenadas e utilizadas em bancos de grandes corporações, por exemplo, que possuem como objetivo o lucro (PINHEIRO, 2016). Não raras vezes, mesmo que o desejo da pessoa seja de não ter determinada informação pessoal divulgada publicamente, por ser prejudicial ao seu convívio social, ou em razão do fato não se coadunar com sua realidade atual, não consegue efetivar a sua proteção, assegurar o esquecimento (PINHEIRO, 2016). Logo, o direito ao esquecimento se mostra como um direito da pessoa governar, construir, desenvolver e reinventar sua personalidade e identidade, libertando a pessoa da tirania que uma memória, como dito no tópico anterior.

O fundamento do direito ao esquecimento é que algumas informações deveriam ser conservadas anonimamente, uma vez que já atingida a finalidade de sua divulgação, pois, não se vincula com a identidade atual da pessoa. É, pois, quase um direito de reescrever a sua própria história e poder eliminar tudo que contraste com o que se deseja aparentar (TEFFÉ; BARLETTA, 2016).

Ademais, certas condutas pessoais podem resultar no exercício in natura do direito ao esquecimento, como não divulgar, não publicar, superar, não discriminar, tratar bem, pois muitas vezes o passado é trazido para humilhar e desprezar, ou seja, ilicitamente e com dolo, mas também pode ser invocado para impedir o exercício de um direito da personalidade, como fundamento no exercício do direito à liberdade de informação; e, não raras vezes, mesmo eventual direito de resposta, não é capaz de promover a paz, de restabelecer o status quo ante (PINHEIRO, 2016).

Anote-se que o direito de resposta é aquele que possui o ofendido de apresentar sua defesa, da mesma forma que fez quem o ofendeu, com o mesmo espaço, horário e sem qualquer custo. Trata-se, pois, de uma defesa do ofendido, mas que não anula os efeitos do que deveria ser esquecido (LIMA, 2014).

Não obstante, o direito ao esquecimento comporta doutrinariamente algumas exceções. Rosa (2014), por exemplo, apresenta duas situações que anulam o direito ao esquecimento, quais sejam: fatos relacionados à história, pois em regra o fato histórico prepondera sobre o esquecimento,

já que a sociedade deve preservar sua história, compreender seus erros, superá-los e não repetir147, e, ainda, a prova da inocência do condenado injustamente, quando as informações são divulgadas para resgatar sua imagem e nome perante a sociedade, hipótese que busca afastar a injustiça cometida e ressaltar a inocência da vítima.

O direito de privacidade, contudo, é mais amplo, pois o indivíduo, além de pleitear o isolamento, também possui o direito de controlar a divulgação de informações pessoais e de determinar como sua vida privada será construída, originando o direito ao esquecimento, temática que, como já dito, é atual e em evidência na seara doutrinária e jurisprudencial.

Mas, afinal, como surgiu o direito ao esquecimento? O direito ao esquecimento encontra suas raízes em julgados internacionais, tendo surgido na discussão envolvendo ex-detentos que cumpriram suas penas e tiveram suas histórias divulgadas, impedindo a superação do evento passado e que levaram a questão à apreciação do Poder Judiciário, tendo a temática sido enfrentada pela Suprema Corte norte-americana, surgindo a inicialmente a expressão the right to be let alone ("o direito de ser deixado em paz" em tradução livre) (PINHEIRO, 2016).

Em 1931, a Suprema Corte julgou o caso Red kimono, a condenação de um cineasta que retratou o passado de uma prostituta, absolvida de uma acusação de homicídio. A ação foi proposta pelo marido da acusada, ao argumento de que sua privacidade havia sido violada, pois não mais era prostituta e a divulgação das informações trouxe à tona fatos pretéritos desonrosos (OCKE; SANTOS, 2020).

Dando seguimento, vale registar que no ano de 1940, em Boston, um menino prodígio foi estimulado por seu pai a se tornar uma celebridade; e, após ter voltado ao anonimato, foi matéria da Revisa The New Yorker, que o tratava com desdém. Nesse contexto, pleiteou o reconhecimento do direito ao esquecimento, tendo a Corte norte-americana negado a proteção por entender que, "uma vez que alguém se torne figura pública, ainda que contra sua vontade, sempre será alvo legítimo da imprensa" (PINHEIRO, 2016, p. 39).

147 Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Comissão da Verdade – Lei nº 12.258/2011, que possibilitou aos familiares das vítimas de pessoas torturadas no período da Ditadura Militar de buscar a verdade e conhecer a história familiar.

Outro caso emblemático sobre o direito ao esquecimento é o caso Lebach, que foi julgado duas vezes na Alemanha. Em 1973, um indivíduo condenado pelo homicídio de vários soldados pleiteou que o Poder Judiciário impedisse a imprensa de divulgar um documentário sobre o caso; e, meses antes de ser solto, seu pedido foi julgado procedente e o Tribunal Germânico, o qual fundamentou que a divulgação comprometeria a ressocialização e que não havia o interesse público na divulgação dos fatos (PAULINO; VILAÇA; FORTUNA, 2020).

Também em 1973, foi julgado pela Corte Superior Alemã um recurso que possuía como objeto um caso que, anos antes, já havia abalado a sociedade local:

> [...] a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado 'O assassinato dos soldados de Lebach'. Esse programa prendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos art. 1º, §2º, e 2º, §1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões [...] o tribunal constata que, no caso da 'repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido pelo interesse atual pela informação', que 'coloca em risco a ressocialização do autor', a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia (ALEXY, 2015, p. 99-102).

Em primeira instância foi negado pedido liminar, que objetivava evitar a divulgação. E, em segunda instância o Tribunal manteve a decisão,

ao argumento de que o "[...] fato delituoso o tornara um personagem da história alemã recente, o que conferia à divulgação do episódio interesse público inegável, prevalente inclusive sobre a legítima pretensão de ressocialização" (BARROSO, 2004, p. 121). Portanto, afastou o direito ao esquecimento.

Irresignado com as decisões, o condenado então manejou o denominado recurso constitucional, argumentando que sua pretensão encontrava amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, agasalharia o direito de reinseri-lo na sociedade, após o cumprimento da pena. A Suprema Corte Alemã, então, reviu seu posicionamento, concedendo liminar para obstar fossem as informações divulgadas pelo canal de televisão caso o nome do acusado fosse mencionado (PAULINO; VILAÇA; FORTUNA, 2020).

Em 1990, porém, o caso Lebach voltou à apreciação o Poder Judiciário, pois outro canal de televisão pretendia exibir um programa sobre o crime, momento em que o Tribunal Alemão autorizou a divulgação das informações, ao argumento de que a veiculação dos fatos não afetaria a ressocialização em virtude do decurso do tempo, pois entre a soltura e a veiculação dos fatos já decorria vários anos (OCKE; SANTOS, 2020).

O caso Lebach é, portanto, de grande importância no que diz respeito ao direito ao esquecimento, pois a repercussão gerada através dos conflitos entre direito de personalidade (os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem) e a liberdade de expressão (informação e imprensa) deram voz a um direito pródigo e garantiram uma importante proteção social.

Também há casos sobre o direito ao esquecimento na jurisprudência francesa. O caso Affaire Landru, em 1965, quando a ex-amante de um serial killer pleiteava a reparação pela exibição de um filme que trazia fatos de seu passado, que ela gostaria que fossem esquecidos, caso este julgado improcedente, pois a Corte entendeu que o filme era baseado nas memórias anteriormente, divulgadas pela própria autora (PINHEIRO, 2016).

Anos depois, mais precisamente em 1983, houve a primeira decisão reconhecendo o direito ao esquecimento na França, no julgamento do caso Madame M. v. Filipachi et Congedipress, que impediu a veiculação de uma matéria jornalística sobre crime praticado em 1968 (PINHEIRO, 2016).

Ainda no ordenamento jurídico francês, houve um caso em que se buscava a supressão de trechos que narravam atitudes de determinado indivíduo nos campos nazistas. Na oportunidade a Corte afirmou que "não existe direito ao esquecimento em relação a fatos do passado de interesse público que tenham sido licitamente reveladas" (SARMENTO, 2015, p. 36).

Percebe-se, portanto, que o direito ao esquecimento encontra, na jurisprudência norte-americana, alemã e francesa, suas raízes, desenvolvendo-se nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Assim como ocorreu em outros ordenamentos jurídicos, o direito ao esquecimento ganhou evidência, no direito brasileiro, na seara jurisprudencial, ainda que sejam recentes as discussões, como dito anteriormente.

Isso se deve porque apenas no ano de 2013 foram julgados os dois primeiros, pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca do direito ao esquecimento. Tratava-se de matérias vinculadas na rede televisiva, onde os autores pleiteavam a tutela jurisdicional para ver reparado o dano moral, tendo o referido órgão julgador apresentado decisões díspares, pois em uma situação reconheceu o dano moral e, na outra, não.

A primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça, nos autos RESP 1.334.097-RJ, teve como objeto a chacina da Candelária. A segunda, quando do julgamento do RESP 1.335.153-RJ, de um recurso interposto por membros da família de Aída Curi, questão que foi recentemente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá oportunamente.

Em ambos os casos as matérias foram levadas ao Poder Judiciário porque os envolvidos, diretos ou indiretos, "[...] sentiram que não havia necessidade de resgatar suas histórias, já que aconteceram há muitos anos e não faziam mais parte do conhecimento comum da população" (CANÁRIO, 2013, p. 1). As ações foram ajuizadas em face da Rede Globo (Globo Comunicações e Participações S/A), e os pedidos formulados foram danos morais, no caso da chacina da candelária, e danos morais e materiais, na ação movida pela família de Aída Curi.

De acordo com Pinheiro (2016), trata-se de claro caso em que há um conflito entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade. Pois bem. O direito ao esquecimento se caracteriza por ser um direito de não ser lembrado por fatos pretéritos e desabonadores, ou seja, encontra-se presente a ausência de contemporaneidade. Geralmente fatos dessa natureza vem de uma ilicitude na publicação (dolo, intuito de difamar) ou fluir do tempo, o que torna a notícia irrelevante para a sociedade e prejudicial ao protagonista, que tem evento passado retomado.

Contudo, nos casos em comento não se evidencia dolo, pois as notícias eram verídicas e o interesse público evidente, pois o objetivo do programa foi relatar um inquérito policial defeituoso, ao qual o senhor Jurandir França foi uma vítima, e na matéria foi tratado de maneira respeitosa, segundo Pinheiro (2016).

A fundamentação jurídica utilizada na decisão decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, em que há uma inclinação de preponderância dos direitos da personalidade em face do direito à liberdade de informação, com suporte legal pelos artigos 11, 20, 21 do Código Civil. É salientada a estabilização do passado e o esquecimento, pois a reabilitação criminal, que dá o direito de sigilo aos ex-criminosos, com maior razão, também cabe aos absolvidos e, por isso, deve igualmente ser tutelado pelo direito ao esquecimento.

Ao analisar a veracidade dos fatos, o acórdão sustenta que a licitude da informação não faz da liberdade de informação um direito ilimitado, e a mídia deve se pautar em valores atuais, havendo previsões constitucionais restritivas, baseadas na dignidade da pessoa humana. Logo, a eternização da informação penal não pode sobressair ao interesse público com extinção da pena ou absolvição, com exceção de casos históricos; e, mesmo assim, quando a divulgação da imagem for imprescindível a narração, no caso da Chacina da Candelária, instaurado o conflito deve se ponderar no caso concreto.

Como enfatizou o Ministro Luís Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial interposto pelos irmãos de Aida Curi,

> [...] bem por isso esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algu-

> mas limitações, como: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi) (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012) (BRASIL, 2013).

Na análise de colisão de conflitos e a ponderação de valores, com base no art. 5º, LX, da Constituição Federal Brasileira de 1988, o resultado deve ser inclinado na proteção da pessoa humana. E, no conflito entre o direito à liberdade de expressão e direitos da personalidade, especialmente o direito ao esquecimento, a ponderação de valores é a melhor solução, não se justificando, por conseguinte, impedir a divulgação de um crime histórico, mas se deve ocultar o nome e a imagem de quem deseja ser esquecido (PINHEIRO, 2016, p. 55-59).

Desta feita, o acórdão da decisão supra reconhece a veracidade da notícia, o interesse histórico da Chacina da Candelária, mas, pelo fato de anteriormente o Jurandir França ter se manifestado contra a exibição da sua imagem, e pautado receptividade do homem médio que pode ter uma percepção invertida, o que não impede que o autor do recurso seja injustamente visto como um criminoso, entendeu a Corte que deveria prevalecer os direitos da personalidade, manifesto no direto ao esquecimento, em face do direito à liberdade de informação.

Dando seguimento, o Recurso Especial 1.335.153, também do Superior Tribunal de Justiça, movido pelos irmãos de Aída Curi que, em 1950, aos 18 anos de idade, ao voltar de sua aula, foi seduzida por dois jovens que a levaram ao terraço de um prédio na Avenida Atlântica em Copacabana, tendo a vítima caído do décimo segundo andar do prédio. Acredita-se que os jovens tenham tentado estuprá-la, agrediram-na e a jogaram do prédio. E, decorridos cinquenta anos do acontecimento, a Rede Globo decidiu exibir o caso no programa "Linha Direta", utilizando-se do nome e da imagem da jovem. Nelson, Roberto, Waldir e Maurício, que alegaram ser os únicos irmãos vivos de Aída Curi, ajuizaram ação de reparação de

danos morais e materiais em razão da violação da imagem da vítima (PINHEIRO, 2016).

A linha de pensamento do Tribunal sobre o tema é a mesma do caso do Jurandir França, ou seja, foram utilizados os mesmos fundamentos. Porém, manteve a sentença das instâncias inferiores, pois o acontecimento, em decorrência do tempo, entrou para o domínio público e seria impossível fazer referência ao crime sem citar o nome da jovem vitimada. E, mesmo havendo a inclinação para a prevalência da dignidade da pessoa humana, e a proteção dos direitos da personalidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que emissora cumpriu seu papel de informar (PINHEIRO, 2016, p. 60-61).

O caso Aída Curi teve repercussão geral reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com fundamento na necessária harmonização dos princípios, e tal repercussão deu origem ao Tema 786 - "aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível quando invocado pela vítima ou seus familiares".

Como observa Pinheiro (2016), categoricamente não há nenhuma decisão do Superior Tribunal de Justiça que tolha a liberdade de expressão quando se referir aos condenados na esfera cível, motivo pelo qual o tema deve ser interpretado com cautela. Em outras palavras, a fundamentação jurídica do direito ao esquecimento que é baseada na dignidade da pessoa humana e fundamentada nos direitos da personalidade, pois o direito em comento vem da necessidade do ser humano encerrar um passado e ter uma vida nova.

O conceito básico é o direito de não ter relembrado um fato desabonador do passado, por violar os direitos da personalidade, em especial a privacidade, imagem, intimidade e honra. Surge como uma possibilidade de manter adormecidos os erros praticados no passado, bem como, talvez, expiá-los, pois as "pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e até pela imprensa. Os atos que praticaram no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas" (CANÁRIO, 2013, p. 1).

Nesse contexto, o relator Luís Felipe Salomão destacou a importância da ponderação dos interesses, nos seguintes termos:

> [...] A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera

> ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos (BRASIL, 2013).

Portanto, o órgão julgador, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça, se preocupou com questões diversas, a exemplo da veracidade das informações e da necessidade de conciliação dos interesses, mormente a liberdade de informação e os direitos da personalidade, ante o decurso do tempo e a relevância de divulgação de fatos pretéritos.

De fato, o tempo produz efeitos, verifica-se que há um vínculo entre tempo e direito, sendo que ao ser humano existe uma necessidade de encerrar um passado, como acontece, por exemplo, na reabilitação criminal, que foi um dos primeiros institutos geradores do direito ao esquecimento (LIMA, 2014).

Recentemente o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do direito ao esquecimento no Recurso Extraordinário nº 1.010.606, com repercussão geral, que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988, embora tenha reconhecido que eventuais excessos ou abusos, no exercício da liberdade de expressão por meios de comunicação, podem gerar responsabilização penal e civil, a depender do caso concreto (OCKE; SANTOS, 2020).

Como ressaltam Almeida e Gomes (2021), o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em apertada síntese, que o direito ao esquecimento não existe quando se trata de atos ou dados verídicos, obtidos licitamente, sendo, no entender dos autores, uma decisão histórica, que se coaduna com os preceitos constitucionais, mormente a livre manifestação de pensamentos, expressão e informação através dos meios de comunicação.

Desta feita, a mais alta Corte, negou provimento ao supracitado recurso extraordinário, interposto por familiares de Aída Curi, por 9 votos a 1, já que o Ministro Roberto Barroso se declarou suspeito, e não participou do julgamento, por já ter representado a ré em situação parecida à do julgamento em comento (BRASIL, 2021b).

Anote-se, ainda, que somente o Ministro Edson Fachin votou favorável ao pleito, reconhecendo o direito ao esquecimento e, consequentemente, entendeu pelo excesso da Rede Globo, ao reconstituir o caso envolvendo Aída Curi, ainda na década de 1950, que como já dito alhures foi apresentado no programa "Linha Direta", no ano de 2004.

Assim foi publicada, no site do Supremo Tribunal Federal, a ata da decisão em comento:

> O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 786 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível", vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 11.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência – Resolução 672/2020/STF) (BRASIL, 2021).

Em meio a esse cenário é que Almeida e Gomes (2021) pontuam tratar-se de um julgamento histórico e marco na democracia brasileira, sendo possível afirmar que "o direito ao esquecimento não existe para casos de divulgação de atos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais", o que não afasta, repita-se, eventual responsabilização penal ou civil por excessos e abusos.

Não é demais ressaltar que os votos ainda não foram publicados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o que dificulta a análise

pormenorizada dos argumentos apresentados pelos Ministros da mais alta Corte. Contudo, notícia veiculada pelo referido Tribunal apresenta uma síntese dos argumentos apresentados, a exemplo da Ministra Cármen Lúcia, que ao negar provimento ao recurso extraordinário, destacou que não há, no direito brasileiro, reconhecimento genérico e pleno ao direito de esquecimento, ou seja, que tal direito não é limitador à liberdade de expressão, principalmente se considerado o direito à verdade histórica.

Logo, concluiu que não pode uma geração obstar que a próxima conheça sua história, e citou: "Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?". (BRASIL, 2021b).

Portanto, para a Ministra Cármen Lúcia, o direito ao esquecimento sucumbe diante da solidariedade entre as gerações, no que diz respeito à transmissão de verdades históricas. Em análise ao posicionamento da Ministra Cármen Lúcia, Rodas (2020, p. 1) assim destacou:

> Cármen Lúcia afirmou que o esquecimento pode ser uma forma de superação individual de dores maiores. "Mas pode ser politicamente um instrumento de mentiras, falsificação da verdade, invisibilização de pessoas e ocorrências, que poderiam mostrar as feridas e conquistas de um povo".
>
> "Num país de triste desmemória como o nosso, discutir o direito ao esquecimento como direito fundamental, de alguém poder impor silêncio ou segredo de fato ou ato que pode ser de interesse público, seria um desaforo jurídico para a minha geração. A minha geração lutou pelo direito de lembrar", apontou Cármen.

O Ministro Dias Toffoli, que proferiu seu voto na segunda sessão do julgamento, realizada em 4 de fevereiro do corrente ano, rejeitou o reconhecimento de um suposto direito ao esquecimento, o que configuraria, no entender do Ministro, o reconhecimento de que há prescrição dos fatos relevantes, de conhecimento público, que fazem parte da história, além de configurar medida violadora do direito à divulgação de fatos verídicos, em razão da passagem do tempo, prática que poderia ser descontextualizada e comprometer o interesse público (BRASIL, 2021b).

> O ministro também defendeu que a "manifestação do pensamento, por mais relevante que inegavelmente seja, não deve respaldar a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação".
>
> "Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o 'equilíbrio dinâmico' entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância", criticou (DIREITO, 2021).

O entendimento de Dias Toffoli representa o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal, na medida em que destaca a incompatibilidade do instituto do direito ao esquecimento à Constituição Federal de 1988 e seus preceitos, pois se assim não o fosse a Corte daria maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento à liberdade de expressão, comprometendo a própria história do país (POMPEU; CARNEIRO, 2021).

O Ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou o relator, destacando a importância do direito à liberdade de expressão, compreendido pelo julgador como manifestação da democracia. Logo, o direito ao esquecimento somente pode ser analisado em cada caso concreto, ponderando-se os valores em questão, de modo a sopesar qual deve prevalecer, se a liberdade de expressão ou os direitos da personalidade, não se justificando, do ponto de vista abstrato, suprimir o passado (BRASIL, 2021b).

O Ministro Marco Aurélio também acompanhou o relator e seu voto, com ênfase, porém, no que dispõe o art. 220 da Constituição Federal, o qual assegura a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, ressaltando que "não cabe passar a borracha e partir para um verdadeiro obscurantismo e um retrocesso em termos de ares democráticos" (BRASIL, 2021b). Logo, no entender do Ministro, os meios de comunicação detêm importante papel ao retratar os fatos passados, não merecendo censura, motivo pelo qual a rede de televisão, responsável pela transmissão do programa que apresentou o caso Aída Curi, não cometeu nenhum ato ilícito.

Não destoou desse entendimento o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, que complementou serem os fatos apresentados pela Rede Globo verídicos, notórios e de domínio público. Logo, embora o direito ao

esquecimento seja uma forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando os fatos assumem domínio público, não justifica limitações à liberdade de expressão (BRASIL, 2021b).

De igual forma, se posicionou Rosa Weber, acompanhando o voto do relator pelo entendimento de que não há, no direito brasileiro o reconhecimento a um direito ao esquecimento, prevalecendo a ampla liberdade de expressão, medida que objetiva manter o país esclarecido, sem obscuridades em relação ao seu passado (BRASIL, 2021b).

O Ministro Alexandre de Moraes, que também acompanhou o voto proferido pelo Relator, entendeu que não se pode limitar, previamente, a exposição de fatos verídicos, em uma crônica jornalística, policial e de justiça, relatando casos concretos, ainda que haja, entre a exposição dos fatos e a sua ocorrência, o decurso de um lapso temporal considerável (BRASIL, 2021b).

Não se pode ignorar, nesse contexto, o voto do Ministro Gilmar Mendes que votou pelo parcial provimento do recurso extraordinário, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Nunes Marques, os quais entenderam que eventual exposição humilhante e vexatória, à imagem ou nome das pessoas, seja autor, seja vítima, é passível de indenização, mesmo que exista o interesse histórico e social no conhecimento dos fatos. Assim, concluíram que deveria o Tribunal de origem apreciar o pedido de indenização (BRASIL, 2021b).

O Ministro Kássio Nunes Marques havia inaugurado a divergência na Sessão de julgamento realizada e 10 de fevereiro de 2021, quando votou pelo não reconhecimento do direito ao esquecimento, na seara cível, embora tenha defendido a possibilidade de dano moral no caso concreto, por entender que o nome de Aída Curi foi apresentado pelo meio de comunicação de forma despropositada, cruel e sem qualquer importância pública, gerando aos familiares o direito à indenização (BRASIL, 2021b). Contudo, ressaltou não ser viável obstar a manifestação dos meios de comunicação, pois o direito ao esquecimento passaria a ser invocado para mitigar a transmissão de informações.

Em sentido contrário, porém, posicionou-se Edson Fachin, único Ministro do Supremo Tribunal a reconhecer o direito ao esquecimento. Contudo, para ele a pretensão dos familiares de Aída Curi não se sobrepõe à liberdade de expressão e ao direito à informação. Ponderou que o

caso foi retratado de forma histórica, conectando o passado e o futuro, mormente no que diz respeito aos crimes cometidos com violência contra a mulher, inexistindo, por parte do veículo de comunicação, desrespeito, excesso, ou qualquer outro fato a justificar a indenização pleiteada (BRASIL, 2021b).

Resta evidente, portanto, que apesar da divergência do Ministro Edson Fachin, e das ponderações dos Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, quanto à eventual abuso e direito à reparação de danos, prevaleceu, no âmbito da mais alta Corte, o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, embora nada obste que, no caso concreto, se averigue eventuais abusos, a justificar a reparação civil de danos.

CONCLUSÕES

Buscou-se, ao longo do presente estudo, compreender como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona diante do direito ao esquecimento, questão que evidencia o conflito entre o direito de informação e os direitos da personalidade, mormente o direito à vida, à honra, ao nome, à privacidade.

Os direitos da personalidade são aqueles próprios da condição humana, a atualidade trouxe uma expansão desses direitos, que passaram a ser protegidos de uma forma mais ampla, com fundamento na dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade de informação é o direito de comunicar ideias e notícias de qualquer espécie, tanto de informar como de ser informado, fundamentado na democracia.

De fato, ambos são preservados pela Constituição Federal de 1988, possuem status de direitos fundamentais e protegem a esfera privada, o direito individual do ser humano, ao passo que a liberdade de informação tutela também o direito coletivo.

Viu-se, ainda, que o direito ao esquecimento é o direito que a pessoa tem de ter fatos de sua vida suprimidos ou apagados, em decorrência do tempo, por não condizer com sua realidade atual, protegido dentro do direito geral da personalidade e baseado dignidade da pessoa humana.

Quando alguém, no exercício do seu direito a informação divulga fatos pretéritos verídicos, e viola a dignidade de outro, este, com funda-

mento na tutela da sua honra, privacidade e/ou intimidade, pode invocar o direito ao esquecimento? Como se soluciona o conflito entre o direito à liberdade de informação e os direitos da personalidade, já que inexiste hierarquia entre os direitos fundamentais.

Para melhor compreender o tema, foram analisados dois julgados, do Superior Tribunal de Justiça, quando se viu que Jurandir França foi preso inocentemente, acusado de participar da Chacina da Candelária, motivo pelo qual foi posteriormente inocentado. Porém, alguns anos após o ocorrido a Rede Globo veiculou os fatos no programa "Linha Direita", relatando o inquérito policial defeituoso, mas também apresentou a imagem de Jurandir, que havia se manifestado contra a divulgação de informações pessoais, motivo pelo qual pleiteou reparação civil com fundamento no direito ao esquecimento.

Neste caso o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento, pois na ponderação de valores o mesmo direito da reabilitação criminal também cabe aos absolvidos e inocentes, e que se houvesse ocultado o nome a imagem de quem não queria aparecer não traria prejuízos a notícia e pautado na receptividade do homem médio, reconheceu-se a reparação civil a título de danos morais.

No segundo caso, envolvendo Aída Curi, jovem assassinada e jogada do alto de um prédio há cinquenta anos, a Rede Globo, também no programa "Linha Direita", veiculou matéria expondo os fatos, tendo os irmãos da vítima pleiteado reparação por danos morais e materiais em virtude do direito ao esquecimento.

O Superior Tribunal de Justiça, nesta situação, não reconheceu o direito ao esquecimento, levando-se em conta o decurso do prazo entre o acontecimento e o domínio público dos fatos. Logo, embora a lembrança gere desconforto, não há o direito a reparação por danos morais e/ou materiais, o que restou também sedimento pela mais alta Corte do país, em recente julgamento, no qual se firmou o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

De fato, o desejo de ter fatos apagados não pode ser convertido em direito fundamental, pois os meios de comunicações, agindo no exercício regular de direito "informando", e divulgando fatos verdadeiros, não comete nenhum ato ilícito, pois a simples passagem do tempo não é base jurídica para que a divulgação de informações verídicas torne a veiculação

ilícita. Portanto, o interesse público não pode ser suprimido, o que ceifaria o Estado Democrático, onde, para evitar sanções, os meios de comunicações se silenciam, havendo uma censura velada.

Destarte, o direito ao esquecimento nunca esteve tão presente, e a tendência é que ele venha a ser requisitado cada vez mais, sendo que os julgados analisados servirão de base para a resolução de outros casos; e, embora o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado sobre a questão, muito ainda precisa ser discutido, seja porque os meios de comunicação estão em constante evolução, seja porque a temática está longe de restar sedimentada, ainda dividindo opiniões dos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Leonardo Góes; GOMES, Andréa Sacedo Monteiro dos Santos. Direito ao esquecimento, LGPD e a liberdade de expressão: como ponderá-los? **Migalhas,** 04 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341187/direito-ao-esquecimento-lgpd-e-a-liberdade-de-expressao>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BARROSO, Luiz Roberto. Colisão entre os direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada ao Código Civil. **Revista Direito Administrativo,** n. 235, Rio de Janeiro, jan./mar, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153/RJ**, Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, publ. 10 set. 2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1237428&tipo=0&nreg=201100574280&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Repercussão Geral: Tema nº 789 – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. **Recurso Extraordinário nº 1010606,** Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 11 fev. 2021.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786#>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. **STF**, Notícias, 11 fev. 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>. Acesso em: 18 mar. 2021.

CANÁRIO, Pedro. **Garantias da personalidade:** STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. Consultor Jurídico, 05 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CHEHAB, Gustavo C. O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 103, v. 946, p. 88, ago./dez. 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só:** a tutela penal do direito à intimidade. 3ª ed., São Paulo, Siciliano Jurídico, 2004.

DIREITO ao esquecimento é incompatível com a Constituição, entende Toffoli. **Consultor Jurídico,** 04 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-04/toffoli-direito-esquecimento-incompativel-constituicao>. Acesso em: 2 abr. 2021.

FILARETO, Juliana. **Direito ao esquecimento na Internet depende do judiciário.** Revista consultor jurídico, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/juliana-filareto-direito-esquecimento-depende-judiciario#author>. Acesso em: 3 mar. 2021.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento:** discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 199, p. 271-283, jul. /set. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Diretos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. In: Revista dos Tribunais. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

OCKE, Caio Pryl; SANTOS, Larissa da Silva. É hora de quebrar a escavadeira? O "direito ao esquecimento" de dados pessoais em processos judiciais com a finalidade esgotada. Revista do CEPEJ, n. 22, p. 71-86, 2020.

PAULINO, Silvia Campos; VILAÇA, Márcio Luiz Corrêa; FORTUNA, Daniele Ribeiro. ***Vidas Expostas Na Rede:*** *Uma Análise Sobre Direito Ao Esquecimento, Redes Sociais E Jornalismo Digital. Ideação, v. 22, n. 2, p. 182-201, 2020.*

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado:** desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

PINHEIRO, Denise; NETO, João dos Passos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, set./dez., 2014.

POMPEU, Ana; CARNEIRO, Luiz Orlando. Direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, afirma Dias Toffoli. **Jota,** 4 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/direito-ao-esquecimento-e-incompativel-com-a-constituicao-afirma-dias-toffoli-04022021>. Acesso em: 2 abr. 2021.

RODAS, Sérgio. Direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, decide STF. **Consultor Jurídico,** 11 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/direito-esquecimento-incompativel-constituicao-stf2>. Acesso em: 2 abr. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Brasil debate direito esquecimento 1990.** Consultor Jurídico, 2013a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. **Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos.** Revista Consultor Jurídico, 2013b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento--culpa-erros-humanos>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento.** Revista consultor jurídico, 2013c. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias--protecao-direito-esquecimento>. Acesso em: 3 mar. 2021.

TEFFÉ, BARLETTA, Chiara Spadaccini de, Fabiana Rodrigues, O Direito ao Esquecimento: Uma possível expressão a privacidade. **Revista Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 105, mai./jun., 2016.

O DIREITO BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIANTE DA MORTE: PELA CONVENIÊNCIA DE UMA REGRA QUE IMPEÇA O PROLONGAMENTO FORÇADO DA VIDA

René Vial[148]
Elaine Vieira[149]
Kelly Aparecida Vale[150]
Simoni Miranda[151]

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a possibilidade de se exercer autonomia no chamado direito de morrer. O tema ganha destaque quando se percebe que os avanços da medicina e da farmacologia alteraram os tratamentos dispensados a certas doenças. Enfermidades que antes causavam uma morte rápida passaram a ser tratáveis, prolongando, assim, a vida do enfermo.

148 Especialista em Gestão. Mestre e Doutorando em Direito.

149 Graduada em Direito e em Comunicação Social.

150 Graduanda em Direito.

151 Graduada e Pós-graduada em Direito.

Ocorre que, em algumas situações, o tratamento, ao invés de promover uma sobrevida digna, acarreta sofrimento, como por exemplo, na hipótese de a intervenção médica levar o paciente a um estado vegetativo, sem previsão de melhora do quadro clínico.

Nessas situações, busca-se analisar a possibilidade do exercício da autonomia para morrer no Direito brasileiro frente aos limites do poder estatal e da sociedade nas escolhas individuais. Entende-se que haja liberdade nas relações privadas, o que sustentaria a existência de um direito de morrer.

A fim de enfrentar a questão utilizou-se, como procedimento metodológico, o levantamento bibliográfico e documental. A abordagem qualitativa proposta no desenvolvimento do texto se encontra dividida em quatro partes.

Na primeira, será explicado como o direito à vida vem sendo tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda, sustenta-se o cabimento da eutanásia e do suicídio assistido por meio de uma análise hermenêutica. Na terceira, busca-se discutir a necessidade de um regramento para o tema. E, na quarta, demonstra-se os critérios de um possível projeto de lei que regule essas questões.

Ao final, apresentado o trabalho de pesquisa, espera-se que resulte compreendida a possibilidade de se conceber aos indivíduos autonomia para que decidam acerca da terminalidade de suas próprias vidas, bem como qual é o papel atribuído ao Estado e à sociedade na regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido.

1 VIDA COMO UM BEM JURÍDICO SUPREMO

O enfrentamento das questões relacionadas ao direito à morte digna, envolvendo menores incapazes e maiores capazes, supõe, antecipadamente, a análise da vida como bem jurídico.

Importa ressaltar que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante a inviolabilidade da vida como cláusula pétrea, impedindo deliberações tendentes a abolir esse direito individual. No plano infraconstitucional, o Código Civil (BRASIL, 2002) considera, via de regra, defeso os atos de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Uma interpretação aprioristicamente lógica desse acervo normativo faz do conjunto de atividades e funções orgânicas, que constituem a vida, uma condição de exercício das faculdades jurídicas. Pensando desse modo, quaisquer padrões de comportamento atentatórios à vida, por terceiros de forma arbitrária, representariam condutas ilícitas.

No entanto, outras normas, como o Artigo 15 do Código Civil (BRASIL, 2002), asseguram que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico, fazendo pressupor que os indivíduos teriam autonomia para decidir sobre um direito a não vida, ou seja, fazerem a opção por uma morte digna.

Na esfera criminal, permanecem as mesmas dificuldades interpretativas, pois há, por um lado, a não penalização de ações autodestrutivas, a exemplo da autoflagelação; contudo, são puníveis a instigação ao suicídio e outros atos atentatórios à vida realizados por terceiros, independentemente do consentimento da vítima. (MOUREIRA; SÁ, 2020).

No que interessa estritamente ao tema, destaca-se o caráter sancionatório da ordem jurídica vigente acerca das práticas médicas que conduzem à morte a pedido do paciente. Atualmente, essas decisões clínicas podem configurar homicídio privilegiado por ação mediante relevante valor social ou moral, como preceitua o artigo 121, §1º, do Código Penal. (CAVALHEIRO, 2017).

Se a vida persiste como fenômeno meramente biológico, até mesmo técnicas médicas experimentais poderiam ser adotadas com o intuito de prolongar a trajetória natural da existência humana. Tal entendimento encontra amparo em valores, sobretudo de natureza religiosa, que insistem na vida como um direito absoluto e anterior a quaisquer outros.

A ideia de manter a vida a qualquer custo, denominada distanásia, representa bem essa obstinação terapêutica consistente no retardamento do óbito, sem considerar o sofrimento e a total falta de qualidade de vida daqueles indivíduos cuja morte esteja próxima (FAIAD, 2020).

Em reforço a esse entendimento, a ideia vaga e imprecisa de alguns enunciados normativos, como é o caso dos "bons costumes", serve de obstáculo ao direito à morte digna. Isso porque a aplicação dessa cláusula geral depende de preceitos estabelecidos socialmente e, com isso, acaba recepcionando convicções morais que não veem na escolha pelo fim da vida uma manifestação da personalidade humana.

Nota-se que a sacralidade da existência humana, amparada na interpretação de normas jurídicas que compreendem a vida em seu aspecto biológico, acaba sobrepondo conjunturas sociais às escolhas dos indivíduos. Destarte, a vida, percebida mais como um dever para com os deuses, a sociedade e o Estado, em oposição ao direito que realmente é, torna-se incompatível com práticas que atendam ao processo de morrer conforme a vontade do paciente.

Desse modo, a eutanásia e o suicídio assistido, procedimentos que impediriam o prolongamento forçado da vida, são vistos, em geral, como práticas ilícitas. A primeira envolveria ações do médico destinadas a provocar diretamente a morte do paciente, enquanto a segunda requer a supervisão médica para que o próprio paciente caminhe no seu intuito de cessação da vida.

A única conduta que parece isenta de críticas seria a ortotanásia, por tratar-se de medicina paliativa que interfere no ciclo de vida do paciente apenas para aliviar suas dores físicas e psicossociais. Dito de outra forma, a morte chegaria por um processo natural, sem que fosse antecipada direta ou indiretamente pelo médico e respeitando o desejo do paciente de não receber tratamentos cujo único objetivo seria o prolongamento da sua existência.

Para encerrar essas breves considerações acerca da vida como um bem jurídico supremo, é importante salientar que a análise realizada neste estudo pretende valorar a autonomia do paciente. Assim, o processo consciente e informado de escolha por uma morte digna surge como importante princípio da bioética, evitando o prolongamento de uma existência corporal sem dignidade. (BARROS JUNIOR, 2019).

2 CABIMENTO DA EUTANÁSIA E DO SUICÍDIO ASSISTIDO

Apesar dessas considerações iniciais, entende-se que tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido são possibilidades jurídicas construídas a partir da interpretação sistemática do ordenamento brasileiro. Nesse ponto, é importante esclarecer que a defesa da autonomia do paciente, com base na liberdade e dignidade da pessoa humana, não pretende ser direcionada à vida como um dever de viver, mas sim como um direito (GOUVÊA; DEVAL, 2018).

Pressupondo que o ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, compõe-se da integração de seus elementos funcionalizados em uma estrutura hierárquica, tais condutas comissiva e omissiva do médico com a intenção de levar o paciente a óbito mediante pedido expresso retiram sua legitimidade da própria Constituição Federal. Isso porque, a mesma norma superior que protege a vida tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Saliente-se ainda que não há no texto constitucional qualquer critério distintivo entre a vida e a liberdade, sendo ambas expressões dos direitos fundamentais. Assim, é preciso entender que o direito à vida compartilha do mesmo espaço normativo com outros direitos, sendo preciso aplicá-lo sob um juízo de ponderação.

Em uma abordagem estritamente técnica, a eutanásia e o suicídio assistido seriam, então, uma forma de conferir dignidade aos processos clínicos relacionados à morte quando já não é mais possível impedi-la. Sua prática demonstraria que os indivíduos têm o respeito do Direito no que concerne às liberdades de natureza pessoal e que a vida abrange uma integridade psicofísica.

Defender a morte voluntária é, sobretudo, afirmar que não existe vida digna sem liberdade. Quando uma decisão atinge somente a pessoa é imperativo que se permita juridicamente a autorregulação. Tais considerações valem, inclusive, para a distanásia quando essa representar os anseios do paciente. Do contrário, como fora dito, configura tratamento clínico inútil de incontestável viés degradante em face da autonomia do paciente.

Nota-se, portanto, residir na autonomia a questão central do cabimento da eutanásia e do suicídio assistido. A capacidade de se autogovernar em situações de terminalidade da vida se impõe como fundamento da dignidade humana e, portanto, algo que lhe é indissociável. Um ser dignificado em sua existência e, por isso, reconhecido como pessoa na ordem jurídica, deve poder definir seu projeto autobiográfico (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Evidentemente que o respeito à autonomia das pessoas, com reflexo em suas opções física e moral, não significa aceitar um individualismo radical que tolere a autodestruição injustificada nem ofensas aos direitos de terceiros. Por essa razão, o conceito de pessoa autônoma se constitui na

alteridade, ou seja, por meio da interação com as outras pessoas, mormente pelo reconhecimento da pluralidade social.

Destarte, falar da inviolabilidade da vida, ao menos nos Estados democráticos, pressupõe um espaço de liberdade individual que assegure a dignidade de cada pessoa nas interações sociais. Assim sendo, a ordem jurídica deve ser aprimorada para contemplar as escolhas individuais como único caminho na estruturação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que possibilite ao indivíduo o direito de decidir sobre sua vida e morte (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Todo esse progresso normativo se direciona para o resguardo da pessoalidade, sendo a autonomia sua principal base jurídica e axiológica. Afinal, não faria o menor sentido a existência de liberdades fundamentais se suas premissas de exercício fossem heterônomas. Entregar para terceiros a decisão sobre assuntos existenciais é justamente retirar a possibilidade de autodeterminação, condição mínima para concretizar a dignidade humana.

Voltando para a Constituição brasileira, cabe frisar que é também inviolável a liberdade de consciência e de crença. Desse modo, a moralidade pública de cunho religioso não pode ser imposta aos pacientes terminais, sob pena de afrontar direitos fundamentais com a retirada do poder da tomada de decisões autônomas.

Convém ainda dizer serem falaciosas as alegações de que a eutanásia e o suicídio assistido seriam injustificáveis juridicamente, pois levariam os órgãos de saúde a abreviarem a vida dos pacientes, sobretudo aqueles com piores condições econômicas. Para essa declaração, basta dizer que o Estado mantém instituições permanentes incumbidas de defender a ordem jurídica, a exemplo do Ministério Público.

3 JUSTIFICAÇÃO DE UM REGRAMENTO ESPECÍFICO

Assim como fizeram recentemente alguns países, a exemplo da Bélgica, também o Brasil poderia estabelecer norma geral e abstrata sobre a eutanásia e o suicídio assistido. Por tudo que foi sustentado até agora, normatizar o processo de morte a requerimento do paciente é uma alternativa hermenêutica adequada ao ordenamento jurídico nacional como forma de garantir direitos fundamentais.

Entende-se que a análise das situações concretas não torna desnecessária uma lei específica que atenda melhor ao critério da segurança jurídica. Ademais, ao se considerar a Constituição como norma fundamental no sistema jurídico nacional, deve o direito infraconstitucional prover formas de regulação a fim de viabilizar as garantias constitucionais de modo a abranger situações correlatas, como a que se discute neste artigo.

Enquanto garantia constitucional, a liberdade, possibilita a autodeterminação, e por conseguinte a autonomia individual, que não deve, sob o pretexto da proteção estatal inviabilizar, neste caso pela omissão legislativa, o direito de se decidir sobre a manutenção da vida a qualquer custo (CASTRO; MORAIS, 2014). Consequentemente, o direito à vida não deve ser uma justificativa para a permanência de uma existência meramente biológica, contra a expressa vontade do paciente, em evidente violação de sua dignidade (BORCHART, PRUDENTE, 2018).

A respeito da superação de paradigmas impulsionada pela Lei 13.146/2015, mais conhecida como "Estatuto da Pessoa com Deficiência", pode-se afirmar que houve uma passagem da dignidade-proteção para a dignidade-autonomia. Dito de outro modo, a nova legislação implantou o "modelo social", fruto de reivindicações ocorridas nas décadas de 60 e 70 do século passado (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017).

É importante destacar, ainda sob o prisma histórico, que a adequação da dignidade como autonomia do indivíduo é fruto de demandas desde a Revolução Francesa. Sendo a liberdade e a vida direitos de primeira geração, impõem-se ao Estado abstenções visando à garantia de uma sociedade pluralista e democrática (MOUREIRA; SÁ, 2015).

Voltando à esfera penal, como antes mencionado, as práticas médicas atreladas ao tema deste estudo, configuram homicídio privilegiado. Entretanto, no que se extrai da melhor hermenêutica, deve-se considerar a proteção da vida, prioritariamente, sob o prisma individual, vez que a imposição de uma vida de dor e indignidade não deve sobrepor a autodeterminação dos sujeitos (MOUREIRA, SÁ, 2020).

Cabe, por fim, refutar a alegação de que o tema é cercado de conceitos cuja significação é muito ampla, o que impediria o estabelecimento de uma lei de regência. Se assim fosse, o ordenamento atual não saberia se adaptar a termos como "bons costumes" e a inúmeros advérbios que

apenas reforçam a importância da atuação do Judiciário diante do exame de casos concretos.

O que pode acontecer é a dificuldade de aprovação da matéria no Congresso Nacional, assim como a sanção ao projeto pela Presidência da República. Mas essas circunstâncias não impedem a defesa teórica de uma legislação e, mais ainda, justificam o debate em torno do tema da renúncia à vida como exercício da personalidade.

3.1 OS CRITÉRIOS NORMATIVOS DO PROJETO DE LEI

Uma lei que autorize a opção pela morte deve conter preceitos bem delimitados. O objetivo é oportunizar a interpretação declarativa da norma, embora se reconheça a dificuldade em dispor acerca de expressões cujo sentido oferece amplo espaço hermenêutico.

A regulamentação precisa tratar do conceito de terminalidade. Ela informará se o médico pode renunciar aos tratamentos de eficácia comprovada a pedido do paciente. Sobre esse aspecto, entende-se que somente uma doença incurável cujo prognóstico é a morte autoriza os procedimentos da eutanásia e do suicídio assistido.

Ressalte-se que a questão do tempo estimado de sobrevida não deve se sobrepor à autonomia do paciente, quando definido seu estado terminal, que é caracterizado pela irreversibilidade da doença. A autonomia do paciente em recusar o prolongamento da vida sem dignidade deve possuir da norma jurídica a mesma consideração dada a vedação aos médicos quanto a aplicação de ações inúteis ou obstinadas (FRANÇA, 2019).

Ademais, defende-se que a terminalidade não esteja associada a estados de sofrimento físico ou psicológico. A exemplo do que ocorre com a proteção dos direitos da personalidade, a dor pode até ser uma das consequências, mas jamais condição para o acatamento da morte digna. Essa seria a única maneira de se respeitar a autonomia do paciente, inclusive quanto ao que lhe é insuportável.

Outro ponto de fundamental importância diz respeito ao consentimento, que deve ser concedido pelo paciente ou seu representante, não somente com base na capacidade civil, mas, principalmente, sob a análise do discernimento suficiente para entender todo o arcabouço técnico e jurídico desta decisão. (FRANÇA, 2019). Tal consentimento deve ser

informado e livre de vícios, e como qualquer ato de consentir dado ao médico, pode a qualquer tempo ser revogado. (FRANÇA, 2020).

Há, entretanto, uma exceção ao consentimento dado nas condições acima, trata-se da recusa a tratamentos feita por diretivas antecipadas. Nesses casos, é permitido o consentimento prévio antes da necessidade dos cuidados médicos ou da declaração de impossibilidade de recuperação, mediante a negativa ou permissão para determinados tratamentos. (CHAVES, PINHEIRO, PESTANA, 2019).

Sobre os aspectos formais, prevalece a noção de autonomia e liberdade quanto ao consentimento. No entanto, tendo em vista a segurança jurídica das partes, é indicado que o ato de consentir seja escrito e conste no prontuário médico. (FRANÇA, 2020).

Ainda neste ponto, fala-se em comitês interdisciplinares que devem ser criados para acompanhamento dos fatos. Os profissionais envolvidos devem observar e fazer cumprir as medidas interdisciplinares antes da possível abreviação da vida, inclusive garantindo uma margem temporal para que o paciente reflita sobre a realização dos procedimentos que levarão ao fim de sua vida.

3.2 A QUESTÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Talvez o maior desafio seja tratar do direito à morte digna de crianças e adolescentes. Aqui também costuma-se partir de uma visão abstrata dos institutos jurídicos para concluir pela impossibilidade, afinal são pessoas incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Acontece que mesmo os menores de idade possuem autonomia, podendo realizar escolhas livremente, sobretudo no que diz respeito aos aspectos existenciais. Isso porque toda a teoria das incapacidades fora construída em torno das questões de natureza patrimonial, visando protegê-los de riscos econômicos, indivíduos sem condições de exprimir plenamente as suas vontades.

Evidentemente que a recusa em receber um tratamento médico não integra os negócios jurídicos patrimoniais, sendo assim, demanda outro tipo de análise. Em casos relacionados ao exercício da pessoalidade, considera-se a noção de uma "autonomia progressiva", conceito que permite

a crianças e adolescentes manifestarem suas vontades desde que tenham suficiente amadurecimento cognitivo e psicossocial.

Assim, a manifestação da vontade durante o processo de terminalidade da vida dar-se-á segundo o nível de entendimento da pessoa a respeito das consequências da eutanásia e do suicídio assistido. Sempre que for demonstrado, por especialistas da saúde e de áreas afins, como a psicologia, que aquela pessoa, mesmo sendo uma criança, tem o discernimento necessário para manifestar suas intenções a respeito do direito de morrer, deve ser respeitada a sua autonomia.

Nota-se que a possibilidade de conferir efeitos aos interesses dos menores não se vincula a uma idade específica, já que a construção biográfica de cada indivíduo depende de fatores particulares e, também, sociais. Afinal, como se pode depreender dos argumentos sustentados, a autonomia, direito de um indivíduo tomar decisões livremente, não prescinde de um ambiente intersubjetivo.

De outra parte, quando se trata das questões existenciais ganham destaque os direitos da personalidade. No que pese a redação de alguns dispositivos legais que sugerem haver um espaço de "não-liberdade" quanto ao exercício de tais direitos, retira-se da sua natureza imanente ao ser a finalidade precípua de conferir dignidade no âmbito das escolhas existenciais.

Assim a autodeterminação é vista como uma espécie de eficácia positiva dos direitos da personalidade, evidenciando que também crianças e adolescentes possam ser capazes de agir autonomamente, sempre que se tratar de interesses pessoais. Na extensão da autonomia progressiva, delimitada pela experiência social do indivíduo, cabem manifestações de vontade autorreferentes em diversos momentos das fases etárias.

E como fica a posição dos pais e outros responsáveis diante da escolha de uma criança em preferir morrer dignamente do que ser mantida viva contra a sua vontade? Entende-se que a família exerce um papel secundário nessa situação, cabendo-lhe tomar decisões somente quando não for possível concluir pela autonomia do titular do direito à vida. Em regra, portanto, a decisão afeta à personalidade é legítima quando parte do titular do direito e só excepcionalmente admite representação.

Como é amplamente defendido na doutrina, os representantes legais exercem uma espécie de poder-dever, ou seja, a eles são conferidas prerrogativas que se legitimam apenas e tão somente quando visam ao melhor

interesse dos representados. Essa posição subsidiária vai ao encontro da natureza jurídica do poder familiar, mitigado pelo princípio do melhor interesse da criança (BORGES; LIMA; SOUZA, 2016).

No caso da eutanásia e do suicídio assistido, isso significa que a autogerência da vida pessoal em qualquer faixa etária continua sendo um consectário lógico da dignidade. Assim, a autorização de terceiros precisa ser comprovada diante da incapacidade efetiva da criança ou adolescente de entender o ato que pretende realizar e as consequências dele decorrentes.

Não é à toa que a proteção integral à criança e ao adolescente, prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1998) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), estabelece interesses ligados não só à vida, mas também à liberdade. Como já foi possível dizer em outros momentos, é a dignidade, também citada nos referidos diplomas legais, que deverá ser considerada para definir o melhor interesse da criança e do adolescente em situações existenciais.

No mesmo sentido, estabelece a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (BRASIL, 1990), que as responsabilidades dos representantes legais devem proporcionar a orientação adequada de acordo com a evolução da capacidade para o exercício de direitos. Considerado o interesse maior da criança, isso significa a efetivação das situações jurídicas existenciais, mesmo que a opção legislativa brasileira seja pela declaração de uma incapacidade formal que precisa ser repensada.

Em síntese o que se procura explicar é a diferença entre a faculdade que tem o ser humano de fazer escolhas e a capacidade. Atualmente, uma deficiência não pode afetar a plena capacidade civil de uma pessoa que, no entanto, pode não estar em condições de manifestar suas vontades; assim como alguém plena ou relativamente incapaz pode ter total condição de decidir o que é bom ou ruim para si mesmo, inclusive quanto à morte com dignidade. O que se precisa fazer é analisar, diante do caso concreto, se é possível o desenvolvimento da pessoalidade mediante a autodeterminação do indivíduo.

Como afirma Perlingieri (2007, p. 260):

> As capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idonei-

> dade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício.

É evidente que as pessoas não nascem autônomas, mas, também, é irrefutável que elas não dependem de uma data prevista em lei para adquirir essa condição. A autonomia é um processo, uma sucessão de atos intersubjetivos que moldam a personalidade de alguém e, gradativamente, habilita a assunção de responsabilidades.

Essa compreensão da subjetividade como resultado das experiências de cada indivíduo só pode, excepcionalmente, ceder espaço à representação, quando haja risco de se negar a dignidade dos incapazes no que tange aos direitos fundamentais. Admite-se a interferência nas questões patrimoniais, sem, contudo, invadir a autonomia acerca dos atos que afetem a dignidade das pessoas incapazes. (BORGES, LIMA, SOUZA, 2016).

Assim, quando a legislação estabelece que os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, o que se busca é o melhor interesse das crianças e adolescentes. Trata-se, com efeito, muito mais de um dever extensível a ambos os pais, em qualquer situação conjugal, de auxiliarem no livre desenvolvimento de sua prole.

Nesse sentido, a incapacidade civil, própria da idade, não impede que as pessoas demonstrem maturidade psicossocial, sendo que a manifestação da família só é possível quando não haja possibilidade de autodeterminação do paciente. Isto porque, o poder familiar não é um direito absoluto, e mesmo a contragosto dos pais, deve prevalecer o melhor interesse da criança (CONCEIÇÃO; MOUREIRA; SÁ, 2019).

Entende-se a preocupação dos autores que se preocupam com as pessoas sem o menor discernimento, pois, essas estariam expostas a riscos patrimoniais e extrapatrimoniais. Entretanto, é preferível, do ponto de vista civilizatório, reconhecer a autonomia de quem possa manifestar vontade, ainda que formalmente incapaz, possibilitando a interação com os demais membros da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impor ao doente terminal a vida não como direito, mas como um dever perante o Estado e a sociedade representa flagrante violação aos di-

reitos humanos. Sendo a dignidade princípio constitucional norteador de todo o ordenamento jurídico, ela deve ser considerada na exegese dos demais direitos como a liberdade e a vida.

Por conseguinte, não cabe ao Estado limitar a autonomia exercida no direito de morrer, sendo sua função precípua estabelecer normas que importem em maior segurança jurídica para as práticas da eutanásia e do suicídio assistido. A autonomia, uma vez que não interfere no direito de terceiros, não pode ser criminalizada pelo Estado.

Importante reforçar a necessidade de regramento para o exercício do direito à eutanásia e ao suicídio assistido, tendo em conta possíveis consequências danosas, inclusive, para os profissionais da saúde. Com a previsão em lei do direito de morrer, as condutas médicas estarão pautadas na expressão da vontade livre e consciente dos pacientes.

Regulamentar o direito à morte digna, via eutanásia ou suicídio assistido, poderá contribuir para desmistificar o processo da morte, possibilitando decisões judiciais mais céleres. Assim como há algumas décadas o planejamento familiar trouxe discussões éticas e religiosas, o direito à morte digna também o faz. Todavia, a evolução da hermenêutica jurídica demanda tais enfrentamentos para a construção de alternativas que melhor representam o atual estado civilizatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS JUNIOR, Edimilson de Almeida. **Código de ética médica**: comentado e interpretado. São Paulo: Editora Cia do ebook, 2019.

BORCHART, Carolina Bombonatto; PRUDENTE, Amanda Juncal. A morte digna como direito fundamental. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 4, n. 2, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/5044>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; SOUZA, Andréa Santana Leone de. **A autonomia da criança intersexual**: crítica à teoria jurídica das incapacidades. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 933-956, set./dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejjl.v17i3.9548>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2021.

_____. [Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 (1990)]. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada e proclamada pela Resolução 1386 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. [Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (2002)]. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 fev. 2021.

_____. [Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (1990)]. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 fev. 2021.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de; MORAES, Maria Celina Bodin de. **A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo**. Pensar: revista de ciências jurídicas, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433>. Acesso em: 12 fev. 2021.

CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil**: aspectos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHAVES, Denisson Gonçalves; PINHEIRO, Syrllana Costa; PESTANA, Thiago Vale. Declaração prévia de vontade: a vontade dos pacientes terminais à luz do princípio da autonomia e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito**, v. 10, n. 2, p. 195-237, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.32361/20181022021>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva; MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a ressignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 39, p. 47-62, set./dez, 2019. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/03/DIR39-03.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

FAIAD, Carlos Eduardo Araújo. **Ortotanásia**: limites da responsabilidade criminal do médico. 1ª ed. Barueri: Manole, 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao código de ética médica**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GOUVÊA, Gisele Gomes; DEVAL, Rafael Antônio. O direito de morrer e a dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**, Brasília, a. XXII, n. 75, p. 51-58, maio/ago., 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.04.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da Lei nº 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/164/159>. Acesso em: 16 fev. 2021.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Reflexões sobre a racionalidade normativa do suicídio assistido no Direito brasileiro**. Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v.4, n.5, 2020, p.277-294.

_____. Suicídio Assistido. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão (coord.). **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 193-215.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

IGUALDADE, DIFERENÇA SEXUAL E OS DIREITOS DAS MULHERES EM PERSPECTIVA: JOAN SCOTT E O GÊNERO COMO CATEGORIA ÚTIL DE ANÁLISE HISTÓRICA

Thaís Duarte Zappelini[152]

INTRODUÇÃO

A teorização acerca do "gênero" intensificou-se significativamente a partir do século XX, e novas abordagens foram adicionadas à produção científica sobre a História e os direitos das mulheres, para além da mera identificação da diferença entre os sexos e da respectiva atribuição de papéis sociais a homens e mulheres.

Dentre as uma das perspectivas de destaque sobre o gênero Joan Scott, historiadora e militante norte-americana, escreveu, dentre outras temáticas, a respeito da divisão sexual do trabalho e das mulheres no mercado de trabalho, bem como da relação entre o princípio da igualdade e a diferença sexual, com os direitos individuais e identidades de grupos e a discriminação de minorias, trabalhando por uma construção da História das Mulheres.

152 Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Pesquisadora do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da Fundação Getúlio (FGV) Vargas.

O presente estudo tem como objetivo realizar uma apreensão, de corte analítico-jurídico, das principais contribuições da obra de Scott, delineando seus pontos fundamentais de repercussão para a Teoria Feminista do Direito, em especial, *o gênero como categoria útil de análise histórica*. A importância da discussão da obra de Scott está em seu viés inovador e esforços para corroborar com a edificação de uma História das Mulheres.

O desenvolvimento do gênero como categoria analítica por Joan Scott engloba uma complexidade de elementos de forma que, para que fosse possível a sua compreensão, de modo que a estratégia aqui utilizada consistiu em, primeiramente, conferir noções sobre as particularidades e o rigor de sua metodologia, assim como as justificativas de sua utilização; por conseguinte, foram explanadas as suas proposições essenciais sobre igualdade e diferença (destacando a diferença sexual), direitos individuais e a identidade de grupos minoritários, bem como a problemática da discriminação.

Na sequência, foram introduzidas as concepções de Scott sobre a edificação de uma abordagem diferenciada da *História das Mulheres* e as consequências de seu isolamento pelos historiadores, para, enfim chegar-se ao gênero. Frisou-se tamém a influência da autora para a estruturação de uma Teoria Feminista do Direito afastada de reducionismos e determinismos e mais próxima à realidade das mulheres.

1. PARADOXOS E TENSÕES: IGUALDADE E DIFERENÇA

1.1. O RIGOR DO MÉTODO E A INTERDISCIPLINARIDADE EM SCOTT

Joan Scott[153] intitula-se pós-estruturalista e assume as implicações desta Escola na história social como baliza norteadora de suas pesquisas.

153 Joan Wallach Scott nasceu em 18 de dezembro de 1941 e as suas obras permeiam a Historiografia, a Filosofia e, notavelmente, a Teoria Feminista. Graduou-se como historiadora nos Estados Unidos, na Universidade de Brandeis (Waltham, Condado de Middlesex), em 1962; conquistou o título de Mestre (1964) e Doutora (1969) em História na Universidade de Winsconsin (Madison, Wisconsin). Lecionou na Universidade de Illinois, em Chicago, na década de 1970, na Universidade de Northwestern (Evanston, Illinois) e, nos anos seguintes, também na Universidade de Carolina do Norte (Chapel Hill, Carolina do Norte), além da Universidade de Brown (Providence, Rhode Island), onde fundou o Centro de Pembroke

Além disso, o método utilizado pela autora é bastante característico e apresenta o emprego da Teoria Feminista, não obstante, ela procura introduzir uma interdisciplinaridade em suas bases.

Recorrendo a Foucault, Scott depreende as conjecturas de sua Microfísica do Poder (1979), buscando a compreensão das estruturas sociais de poder, produzidas pelas culturas e pela sociedade, mormente, as relações entre homens e mulheres nesse âmbito. O seu intento é abranger as relações de poder, de dominação e subordinação, para assumir o gênero como a organização social da diferença sexual (SCOTT, 1994, p. 11-12).

A justificativa da autora à utilização do pós-estruturalismo, e das abordagens de Michel Foucault e Jacques Derrida, está na relativização que operam sobre o saber, bem como a vinculação deste ao poder e a respectiva teorização destes conceitos a partir da diferença. Scott elucida a possibilidade de o pós-estruturalismo oferecer de uma perspectiva analítica à Teoria Feminista. Ou seja, o seu intuito não é a aplicação dogmática de pensamentos filosóficos, mas sim a busca por novos caminhos intelectuais, partindo-se de uma maneira distinta de estudo do poder, mediante significados dinâmicos e potencialmente em fluxo (SCOTT, 1994, p. 16-17).

A História é tomada por ela como objeto de atenção analítica, isto é, um meio válido e altamente relevante para a compreensão e contribuição no que se refere ao processo pelo qual o gênero é produzido. O registro sobre a organização dos sexos e as representações históricas a ela referentes auxiliam na produção do saber sobre a diferença sexual. Há, assim, uma preocupação com as questões teóricas para elaborar uma Teoria Feminista (política), averiguar como as hierarquias de gênero são construídas, legitimadas, contestadas e mantidas (SCOTT, 1994, p. 12-19).

---

de Ensino e Pesquisa Sobre as Mulheres (1981). Em 1985, foi a segunda mulher a se juntar ao Instituto de Estudos Avançados da Universidade de Princeton (MUNRO, 2015). A produção intelectual de Scott, de maior influência e destaque na comunidade acadêmica inclui: Mulheres, Trabalho e Família (SCOTT; TILLY, 1978); A Cidadã Paradoxal (2002); O enigma da Igualdade (SCOTT; KLANOVICZ; BORNÉO, 2005); As políticas do Véu (2007) e o mais conhecido de seus ensaios: O Gênero como Categoria Útil de Análise Histórica, cuja primeira publicação ocorreu em 1986, seguida de inúmeras outras. No presente trabalho, foi utilizado, majoritariamente, o livro Gênero e Política na História (de 2005, primeira edição em 1988), que reúne diversos dos ensaios de Scott, atualizados e revisados, boa parte fruto de suas investigações no Centro de Pesquisa de Pembroke.

A autora denuncia o tratamento apartado das mulheres na História como um mecanismo de confirmação da sua relação marginal e particularizada em face das temáticas masculinas estabelecidas como dominantes e universais. Ademais, a inicial e ainda persistente aceitação, trazida pelo positivismo histórico, de uma crença implícita no pluralismo e no progresso da democracia, estariam, em verdade, ainda distantes da realidade (SCOTT, 1994, p. 14-15). Dessa maneira:

> [...] escrever a respeito das mulheres como, digamos, trabalhadoras ou integrantes das classes trabalhadoras, não alterava efetivamente as definições estabelecidas dessas categorias, nem esclarecia porque aqueles que escrevem sobre a história do trabalho ignoraram por tanto tempo evidências a respeito das mulheres. A não ser por alusões ao preconceito masculino, nada explicava a ausência de atenção às mulheres no passado e, se o preconceito masculino era sua causa, nada garantia (a não ser a fé no progresso da democracia) que ele deixasse de obstruir o caminho da promessa de igualdade do pluralismo (SCOTT, 1994, p. 15).

De tal modo, Scott culmina a necessidade de um novo ângulo de exame dessas categorias, o que tem sido dificultado pelas demarcações da tradicional análise das desigualdades de gênero dentro dos parâmetros da História social. Sua crítica principal às explicações existentes sobre a dominação da mulher consiste no fato de elas servirem mais como um instrumento de confirmação do que de contestação da submissão feminina. E, nesse diapasão, a edificação de uma política feminista mais incisiva careceria de uma epistemologia mais radical (SCOTT, 1994, p. 15-17).

As suas reflexões apresentam como ponto chave o questionamento a respeito da forma como as hierarquias, tais quais as de gênero, são arquitetadas e legitimadas, por meio da compreensão da lógica de seus processos, e não puramente de suas origens, mas de causas múltiplas. Nesse âmbito, as suas acepções levam em conta a Política, como jogo de forças contidas na construção e implementação do significado das estruturas sociais, conforme determinados interesses.

Os referidos interesses, que permeiam a complexidade do jogo da Política, são discursivamente produzidos, relativos (não absolutos), contex-

tualizados e participam da criação de grupos sociais (classes ou gêneros). Com a meta de conferir completude às suas discussões, Scott toma seus objetos de estudo como fenômenos epistemológicos, dentre os quais estão inclusos a economia, a industrialização, as classes e o gênero, bem como as categorias interpretativas de cada um (SCOTT, 1994, p. 17-18).

A autora insiste na importância de se identificar oposições, ao invés de ignorá-las ou tomá-las como fixas, de modo a apreciar a heterogeneidade das categorias sociais e seus contrastes internos, além da extensão e da interdependência de termos apresentados como contrastantes. Logo, há uma recusa quanto a teorias que adotam formas de essencialismo e/ou determinismo e que não levam em consideração a intricada rede que compõe as relações sociais e políticas que conjeturam na constituição gênero.

1.2. DIREITOS INDIVIDUAIS E IDENTIDADES DE GRUPO: AMBIGUIDADES E CONTRADIÇÕES

Ao abordar os debates, atualmente polarizados, em torno da igualdade, da diferença, dos direitos individuais e das identidades de grupo, Scott busca interconexões entre esses conceitos, reconhecendo, contudo, a manutenção de uma tensão necessária entre eles, a qual possibilitaria resultados melhores e mais democráticos (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 12).

Traz à baila a visualização do problema da ação afirmativa, isto é, como ela tem sido, de certa forma, atacada como meio de preferência ou privilégio, no que tange determinados grupos, tal como se instrumentalizasse a discriminação de indivíduos. Ao mesmo tempo, de outro lado, há a necessidade de inclusão dos grupos minoritários, o que, por sua vez, tem gerado pressão para a diversificação social, ao exemplo das universidades (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 12).

É colocada em pauta a dicotomia entre grupos e indivíduos e o comum e frágil argumento de que a democracia representativa não estaria, em sua essência, baseada em uma proporcionalidade na representação de grupos. Segundo este raciocínio, a igualdade é simplificada em seu âmbito formal, permanecendo o preconceito e a discriminação que são usualmente combatidos pela defesa da justiça na lei e na sociedade (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 12-14).

Cabe salientar, que Scott considera a existência de várias definições para paradoxo e explica que há uma tendência generalizada em insistir na opção por isso ou aquilo, ignorando o que há no caminho entre esses polos. Nesse sentido, argumenta que, ao contrário, indivíduos e grupos, igualdade e diferença não são exatamente opostos, mas conceitos interdependentes e necessariamente em constante tensão entre si (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 14).

Para Scott, a própria ação feminina é expressa de maneira paradoxal, conformada pelos discursos do individualismo universal que apontam a diferença sexual como justificativa para a exclusão da mulher. A militância feminina, historicamente, é uma consequência de ambiguidades e contradições dentro de epistemologias específicas. Assim, por meio de paradoxos historicamente específicos, Scott quer (re)escrever a História do Feminismo. E a História do Feminismo como paradoxo, em si, contesta as histórias da democracia (MELO, 2008, p. 560).

Em suma, a tese da historiadora sobre a *igualdade* consiste na proposição de que esta precisa ser entendida em termos de paradoxo. Para constituir esse paradoxo, ou melhor, esse tecido de paradoxos, Scott lista algumas proposições (paradoxais) que devem ser levadas em conta para a apreciação da igualdade. Primeiramente: "a igualdade é um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente" (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 15), ou seja: ela não significa a ausência ou eliminação da diferença, mas implica o reconhecimento desta, bem como a decisão de ignorá-la ou levá-la em consideração.

Na sequência, tem-se que as "identidades de grupo renegam a expressão ou percepção plena de sua individualidade" (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 17). Isso quer dizer que as identidades de grupo surgem na vida social e na política inevitavelmente e que em contextos políticos específicos elas se tornarão salientes, momentos nos quais ocorre a legitimação das exclusões por meio das diferenças de grupo, perante favorecimentos e desfavorecimentos, oriundos de hierarquias econômicas e sociais, características biológicas, religiosas, étnicas e culturais, valorizadas em detrimento de outras (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 17-18).

O terceiro paradoxo remete às reivindicações de igualdade, que envolvem a aceitação e a rejeição de grupo, atribuídas pela discriminação.

Destarte, a discriminação estaria apoiada em termos de exclusão, ao mesmo tempo negados e reproduzidos pela própria inclusão. É dizer que as demandas e protestos pela igualdade, simultaneamente, evocam e repudiam as diferenças que primeiramente não a permitiam (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 19-22).

No mais, o estabelecimento da diferença sexual, por esse ângulo, não foi fulcro unicamente de um fato natural: teve também uma base ontológica para a diferenciação política e social. O que Scott pretende demonstrar é que a tensão inerente à ambivalência entre identidade de grupo *versus i*dentidade individual não pode ser resolvida pois é uma repercussão das formas pelas quais a diferença é tomada para organizar a vida social (SCOTT, KLANOVICZ, BORNÉO, 2005b, p. 19-22).

E o enfrentamento do coletivo, supostamente abrangido pela norma (geral e abstrata) e da diferenciação ou mesmo discriminação de grupos, constituídos por indivíduos que possuem certa característica, socialmente considerada e normalizada como natural. O conceito de indivíduo é abstraído nesse meio e a diferença (em sua dimensão relacional) é encoberta por esse movimento, abrindo brechas para a exclusão e o preconceito.

1.3. SEXO, DIFERENÇA SEXUAL E GÊNERO

Ao "Gênero" e "sexo", no linguajar popular, são comummente usados como sinônimos, mas, majoritariamente, o gênero aparece como um eufemismo educado para sexo. Da mesma forma, na produção acadêmica é possível constatar a tomada dos termos *sexo* e *mulher* como análogos. Nota-se, portanto, uma confusão conceitual e terminológica, uma falta de distinção acentuada entre os termos. "Gênero" não substituirá "sexo" nas discussões sobre a diferença sexual. Na realidade, "gênero" faz referência ao sexo como motivo de seu significado, ou seja, das construções sociais que o geram – a partir do sexo (SCOTT, 2005a, p. 2.692-2.101).

A aparente claridade na distinção entre sexo e gênero obscurece o fato de que ambos são formas de conhecimento, quer dizer, os dois devem ser considerados, pois se o estudo da mulher conduz, automaticamente, a uma análise de gênero, então ele é essencialista não mergulha efetivamente em uma investigação (SCOTT, 2005a, p. 2.707-2.722).

Para Scott, compreender, dentro do estudo do gênero, a utilização de outras disciplinas e perspectivas significa descartar a ideia de categorias fixas ou necessariamente conhecidas sobre as diferenças entre os sexos e a relação entre eles e compreender que "homem" e "mulher" são ideais estabelecidos para regular comportamentos e que a discrepância e mesmo a contradição entre as culturas e as suas normas, bem como os papéis que elas oferecem aos indivíduos, articulam a diferença entre os sexos (SCOTT, 2005a, p. 2.794).

2. HISTÓRIA DAS MULHERES E O GÊNERO COMO CATEGORIA ÚTIL DE ANÁLISE HISTÓRICA

2.1. ENCONTRANDO O GÊNERO NA HISTÓRIA

No decorrer dos séculos, traços diversos, inclusive sexuais, têm recebido conotações figuradas por termos gramaticais. Esse uso inclui determinadas regras formais que acabam por conferir atribuições de masculino ou feminino a coisas, sujeitos e ações e em muitas línguas há uma terceira categoria – o neutro ou o sem sexo definido (SCOTT, 1995, p. 72).

Na Contemporaneidade, as utilizações de gênero, segundo Scott, têm aparecido entre as feministas americanas para enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. "Gênero" seria um termo voltado à ênfase no aspecto relacional das definições normativas da feminilidade, de sorte que as pesquisadoras feministas teriam assinalado, desde o início, que o estudo sobre as mulheres acrescentaria novos temas e viria a impor um reexame crítico das premissas e dos critérios de trabalho científico (SCOTT, 1995, p. 73).

Os "três eixos" mínimos de referência aos quais a autora remete são raça, classe e gênero. Aponta o desafio teórico colocado pelas relações entre eles e a necessidade de conexão entre a história passada e a prática presente. Sublinha que, contudo, as tentativas dos historiadores em teorizar o gênero remanescem estanques aos quadros de referência habituais das ciências sociais, a partir do uso de formulações pré-estabelecidas e embasadas em explicações causais, tidas como universais, resultando em uma teorização limitada e mesmo reducionista acerca do gênero. Aponta que, tais abordagens, em geral, resumem-se à mera exposição descritiva

do fenômeno ou de ordem causal ou natural, sem desembocar em interpretações efetivas (SCOTT, 1995, p. 74-75).

Em seu uso mais singelo, "gênero" aparece como sinônimo de mulheres", de modo que boa parte da produção sobre o tema passou a substituir o segundo termo pelo primeiro. Essa utilização busca, de certa forma, alcançar o reconhecimento político deste campo de pesquisa, sugerindo erudição e seriedade, e, concomitantemente, agregação à terminologia científica nas ciências sociais (SCOTT, 1995, p. 75).

Nesse sentido, gênero não implica, necessariamente, em uma posição sobre a desigualdade ou o poder. Por conseguinte, "História das Mulheres" proclama, inevitavelmente, uma posição política que afirma as mulheres como sujeitos válidos de análise. Portanto, nota-se que o termo "gênero" inclui as mulheres sem nomeá-las, e, assim, sem representar uma "forte ameaça" (SCOTT, 1995, p. 75-76).

> O termo "gênero", além de um substituto para o termo mulheres, é também utilizado para sugerir que qualquer informação sobre as mulheres é necessariamente informação sobre os homens, que um implica o estudo do outro. Essa utilização enfatiza o fato de que o mundo das mulheres faz parte do mundo dos homens, que ele é criado nesse e por esse mundo masculino. Esse uso rejeita a validade interpretativa da ideia de esferas separadas e sustenta que estudar as mulheres de maneira isolada perpetua o mito de que uma esfera, a experiência de um sexo, tenha pouco ou nada a ver com outro sexo. Além disso, o termo "gênero" também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos (SCOTT, 1995, p. 75).

Quanto à identificação do gênero, mesmo que pareça fixa, é extremamente instável e a interpretação da teoria lacaniana seria, para Scott, uma forma de tornar problemáticas, em um sentido positivo, as categorias de "homem" e "mulher", ao sugerir que o masculino e o feminino seriam tomados como constructos subjetivos (ou ficcionais), oferecendo um processo constante de construção e um meio sistemático de interpretação. O ponto negativo da teorização do gênero baseada em Lacan seria que o antagonismo, ainda que subjetivamente produzido, entre homens e mulheres demonstraria uma tendência em universalizar categorias e as relações entre masculino e feminino (SCOTT, 1995, p. 82-83).

2.2. A DEFINIÇÃO E A CATEGORIZAÇÃO DO GÊNERO SEGUNDO JOAN SCOTT

O Gênero como categoria útil de análise é estruturado, então, por Scott como o conhecimento sobre a diferença sexual em meio à problemática do tratamento usual e simplista dado pelos historiadores à temática, além da dificuldade de elevar o termo a uma categoria que reconcilie a sua teorização com a possibilidade de uma mudança fundamental (SCOTT, 2005a, p. 107).

Scott defende que mesmo que os sociólogos façam referência a "papéis sexuais", não há vinculação destes com sexo, ao passo que "gênero" engloba um sistema de relações que pode incluir o "sexo", mas não é diretamente determinado por ele e também não é determinante da sexualidade. "Gênero" é, assim, um tema recente, associado ao estudo das coisas relativas às mulheres (SCOTT, 1995, p. 76).

Insta trazer à baila que o gênero não reflete nem implementa diferenças naturais (biológicas) entre homens e mulheres ao organizar socialmente a diferença sexual, mas reúne o saber estabelecido sobre as diferenças corporais. Os significados dados a essas diferenças corporais sofrem variações entre as culturas e grupos, de sorte que a diferença sexual acopla contextos discursivos e compõe uma organização social variada (SCOTT, 1994, p. 13).

A diferença sexual é equivocadamente apontada como um fenômeno natural pelas concepções clássicas dos historiadores sociais, perante a suposição e aceitação de que as mulheres seriam dotadas de características inerentes e identidades objetivas (diferentes das masculinas), o que é utilizado em prol da discriminação (SCOTT, 1994, p. 15-16).

Scott pretende ressaltar que a História não é linear e que ela é composta por paradoxos e contradições que não poder ser ignorados, sob pena de se utilizar uma perspectiva reducionista e não verdadeiramente analítica. Também, que essas oposições não se anulam, e que persiste uma tensão necessária entre elas que culmina nas formas de organização social.

O seu método, de abordagem pós-estruturalista, conforme foi discorrido, é dotado de um rigor que pretende ir além das meras origens ou causas naturais de problemáticas sociais, traçando uma investigação sobre

as estruturas e hierarquias de poder que geram relações como as de dominação e subordinação.

O gênero para Scott é uma maneira válida de pensamento sobre a História e a sua consideração a partir dos modos pelos quais as hierarquias de diferença – inclusões e exclusões- foram constituídas, corroborando para a elaboração de uma Teoria Feminista política, a partir da admissão da parcialidade dos interesses e relatividade do saber (SCOTT, 1994, p. 26). E a História do pensamento feminista representaria, nesse viés, a recusa da construção hierárquica da relação entre masculino e feminino, na especificidade de seus contextos, bem como uma tentativa de reverter ou deslocar suas operações (SCOTT, 1995, p. 84).

A definição do gênero como categoria analítica em Scott está fundamentada em duas partes diversas ou subconjuntos, interconectados, mas analiticamente diferenciados, cujo núcleo repousaria na vinculação entre as seguintes proposições: "(1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder" (SCOTT, 1995, p. 86).

Além de tudo, o gênero conteria uma função de legitimação que agiria de várias maneiras. Para explicar como elas ocorrem, Scott recorre a Bordieu e como o autor mostrou a exploração de certas culturas a partir da oposição entre conceitos. Utiliza-se, então, da oposição entre masculino e feminino e introduz o gênero como meio decodificador das conexões entre as formas de interação humana (SCOTT, 1995, p. 89).

Há uma natureza, ou troca, recíproca ente o gênero e a sociedade no que tange às formas particulares e contextualmente específicas por meio das quais a política constrói o gênero e o gênero constrói a política. Esta última, contudo, seria apenas uma das áreas nas quais o gênero poderia ser utilizado para análise histórica (SCOTT, 1995, p. 89).

Scott frisa a utilização recorrente do Gênero como uma das referências pelas quais o poder político tem sido concebido, legitimado e criticado, para além da oposição homem/mulher, isto é, concebe o gênero também como forma de proteção do poder político, e adverte sobre a necessidade da suposição de uma aparência fixa ao gênero para a manutenção do poder político (SCOTT, 1995, p. 92).

Do mesmo modo, a oposição binária que abrange o processo social das relações de gênero torna-se parte do próprio significado do poder. Considerando que as significações de gênero e poder se constroem reciprocamente, a mudança pode ser incitada em muitos lugares, sendo as revoltas políticas de massa um deles (SCOTT, 1995, p. 92).

O Gênero como categoria de análise tem contribuído para corrigir a ideia de que o estudo da subordinação da mulher é unicamente relevante para as mulheres, pois o seu emprego em substituição a "mulheres" sugere que a informação sobre as mulheres é também, necessariamente, uma informação sobre os homens e que um estudo implica no outro. Vale mencionar, torna visível a construção cultural em torno da diferença sexual, esclarecendo que ela também oprime os homens no sentido de que impõe uma forma de comportamento, vestuário, fala, uma masculinidade específica (MACCISE, 2011, p. 144).

Nessa esteira, trazendo a teoria de Scott à luz da realidade social, o primeiro aspecto relevante de sua estruturação é tomar as mulheres como sujeitos válidos de estudo dentro da História social e, assim, considerar que: (1) é necessário compreender a História das Mulheres dentro de seus paradoxos; e (2) é imperativo entender o gênero dentro das estruturas de poder e da Política, como uma categoria de análise útil e não fixa, potencialmente voltada à mudança.

Socialmente, o gênero como categoria auxilia o entendimento de que a sua utilização como campo primário de análise traz melhoraras sociais tanto para as mulheres quanto para os homens, auxiliando na desconstrução de estereótipos enraizados, que impõe padrões comportamentais, tais como: o homem como provedor da casa, bruto, insensível, pai e marido distante e sexualmente viril; e da mulher voltada ao trabalho doméstico, sensível e frágil, mãe e sexualmente frígida.

No mais, a utilização do gênero na Teoria Feminista do Direito contribui para vincular a norma e a ação política à realidade, instrumentalizando o Direito por meio do gênero para buscar a igualdade material a partir da diferença e suas contradições internas, para modificar as estruturas políticas e sociais que obstaculizam o alcance das mulheres à inclusão social, ao mercado de trabalho, à dignidade sexual e à dignidade no tratamento em sociedade.

Retirar a máscara e compreender o enigma da igualdade, é admitir que estamos ainda muito distantes de um tratamento igualitário, mas que a sua busca deve ser incisiva. É não enxergar a igualdade sob uma ótica utópica e sim a partir da sua relação com a diferença e da sua potencialidade para mudanças.

A teorização sobre o Gênero em Scott possui uma desenvoltura minuciosa, contudo, uma crítica que pode ser feita à autora, é que seu olhar está voltado ao ocidente – aos Estados Unidos e à Europa, especialmente a França e a Inglaterra-. Ainda que haja um sopesamento cultural em As políticas do Véu (2007), por exemplo, a sua abordagem está neste caso, adotando uma análise a partir da política francesa.

Cabe, ainda mencionar, que na realidade brasileira, foram surgindo gradualmente movimentos sociais embasados na contestação das relações de gênero, representando o questionamento das mulheres às posições impostas a elas, em um primeiro momento, dentro das relações familiares, especialmente no que concerne à figura do marido, e o seu tratamento na comunidade, ao exemplo dos movimentos contra o alto custo de vida e a luta por creches na década de 1970 (SOARES, 1994, p.16).

E desde então crescem os movimentos que denunciam a discriminação de gênero, seja no ambiente de trabalho, por meio da crítica de como as mulheres ascendem, profissionalmente, de maneira mais lenta que os homens, e as mulheres negras, ainda mais lentamente que as brancas; seja na insistência pela desconstrução de estereótipos como o da "mulher honesta", institucionalizado pelo Código Penal de 1940 e retirado do ordenamento jurídico brasileiro nos anos 2000, que representa a mulher com decoro, "decência", submetida à outorga marital para os seus atos civis (e sexuais); seja pelo reconhecimento, positivação e implemento de direitos, por movimentos como a Campanha Mulher e Constituinte, lançada em novembro de 1985; seja pela luta e enfrentamento contra a violência, que gerou, dentre outros resultados, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015).

No Brasil, a clivagem entre militantes e pesquisadoras tornou-se importante conquanto que a pesquisa sobre a situação da mulher no país ganhou preeminência sobre os movimentos sociais das mulheres. Isso não significa negar a existência de pesquisadores não envolvidos com a

militância hoje, mas sim em enfatizar a impossibilidade da coexistência de estudos de gênero sem uma dimensão política, parte de sua história. (CORRÊA, 2001, p. 14-25)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se que a relevância da contribuição de Scott para a Teoria Feminista do Direito, no que se diz respeito à tomada do gênero como categoria analítica, está, primeiramente, no reconhecimento deste conceito por meio de uma perspectiva dinâmica, que não engessa as constantes mudanças às quais ele está submetido. Isto é, há uma interpretação sistemática e contextualizada, marcada por uma metodologia rígida, a partir de uma abordagem pós-estruturalista.

Tem-se, portanto, uma apreciação política, que acomoda dados da Historiografia – e da Filosofia –, partindo da noção de que a História não é linear e apresenta paradoxos e tensões, os quais não devem ser ignorados em uma análise interpretativa. No mesmo sentido, a História das Mulheres e do pensamento feminista é também paradoxal e, para que deixe de ser marginalizada e isolada, deve passar por um aprimoramento e por uma renovação, sendo considerada por novos ângulos.

O gênero, assim, engloba muito mais do que as construções sociais sobre os sexos e a sua diferenciação, operando como uma forma de classificação de fenômenos, que interage com outras categorias, além do seu conteúdo próprio. Ademais, possui uma força legitimadora, que deve ser usada a favor da luta pelos direitos das mulheres.

Tomando, portanto, o gênero como elemento constitutivo das relações sociais fundamentadas nas diferenças entre os sexos e como uma forma primária de significação das relações de poder, composto por simbologias contraditórias, conceitos normativos que supõe categorias fixas (suposição que deve ser desafiada) e pela identidade subjetiva como aspecto próprio, trata-se de um conceito cuja teorização conduz ao empoderamento e que abarca um viés prático, uma potencialidade modificadora.

Sendo assim, o gênero como categoria organizadora é, além de analiticamente útil para a História, útil para o Direito, ao passo que o seu uso tem a prerrogativa de aprimorar a magnitude da Teoria Feminista, trazen-

do esse modo de diferenciação e organização também para as pautas dos movimentos sociais.

Enfrentamos um século de mudanças (sociais, tecnológicas e econômicas), que encara uma profunda crise nos ideais democráticos e, em meio a esta realidade, há um encobrimento das formas pelas quais as mulheres são tratadas em sociedade, de sorte que a sua degradação e subordinação, em nível estratégico ou subconsciente, pode ser encontrada em todas as partes do globo, em maior ou menor grau.

E, tal como defende Scott, é imprescindível o conhecimento da História passada, conjuntamente a um movimento de (re)escrita da História das Mulheres, por meio da apropriação do gênero e da reação frente às hierarquias que representam e intensificam a dominação da mulher, criando estereótipos físicos e comportamentais, muitos deles voltados a um ideal de perfeição, masculino, humanamente inalcançável, que a limitam, seja em sua individualidade (autoestima) ou posição na estrutura familiar, seja perante a comunidade, como uma cidadã paradoxal, apática e sem voz política, impedindo-a de ingressar e persistir no mercado de trabalho, barrando a sua ascensão econômica e acarretando um tratamento indigno, desqualificador e reiterado em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORRÊA, Mariza. Do feminismo aos estudos de gênero no Brasil: um exemplo pessoal. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 16, p. 13-30, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332001000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16.11.2017.

MACCISE, Regina Larrea. Feminismo(S), Perspectiva de Género y Teorias Jurídicas Feministas. **Revista Derecho en Libertad.** Facultad Libre de Derecho: Monterrey, p. 132-157, 2011. Disponível em: <http://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/Feminismo(S)_Perspectiva_de_enero_y_Teorias_Juridicas_Feministas.pdf >. Acesso em: 20.06.2016.

MELO, Érica. Feminismo: velhos e novos dilemas uma contribuição de Joan Scott. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 31, p. 553-564, Dez. 2008.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332008000200024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05.10.2017.

MUNRO, André. **Joan Wallach Scott**. Encyclopedia Britannica, Dez 2015. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Joan-Wallach-Scott>. Acesso em: 14.11.2017.

SCOTT, Joan W. **Gender and the Politics of History.** Columbia University Press. Ed. Rev. Jan. 2005a. Ebook Amazon.

_____. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade.** Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, Jul.-Dez. 1995.

_____. **Prefácio a Gender and politics of history.** Columbia University Press, N.Y., 1988. Cadernos Pagu (3), p.11-27, 1994.

_____.KLANOVICZ, Jó; BORNÉO, Susana. O enigma da igualdade. **Funck. Journal Article. Estudos Feministas.** v. 13, n. 1, pp. 11-30, jan-abril 2005b. Instituto de Estudos de Gênero da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/43596434>. Acesso em: 29.10.2017.

SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. **Estudos Feministas.** Florianópolis, ano 2, p. 11-24, 2º sem. 1994.

TRANSEXUALIDADES E TRAVESTILIDADES: VIOLÊNCIAS E (IN)VISIBILIDADES NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Felipe Braga Albuquerque[154]
Almair Morais de Sá[155]
José Ewerton Bezerra Alves Duarte[156]

INTRODUÇÃO

A sociedade constrói diversos estereótipos do que é ser "homem" e o que é ser "mulher", pautados, de maneira única, pelo sexo biológico das pessoas. Como consequência dessa compreensão é que se estabeleceu, historicamente, quais indivíduos terão seus direitos respeitados e quais se-

154 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2011). Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (2005). Professor Adjunto (40h-DE), da Universidade Federal do Ceará, onde leciona na Graduação (Direito Administrativo e Políticas Públicas em Saúde) e Pós-Graduação-Mestrado/Doutorado (Direito Político na Ordem Constitucional), atuando principalmente nos seguintes temas: política e direito, direito sanitário, tribunal de contas, poder legislativo, reforma política, direito eleitoral e constitucional.

155 Doutorando em História, Política e Bens Culturais pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestre em História pela Universidade Federal da Paraíba. Historiador e Docente de Metodologia Científica.

156 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduando em Docência do Ensino Superior pela Universidade Federal de Campina Grande. Pós-graduando em

rão invisibilizados na sociedade, desapropriados de direitos fundamentais como educação e trabalho, por exemplo, pelo fato de não se adequarem aos padrões de feminilidades e masculinidades considerados normais pela sociedade (BARBOSA, 2015), onde a população trans, em especial no Brasil, sofre grande discriminação.

Nesse sentido, a transfobia apresenta-se como um problema real e latente em nosso país e suas consequências são drásticas, colocando o Brasil na triste realidade de ser o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, segundo a *Transgender Europe's Trans Murder Monitoring* (TMM, 2020). Inclusive, instituições, tais como Estado, família, entidades religiosas, dentre outras, contribuíram para fortalecer e perpetuar o padrão heteronormativo de sociedade, o que serviu enormemente à reprodução de desigualdades e à ampliação da exclusão.

Todos esses processos culminam na necessidade de proteção aos grupo referenciados, sendo preciso observar se apenas a criação de políticas públicas é suficiente para tal proteção, ou se é necessário investir em uma educação baseada no respeito e na promoção dos Direitos Humanos, para assim proporcionar uma efetiva proteção aos grupos subalternizados e a inserção destes no seio social, garantindo-se, desta forma, a efetivação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem distinção de qualquer natureza.

Ato contínuo, este trabalho analisa a temática da transexualidade buscando compreender a existência de barreiras sociais que limitam espaços e vivências, dificultando oportunidades e o reconhecimento da existência de pessoas trans e seus respectivos direitos. Apresenta-se, a partir de uma pesquisa bibliográfica de natureza exploratória, uma discussão conceitual acerca das identidades de gênero e das transexualidades, bem como aspectos da invisibilidade trans e da transfobia na sociedade brasileira. A dimensão quanti-qualitativa dessa violência é visibilizada a partir da análise

---

Direito Constitucional pela Faculdade Futura-São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade São Francisco da Paraíba (2017). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade São Francisco da Paraíba (2019). Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale-São Paulo (2020). Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) no eixo temático Direito Penal Internacional vinculado à Universidade Federal do Ceará. Servidor Público Efetivo na Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado da Paraíba, com aprovação no Exame da Ordem dos Brasil.

do *Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras*, publicado em 2020, sobre a situação do Brasil em 2019.

GÊNERO, SEXO E SEXUALIDADE SOB A ÓTICA FEMINISTA

Para abordar situações que conversem e problematizem sobre a transexualidade é preciso partir do fato de que a sociedade se regula através da heteronormatividade, e, sob esse aspecto, surge o questionamento do que é ser homem e mulher, considerando-se "normal" e "aceitável" tão somente a postura heterossexual de condução do gênero – por meio de uma visão reprodutiva e binarista –, e refutando-se a ideia da pluralidade sexual e de gênero na perspectiva *queer.* Inclusive, Oliveira Júnior e Maio (2016, p. 160), sobre este modelo pré-concebido, explicam que "a sociedade, o Estado, a mídia, as leis, a religião, as escolas, *et al*, perpetuam em suas estratégias as matrizes identitárias tidas como referências e, consequentemente, fortalecem a reprodução das diferenças".

É imprescindível, portanto, salientar que os questionamentos sobre gênero e sua categorização não eram compreendidos desde sempre, eram considerados apenas os fatores biológicos, definindo as pessoas de maneira pragmática e binária, diferenciando o homem e a mulher apenas por sua soma de cromossomos. Contudo, com os estudos feministas, surge a categoria gênero, aprofundando as discussões acerca da temática e suas interseccionalidades.

Segundo Scott (1995, p. 3) a categorização de gênero tem seu surgimento provavelmente entre as feministas americanas com a intenção de debater sobre o fundamentalismo social que diferenciava as pessoas de acordo com o sexo, a palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como "sexo" ou "diferença sexual". Compreende-se assim que para se entender uma pessoa, é preciso considerar todos os aspectos que lhe rodeiam – biológicos, sociais e/ou psicológicos – sendo todos estes fatores preponderantes em uma construção identitária (MATÃO et al., 2011).

Simone de Beauvoir (1949) compreende que o "ser mulher" não se baseia em questões biológicas, mas sim em uma construção social que coloca as pessoas do sexo feminino em situações pré-definidas, obrigan-

do-as a seguir padrões impostos pela sociedade. A partir deste pensamento em que se constata a existência de uma construção social aprofunda-se as discussões sobre gênero, suas relações e categorias, abrindo espaço para questionar-se o que era realmente ser homem ou mulher.

Entende-se que as violações causadas às pessoas transexuais ou as travestis, derivam da rejeição as transgressões, causadas por um pensamento arraigado em um fundamentalismo social, cultural e religioso. É preciso, no entanto, compreender que mesmo derivando da negação a transgressão, eles baseiam-se em conceitos diferentes (MATÃO et al., 2001, p. 104-105). Logo, essas opressões são formuladas em uma "hierarquia de gêneros" e em um "binarismo de gêneros", que acabam por dar sustentação a diversas outras formas de preconceitos com grupos que estejam destoando do padrão assumido como "normal", inferiorizando-os e marginalizando-os na intenção de deixarem estes invisíveis socialmente (LOURO, 2014).

INVISIBILIDADE TRANS: A TRANSFOBIA NA VIDAS DAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

Com a insurgência do movimento das travestis e transexuais no Brasil, o próprio feminismo, que já lutava pela dissolução da desigualdade de gênero, deparou-se com questões fundamentais que acabaram por afetar diretamente as suas próprias concepções de mulher, sendo que sobre a transexualidade, Jesus (2012, p. 14) afirma que é "uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha, nem é um capricho."

Os movimentos políticos que defendiam a população das travestis e transexuais eram constantemente atrelados ao movimento LGBTQIA+, visto que as políticas para mulheres não compreendiam esta parcela da população, concebendo a categoria "mulher" apenas na qualidade do sexo biológico, não sendo cabíveis, desta forma, nem as travestis, nem as mulheres transgêneros. Contudo, Lopes, Leite e Araújo (2015, p. 2-3) esclarecem que:

> Predominantemente a transexualidade é percebida como uma patologia de transtorno de gênero; compreendendo esse transtorno

> como uma inadequação do gênero da pessoa com o seu sexo biológico. Essa perspectiva aceita e ratificada pela medicina e pelas chamadas ciências *psi* (psicologia, psiquiatria e psicanálise), coloca a pessoa trans enquanto doente além de relacionarem o seu "problema" ao campo da sexualidade, o que configura um equívoco, pois sexualidade e gênero não devem ser entendidos como frutos de uma relação "causa-consequência".

A transexualidade encontra-se ligada, portanto, a como as pessoas relacionam-se de maneira subjetiva com seus corpos, ou seja, o/a transexual vai ser aquela pessoa que não se identifica com o gênero com o qual nasceu. Deve ser respeitada sua identidade e tratada com o gênero ao qual se identifica, não caracterizando a transexualidade como doença, mas sim como "experiência identitária" (BENTO, 2008, p. 18 apud LOPES, LEITE, ARAÚJO, 2015, p. 3).

Jesus (2012, p. 8) explica bem que: "ao contrário do que alguns pensam, o que determina a condição transexual é como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico. Assim, muitas pessoas que hoje se consideram travestis seriam, em teoria, transexuais". Sobre este aspecto depara-se ainda com o questionamento sobre o preconceito contra a travesti não se associar ao de gênero e sim a sexualidade, porém Jesus (2012, p. 9) conclui que: "são travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero".

Joan Scott (1995, p. 75) reconstruindo a categoria "gênero" e direcionando-a a uma análise social, sintetiza diversas perspectivas sobre esta ótica teórica com fim de delimitá-la, concebendo que gênero é "uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado", e prossegue dizendo que:

> Com a proliferação dos estudos do sexo e da sexualidade, o gênero se tornou uma palavra particularmente útil, porque ele oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis atribuídos às mulheres e aos homens. Apesar do fato dos(as) pesquisadores(as) reconhecerem as relações entre o sexo e (o que os sociólogos da família chamaram) "os papéis sexuais", estes(as) não colocam entre os dois uma relação simples ou direta. O uso do "gênero" coloca a ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo,

> mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade (SCOTT, 1995, p. 75-76).

Quando se problematiza as relações entre gênero e poder se verifica a existência de diversos elementos identificadores do gênero, bem como as assimetrias e visões hierarquizadas de ideias e de sujeitos que marcam as disputas em torno dessas construções identitárias e para compreender melhor esta relação de poder existente, é necessário considerar que ela não deriva de uma questão biológica, mas sim da existência de um Estado patriarcal e heteronormativo. A pessoa transexual encontra falhas no sistema de justiça muitas vezes por não serem compreendidas como "mulher" (OKITA, 2007). É preciso, por fim, refletir sobre este tema de maneira crítica, compreendendo a existência de uma barreira social acolhida pelo Estado que limitam os espaços, dificultando as oportunidades e mesmo o reconhecimento da existência de pessoas trans.

Existem as pessoas cisgêneros, aquelas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado em seu nascimento e as transgêneros, as quais não se identificam com este gênero pré-determinado no nascimento, em diferentes graus e níveis. A transfobia é concebida como uma ação ou mesmo incitação de discriminação ou preconceito em função da identidade de gênero de pessoas transexuais ou travestis (JESUS, 2012).

Essa não identificação com o tido como "normal" pela população produz a invisibilidade dessa parcela da população, marginalizando-a e afastando-a de direitos consagrados pela Constituição Federal epelos diplomas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesta seara, Barbosa (2015, p.165) afirma que:

> Essa diferença é usada como arma política com o intuito de não efetivar direitos, esse sistema acaba por conferir e definir quem terá resguardado os seus direitos. Com isso os que fogem à regra dicotômica do sistema binário e heteronormativo acabam tendo avariado os seus direitos à medida que estes não se efetivam, possuindo apenas uma existência nos textos jurídicos, ou seja, há uma diferença entre o "dever ser" e o "ser", entre o "ter o direito" e o "ter efetivado esse direito".

A transfobia, nesta discussão, denota condutas de ódio que violam os direitos mais basilares dos cidadãos. Tal conduta é ainda aberrante do ponto de vista jurídico, visto que, ainda não possui a devida proteção normativa por parte do poder público e dos aplicadores da lei. Logo, é de fulcral importância a existência de um aparato normativo que venha a contribuir para o combate da transfobia, superando-se preconceitos e injustiças.

Existe cerceamento do direito à vida da população transexual, muitas mortes decorrentes da transfobia pelo simples fato dessas pessoas não possuírem identidade com o gênero do seu sexo biológico. A realidade brasileira revela que constantemente diversas vidas são ceifadas por práticas preconceituosas e que eliminam qualquer chance de efetivação dos Direitos Humanos, sobretudo por ausência de normas de proteção específicas de grupos minoritários e inaplicabilidade das existentes.

O dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras, publicado em 2020, revelou dados estarrecedores sobre a situação do Brasil, em 2019, que segue ocupando o primeiro lugar no ranking mundial desses assassinatos, desde 2008. Um total de 124 pessoas Trans foram assassinadas em 2019, ano em que também se constatou o aumento da violência direta no dia a dia das pessoas trans.

> É importante ressaltar que a média dos anos considerados (2008 a 2019) é de 118,2 assassinatos/ano. Observando o ano de 2019, vemos que ele está 5% acima de média em números de assassinatos, mesmo com a aparente queda nos números absolutos. Em relação aos índices percentuais de aumento e diminuição dos dados, o ano de 2019 revelou aumento de 114% em relação a 2008, o ano que apresentou o número mais baixo de casos relatados.

A expectativa de vida de uma pessoa transexual é significativamente menor – 35 anos, segundo Antunes (2013) –, se comparada a expectativa da população brasileira em geral – 76,6 anos, de acordo com o IBGE (2020) – e observando os dados que demonstram a quantidade de assassinatos desta parcela da população, conclui-se que a causa desta baixa expectativa de vida das pessoas trans é a grande discriminação e violência que estas sofrem, ou seja, a transfobia, justificando-se, portanto, a necessi-

dade de estudar as causas e consequências deste tipo de violência de gênero, bem como os métodos de combatê-las.

> A violência chama a atenção em todos os níveis de idade, mas as maiores chances de uma pessoa trans ser assassinada são entre 15 e 45 anos. O Mapa dos Assassinatos 2019 aponta que 59,2% das vítimas tinham entre 15 e 29 anos; 22,4% aquelas entre 30 e 39 anos; 13,2% entre 40 e 49 anos; 3,9% entre 50 e 59 anos; e entre 60 e 69 anos, 1,3% dos casos. A vítima mais jovem noticiada em 2018 tinha 17 anos. Em 2019, 15 anos de idade, vendo-se uma queda em 2 anos do momento em que muitas pessoas trans passam a estar suscetíveis ao assassinato. No Atlas da Violência 2019, a média de idade de pessoas cis assassinadas entre 15 e 29 anos é de 53,9%.

Segundo Lafer (2005), a teorização concebida por uma Corte Internacional de DireitosHumanos pode ser utilizada como instrumento auxiliador em defesa jurídica no âmbito internoaos direitos das transexuais, por evidenciar a autoidentificação do sujeito. A internacionalizaçãodos Direitos Humanos – no pós Segunda Guerra Mundial – permite que os transexuais possamse valer da legislação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, utilizando fundamentos deste ramo jurídico na interpretação dos direitos garantidos na Constituição Brasileira de 1988.

Assim como na discriminação a qualquer LGBTQIA+, a discussão central no problemada transfobia é a forma que esses crimes de ódio atingem a proteção a Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, é necessário assegurar a todas as pessoas a possibilidade de viver de maneiralivre e qualificada, o que não acontece equitativamente para com as pessoas transexuais e travestis, muitas vezes excluídas da sociedade, tanto na escola e no mercado de trabalho, comoda própria proteção estatal.

A discussão de gênero e sexualidade está conectada aos conceitos de masculinidades e feminilidades e, hodiernamente, são de fulcral importância serem objetos de estudos, visto queos crimes de ódio decorrentes da heteronormatividade atingem dia a dia níveis assustadores. Ser diferente é ser normal em um verdadeiro Estado Plural e Democrático de Direito (SCOTT,1995).

O Jurista Elder Costa (2014) nos seus estudos acerca do papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos na proteção da diversidade de gênero e sexualidade, dispõe que:

> A relação entre homens e mulheres baseada na identidade, em condições e funções e nas responsabilidades segundo têm sido construídas e definidas pela sociedade e na cultura e a preocupação com as definições acima se explica em virtude de que o autor busca explanar de que modo o Direito Internacional trata de uma questão correlata: a violência de gênero, que para ele consiste na violência contra as mulheres, praticada pelo simples fato de terem nascido mulheres. Quando se fala de violência de gênero, está-se dentro de um processo de socialização de homens e mulheres, onde a cultura patriarcal/machista sustentava a supremacia dos papéis masculinos sobre os papéis femininos (COSTA, 2014, p. 221-222).

As reivindicações conectadas às identidades sexuais e de gênero devem estar pautadas pelo direito de se manifestar a subjetividade, sem qualquer discriminação, consagrando-se os Direitos Humanos e a possibilidade de uma vida plena em todas as acepções (NAHUM, 2000). Neste sentido:

> O Direito Internacional dos Direitos Humanos obriga a proibição absoluta de toda discriminação com relação ao pleno gozo, por todos os seres, dos Direitos Humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, e o respeito de direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero são parte integral da realização da igualdade entre homens e mulheres, onde todos os estados têm de tomar medidas para tentar eliminar preconceitos e costumes baseados na presunção de inferioridade ou de superioridade de um sexo em relação ao outro, ou com base em papéis estereotipados, atribuídos a homens e mulheres, onde cumpre, ainda, notar ter a comunidade internacional reconhecido o direito das pessoas de decidir livremente e de maneira responsável, a respeito de questões relacionadas com a sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e a reprodução, livre de coerção, discriminação e violência (CLAM, 2007,online).

No mesmo cenário, Claude Lévi-Strauss (1976, p. 334) aduz que "[...] recusamos admitir o próprio fato da diversidade [...]; preferimos lançar fora [...] tudo o que não se conformaà norma sob a qual se vive". Ou seja, as minorias subalternizadas são relegadas e não possuem adequada proteção jurídica e social. Nesse sentido, a Declaração Universal dos DireitosHumanos estabelece que todos, sem distinção, devem possuir os seus direitos resguardados, primando-se pela efetivação da dignidade da pessoa humana. Acerca do tema, Berenice Bento relata que:

> Problematizar os limites das instituições sociais em lidar com os sujeitos que fogem às normas de gênero é fundamental, pois é necessário deter-se principalmente nas respostas que a escola tem dado aos/às estudantes que apresentam performances de gênero que fogem ao considerado normal (BENTO, 2016).

Os corpos das travestis ou transexuais, em diversas perspectivas, representam tensões sociais, repulsa e desprezo motivados pelo padrão heteronormativo imposto e também revelam a contingência das próprias normas, isto é, grande parte da sociedade não aceita a população "T" por considerá-la um desvio do normal, uma aberração (BUTLER, 1998). Em contraponto a tal pensamento de parte da sociedade, Butler propõe, então, compreender os diferentes como iguais, onde não exista "estranhamentos" no fato de ser diferente.

Tal estranhamento, gera, dentre outros, a violência de gênero, que deve ser compreendida como uma prática violadora dos Direitos Humanos, tendo em vista que os referenciados direitos representam "um conjunto de faculdades e instituições" (PÉREZ LUÑO,2001, p. 48) compostas de normas pátrias e internacionais que buscam fulcralmente a efetivação dos direitos atinentes à dignidade da pessoa humana, da vida em plenitude, da igualdade e da liberdade.

Importante, outrossim, discutir-se também sobre as contemporâneas nuances da proteção jurídica atinente ao tema, onde nas palavras do jurista Cesar Luiz Pasold (2005), os "novos direitos" devem ser interpretados na visão de Norberto Bobbio (1992), para que no novocenário jurídico mundial exista uma proteção irrestrita às pessoas, especialmente aos indivíduos vulnerabilizados.

Portanto, os "novos direitos", a exemplo dos da população LGBTQIA+, devem ser garantidos por toda a sociedade em geral, em especial pelos Estados, conforme o artigo 2º, parágrafo único, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592 de 1992). O referenciado Pacto ainda dispõe acerca da igualdade de todosperante a lei, vedando-se qualquer discriminação. Veja-se:

> Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a suajurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ouqualquer condição (BRASIL, 1992, online).

No cenário das práticas preconceituosas, surge a definição de heteronormatividade, onde padrões de "normalidade" são estipulados, privilegiando-se as pessoas brancas, heterossexuais, cisgêneros e abastadas financeiramente (DOUZINAS, 2007). Sendo que a referenciada heteronormatividade é abordade adequadamente pela teoria *queer*, a qual dispõe, dentre outros, acerca do privilégio estrutural de determinadas classes que orientam as instituições e fazem a heterossexualidade e a cisgeneridade serem consideradas o único caminho da vivência sexual e de gênero das pessoas" (BERLANT; WARNER, 1998, p. 548).

No contexto exposto, torna-se indispensável que as ciências jurídicas e sociais aplicadas - como os Direitos Humanos – estejam debruçadas sobre as formas de romper-se estruturas hegemônicas atinentes à sexualidade e ao gênero (STYCHIN, 2004) e encadear a busca por umprocesso global que efetive direitos e construam um verdadeiro estado de inclusão social (VARELA et al., 2011).

Vale a pena consignar ainda a existência de países que criminalizam (inclusive com pena de morte) práticas afetivo-libidinosas entre a população LGBTQIA+, em que pese, o previsto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual aduz em seu artigo 6º, a proibição expressa da execução de sentenças de morte para questões de cunho sexual ou de gênero. Disposição similar acerca do combate à violência de gênero

encontra-se na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.973 de 1996).

A criminalização de atividades de cunho sexual consentidas entre pessoas adultas viola claramente as garantias internacionais acerca dos Direitos Humanos. Privar a vida ou mesmo a liberdade da população homossexual é violação grave de direitos basilares inerentes à condição humana. Leis retrógradas e preconceituosas que criminalizam a livre identidade de gênero e sexual estão perdendo cada vez mais a força dentro do Direito Internacional, visto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 2º, prevê que todo e qualquer ser humano possui direito e capacidade de gozar em plenitude à vida, sem preconceitos de qualquer natureza.

A população "T" sofre diuturnamente com lastros imensos de práticas odiosas contra si. A legislação brasileira não oferece adequada proteção a estas pessoas, assim como há consideráveis lacunas nas leis de caráter internacional, em que pese algumas recomendações e tratados acerca dos Direitos Humanos, a exemplo do artigo 26 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que prevê a não-discriminação decorrente da orientação sexual e de gênero, bem como a vedação de práticas preconceituosas consagradas nas disposições da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 65.810 de 1969).

EDUCAÇÃO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Existe uma luta constante de reconhecimento da identidade de gênero pelas pessoas transexuais, ou seja, essas pessoas vivem uma batalha diária para terem o direito de serem elas mesmas. Contudo, essa luta não se encerra na individualidade, existindo uma luta permanente para que os ataques e violências sofridos por esse grupo parem de ser invisíveis para a sociedade e pelo poder público. Acerca da temática, Rozario (2013, p. 14) esclarece que:

> [...] no Brasil assim como no mundo o fenômeno social da homofobia deixa lastros de violação aos direitos humanos, violência

> física, psicológica, discriminação, preconceito, omissão e homicídio àqueles que são contrários aos padrões heteronormativos, seres humanos que tiveram e tem seu direito inerente à vida – liberdade, violado.

Assim como na discriminação a qualquer LGBTQIA+, a discussão central no problema da transfobia é a forma que esses crimes de ódio atingem a proteção a Dignidade da Pessoa Humana, contudo é necessário entender o que seria esta dignidade, Sarlet (2011, p. 73) descreve-a como:

> [...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Portanto, é necessário assegurar a todas as pessoas a possibilidade de viver de maneira livre e qualificada, caso que não acontece com as pessoas transexuais e travestis, muitas vezes excluídas da sociedade, tanto na escola e no mercado de trabalho, como da própria proteção estatal, causando assim uma carência destes como seres detentores de direitos.

No certame das ações protetivas do Estado existem alguns avanços formais, contudo, estes acabam por ter pouca repercussão efetiva. Programas do Governo Federal como Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT11, que foi resultado de discussões ocorridas na a 1ª Conferência Nacional LGBTQIA+ que ocorreu em Brasília entre 5 e 8 de junho de 2008 e que teve como resultado a adoção do nome social para servidores públicos federais travestis e transexuais, efetivado com a publicação da Portaria nº 233 da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 18 de maio de

2010 e reiterado no Ministério da Educação, pela Portaria nº 1.611, de 17 de novembro de 2011 (JESUS, 2012).

É necessário, que além destas ações afirmativas feitas pelo Estado, exista uma compreensão da sociedade da importância de aceitação e respeito às pessoas transexuais, para isso é preciso que exista uma educação baseada em direitos humanos, que destaque a igualdade e a necessidade de inclusão de todas as pessoas, independente de quaisquer diferenças que existem entre elas. Como bem esclarece Trindade (2007, p. 210), o Direito Internacional dos Direitos Humanos é:

> A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria.

É responsabilidade do poder público criar medidas legais que tenha por objetivo principal a proteção da minoria, devendo o Estado proteger de maneira inicial aqueles que se encontram vulneráveis a discriminações e segregações sociais, sendo preciso a tomada de ações concretas que extirpem a invisibilidade das minorias (TEPEDINO, 2011).

Investir em uma educação baseada em Direitos Humanos é o caminho mais adequado para criação de uma população menos homofóbica e transfóbica, para tanto o programa "Brasil sem Homofobia" visa, no que tange à educação: a) Elaborar diretrizes que orientem os Sistemas de Ensino na implementação de ações que comprovem o respeito ao cidadão e à não-discriminação por orientação sexual, b) fomentar e apoiar curso de formação inicial e continuada de professores na área da sexualidade, c) Formar equipes multidisciplinares para avaliação dos livros didáticos, de modo a eliminar aspectos discriminatórios por orientação sexual e a superação da homofobia, d) Estimular a produção de materiais educativos (filmes, vídeos e publicações) sobre orientação sexual e superação da homofobia, e) Apoiar e divulgar a produção de materiais específicos para a formação de professores, f) Divulgar as informações científicas sobre sexualidade humana; g) Estimular a pesquisa e a difusão de conhecimentos

que contribuam para o combate à violência e à discriminação de LGBTQIA+, h) Criar o Subcomitê sobre Educação em Direitos Humanos no Ministério da Educação, com a participação do movimento de homossexuais, para acompanhar e avaliar as diretrizes traçadas (BRASIL, 2004, p. 22-23).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe um tortuoso percurso a ser caminhado para efetivar-se os direitos inerentes à pessoa humana, livremente de qualquer preconceito, de modo que a legislação doméstica e a internacional reconheçam a pluralidade da orientação sexual e da identidade de gênero. É crucial que haja uma relação simbiótica entre os diplomas normativos pátrios e estrangeiros com fito de garantir a não-discriminação, seja no âmbito laboral, escolar, da sociedade civil, da saúde et al.

Nota-se o entendimento estatal de que para proteger e promover a visibilidade das pessoas transexuais e travestis é preciso incluir estes pontos no processo educacional, fazendo com que assim as políticas de proteção a esta população sejam mais efetivas, visto que sem a compreensão dos malefícios da transfobia pela sociedade nenhuma política pública vai ser realmente efetivada e respeitada. O preconceito com as pessoas transexuais e travestis, conhecido com transfobia, é decorrente de diversos fatores, contudo, percebe-se que o mesmo se encaixa como preconceito de gênero, destacando que em uma sociedade heteronormativa existem diversas pessoas que conservam um pensamento arcaico em que a transcendência de gênero é vista como um problema, acarretando assim em agressões, exclusão e mortes de pessoas que vão contra esse padrão instituído previamente.

É preciso, para combater essa forma de preconceito, possibilitar a visibilidade das pessoas transexuais e das travestis, proporcionando assim uma maior aceitação da sociedade e por consequência a diminuição de casos de transfobia, destacando que os números de crimes cometidos contra essa parcela da população é altíssimo, principalmente no Brasil, e que a punição para os assassinos de transexuais ou travestis é quase zero.

Para tal, conclui-se ser necessária a existência de políticas públicas afirmativas no combate à transfobia, mas não apenas isso, sendo necessário que exista um investimento em uma educação voltada ao respeito às di-

ferenças e aos Direitos Humanos, contribuindo assim para a formação de uma sociedade sem preconceitos e preocupada em promover a aceitação e diversidade. Dessarte, cumpre consignar que em um estado democrático de direito, caso do Brasil, é incabível qualquer prática preconceituosa ou autoritária, sobretudo as que lesam direitos basilares da vida em sociedade, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, B. R. S. N. Vida e morte (in) visíveis: notas sobre o feminicídio e sua aplicabilidade para mulheres transexuais e travestis. **Alethes**, Juiz de Fora, n. 9, p. 162-172,2015.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4ª ed.São Paulo: Difusão Europeia de Livros, 1970.

BENTO, Berenice. **A (re)invenção do corpo:** sexualidade e gênero na experiênciatransexual. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006.

BENTO, Berenice; PELUCIO, Larissa. Dossiê Vivências trans: desafios, dissidências e conformações. 2ª ed. Florianópolis: **Revistas de Estudos Feministas**, 2012. v. 20. 83p.

BERLANT, Lauren; WARNER, Michael. Sex in public. **Critical Inquiry**, Vol. 24, N. 2,1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Julgado em: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário 477.554AgR**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 16 set. 2011. Publicado no Dje-164, publicado em 26 set. 2011.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero:** Feminismo e subversão de identidade. Tradução deRenato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. Gênero, trajetórias e perspectivas. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 11, p. 11-42, 1998.

CLAM. Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos**. Notícias CLAM.** 19jan. 2010. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cg:/cgilua.exe/sys/start.htm?User Active Template=%5FBR&infoid.=6323&sid=7>. Acesso em: 3 jan. 2021.

COSTA, Elder Lisboa F. **O gênero no direito internacional:** discriminação, violência eproteção. Belém: Paka – Tatu, 2014.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2007.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero:** conceitos e termos. [S. n.]: Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 13 março de 2021.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. *In:* LÉVI-STRAUSS, Claude. **AntropologiaEstrutural II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontífica Universidade Católica de São Paulo,São Paulo, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. Novos direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhes sãoconexas. **Revista Sequência**, n. 50, p. 225-236, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15192/13817>. Acesso em: 13 março de 2021.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual.** In: Seminário Internacional as minorias e o direito, v. 24, p. 155-175, 2001.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 13 março de 2021.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira. **Proibição da discriminação pororientação sexual e Identidade de Gênero.** In: SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira (Org.). Estudos de direitos fundamentais. São Paulo: Perse, 2013.

STYCHIN, Carl L. Same-sex sexualities and the globalization of human rights discourse. **McGill Law Journal**, nº 49 (4), pp. 951-968, 2004.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: O CASO DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020

Amanda Porto Brum [157]
Carina Lopes de Souza [158]
Giulia Signor[159]
Thábata Santa Catarina de Souza [160]

INTRODUÇÃO

Defronte à pandemia do Coronavírus, apontada como uma das maiores emergências em saúde pública já vivenciadas pelo homem, foi imprescindível a tomada de diversas medidas de prevenção e controle por parte

157 Mestranda do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional-IMED. Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES. Participa do Projeto Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento (CINELAW/IMED). Participa do Projeto de Pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED).

158 Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade da Faculdade Meridional (CNPq/IMED).

159 Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES. Advogada.

160 Mestranda em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. Membro do Grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED).

da administração pública. Inclusive, essa necessidade sucedeu uma desarmonia de posicionamentos tomados pelos poderes, provocando divergências levadas ao âmbito jurídico.

O presente artigo tem a pretensão de analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de relativização das liberdades individuais em tempos da Pandemia. A pesquisa será realizada a partir da análise do voto conjunto das ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, com o fito de identificar se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi efetivo para evitar os potenciais danos que medidas de relativização de direitos e proteções individuais podem acarretar.

Os objetivos específicos do presente trabalho são: a) estudar a evolução legislativa vivenciada no Brasil no tocante à proteção dos dados pessoais, de modo a identificar os principais aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados; b) apresentar o contexto geral da pandemia do Coronavírus; c) analisar o posicionamento do STF sobre a proteção da privacidade e da segurança dos dados pessoais, no âmbito da Medida Provisória 954/2020 no cenário da COVID-19.

Para tanto, será realizado um estudo bibliográfico e documental, concentrado na leitura de estudos que abordem conceitos úteis, como doutrinas e artigos científicos, bem como na legislação nacional que disciplina o assunto e na jurisprudência do STF, a fim de levantar o estado da arte sobre o tema. Para isso, será utilizado o método de abordagem dedutivo, o qual parte de uma premissa ampla para uma premissa menor, resultando em uma conclusão lógica.

1. EVOLUÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA NO TOCANTE À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM BEM VALIOSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Em sua abordagem inicial, o direito à privacidade era conceituado alusivo à proteção ao ambiente íntimo familiar e pessoal, contudo essa preocupação precisou ser expandida, sobretudo, diante do abrupto avanço tecnológico. Contemporaneamente as preocupações envolvendo esse direito de proteção à privacidade são expressivas e crescentes. Essa pauta tem sido bastante abordada por empresas de tecnologia da informação e

comunicação, como Facebook, Amazon, Google e Apple, cada dia mais empenhadas em melhorar suas ferramentas relativas à proteção dos dados do usuário.

Indubitavelmente a internet oferece uma ampla gama de oportunidades de coleta, análise, uso e armazenamento de dados pessoais, os quais podem ser revertidos para os mais variados fins, por conseguinte o vínculo existente entre a proteção jurídica da privacidade e a sociedade em rede é absolutamente próximo. Ainda, desde que a internet se tornou parte integrante da realidade cotidiana, os dados online e offline se misturam de forma natural, originando novos níveis de vulnerabilidade, onde os dados agora podem se perder pelo mundo (FORTES, 2015, p. 154-155).

Historicamente a legislação brasileira que cuidou da proteção de dados pessoais não era sistematizada. Dispositivos acerca do tema eram encontrados em alguns diplomas legais, como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Eleitoral, nesse cenário as particularidades do meio digital eram ignoradas.

Foi assim até meados de 2012, quando ocorreu o V Congresso Brasileiro da Indústria da Comunicação, realizado em São Paulo. O evento contribuiu de forma significativa para uma mudança de paradigma. Na ocasião, reuniram-se as vinte maiores agências de publicidade e as principais redes de TV e rádio, com o fito de discutir os ataques e ofensas, que o setor sofria nas redes sociais, o que chamaram de bullying digital, ou seja, ali buscava-se a proteção do mercado publicitário e de comunicação (RIHL, 2020, p. 117).

Não obstante o foco inicial não ter sido, de modo específico, a proteção do usuário dos serviços de comunicação, os esforços resultaram em projetos de lei voltado para tal proteção, conforme lecionam Hibner e Rodrigues (2020, p. 3):

> A Lei 12.737/2012 (LGL\2012\4302) – conhecida como Lei Carolina Dieckman – visa à proteção de vítimas de crimes cibernéticos, tipificando como delito a conduta de invasão a dispositivos informáticos alheios, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita de seu titular; e, por fim, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014 (LGL\2014\3339)), que institui princípios, garantias, direitos e de-

veres para o uso da internet no Brasil, além de determinar as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Ainda assim, a tendência de regulamentação específica do meio digital e das relações ali estabelecidas teve um avanço significativo com o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). A norma pareceu, em um primeiro momento, ser a solução efetiva para tal lacuna legislativa, mas com a evolução tão acelerada da tecnologia e a amplitude do acesso à rede de internet, as brechas tornam a aparecer. Somente a partir Lei 13.709/2018 foi estabelecido no Brasil um regime geral de proteção de dados pessoais, o qual contempla um conjunto de leis que cuida da tutela da informação, estabelecendo princípios, direitos, deveres e remédios para salvaguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade (HIBNER; RODRIGUES, 2020, p. 3).

A denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, materializada na Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, causou impacto em todos os segmentos que fazem uso de dados pessoais, mesmo fora do universo online. O objetivo da lei é tornar cada indivíduo titular de seus dados, entendendo a razão da coleta e decidindo se autoriza ou não o acesso a eles, seja para o setor público ou privado, inclusive o setor da saúde.

Dessa forma, essa legislação foi capaz de conferir a unidade e a sistematicidade que faltavam no que tange à matéria, de modo que suas disposições são aplicáveis horizontalmente a qualquer operação de tratamento de dados realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, buscando impedir que os dados sejam indevidamente utilizados tanto por instituições privadas quanto públicas (HIBNER; RODRIGUES, 2020, p. 3).

Para Bruno Ricardo Bioni (2019, p. 134), a lei geral de proteção de dados brasileira integrou em seu texto os mandamentos constitucionais da proteção do consumidor e da dignidade. Já nas primeiras disposições, são evidenciados os objetivos da lei, como proteger os direitos fundamentais, garantir o exercício do livre desenvolvimento da personalidade e estimular o desenvolvimento econômico tecnológico.

Dessarte, o principal vetor para os propósitos legais é franquear ao cidadão controle sobre seus dados, para além do consentimento, almeja-se

assegurar que o fluxo informacional atenda à sua legítima expectativa. A partir do consentimento, como manifestação livre de vontade, é possível averiguar se a coleta, processamento e armazenamento dos dados pessoais é legal e necessária.

Inclusive, é interessante notar que, na primeira versão do anteprojeto de lei de 2010, o consentimento era a única base legal para o tratamento de dados pessoais. No entanto, o texto de lei aprovado e sancionado, posicionou o consentimento do usuário como sendo uma das hipóteses legais[161], não na cabeça do dispositivo (BIONI, 2019, p. 185). Isso se torna justificável uma vez que a tecnologia passou a fazer parte do cotidiano dos indivíduos, sendo associada a serviços essenciais, ocasião em que o usuário, consequentemente, torna-se dependente do consentimento.

Isto posto, nota-se a amplitude que recebeu a noção legal de privacidade, abarcando o direito de gerenciar informações pessoais e de determinar o modo de construção da própria esfera particular, sendo associado ao termo as bases da autodeterminação informativa[162]. Assim, além da proteção à vida íntima, a privacidade deve abranger o direito do indivíduo

161 Segundo o artigo 7º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: "O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente".

162 De acordo com disposição do artigo 2º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: "A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: II - a autodeterminação informativa".

de controlar a coleta e a utilização de seus dados pessoais, garantindo-lhe liberdade e poder de decidir e agir sobre o uso de suas informações (HIBNER; RODRIGUES, 2020, p. 4).

Assim como ocorreu com o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados não será um instrumento legal plenamente estável, uma vez que essa disciplina vive em uma constante evolução, exigindo que o ordenamento jurídico brasileiro permaneça vigilante para os desenvolvimentos tecnológicos que cotidianamente interferem na vida íntima dos cidadãos, nas formas de trabalho e de ensino, nas cidades e na economia (MENDES; DONEDA, 2018, p. 481).

Além disso, alguns fenômenos sociais, econômicos e culturais deflagram um cenário ainda mais complexo no que diz respeito à proteção de dados. Os primeiros a serem colocados diante dessas particularidades são os Tribunais, que naturalmente encontram certa dificuldade ao julgar os casos envolvendo a matéria. Um exemplo dessa situação fática é a pandemia do Coronavírus que vem assolando o mundo desde 2019, obrigando diversos países a buscarem estratégias para evitar o colapso do sistema de saúde.

Muitos desses países estão fazendo uso dos dados pessoais para o controle e combate dessa doença respiratória. A partir da utilização desses dados busca-se monitorar o contingente de pessoas infectadas, bem como, identificar aquelas pessoas em contato com o público infectado. Para além disso, procura-se mapear as regiões mais afetadas para a realização dos testes.

2. AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA COVID-19 E A PONDERAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

No final do ano de 2019 o mundo todo foi surpreendido pela eclosão de uma nova síndrome respiratória de fácil contágio e de elevada mortalidade. Segundo pesquisas, o aparecimento da doença ocorreu na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China, sendo datada de 11 de janeiro de 2020 a primeira morte de um cidadão dessa localidade em razão do vírus, identificado como Coronavírus, possuindo 95% de similaridade com a Coronavírus que afeta os morcegos e 70% de familiaridade com o vírus Sars-Cov (SINGHAL, 2020).

Ainda, no dia vinte 20 de janeiro de 2020 foi detectada a transmissão para outros países. No que se refere ao Brasil, pouco mais de um mês depois, em 26 de fevereiro de 2020, foi relatado o primeiro caso de COVID-1, já a primeira morte ocorreu em 16 de março. Atualmente, até 02 de abril de 2021, foram confirmados no mundo 129.215.179 casos confirmados e 2.820.098 mortes. No Brasil, as estatísticas apontam 12.748.747 casos confirmados e 321.515 óbitos, conforme dados a Organização Mundial da Saúde[163] (OMS, 2021).

Por efeito da acelerada transmissibilidade e, consequentemente, dos elevados números de sujeitos contaminados pelo vírus, grande parte dos países do mundo aderiram à sistemas de distanciamento social. Nos cenários mais calamitosos foi adotado o lockdown, que consiste no fechamento de todo comércio que não preste serviço essencial, buscando diminuir a curva de contágio e evitar o colapso do sistema de saúde (WALKER et al., 2020, p. 12).

Diante das especificidades exigidas nesses tempos de pandemia mundial, como as medidas de isolamento social, visualizou-se uma grande expansão no uso da tecnológica. Nos ambientes laborais e de ensino o mundo se viu obrigado a atuar na forma de *home-office* e exercer a comunicação de forma virtual. Ainda, o potencial uso das ferramentas de tecnologia da informação no controle e combate ao Coronavírus suscitou intensos debates acerca do acesso e manejo de dados pessoais por órgãos governamentais brasileiros.

Indubitavelmente, não há como se falar em um direito absoluto e irrestrito presente na legislação brasileira, tanto o direito à privacidade e a proteção de dados, quanto o direito à vida e à saúde, são direitos fundamentais e sociais igualmente previstos na Carta Magna, de modo que, havendo colisão entre eles, deve-se recorrer à técnica da ponderação, exercendo um exame, a partir de condições particulares do caso fático, de qual interesse deve ser priorizado.

> Há de se prestigiar uma perspectiva de coexistência dos interesses em jogo e não de exclusão de qualquer dos polos da equação. Proteger o interesse coletivo não implica excluir a necessária pro-

163 Dados atualizado até a data de: 02 de abril, 22:45h.

> teção da pessoa natural, especialmente num estado de grave vulnerabilidade. (SILVA; MODESTO; EHRHARDT JÚNIOR, 2020, p. 596).

A coleta, processamento e compartilhamento de dados, de acordo com as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, deve observar e assegurar a proteção da privacidade e autodeterminação individual. Por outro lado, a efetivação de uma política de combate ao Coronavírus retrata a proteção à vida e é de interesse coletivo. Diante desse quadro calamitoso, resta ao Judiciário exercer seu encargo de ponderação.

Nessa conjuntura, a presente pesquisa busca analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, onde as ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 foram levadas a julgamento conjunto, versando juntamente sobre a questão da relativização da privacidade dos dados pessoais para controle do Coronavírus.

3. A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRAVES ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Os benefícios que o uso da Tecnologia da Informação trouxe à luta contra o CIVID-19 levantam um amplo debate sobre o acesso, por parte dos órgãos governamentais, aos dados pessoais. Sobretudo, quanto a exceção à regra de consentimento e aos limites plausíveis que justifiquem a relativização das liberdades individuais.

No caso brasileiro, a situação ganhou visibilidade com o teor da Medida Provisória 954, de 17 de abril de 2020, que previa, entre outras ações, a obrigatoriedade de compartilhamento de dados pessoais, quais sejam nome, números de telefone e endereços dos consumidores das operadoras de serviços telefônicos, mediante requisição do poder público. Os dados seriam fornecidos apenas durante o período pandêmico e seriam utilizados, de forma exclusiva, pela Fundação IBGE para a produção de estatísticas oficiais (POMPEU et al., 2020, p. 12).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela suspensão da eficácia da Medida Provisória diante do seu caráter impreci-

so, que gerou receio e diversos questionamentos judiciais. Foram referendadas medidas cautelares, deferidas pela relatora ministra Rosa Weber, em cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393), baseadas no entendimento de que o compartilhamento previsto no dispositivo jurídico viola o direito constitucional à intimidade, à privacidade e ao sigilo dos dados.

Então, como resultado, o ato normativo teve sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, para prevenir "danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel" (BRASIL, 2020). O presente caso foi decisivo para o progresso da tutela de dados pessoais no Brasil, transcendendo a proteção dos "dados íntimos".

Quanto aos argumentos de uma segunda perspectiva, aqueles que defendiam que a Medida era legitima e necessária, alegavam que se tratava meramente de dados cadastrais (nomes, endereços e telefones), não abrangidos pelo sigilo bancário. Dessa forma, não havendo nenhuma violação a direitos fundamentais, visto que seria como adquirir uma lista telefônica. Argumentou-se, inclusive, acerca da seriedade do IBGE, jamais sendo retratado na história um vazamento de dados envolvendo o órgão governamental.

Na decisão, os Ministros citaram as antigas listas telefônicas impressas contendo nomes, telefones e endereços dos assinantes dos serviços de telefonia, mas recordaram que, primeiramente, era facultado aos usuários optarem pela exclusão dos próprios dados das listas, ainda assim é crucial reconhecer que o que podia ser feitos a partir da publicitação de tais dados pessoais não se compara ao que pode ser feito na atualidade (BRASIL, 2020). Evidenciando que, no contexto de desenvolvimento tecnológico contemporâneo, não há como se falar em dados insignificantes ou dados neutros.

Os julgadores reconheceram, também, que os dados foram fornecidos às empresas como condição indispensável para aquisição do serviço, então o compartilhamento dos mesmos com qualquer entidade pública deve observar parâmetros de proporcionalidade, necessidade e adequação.

No entanto, a Medida 954/2020 não foi precisa em definir como e para qual fim serão utilizados os dados, somente referiu a produção de estatísticas mediante a realização de entrevistas não presenciais, ou seja, tem

sua finalidade tratada de modo genérico e impreciso. Por fim, o ato normativo sequer aborda a adoção de mecanismos de segurança para reduzir o risco de acessos e usos inadequados.

O presente caso, exibe claramente o papel decisivo assumido pelo poder judiciário na solução dessas controvérsias, bem como na proteção dos direitos individuais. Mais do que protagonismo judicial, esse contexto decisório é um indício de que as ações adotadas pelo Poder Executivo não estão sendo suficientes para provocar a coesão de esforços que se espera em um momento tão delicado na saúde pública (POMPEU et al., 2020, p. 12).

É crucial, que a tutela da privacidade dos titulares dos dados pessoais e a tutela da saúde e da vida da população, sejam equilibradas e compatibilizadas, buscando-se, de acordo com circunstâncias do caso concreto, a solução que assegure a máxima realização de ambos os direitos, com menor custo aos interesses envolvidos (HIBNER; RODRIGUES, 2020, p. 4). Imprescindível, também, estabelecer parâmetros de nitidez, no sentido de impor termos a essas medidas, seja em referência a duração, seja acerca de supervisão legal, para esse contexto de calamidade pública não nos faça incidir em posterior excedente.

CONCLUSÕES

Os contextos jurídicos, no cenário de urgência decorrente da crise sanitária da pandemia Coronavírus, devem ser analisados com máxima cautela pelos julgadores, uma vez que, mesmo nas situações de processamento e compartilhamento de dados destinados ao bem comum da população e à proteção da vida, devem ser observados certos limites e parâmetros legais, a fim de que se evite lesões às garantias individuais.

Por conseguinte, é imprescindível a atuação específica do poder judiciário para evitar que, em meio à necessidade de formulação de políticas públicas, as quais certamente demandam dados específicos para planejamento do enfrentamento, essas iniciativas sejam invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias previstas na Carta Magna brasileira.

Conforme analisado na decisão supramencionada, o direito à intimidade e o sigilo dos dados pessoais não são absolutos e, evidente-

mente, podem sofrer limitações, dependendo do caso concreto posto em julgamento. Nada obstante, uma medida dessa natureza demanda uma base jurídica efetiva e precisa, com fundamento em providências mínimas de caráter assecuratório e objetivos contundentes, sob pena de serem legitimadas intervenções indevidas na vida privada dos brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIASSOTI, L. R.; SANTOS, S. S. **Lei Geral de Proteção de Dados em Tempos de Covid-19**: Análise da medida provisória nº 954/20. Colloquium Socialis, 2020. Disponível em: <http://www.unoeste.br/Areas/Eventos/Content/documentos/EventosAnais/564/anais/Sociais%20Aplicadas/Direito.pdf#page=218>. Acesso em: 30/01/21.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, R. O.; LOPES, N. **Lei Geral de Proteção de Dados no setor público**: Transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. CADERNOS JURÍDICOS (EPM), v. ano21, p. 171-178, 2020.

BODIN de MORAES, Maria Celina; QUINELATO, J. **Autodeterminação informativa e responsabilização proativa**: Novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP. Cadernos Adenauer (São Paulo), v. 3, p. 1-17, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/41132175/Autodetermina%C3%A7%C3%A3o_informativa_e_responsabiliza%C3%A7%C3%A3o_proativa_novos_instrumentos_de_tutela_da_pessoa_humana_na_LGDP>. Acesso em: 22/01/21.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6387.** Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 24.04.2020, DJe 28.04.2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. 6 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noti-

cias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FORTES, Vinícius Borges. **O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil**. Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: UNESA, 2015, 225p.

GREGORI, Maria Stella. **Os Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na Saúde Suplementar**. Revista de Direito do Consumidor, v. 127, p. 171-196, 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1268/1189>. Acesso em: 20/01/21.

HIBNER, Davi Amaral; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Parâmetros para a proteção de dados pessoais em tempos de pandemia**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 8, p. 1, 2020. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/Parametrosparaaprotecaodedadospessoaisemtemposdepandemiа.pdf>. Acesso em: 17/01/21.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **STF reconhece direito fundamental à proteção de dados**: Comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. Revista de Direito do Consumidor, v. 130, p. 471-478, 2020. Disponível em: <https://www.academia.edu/43983255/STF_reconhece_direito_fundamental_%C3%A0_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_coment%C3%A1rios_sobre_o_referendo_da_Medida_Cautelar_nas_ADIs_6387_6388_6389_6390_e_6393>. Acesso em: 28/01/21

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados Revista do Direito do Consumidor.** n. 120, São Paulo: Ed. RT, p. 369-483, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1116>. Acesso em: 30/01/21.

POMPEU, João Cláudio Basso et al. **O Uso de tecnologia da informação para o enfrentamento à pandemia da Covid-19**. Repositó-

rio do Conhecimento do Ipea, [s. l], v. 38, p. 01-22, jul. 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10108>. Acesso em: 28/01/21.

RIHL, Rubens. **A autoridade nacional de proteção de dados**: evolução legislativa, composição e atuação. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 117-127. 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142289>. Acesso em: 30/01/21.

SILVA, G. B. P.; MODESTO, J. A.; EHRHARDT JÚNIOR, MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE. **O tratamento de dados no combate à Covid-19**: dilemas entre o interesse público e o direito à privacidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. RJLB - Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 6, p. 571-609, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_0571_0609.pdf>. Acesso em: 28/01/21.

SINGHAL, Tanu. **A Review of Coronavirus Disease- 2019** (COVID-19). In: The Indian Journal of Pediatrics. v. 87, 281-286. doi: 10.1007/s12098-020-03263-6.

SOUZA, T. S. C.; SOUZA, C. L.; SIGNOR, G. Pandemia e violência: uma análise sobre os índices de violência contra a mulher durante a pandemia do covid-19 no Brasil. In: Dionis Janner Leal; Emerson Luiz de Souza Rodrigues; Lenise da Silva Zanato. (Org.). **Direito penal, dano social e democracia**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, v. 1, p. 387-406.

VAZ-FERREIRA, Luciano; BACH RODRIGUES, Filipe. **Direito à privacidade e vigilância epidemiológica no contexto pandêmico da COVID-19**: uma questão de proteção de dados. Interfaces Científicas - Direito, v. 8, p. 365-376, 2020. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/9720/4364>. Acesso em: 20/01/21.

VIEIRA, Débora Manke; BON VECCHIO, Fabrízio. **Tratamento de Dados em uma Perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados Durante a Pandemia de COVID-19**. Revista Ilustração, v. 1, p. 7-17, 2021. Disponível em: <http://journal.editorailustracao.we-

b36f03.kinghost.net/index.php/ilustracao/article/view/5/4>. Acesso em: Acesso em: 20/01/21.

WALKER, Patrick G.T et.al. **Report 12**: The GlobalImpact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression. Londres, UK: Imperial College COVID-19 Response Team. 2020. Disponível em: <https://spiral.imperial.ac.uk:8443/bitstream/10044/1/77735/10/2020-03-26-COVID19-Report-12.pdf>. Acesso em: 30/04/21.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO – Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard**. 2020b. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 02/04/21.

SAÚDE E PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: A INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL COMO ESTRATÉGIA DE SEU ENFRENTAMENTO NO ESPAÇO LOCAL

Adriane Medianeira Toaldo[164]

INTRODUÇÃO

O ano de 2020 será marcado como aquele em que surgiu a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), decretada pela Organização Mundial da Saúde, a qual, além de um número alarmante de mortes que continuam acontecendo, infectou milhões de pessoas no mundo inteiro, colocando em colapso a maior parte dos sistemas de saúde, sejam eles públicos ou privados.

Além disso, os impactos econômicos da propagação do vírus foram devastadores, pois empresas tiveram que fechar, trabalhadores perderam seus empregos, governos tiveram que dispor de muito dinheiro para ajudar a população, comprometendo as finanças públicas e muitos setores importantes da economia interromperam suas atividades.

A par dos esforços dos governos federais e estaduais, o grande enfrentamento à pandemia ocorreu nos espaços locais e o poder público muni-

164 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Campus Santa Maria – RS.

cipal teve a gigantesca tarefa de equilibrar direitos que, no momento, se mostraram contraditórios, como o direito à saúde e o direito ao trabalho. Coube aos municípios estabelecer políticas de saúde para que pudessem ser ofertados leitos e uma estrutura de saúde condizente com a demanda. A boa notícia é que a sociedade civil se mobilizou e participou deste movimento, trabalhando em conjunto com o poder público municipal na solução dos enormes desafios que surgiram.

A pandemia gerou uma demanda de articulação entre a sociedade civil e o poder público, que estava sendo esboçada em alguns setores das comunidades e dos estudos acadêmicos, mas que ainda estava longe de ser concretizada. A propagação da Covid-19 acelerou este processo e ajudou a redimensionar esta relação.

Este trabalho tem o objetivo de contribuir para a análise deste fenômeno, procurando as respostas entre os doutrinadores que se dedicaram ao assunto, ao mesmo tempo em que pontua como a cooperação e a integração entre os municípios e a comunidade foi e está sendo a melhor maneira de enfrentar a problemática decorrente da pandemia.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, mas com conteúdo exploratório, engendrada sob a metodologia hipotético-dedutiva, que parte de considerações gerais acerca do tema para se debruçar ao estudo da realidade específica.

O artigo está dividido em três partes. A primeira contempla considerações a respeito da evolução do Estado e da sua relação com a sociedade civil. A segunda aborda a importância do espaço local como *lócus* privilegiado de atuação da esfera pública e insere o princípio da subsidiariedade como o fundamento político-administrativo desta estratégia. A terceira destaca como necessidades imperativas da relação do Estado e da sociedade civil a cooperação e a integração, conceitos que melhor fundamentam a prática comunitária na pandemia.

1. A NATUREZA DAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL: UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA

Desde as primeiras civilizações, as diferentes composições da sociedade civil necessitaram de um órgão regulador que estabelecesse níveis

de poder e de organização. Este poder estatal, se constituía como uma força inerente aos grupamentos sociais e, ao mesmo tempo, se apresentava como algo que representava todo o corpo social. O Estado constitui uma figura abstrata criada pela sociedade no sentido de regulamentar e preservar o interesse público, a paz, o bem-estar e o interesse social. O Estado Moderno representa um momento de grande evolução histórica, pois foi capaz de unir diferentes feudos em uma nação, consagrando a figura de seu rei e alcançando um desenvolvimento sem precedentes na história (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1988).

Diversos pensadores elaboraram teorias no sentido de explicar a origem deste Estado Moderno. Os contratualistas explicavam que, antes da formação estatal, a sociedade vivia em uma espécie de estado da natureza, sem segurança nenhuma e em permanente condição de guerra; oferecia liberdade ao homem, mas não garantia sua estabilidade nem o domínio da propriedade. Foi necessário elaborar um contrato social, em que a sociedade abria mão de suas prerrogativas para garantir a paz social, aceitando submeter-se ao domínio do Estado (BOBBIO, 2001).

Desde o seu surgimento, o Estado Moderno passou por várias transformações, decorrentes das mudanças socioeconômicas e da própria adequação do direito às fontes de poder, pois cada sociedade estabelece significados e papéis atribuídos à norma jurídica, bem como sobre as fontes jurídicas, a relação entre as normas e o conjunto social e o poder das decisões (PERLINGIERI, 2008).

O Estado absolutista expressava bem a teoria de Hobbes. Se o homem é o lobo do próprio homem, somente pode haver uma sociedade se houver Estado. E, se houver Estado, o poder precisa estar concentrado no soberano, para que ele possa legislar sem estar limitado, decidir sem precisar consultar e julgar sem ser julgado (HOBBES, 2000).

Na Revolução Francesa, a noção absolutista de Estado perde força, seguindo as ideias de Locke e fortalecendo a ideia de sociedade civil que, neste momento pode retornar a decidir sobre as questões de direito, pois o contrato social agora trabalha em função da soberania popular. Aqui nasce o direito natural, que estabelece uma densa rede de limites ao executivo e ao legislativo, através de uma constituição solidamente implantada. Esta mudança estava ligada às ideias liberais de autorregulação econômica sem

a intervenção do Estado, pois a sociedade teria autonomia para produzir e comercializar os bens que julgasse necessários (TAYLOR, 2010).

Este novo modelo preconizava a separação dos poderes (aqui verifica-se a importância de Montesquieu) e a liberdade individual cuja proteção seria tarefa do Estado. Há uma nítida separação entre sociedade civil e Estado, mediada pelo direito. Promovem-se as garantias individuais, a democracia surge como ideário de soberania da nação e o Estado se reduz a um patamar mínimo de proteção das garantias (STRECK; MORAIS, 2001).

O Estado liberal sucumbe diante de suas próprias contradições, pois a liberdade não impediu que se aprofundasse a miséria e naufragassem os direitos individuais. A desregulação econômica gerou as crises econômicas que só poderiam ser resolvidas ou amenizadas com a intervenção estatal. Os próprios liberais tiveram que abrir mão de sua convicção de Estado Mínimo.

Surge então o Estado Social ou de bem-estar social, que resultou de movimentos opostos, mas convergentes. De um lado, havia uma burguesia que não tolerava mais sofrer impactos das crises econômicas. De outro, trabalhadores simpatizantes de causas socialistas. A luta destes dois grupos gerou um Estado liberal em sua essência, mas com forte componente social, com garantia de direitos (BONAVIDES, 1972).

O Estado de Bem-Estar social permaneceu ativo até que seu modelo começou a ser questionado em função de seu protecionismo e entrave para a organização econômica, tornando-se um elefante branco difícil de administrar. Tal situação justificou o surgimento de ideias de cunho privatizante e a transferência de atividades para a iniciativa privada. Estava nascendo o Estado Neoliberal (SARMENTO, 2008).

O neoliberalismo enfraqueceu o poder do Estado e transferiu boa parte dos seus ativos para os grupos econômicos, que passaram a ser responsáveis pela organização da maior parte das atividades econômicas, ainda que reguladas pelo poder estatal. Porém, o neoliberalismo incorreu na perda progressiva de direitos sociais (BOBBIO, 1992).

Passada a fase neoliberal, o Estado encontrou uma nova forma de se constituir, agora como Democrático e de Direito, recuperando a força estatal e proclamando a ideia de que o desenvolvimento econômico passava pela inclusão de todos e pelo fortalecimento da atuação do Estado em

favor da igualdade. Este é o Estado contemporâneo, criado para promover a dignidade humana (TAYLOR, 2010).

O Estado Democrático e de Direito é considerado como a forma mais organizada e evoluída em termos estatais, pois está centrada no ordenamento constitucional e na atenção aos direitos do cidadão. A Constituição constitui a força normativa que está no ápice do sistema e dela derivam todos os demais ordenamentos, que efetivam os direitos sociais, fundamento de toda a normatização. (TUTIKIAN, 2004).

Um Estado que é constituído por duas palavras-chave (democracia e direito) é um Estado voltado para o cidadão e para a sociedade civil, a mesma que o organizou e que precisa estar alerta para manter o Estado neste patamar, visto que a ação inescrupulosa e até mesmo criminosa de alguns grupos tem promovido uma certa privatização a favor de seus interesses.

O Estado Democrático e de Direito pressupõe que a organização estatal esteja capacitada para atender os anseios da população. Além disso, este tipo de organização política pressupõe a ação da sociedade civil organizada, tanto na formulação e defesa de seus direitos quanto na fiscalização da ação pública ou, melhor dizendo, das políticas públicas.

O Estado de Direito promove a oferta de direitos fundamentais sociais, como a saúde, por exemplo, cuja máxima encontra-se no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "a saúde é um direito de todos e um dever do Estado". Com base nessa premissa é que o atendimento aos pacientes da Covid-19 ocorreu em todo o Brasil, através do Sistema Único de Saúde (SUS), sem qualquer tipo de discriminação, em consonância com o princípio da igualdade, também encontrado na mesma Carta Política.

Com base nestas premissas, o Estado e a sociedade civil engendram novas relações, redimensionando a ordem política e passando a existir um protagonismo da segunda, que passa de expectadora para atriz do processo social, tanto na concepção como na garantia de novos direitos. Os membros da comunidade transformam-se em sujeitos de poder e rompe-se um monismo do Estado que perdurava por séculos. Está inaugurada a era do pluralismo político, no qual diferentes vozes articulam sobre suas questões, suas preocupações, de sua importância dentro da grande diversidade que se tornou a arena social (VOLKMER, 1997).

Foi justamente a inserção da sociedade civil nas ações de combate à pandemia que geraram resultados positivos para a saúde pública. Assistiu-se à organização de hospitais de campanha, foram feitas campanhas de doação de equipamentos de proteção e de tecnologia de respiração, arrecadadas cestas básicas, grandes administradores de empresas privadas doaram milhões de reais para o poder público e ainda se dispuseram a contribuir com seu conhecimento na gestão destas doações. São exemplos de protagonismo que mostram a importância de ações conjuntas entre a sociedade e o Estado.

Este é o caminho da democracia, na qual sociedade e Estado desenvolvem novas formas de atuação política e social que valorizam a potencialidade dos atores que surgem em cena. Está montado o palco de uma nova era, que a participação na condição de cidadão é que decidirá os rumos do país. Esta movimentação prova que a democracia não é uma condição estática, mas está sempre em evolução. Quando um direito é conquistado, parte da luta está vencida, pois ainda há de se batalhar pela sua efetivação. E decorrem novos direitos em uma sociedade que se reinventa, fundada na dignidade humana, sempre apta a alcançar novos patamares. O que era justo quando se proclamou a Constituição em 1988 hoje pode estar ultrapassado, exigindo uma atualização constante das leis (MORAIS, 1996).

Quando se fala em sociedade civil organizada, a ênfase recai sobre os movimentos sociais, de diferentes naturezas, que se organizam para garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a ideia de uma cidadania ativa, buscando a implantação e o controle das ações estatais. Trata-se de um novo contrato social, que reconstrói o espaço-tempo da deliberação democrática na execução das políticas públicas, previsto inclusive na Carta Cidadã, que em seu inciso II, do artigo 204, prevê "a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis" (BRASIL, 1988).

Neste novo modelo sociedade civil organizada e Estado se reinventaram. É por este motivo que se fala em redimensionamento das relações entre Estado e sociedade civil, porque os dois polos da relação se reinventaram, a partir da premissa de que existem direitos sociais fundamentais a serem garantidos e que estes devem advir da participação política da cidadania (LEAL, 2008).

Parte desta nova conjuntura depende de um novo tipo de cidadão, que vota e fiscaliza as ações de seus representantes no Poder Executivo e no Poder Deliberativo, que responde ao chamado nas consultas populares, que se organiza em sua rua, seu bairro e seu município, que participa dos debates sobre o que está acontecendo no seu país e no mundo. O que define a nova cidadania é a ideia de participação política em diferentes níveis de atuação (QUIROGA, 2006).

Após delinear os contornos da natureza do Estado e da sociedade civil enquanto abordagem moderna da sociedade brasileira, se analisa a relação entre Estado e Sociedade Civil no espaço local, como lócus privilegiado de atuação política.

2. O ESPAÇO LOCAL COMO LÓCUS PRIVILEGIADO DAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL: O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A organização política da sociedade começa primeiramente no espaço local. É na rua onde mora, no bairro que trabalha, estuda ou desenvolve outras atividades, no município que reside que o cidadão entra em contato com a dimensão efetiva dos seus direitos. Por mais centralizado que seja um Estado, suas ações realmente têm impacto no posto de saúde, na escola, na segurança pública e nos demais serviços que presta à população.

Nem sempre o espaço local foi visto assim. Por muito tempo, ele foi relegado a uma condição secundária. No Brasil, somente a partir de 1988 ele passou a ser considerado ente federado, com a remodelação do pacto federativo, que ele passou a entrar na pauta das decisões públicas (BRASIL, 1988).

Tal fato está ligado diretamente ao debate mundial em torno da importância do espaço local e da necessidade de se redimensionar o pacto federativo, dando maior autonomia às comunidades para que tomem suas próprias decisões, elaborem suas leis e decidam de que maneira querem viver e que direitos querem garantir.

O poder local é aquele que está mais próximo das necessidades e reivindicações dos cidadãos. Para ser efetivado ele depende da autonomia, que necessita ser efetivada através da aceitação do controle do Estado neste espaço, atribuindo-se competências e tarefas para o Município como ente

federado. Esta autonomia fortalece as relações com a sociedade, pois é no âmbito local que ocorre a descentralização dos serviços públicos e o empoderamento do cidadão (BARACHO, 1996).

A ideia de autonomia coaduna com a de interesse local, em que há predominância, mas não exclusividade, sobre assuntos que dizem respeito àquela região. São os direitos imanentes à área em que atua o município, mas que também afetam o Estado e a União, pois não se compreende que determinado interesse público possa ser somente da população residente (MEIRELLES, 2001).

O caso da saúde ilustra bem este paradoxo, pois o bem-estar de uma determinada comunidade não diz respeito apenas a ela, mas envolve o conjunto de políticas públicas do setor, que deve ser garantido através de cooperação e interação com os demais entes federados, no caso, o Estado e a União. Interesse local e autonomia constituem, então, duas vertentes do tripé que redimensionam a atuação em âmbito local. A terceira vertente surge necessariamente da participação do cidadão nas decisões públicas (legislativas e administrativas), que implica em maior democratização e na própria redefinição do papel da União e dos Estados, que passam de agente executor e fiscalizador a repassador de recursos e fomentador das ações executadas no âmbito local e em conjunto com a sociedade civil (HERINGER, 2002).

Para que se possa valorizar o município como espaço prioritário de ação política do Estado e da sociedade, cuja relação foi redimensionada pelo Estado Democrático e de Direito, a melhor estratégia consiste em aplicar o princípio da subsidiariedade, que pressupõe que as relações entre os entes federados devem partir do menor para o maior. A subsidiariedade engendra a relação recíproca entre entes federados, o que proporciona que cada um seja auxiliado quando necessário e, em sentido oposto, que não seja auxiliado quando desnecessário (MARTINS, 2003). Diante de um caso real, o sujeito/ente mais "forte" somente poderá se imiscuir na esfera do sujeito/ente menos "forte" (ou mais fraco), se de modo cooperativo e quando este não conseguir, de forma igualmente adequada (eficaz e eficiente), resolver a uma questão, e tão somente pelo tempo necessário à "normalização" da situação enfrentada; uma vez que ele consiga solucionar a situação por suas próprias forças, o ente mais "forte" não deve se aprofundar na relação, sob pena de violar o princípio (BARACHO, 1996).

O termo subsidiariedade estaria ligado à autonomia dos poderes locais e a uma lógica de descentralização político-administrativa, sendo viável reconhecer que sem descentralização não há subsidiariedade, não obstante possa haver descentralização sem subsidiariedade. Autonomia e fortalecimento do poder local são condições de existência deste princípio, pois implica em uma relação em que não haja dominação, controle ou ingerência administrativa (MARTINS, 2003).

A consagração do poder local através da subsidiariedade fortalece as competências do município, conforme se desprende da Constituição Federal. É importante salientar que, em um país de dimensões continentais, como é o caso do Brasil, a subsidiariedade ainda apresenta a vantagem de respeitar as características locais em sua aplicação.

Os municípios brasileiros, de um modo geral, possuem inúmeras diferenças culturais. Por isso, é seguro afirmar que a subsidiariedade opera como um fator de distribuição (ou redistribuição) de competências entre esferas, enaltecendo aspectos de descentralização das ações e funções, fato este gerador de uma racionalização de que a esfera mais ampla (central) somente realizará uma atividade pertencente à esfera local (menos ampla) nos casos em que esta não for capaz de adimpli-los (QUADROS, 1995).

A descentralização política, legislativa e administrativa que confere autonomia ao poder local decorre da aplicação do princípio da subsidiariedade, mas que também participa do redimensionamento da relação entre sociedade civil e Estado, pois quanto menor o espaço maior a oportunidade de integração entre a comunidade e o poder público (BARACHO, 1996).

Neste ponto, ressalta-se a importância de a sociedade civil estar organizada, pois ela é quem sabe das necessidades da população em diferentes áreas de atuação. Quando isto acontece, há uma ressignificação do que seja público, pois esta esfera não pertence mais ao cidadão, mas faz parte de uma nova inter-relação entre o ente estatal e a comunidade, em que a ação que envolve interesses coletivos diz respeito a todo o corpo social, promovendo um conjunto de direitos que perpassa a simples organização estatal, mas diz respeito à totalidade da teia social na solução de problemas comuns a todos (BUCCI, 2006, p. 59).

Essa nova configuração se ajusta perfeitamente aos meandros do Estado de Direito Social e Democrático, no qual se supõe previamente uma nova funcionalidade dos governos e administrações locais, que ao gerir os

interesses coletivos não se impõem aos cidadãos, mas propiciam formas ou medidas que conduzam à colaboração da sociedade na elaboração dos critérios que pautam a efetivação dos interesses públicos locais (ARANA, 2005).

As comunidades locais podem colaborar no controle e implementação de políticas públicas de saúde, reduzindo a necessidade de serviços sociais através do financiamento público. Para que isso seja possível, as comunidades necessitam de condições mínimas, o que pode ser consolidado através da disponibilidade de instituições e equipamentos públicos locais, espaços públicos adequados, participação e deliberação nas decisões públicas (legislativas e administrativas), etc.

Nessa nova esteira, o espaço comunitário diz respeito àquilo que é coletivo, ou seja, de todos, constituindo, portanto, uma figura do público não estatal, que alcança uma dimensão maior do que instituído em nível governamental. O espaço público, por outro vértice, "é mais amplo do que o estatal, já que pode ser estatal e não estatal". Nesses termos, "é público o espaço que é de todos e para todos. É estatal uma forma específica de espaço ou de propriedade pública: aquela que faz parte do Estado. É privada a propriedade que se volta para o lucro ou para o consumo dos indivíduos ou dos grupos" (BRESSER PEREIRA, 1999).

A ingerência do cidadão nos negócios públicos constitui uma forma avançada de cidadania e entendimento do que vem a ser a comunidade, pois as decisões tomadas nesta esfera afetam a todos, os quais, justamente por serem membros interessados e afetados, possuem o direito de exercer influência sobre o governo na tomada de decisões (ARAÚJO, 2010).

Após estabelecer as conotações do princípio da subsidiariedade e sua implicação em âmbito local e, em especial, no delineamento das políticas públicas de saúde, na sequência apresentam-se os fundamentos da cooperação entre Estado e sociedade civil no enfrentamento de problemas de grande impacto, como é o caso da pandemia.

3. A COOPERAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL COMO MÉTODO DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO ESPAÇO LOCAL

A pandemia do coronavírus evidenciou que somente uma saúde pública bem estruturada pode oferecer as respostas que a sociedade espe-

ra, tanto de enfrentamento da pandemia com recursos humanos, físicos e tecnológicos, quanto para apostar em tratamentos inovadores, como é o caso das vacinas e dos remédios que estão sendo estudados. O desenvolvimento de um grande número de vacinas e em tempo recorde somente foi viabilizado em decorrência da parceria do poder público com a iniciativa privada. Nessa união conjunta de esforços, surgem dois conceitos importantes: cooperação e integração, tanto da sociedade civil como do Estado como dos próprios entes que compõem a federação. No Brasil, conforme postulado na Constituição Federal, cuidar da saúde da população constitui um atributo ou competência comum da União dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (artigo 23, inciso II CF/88).

Por cooperação entende-se compartilhar a responsabilidade por ações que sejam destinadas ao bem comum, sem substituir aquilo que um dos participantes possa realizar, deixando de atuar quando for restabelecida a sua capacidade de intervenção. Deste postulado decorre a segunda ideia, que é a de integração, visto que o princípio da subsidiariedade não implica a superação dos espaços representativos institucionais, uma vez que, quando a sociedade se auto-organiza, não se exclui o princípio da unidade política, pelo que se procura realizar, por meio do consenso, é a efetivação de uma pluralidade (BARACHO, 1996).

Nesta linha, se está diante de um pluralismo jurídico, em que tanto o Estado como a sociedade possam legislar e participar da organização da esfera pública. Esse pluralismo combina com o desenvolvimento da sociedade atual, globalizada e interpenetrada, que forma o cenário jurídico contemporâneo, no qual novos patamares têm sido criados e utilizados para explicar um mundo em permanente conexão.

A integração parte do pressuposto de que os interesses da sociedade não são incompatíveis com os do poder público, mas também não são incompatíveis entre os próprios entes federados. O conceito de integração foi elaborado por Georges Gurvitch, que sempre considerou possível que as comunidades organizadas pudessem elaborar suas normas, o que ele chamava de direito de comunhão.

O direito social proposto por Gurvitch consiste na produção autônoma do direito, assim como na autorregulação de forma coletiva, pacífica e envolvendo a multiplicidade que se forma no interior dos grupos sociais, pela fusão das consciências individuais, de forma independente do Estado,

integrando os que se tem como "eus" em "nós" (GURVITCH, 2005). Não se apregoa, porém, o fim do Estado, mas o mesmo passa a figurar como apenas mais uma das ordens do direito que também necessitam ser legitimadas pela sociedade (GURVITCH, 1946).

Para que o direito social tenha sua legitimidade garantida, o Estado deve promover o debate entre os grupos sociais, garantindo o exercício da autonomia política dos cidadãos, apoiando a integração social e a realização de fins coletivos, notadamente, a pandemia do novo coronavírus. Por conta disso, de acordo com o doutrinador francês, o direito de integração é compreendido como "um direito social de comunhão", em que os atores sociais participam ativamente dos interesses públicos, seja através de ações ou decisões que influenciam a vida comunitária e política.

Para se entender melhor o conceito de Gurvitch é preciso reiterar a ideia de integração, que pressupõe a superação da ordem normativa oficial, de cunho explicitamente individual, em direção a um caráter mais social e coletivo, sem indícios de hierarquização ou sujeição na organização dos grupos sociais. Integrar significa envolver o indivíduo no grupo estabelecendo obrigações e compartilhando confiança, através do esforço comum e da ajuda mútua (MORAIS, 1997), para que possa criar um conjunto de normas que assegure comunhão moral e ética do grupo.

A partir das ideias de Gurvitch (1932), é possível que a sociedade civil organizada, o poder local e os demais entes federados trabalhem em cooperação e integração para resolver problemas de saúde de grande dimensão, como é o caso da pandemia do novo coronavírus. Aqui, tomou-se a liberdade de executar uma convergência positiva entre o direito integrador de Gurvitch e o princípio da subsidiariedade a partir da compreensão de que, separados por tempos e circunstâncias diferentes, defensores do direito social gurvitchiano e da subsidiariedade, em que pesem suas diferenças, pretendem resgatar a força do poder local e torná-lo efetivo em relação ao grande estado que une a nação. Do menor ao maior e do maior aos menores, será possível inverter a lógica centralizadora que impede a subsidiariedade de se afirmar e o direito social de fortalecer e empoderar as comunidades.

Os conceitos de cooperação e integração não são excludentes, mas complementares e dizem respeito a um postulado simples, o de que devem servir para a autodeterminação de interesses comuns e ao empodera-

mento comunitário. A criação do município como ente federado foi um grande avanço, mas não se constituiu, por si só, em uma garantia de subsidiariedade muito menos em um fato normativo, pois não foi resultado de uma produção normativa social, de ordem integradora, mas obra de um entendimento legislativo progressista.

Ao conferir a responsabilidade pelo atendimento aos interesses públicos, na medida do possível, às "autoridades inferiores", menores e mais próximas ao cidadão, rechaça-se "a absorção de poderes pela autoridade central que aniquila, afinal, a própria liberdade social" (TORRES, 2001, p. 68-69). No que diz respeito à noção de justiça, trata-se de um estimado valor que se associa à subsidiariedade, tendo em vista a compreensão de que uma *injustiça* ocorre quando se retira dos membros de uma sociedade a possibilidade de realizarem, por iniciativa e capacidade próprias, o que poderiam fazer sem interferências (TORRES, 2001).

Quando se fala em cooperação, está se falando em um federalismo cooperativo, no qual os entes se autoajudam em questões nas quais o município não consegue atender toda a demanda da população. Partindo-se dos postulados constitucionais, sob o primado democrático, "os princípios do federalismo e da divisão dos poderes são complementares, pois servem para a resolução do equilíbrio das forças sociais e a diversidade funcional da atividade do Estado", ou seja, é indispensável à conjugação do "critério funcional" com o "critério espacial" nas atribuições específicas de competências (KRELL, 2008, p. 40-41).

Para Krell (2008, p. 47), o federalismo cooperativo busca "compartilhar tarefas de forma que há uma mistura entre as atividades dos níveis de governo; nele tornam-se necessários mecanismos que viabilizem ações conjuntas nas políticas, garantindo-se a representação e participação de todos os atores federativos".

O compartilhamento de atribuições e competências entre todos os entes federativos, além da sociedade civil organizada, pode contribuir para o incremento das demandas de saúde, como é o caso do novo coronavírus. O ativismo comunitário, isto é, a participação da sociedade civil organizada e da comunidade em âmbito local nas políticas de saúde, notadamente as provenientes da Covid-19, enaltecem o papel do Estado na concretização dos direitos sociais à saúde. Portanto, o ideal é não priorizar

o público, nem o privado, mas o coletivo, isto é, a comunhão de esforços entre o Estado e a sociedade civil na busca de alternativas e soluções em nível local para o enfrentamento da pandemia derivada da Covid-19, forte no princípio da subsidiariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou enfatizar as relações de cooperação e integração que contribuíram sobremaneira na resolução dos problemas de saúde ocasionados pela pandemia do coronavírus (Covid-19). Observa-se diversas ações em que a sociedade civil organizada se mobilizou para fortalecer o sistema público de saúde, através da doação de equipamentos e insumos, da criação de unidades temporárias de saúde, do fornecimento de refeições, remédios e artigos de higiene para as camadas menos favorecidas da população e até mesmo da cogestão de atividades de pandemia com o Estado.

Observaram-se também atividades de cooperação e integração entre os entes federados, através do compartilhamento de informações, distribuição de recursos e ações preventivas contra a pandemia. Um fato que chamou a atenção, embora não tenha sido citado desta maneira, é que foi observado o princípio da subsidiariedade nas ações de enfrentamento, a partir de uma determinação do Supremo Tribunal Federal de que Estados e municípios tinham autonomia para decidir sobre as demandas a serem resolvidas.

A pandemia também ressaltou os valores vigentes no Estado Democrático, pois houve uma preocupação com saúde de todos, sem nenhum tipo de discriminação, mostrando o valor da dignidade humana no atendimento aos pacientes. Também mostrou que somente um sistema de saúde pública consegue dar conta de tamanha demanda, pois em países onde ele é inexistente, os resultados foram bem mais catastróficos.

O ano de 2020 foi de muito aprendizado e de reforço dos valores democráticos que permeiam a sociedade. E mostrou novamente que somente com a relação de troca entre o Estado e a sociedade civil organizada se pode construir políticas públicas de saúde mais eficientes. O mesmo vale para diferentes áreas de atuação da esfera pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANA, Jaime Rodriguez. La participación en la nueva ley de medidas para la modernización del gobierno local. In: LEAL, R. G. (Org.). **Administração pública e participação social na américa latina** (Org.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 186-220.

ARAÚJO, Carlos. República, participação e democracia. In: AVRITZER, Leonardo. (Org.). **Experiências nacionais de participação social.** São Paulo: Cortez, 2010, p. 55-69.

BARACHO, José Alfredo. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varriale et al. v. 1 e v. 2. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. (Org.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BUCCI, Maria Paula Dallari O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

GURVITCH, Georges. **L'idee du droit social:** notion e système du droit social. histoire doctrinal e depuis le XVIII ème. Siècle jusqu'à la Fin du XIX eme Siècle. Paris: Recueil Sirey, 1932.

_____. **La déclaration des doits sociaux**. Paris: LIbrairie Philosophique J. Vrin, 1946.

_____. **La ideia del derecho social**. Granada: Editorial Comares, 2005.

HERINGER, R. R. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J. N.; GOMES, E. C. **Participação social e gestão pública:** as armadilhas da política de descentralização. Belo Horizonte, 2002. p. 75-82.

HOBBES, Thomas. **Leviatã***:* ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D´Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **A administração pública compartida no Brasil e na Itália**: reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p.177-227.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos direitos transindividuais:** O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **A ideia de direito social**: o pluralismo de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUADROS, Fausto de. **Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 1995.

QUIROGA, H. Déficit de ciudadanía y transformaciones del espacio público. In: CHERESKY, I. **Ciudadanía, sociedad civil y participación política**. Buenos Aires: Mino y Dávila, 2006. p. 1109-1141.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz.; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAYLOR, Charles. **Imaginários sociais modernos.** Trad. Arthur Morão. Lisboa: Texto e Grafia. 2010.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação*:* o Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONE, Ricardo. **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. v. 1 p. 11-80.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico***:* fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

ALEATÓRIO, DIREITO E POLÍTICA: A RECEPÇÃO DE ALTHUSSER NA FILOSOFIA DE ALYSSON MASCARO

Vitor Fraga da Cunha[165]

INTRODUÇÃO

A tradição filosófica é composta por pensadores que se propuseram a enunciar a razão e a origem das coisas, isto é, esses autores entendem que o fim já está contido, em estado germinal, na causa. Isso significa uma compreensão teológica e linear da história. Assim, um modo de produção dá lugar a outro porque isso seria uma *necessidade*. Dessa maneira, Althusser, em *A corrente subterrânea do materialismo do encontro* ([1982] 2005), opõe-se a essa tradição teleológica. Ele apresenta e defende uma corrente denominada materialismo aleatório ou materialismo do encontro, que tem por característica o reconhecimento da contingência na história, ou seja, o processo histórico não é linear, tampouco é racional: as sucessões de eventos não são predeterminadas, mas são frutos do acaso.

Assim, a partir da leitura do texto supracitado, Alysson Mascaro e Vittorio Morfino escreveram o livro *Althusser e o materialismo aleatório* (2020). A obra é dividida em duas partes, cada uma escrita por um autor. Nesse artigo, iremos nos deter na primeira, escrita por Mascaro, intitulada *Encontro e forma: política e direito*. Nela, o autor apresenta duas teses: (i) a Idade Moderna é um período de puramente de transição entre dois mo-

165 Mestrando e graduando em Filosofia pela UFF. Bacharel em Direito pela UNESA.

dos de produção, em que houve várias tentativas de realizar encontros que dessem ‘‘pega’’. No fim, o encontro que ‘‘pegou’’ foi o capitalismo; (ii) a segunda tese é que a constituição da subjetividade jurídica foi um elemento determinante para que o capitalismo ‘‘pegasse’’, pois foi o fator que permitiu que as pessoas vendessem sua força de trabalho. Isso implica uma compreensão de que o Direito é um fenômeno exclusivamente contemporâneo, ou seja, é uma forma específica do capitalismo. Mascaro faz a distinção entre Direito e norma, de modo que as sociedades não-capitalistas possem apenas normas, mas não Direito.

Então, diante do exposto, objetivo desse artigo é apresentar a recepção de Althusser na Filosofia do Direito de Alysson Mascaro, para tanto tomamos como objetos de estudo o texto *A corrente subterrânea do materialismo do encontro* ([1982] 2005), de Althusser, e o texto *Encontro e forma: política e direito*, de Mascaro, que se encontra no livro *Althusser e materialismo aleatório* (2020). Dessa maneira, o presente trabalho está divido em duas partes: na primeira apresentaremos o texto do filósofo franco-argelino, na segunda, abordaremos as teses que o teórico brasileiro desenvolve a partir desse texto.

1. ALTHUSSER, FILÓSOFO DO ENCONTRO

De acordo com Vittorio Morfino (2006, p. 16), Althusser, em *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*, delineia os traços de uma tradição que teria atravessado os séculos, mas que ficou invisível à superfície, porque foi incompreendida e combatida. Ele se refere a essa tradição como o ‘‘materialismo da chuva, do desvio, do encontro da pega’’. Os autores que compõe essa tradição têm em comum a resistência a uma história do pensamento ocidental entendida como história da razão ou da metafísica. Althusser (2005, p. 9) sustenta a tese de que há uma tradição do ‘‘materialismo aleatório’’ que se opõe ao materialismo da necessidade e da teologia – que, por isso, é uma forma de idealismo. O primeiro, que pressupõe a contingência, foi recusado pela praxe filosófica em prol do segundo. O filósofo franco-argelino classifica e apresenta Epicuro, Maquiavel, Espinosa, Hobbes, Rasseau como autores do primeiro do grupo a fim de demonstrar o que seria o materialismo aleatório. Desse modo, exporemos – de

maneira breve – os principais pontos que Althusser analisa na obra desses pensadores.

Epicuro compreende que os elementos que compõe o mundo existem desde sempre, eles antecedem a formação do mundo. Os átomos caiam paralelamente no vazio e em algum momento, por meio de um desvio produzido pelo *clinamen*[166], eles se encontraram e formaram o mundo. Assim, notamos que não há nenhum sentido anterior a essa formação, tampouco essa formação se deu com o objeto de atingir determinado fim (ALTHUSSER, 2005, p. 10). Então, de acordo com Epicuro, o desvio – e não a razão ou a causa – é a origem do mundo.

O segundo autor analisado por Althusser como pertencente a ''tradição subterrânea do materialismo do encontro'' é Maquiavel. O filósofo renascentista pensava as condições da constituição de um Estado nacional italiano, mesmo que as circunstâncias da Itália do séc. XVI fossem contrárias a esse objetivo. O país possuía os elementos para – assim como ocorreu com a França e a Espanha – realizar uma unificação, como, por exemplo, um povo que se revoltava contra a pilhagem e ocupação estrangeira e aspirava a unidade. Entretanto, apesar desses elementos existirem, eles não se encontravam. Assim, Maquiavel pensava que era necessário criar as condições para que esses elementos dessem ''pega'', encontrassem-se (ALTHUSSER, 2005, p. 12).

Althusser (2005, p. 13) afirma que, para Maquiavel, para haver a ''pega'' que constitua o Estado nacional italiano era necessário encontrar um homem sem nome, com fortuna e virtude suficiente, para se instalar em algum lugar sem nome da Itália. E, desse modo, deveria começar a agregar os italianos em torno de si, em prol do projeto nacional. Assim, o filósofo franco-argelino nota um raciocínio aleatório no pensamento do autor renascentista[167], uma vez que ele deixa inominados o homem que

166 ''O clinamen é um desvio infinitesimal, ''tão pequeno quanto possível'', que acontece ''não se sabe onde, nem quando, nem como'', e que faz um átomo ''desviar'' de sua queda a pique no vazio e, quebrando de maneira quase nula o paralelismo em um ponto, provoca um encontro com o átomo vizinho e, de encontro em encontro, uma carambola [carambolage] e o nascimento de um mundo, ou seja, de um agregado de átomos que provoca, em cadeia, o primeiro desvio e o primeiro encontro.'' (ALTHUSSER, 2005, p. 10).

167 ''Um homem do nada, saído do nada e partindo de um lugar indefinido: eis as condições da regeneração, segundo Maquiavel.'' (ALTHUSSER, 2005, p. 13).

iria constituir essa federação e o lugar a partir do qual ela se daria. Ademais, é necessário que outro encontro ocorra: o da fortuna com a *virtú*, dentro desse homem. Esses encontros podem ocorrer ou não, podem ser breves ou duráveis.

Em seguida, Althusser defende a tese de que o objeto da filosofia para Espinosa é o nada. Seu argumento é de que o autor holandês começa sua filosofia por Deus. Isso o diferencia dos escolásticos – que começam pelo mundo criado e a partir daí remontam a Deus – e Descartes – que começa pelo sujeito pensante e, assim, também remonta a Deus. Todos passam por Deus, enquanto Espinosa se insta em Deus.

> Desta forma, pode-se dizer que ele investiu, por antecipação, na praça forte comum, garantia última e último recurso de todos os seus adversários, ao começar por este *além do que não há nada*, o qual, por existir assim, no absoluto, sem nenhuma relação, *não é, ele mesmo, nada*. Dizer "eu começo por Deus", ou pelo Todo, ou pela substância única, e deixar entender "eu não começo por nada", é, no fundo, a mesma coisa: que diferença haveria entre o Todo e o nada? Dado que nada existe fora do Todo... De fato, o que há a dizer de Deus? É aqui que começa a estranheza (ALTHUSSER, 2005, p. 16).

Espinosa compreende que Deus é a própria natureza, tudo que existe só existe nele. Assim, ele é uma substância absoluta, única e infinita, dotado de atributos infinitos paralelos. Dessa maneira, Althusser (2005, p. 17) conclui que, então, não resta nada a dizer acerca de Deus e, consequentemente, nada a dizer sobre o problema do conhecimento e seu duplo correlato, o sujeito cognoscente e o objeto conhecido – questão central na tradição filosófica. Assim, "Espinosa não só escapa de qualquer teoria do conhecimento, mas abre a via para o reconhecimento do "mundo" como aquilo além do qual nada existe, nem sequer uma teoria da natureza" (ALTHUSSER, 2005, p. 18). Espinosa compreende que o homem começa a pensar por pensamentos confusos, até que eles "peguem" forma e se tornem claros. Ao contrário de Descartes, aqui não há a necessidade imanente que faça o pensamento confuso passar ao pensamento claro. Essa passagem – essa "pega" – poderia se dar ou não.

Já Hobbes, outro autor analisado por Althusser, assinala que toda sociedade se sustenta no temor, sua filosofia dispões que, na sociedade, vigora uma guerra de todos contra todos, em que todos querem se beneficiar. Assim, o autor elabora uma teoria do estado de natureza, em que ele análise os indivíduos, que são os átomos da sociedade. Estes possuem poder e visam, sobretudo, a autopreservação. Então, buscam fazer o vazio diante deles para administrar o seu espaço de liberdade. A liberdade individual se sustenta no ‘‘vazio de obstáculo’’ perante a sua força conquistadora (ALTHUSSER, 2005, p. 19). O individuo guerreia contra todos porque quer superar os obstáculos ao livre exercício de seu *conatus*. Todos os homens almejam essa mesma finalidade. Desse modo, os indivíduos fazem um pacto – um contrato social – em que relegam seu poder a um terceiro, que deve garantir a integridade dos demais. Assim, surge o Estado: uma forma política criada pelos homens que buscavam a autopreservação, ou seja, o Estado cessa o estado natural de guerra.

> Seja como for, é demasiado evidente que Hobbes não era este monstro que nos disseram, e que sua única ambição era fornecer as condições de viabilidade e de desenvolvimento de um mundo que era o que era, o seu, o da Renascença, que se abria à prodigiosa descoberta de um outro mundo, o Novo. Certamente, a ‘‘pega’’ de indivíduos atomizados não era da mesma essência e vigor que em Epicuro e Maquiavel, e Hobbes, para nossa infelicidade, ele, que viveu tanto a história, não era um historiador (são vocações que não se controlam), mas, à sua maneira, ele chegou ao mesmo resultado que seus mestres na tradição materialista do encontro: *à constituição aleatória de um mundo* [...] (ALTHUSSER, 2005, p. 21).

Por fim, o último autor dessa corrente subterrânea analisado por Althusser é Rosseau, que no segundo *Discurso* assinala que há um ‘‘estado de pura natureza’’ – que é a origem última de tudo – e um ‘‘estado de natureza’’ – derivado de modificações realizadas no primeiro estado (ALTHUSSER, 2005, p. 21). Rosseau descreve o estado de pura natureza como uma floresta em que caminham indivíduos isolados, sem encontro – eventualmente, poderia haver breves encontros, como a cópula de um homem com uma mulher, mas nesses momentos não havia ‘‘pega’’. As-

sim, essa floresta equivale ao vazio de Epicuro. Dessa maneira, Althusser (2005, p. 22) entende que Rosseau, no segundo *Discurso*, indica que o nada de sociedade é a essência de qualquer sociedade. Para que haja uma sociedade é necessário que haja o encontro e que esse encontro ''pegue''. Uma força externa deve tornar finito o infinito da floresta, de modo a fazer os homens se encontrarem. Por exemplo, uma catástrofe natural deve dividir a floresta em espaços reduzidos onde os indivíduos sejam forçados a realizar um encontro duradouro.

A partir da apresentação desses autores, Althusser (2005, p. 25) assinala que na história da filosofia sempre houve uma tradição baseada num materialismo do encontro, que se contrapõe as filosofias da essência e da razão – em que o fim já se encontra em estado germinal na origem. Dessa forma, a história não possui um sujeito – seja Deus ou o proletariado –, ela é um processo sem sujeito, tampouco ela possui um fim definido.

> Daí o primado do "nada" sobre qualquer "forma", e *do materialismo aleatório sobre qualquer formalismo.* Em outras palavras, qualquer coisa não pode produzir qualquer coisa, mas só os elementos destinados, graças à sua afinidade, a encontrar-se e a "pegar" uns sobre os outros [...] (ALTHUSSER, 2005, p. 27-28).

Assim, uma vez que o ''nada'' tem primazia sobre a ''forma'', quando os átomos se ''pegam'', eles passam a pertencer ao Ser que eles mesmos constituíram. Cada elemento passa a ocupar um lugar e um sentido nessa estrutura inaugurada. Diante disso, podemos fazer a seguinte síntese: (i) para que um ser seja, é necessário que tenha ocorrido um encontro; (ii) só há encontro entre séries de seres oriundos de diferentes causas – pelo menos duas; e (iii) os encontros são aleatórios, tanto em suas origens, como nos seus efeitos. A origem é aleatória porque não há nenhuma garantia que o encontro irá ocorrer. Isto é, cada encontro que já aconteceu, poderia não ter acontecido. E os efeitos também são aleatórios porque, antes do encontro ocorrer, não há nada nos elementos que definem as determinações que surgirão.

Dessa forma, apesar de não haver nenhuma lei que reja o encontro, uma vez que a ''pega'' ocorre, o mundo constituído e estabilizado é regido por determinadas leis (ALTHUSSER, 2005, p. 30). Assim, quando passa

a tratar de Marx, Althusser afirma que o pensador alemão compreendeu que cada época histórica é regida por suas próprias leis, que valem por um período e não pela eternidade. Mas além disso, essas leis podem mudar repentinamente, o que demonstra sua aleatoriedade, isto é, não possuem um fim inteligível.

2. MASCARO: ENCONTRO, FORMA E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

Alysson Mascaro (2020, p. 12) afirma que um dos campos mais decisivos para o desvendamento da obra althusseriana – e até hoje menos trabalhados – é o do direito, porque a determinação basilar da ideologia – categoria central da filosofia de Althusser – advém da ideologia jurídica[168]. Além disso, o direito também é fulcral para a compreensão das temáticas trabalhadas pelo "último Althusser" – como as tratadas no texto *A corrente subterrânea do materialismo do encontro* – pois a relação entre encontro e forma nos campos econômicos e políticos pode ser mais bem pensada a partir da forma da subjetividade jurídica. Então, apresentaremos o que é essa subjetividade, a partir de uma citação de Karl Marx.

> No entanto, para que o possuidor de dinheiro encontre a força de trabalho como mercadoria no mercado, é preciso que diversas condições estejam dadas. A troca de mercadorias por si só não implica quaisquer outras relações de dependência além daquelas que resultam de sua própria natureza. Sob esse pressuposto, *a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é força de trabalho. Para vende-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa*. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamen-

168 Cf. THÉVENIN, Nicole-Edith. Ideologia jurídica e ideologia burguesa: ideologia e práticas artísticas. In: NAVES, Márcio B. (Coord.). Presença de Althusser. Campinas: Unicamp. 2010. p. 53-76.

> te iguais. A continuidade dessa relação requer que o proprietário da força de trabalho a venda apenas por um determinado período, pois, se ele vende inteiramente, de uma vez por todas, vende a si mesmo, transforma-se de um homem livre num escravo, de um possuidor de mercadoria numa mercadoria (MARX, 2017, p. 242, grifo nosso).

A partir desse trecho, notamos que para o trabalhador vender sua força de trabalho – uma das características constitutivas do modo de produção capitalista – para aquele que possui dinheiro, ambos precisam ser *formalmente* iguais – mesmo que sejam *materialmente* diferentes. Eles precisam ser sujeitos de direito, isto é, devem possuir subjetividade jurídica. No capitalismo, todo homem se torna um homem em geral, todo individuo se torna um sujeito de direito abstrato. Essa abstração torna todos os indivíduos formalmente iguais, assim todos eles possuem ''a capacidade de praticar os mesmos atos da vida civil, sem quaisquer diferenças, hierarquias ou discriminações de nenhuma natureza entre eles'' (NAVES, 2014, p. 68).

Assim, podemos definir a subjetividade jurídica como aquilo que constitui o sujeito de direito, ou seja, aquilo que iguala formalmente duas pessoas. Pachukanis (2017) conclui que o trabalhador é constituído como sujeito de direito na medida em que figura como guardião da mercadoria força de trabalho. No ato da troca, a relação de equivalência entre as mercadorias se realiza por intermédio da relação jurídica entre sujeitos de direito, que se reconhecem reciprocamente como iguais e livres, portadores de vontade autônoma. Dessa forma, podemos dizer que a subjetividade jurídica é constituída para a troca mercantil[169]. Se o escravismo e o feudalismo se articulam a partir da sujeição de alguém a alguém, o capitalismo se estrutura pela mediação de uma sujeição especificamente jurídica (MASCARO, 2015, p. 53).

169 Marcio Bilharinho Naves (2014, p. 68), ao comentar a obra de Pachukanis, afirma que o que é específico do direito é ''a equivalência subjetiva como forma abstrata e universal do indivíduo autônomo quando o trabalho é subsumido realmente ao capital''. E complementa: ''é somente nas condições de existência do modo de produção especificamente capitalista que o indivíduo pode se apresentar desprovido de quaisquer atributos particulares e qualidades próprias que o distingam de outros homens''.

Dessa maneira, a partir de *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*, Alysson Mascaro (2020, p. 17) estabelece que a transição entre os modos de produção é o terreno mais fértil – e o momento mais decisivo – para se analisar o ‘‘encontro’’ e o ‘‘aleatório’’. Essas duas categorias também estão presentes na reprodução social ordinária, mas, ordinariamente, elas costumam ter suas possibilidades materiais moldadas conforme a forma social vigente. Assim, a transição entre modos de produção – quando as formas sociais entram em crise, colapsam, perdem sua materialidade – torna-se exemplar para se verificar como se articulam encontro, aleatório e formais sociais.

Então, Mascaro (2020, p. 20) passa a analisar a passagem do feudalismo ao capitalismo. Essa passagem não ocorreu por causa de uma imperiosidade lógica[170], ela se deu devido a condições e circunstâncias historicamente específicas que permitiu o encontro de elementos particulares. Meios de produção e relações de produção se encontram e se estabelecem, por causa de situações aleatórias que os fazem dar ‘‘pega’’ e não porque se pressupõe necessariamente. Vale destacar que ‘‘não é a reprodução da estrutura própria do modo de produção feudal quem gera a estrutura do modo de produção capitalista, mas os elementos que se formam por caminhos diversos e relativamente independentes e que se encontram.’’ (MANGOLIN, 2018, p. 17).

Assim, é possível extrair duas teses da leitura que o Mascaro faz de Althusser. A primeira é que o fim do feudalismo não engatou diretamente com o início do capitalismo: demorou 350 anos para um modo de produção em crise (feudalismo) resultar em outro (capitalismo). Isto é, a ‘‘Idade Moderna’’ é um período de 350 anos composto de tentativas que não deram certo até que ao final uma delas "deu liga". A primeira forma de tentar sair do feudalismo foi o absolutismo, que não deu em nada, a segunda forma foi o capitalismo, que ‘‘deu pega’’. Assim, a Idade Moderna é uma idade puramente de transição. A segunda tese é a constituição de uma subjetividade jurídica foi um dos elementos fundamentais para o capitalismo ‘‘pegar’’ – Mascaro chega a essa conclusão a partir da conjugação de Althusser com Pachukanis. Vejamos:

170 Afinal, “o todo que resulta da ‘pega’ do encontro não é anterior à ‘pega’ dos elementos, mas posterior, e por isso poderia não ter ‘pegado’ e, com mais razão ainda, ‘o encontro poderia não ter acontecido’” (ALTHUSSER, 2005, p. 31).

> Pachukanis, em *Teoria geral do direito e marxismo*, aponta para a distinção entre as relações capitalistas e aquelas pré-capitalistas, que desconhecem a forma jurídica. Tanto o escravismo antigo quanto o feudalismo medieval não lograram alcançar uma dinâmica relacional produtiva capitalista. É fato que, em Roma, havia de modo incipiente um circuito mercantil. Se se toma uma expansão quantitativa como base para a transição qualitativa, poder-se-ia enxergar, nas formas não-desenvolvidas romanas, um germe mais propício ao capitalismo que aqueles do feudalismo medieval. Ocorre que as circunstâncias da decadência do escravismo antigo não permitiram o surgimento de uma classe burguesa. Já a decomposição do feudalismo, por sua vez, encontrou, mesmo sem o aparato institucional romano, um conjunto de articulações suficientes e propícias à dinâmica mercantil. (MASCARO, 2020, p. 21).

Assim, notamos que, a partir dessa perspectiva, o Direito é um fenômeno exclusivo do modo de produção capitalista. Alysson Mascaro faz a distinção entre Direito e norma, de modo que as sociedades pré-capitalistas possuíam normas, mas não Direito, uma vez que este é o responsável por tornar formalmente iguais, pessoas que são materialmente diferentes – e esse fenômeno somente ocorre na contemporaneidade. Nos modos de produção que antecederam o capitalismo, os indivíduos não possuem essa igualdade formal. Como exemplo disso, podemos citar a distinção formal entre patrícios e plebeus na Roma imperial. Assim, é incorreto falar sobre "direito romano", pois o que se chama de direito, em Roma, são apenas normas.

Inclusive, a falta do Direito – da subjetividade jurídica – pode ter sido um dos fatores que impossibilitaram o modo de produção capitalista se originar na Roma antiga. Em comparação com o feudalismo, a dinâmica do mundo romano possuía mais institutos de circulação, mas por ser uma sociedade escravista, ela não ensejou a mercantilização da força do trabalho. A venda da força de trabalho é um dos elementos constitutivos do capitalismo e escravos não podem vendê-la. Para que essa venda ocorra é necessário que a pessoa seja um sujeito de direito – possua subjetividade jurídica – para "livremente escolher" vender sua força de trabalho para outrem. Na transição do medievo para a modernidade, havia menos

institutos de circulação e eles também eram menos desenvolvidos que os da antiga Roma, pois a mercantilização se subordinava aos caprichos dos poderes feudais e teológicos. Todavia em algum momento desse período de transição (modernidade) o impulso de mercantilização da força de trabalho se deu de modo mais pujante, por meio da constituição da subjetividade jurídica das pessoas, o que possibilitou a ''pega'' do modo de produção capitalista (MASCARO, 2020, p. 21-23).

Cesar Mangolin (2018, p. 18) afirma que para haver o encontro de elementos diversos, primeiro eles devem existir. Segundo, a existência de cada um deles – por si só – não significa a existência de um modo de produção especifico: este surge apenas quando eles se encontram e se combinam. Então, o autor afirma que o acaso não está na existência de elementos independentes, mas no fato de que se encontram e geram um novo resultado. O produto oriundo desse encontro é a concretização de uma possibilidade aberta historicamente pelo conjunto de elementos reunidos numa conjuntura específica[171].

Desse modo, Mascaro (2020, p. 23) nos diz que nesse processo de encontro de circunstâncias variadas e aleatórias, a sociabilidade capitalista toma forma aos poucos. O mínimo das condições materiais necessárias para o estabelecimento da exploração do trabalho assalariado vai se dando a partir de uma série de fatores que se apresentam de modo complexo e não-linear. O mercantilismo – desde fim da Idade Média e atravessando a Idade Moderna – é a fase do interregno entre as formas sociais em crise (como a servidão) e as novas (a acumulação por meio da extração de mais-valor do trabalho assalariado). Assim, de acordo com Mascaro, surgem formas políticas híbridas entre o feudalismo decadente e o capitalismo em gestação. Por isso, em *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*, Althusser se debruça sobre teóricos políticos desse recorte temporal: Maquiavel, Espinosa, Hobbes, Rosseau, porque o filósofo franco-argelino buscava demonstrar que o período do encontro para uma ''pega'' de um modo de produção – que não se sabia o que seria – durou exatamente os longos séculos da Idade Moderna. (MASCARO, 2020, p. 23). Esses quatros filósofos analisados por Althusser são pensadores que pertencem

171 ''Observar-se-á que nessa filosofia reina a alternativa: o encontro pode não acontecer, assim como pode acontecer. Nada o decide, nenhum príncipe de decisão decide, com antecedência, esta alternativa, que é da ordem do jogo de dados'' (ALTHUSSER, 2005, p. 14).

ao período de transição entre dois modos de produção. Esses teóricos buscavam compreender uma realidade que ainda não tinha ‘‘pego’’ em definitivo. O absolutismo foi uma ‘‘pega’’ política provisória dos séculos de transição do feudalismo para o capitalismo.

Dessa maneira, quando notamos a contingência e abandonamos a teologia e a caracterização dos modos de produção como totalidades suficientes e providas de razão, compreendemos que o capitalismo não é o ‘‘fim da história’’, tampouco é um sistema de instituições plenamente funcionais, lógicas ou coerentes (MASCARO, 2020, p. 26).

> Em outras palavras, nada garantirá jamais que *a realidade do fato consumado seja a garantia de sua perenidade*: bem pelo contrário, todo fato consumado, mesmo eleitoral, e mesmo tudo aquilo que dele possa se tirar de necessidade e de razão, não é mais do que encontro provisório, porque, dado que qualquer encontro é provisório, mesmo quando dura, não há nenhuma eternidade nas “leis” de nenhum mundo, nem de nenhum Estado. A história não é mais do que a revogação permanente do fato consumado por um outro fato indecifrável a consumar-se, sem que se saiba antecipadamente nem onde, nem como o acontecimento de sua revogação se produzirá. Simplesmente chegará um dia em que as cartas serão redistribuídas e os dados serão lançados novamente sobre a mesa vazia (ALTHUSSER, 2005, p. 14).

A partir dessa leitura, compreendemos que não há momento ideal a partir do qual o modo de produção capitalista possa ser superado[172]. ‘‘A crise, a falha, a luta e os acasos podem se encontrar de modos variados com a dinâmica do modo de produção, permitindo revoluções, rupturas, superações ou involuções’’ (MASCARO, 2020, p. 27). Em tom propositivo, Mascaro nos diz que não há ‘‘condições ideais’’ para se buscar a superação da forma atual da sociedade. Aqueles que almejam o socialismo,

172 ‘‘[...] para Althusser devemos pensar os processos revolucionários a partir de uma complexidade que se caracteriza por uma estrutura de contradições múltiplas e desiguais, visto que nenhum processo complexo nos é dado como o desenvolvimento de um processo simples mas como resultado de um processo complexo’’ (MOTTA, 2012, p. 80).

devem buscar alcançá-lo agora, a partir das condições materiais que estão postas[173].

> Não há o estabelecimento de uma cartilha da história como se, para as determinações do capitalismo, existissem sempre modelos e receitas de transição estáticos. Exatamente o encontro e o aleatório obrigam a luta social a perceber as constituições das relações e das suas oposições e o inesperado que sempre há, contra e a favor (MASCARO, 2020, p. 35).

A relação entre encontro e forma só pode ser pensada desde uma dinâmica não-linear (não teleológica). Mascaro, a partir da leitura de em *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*, nota que a transição de modos de produção revela o aleatório. Devido à aleatoriedade, podemos demorar mais 5 ou 500 anos para fazer as crises do capitalismo resultarem em outro modo de produção. Nesse sentido, "o primado do encontro sobre a forma, em momentos de transição, pode ser a mais alta expressão, no plano filosófico, do leninismo em teoria política revolucionária" (MASCARO, 2020, p. 27).

Vale destacar: na reprodução ordinária da sociabilidade também há o aleatório, o encontro. Entretanto, ordinariamente, segundo Mascaro (2020, p. 32), a forma tem primazia sobre o encontro[174]. Por exemplo, as formas estruturantes do modo de produção capitalista – mercadoria, valor, dinheiro, Estado – coagem o encontro, em um processo de exploração que se organiza para a acumulação de capital. Por sua vez, nos momentos de transição entre modos de produção, o encontro tem primazia sobre a forma. Assim, ao analisar o atual estágio do capitalismo, Mascaro (2020, p. 34) identifica que as formas já não dão conta de coagir a atual crise desse

173 Em Por Marx (2015), no capítulo Contradição e sobredeterminação, Althusser cita o exemplo da revolução russa. Aparentemente, a Rússia era o lugar mais inapropriado para haver uma revolução, uma vez que era o país menos "desenvolvido" em comparação com os Estados europeus. Assim, fica a lição de que não há "tempo bom ou ruim" para se fazer a revolução.

174 "A reprodução social ordinária tem a presidência das formas sobre o aleatório, mas este continua existindo. Embora a tendência a serem absorvidos pela coerção das formas, o encontro e o acaso sempre se dão" (MASCARO, 2020, p. 32).

modo de produção, o que significa que, nesse momento, o aleatório está mais pujante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, diante do exposto, concluímos que Althusser, em *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*, se opõe a uma concepção teológica da história, que compreende que os eventos são regidos por alguma Razão e que o fim já está contido na causa. O filósofo franco-argelino se filia e apresenta uma tradição que reconhece a contingência, que há uma abertura para o acaso. Desse modo, a história não possui nenhuma finalidade, tampouco possui um sujeito, seja ele Deus ou o proletariado. O materialismo aleatório situa as bases do encontro no desvio e na desordem. Isso significa que, no mundo da necessidade, há abertura para a liberdade humana. Liberdade para, a partir das condições materiais dadas, buscar promover desvio e encontros que alterem o *status quo* da sociedade – esse é o *clinamen* de Epicuro. Esses encontros podem acontecer ou não. Caso aconteçam, podem durar ou não. A filosofia de Althusser não é fatídica, ela compreende que no processo histórico há sempre uma abertura para um leque de possibilidades.

Assim, a partir da leitura do texto althusseriano, Alysson Mascaro desenvolve a tese de que o período de transição de um modo de produção para outro é o momento em que o aleatório está mais pujante. Embora haja o aleatório na sociabilidade ordinária, nessa situação há um predomínio das formas estabelecidas sobre o acaso, o desvio. Já no período de transição, caracterizado por crises, o aleatório possui primazia sobre as formas. Nesse sentindo, a Idade Moderna é um período puramente de transição entre o feudalismo e o capitalismo. Os séculos que compõe a modernidade são caracterizados por uma série de tentativas de realizar um encontro duradouro – como, por exemplo, o absolutismo, que foi um encontro que não ‘‘deu liga’’. Assim, em determinado momento, houve a ‘‘pega’’, que resultou no capitalismo. Então, o modo de produção capitalista não surge como um necessário desdobramento direto do modo de produção feudal. Por fim, Mascaro dispõe que um dos elementos fulcrais para que essa pega ocorresse foi a constituição do sujeito de direito, as pessoas passaram a possuir subjetividade jurídica, ou seja, tornaram-se formalmente iguais,

embora materialmente diferentes. Mascaro chega a essa conclusão conjugando o texto *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*, de Althusser, com o *Teoria geral do direito e marxismo*, de Pachukanis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. A corrente subterrânea do materialismo do encontro. **Crítica Marxista**, São Paulo, Ed. Revan, n. 20, 2005, p. 9-48.

_____. **Por Marx**. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. Campinas: Editora Unicamp, 2015.

MANGOLIN, Cesar. Althusser e o materialismo do encontro: continuidade, complementaridade ou ruptura? **Crítica Marxista**, São Paulo, Ed. Revan, n. 46, 2018, p. 17-25.

MASCARO, Alysson Leandro. Direito, capitalismo e estado: da leitura marxista do direito. In: AKAMINE, Oswaldo; KASHIURA, Celso; MELO, Tarso (Org.). **Para uma crítica ao direito**. São Paulo: Expressão Popular, 2015. p. 47-64.

MASCARO, Alysson Leandro; MORFINO, Vittorio. **Althusser e o materialismo aleatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro I – O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.

MORFINO, Vittorio. O primado do Encontro sobre a Forma. **Crítica Marxista**, São Paulo, Ed. Revan, v.1, n. 23, 2006, p. 11-33.

MOTTA, Luiz Eduardo. O (re)começo do marxismo althusseriano. **Crítica Marxista**, São Paulo, Ed. Revan, n. 35, p. 73-89, 2012.

NAVES, Márcio B. **A questão do direito em Marx**. Outras Expressões; Dobra Universitário: 2014.

THÉVENIN, Nicole-Edith. "Ideologia jurídica e ideologia burguesa: ideologia e práticas artísticas". In: NAVES, Márcio B. (Coord.). **Presença de Althusser**. Campinas: Unicamp. 2010. p. 53-76.

DIREITO INTERNACIONAL ESPACIAL COMO VONTADE DE POTÊNCIA DA HUMANIDADE COMO SUJEITO

Érica Paula Gomes de Freitas

INTRODUÇÃO

> *"A Terra é o berço da humanidade. Mas não se pode viver no berço para sempre."*
>
> Konstantin Tsiolkovski

O Direito como ciência tem evoluído cada vez mais, e como ciência reguladora, tem absorvido e seguido as necessidades da humanidade como um todo. Com o Direito Espacial não foi diferente. Emergindo como o ápice da modernidade no Direito, tal área se tornou o resultado de um processo evolutivo do comportamento humano. A soma de todo o progresso resulta no Direito Espacial; pontada inicial para a projeção da humanidade além das suas próprias fronteiras.

Com o passar dos tempos, a humanidade começou a perceber suas limitações. Uma dessas limitações era a água. Os mares não eram passíveis de serem transpostos, e por isso a necessidade do Direito do mar ainda não existia. Contudo, segundo o ímpeto da *vontade de potência*, a humanidade se viu frente a uma barreira que urgia ser superada. Com o avanço da tecnologia, a humanidade pôde navegar; ultrapassou as barreiras que os prendiam a terra. Mas isso não foi tão simples. Quando a humanidade se expandiu, levou junto seus problemas. O mar se viu palco de guerras e

conflitos, e o Direito do Mar emergiu para regular esse meio. Mas ainda era um Direito costumeiro, não codificado. A legislação desse novo meio se fez necessária. Atualmente várias alterações foram feitas, como a mudança do mar de apenas uma via navegatória para portador de questões econômicas, proporcionadas pelos avanços da tecnologia nos tempos modernos. Assim o Direito do Mar passou a ter um enfoque diferente.

Com a exploração dos mares, novas terras começaram a ser descobertas. A América, continente inexplorado, abriu um leque de novas possibilidades. Uma página em branco, como diria John Locke, passível de captação de novos e recursos e a inexorável projeção. A humanidade tinha um palco novo para se projetar. Mas essa liberdade em permitir que a *vontade de potência* da humanidade se projete, causou destruição na América, e esse ímpeto de dominação resultou no cruel colonialismo, que deixou sequelas que permanecem até os dias de hoje principalmente na América Latina. Pode-se dizer que o ideado europeu, em tantos sentidos difusos – como a construção de um conceito de raça e religião ideais – trouxe a uma projeção da própria Europa para a América. Essa mentalidade resultou na submissão da América e na construção da Europa como superior e como o ponto mais evoluído na linha do tempo da humanidade.

Semelhantemente ao surgimento de novas terras, o espaço exterior se tornou a nova fronteira a ser transposta. Se conseguíssemos ir além dos limites da atmosfera terrestre e explorarmos novas possibilidades, a humanidade se projetaria em uma proporção jamais vista. O primeiro passo foi o lançamento do satélite Sputnik I, lançado pelo foguete R-7 da ex-União Soviética, no dia 4 de outubro de 1957. Na época da Guerra Fria, ele foi primeiro objeto humano lançado no espaço. O primeiro estágio da humanidade a se separar e alcançar o céu. Entretanto, o Sputnik I não tinha nenhuma grande utilidade. Era apenas uma esfera de alumínio com um par de antenas e dois transmissores de rádio que emitia um único bip. Sua bateria acabou 22 dias após o lançamento. Sua importância estava em ser o marco inicial da Era Espacial.

Ademais de iniciar o processo de exploração do espaço, o lançamento da Sputnik perturbou o cenário mundial; nem tanto pelo satélite, apesar de sua importância simbólica, mas pelo foguete usado no lançamento. Esse foguete inquietou os Estados Unidos, porque travestido de lançador de satélite, estava o primeiro míssil balístico intercontinental da história da

humanidade, significando assim a indefensabilidade do território americano, que era pólo oposto de uma guerra velada.

Derivada de uma época de caráter militar, a Era Espacial trouxe um avanço enorme para a humanidade em termos tecnológicos relativos à exploração ultraterrestre. Outros satélites foram postos em órbita, e com isso pudemos estudar melhor as propriedades físicas da Terra e sua interação com o Sol, por exemplo. Ademais, descobrimos com o Explorer, primeiro satélite americano, os Cinturões de radiação de Von Allen, que são regiões na magnetosfera da terra que contêm altas concentrações de partículas eletricamente carregadas. Cada vez mais a ciência foi progredindo juntamente com a tecnologia.

Tudo isso foi revolucionário, e proporcionado pelo ímpeto humano em se expandir. A humanidade se via em um cenário bipolar, com Estados Unidos e União Soviética disputando potência. Potência manifesta na luta por supremacia espacial, que acabou se transmutando em supremacia *militar* espacial. Infelizmente, o cenário de militarização do espaço não é muito tranquilizador. O ímpeto humano em potência tem se mostrado destruidor, e com a transposição da fronteira espacial, surgiu a necessidade de um Direito regulatório novo, assim como a necessidade criou o Direito do Mar.

1. NASCIMENTO DE UM NOVO DIREITO

> "Nenhum novo poder ao homem, sem um imediato controle jurídico. Cabe ao Direito proteger o homem contra os desmandos do próprio homem. A cada novo progresso social, econômico ou técnico, outra cobertura jurídica à pessoa humana. No limiar de uma nova era, o alvorecer de um novo Direito".
>
> Haroldo Valadão

Iniciada a Era espacial, o Direito tinha se tornado inapto para resolver certas questões, como a quem pertencia esse território inexplorado e se ele poderia ser considerado *res nullius*. O Direito mais próximo era o Direito Aeronáutico, que na Convenção de Chicago em 1944 reconheceu a soberania absoluta dos países sobre seu espaço aéreo. Contudo, tal Direito

regula apenas um espaço restrito, o espaço aéreo, onde circulam as aeronaves. O espaço ultraterrestre continuava desassistido.

Com a possibilidade tecnológica de alcançar o espaço exterior, havia uma nova possibilidade de reclame de soberania, mas que não poderia ser efetivada. Ademais, a possibilidade do uso do espaço como novo campo de guerra fez com que urgisse o surgimento de um novo Direito. Ele veio para garantir que esse novo meio seja usado de forma pacífica, e um novo órgão das nações unidas surgiu: o Copuos, significando em português Comitê para Uso Pacífico do Espaço exterior.

Os fundamentos do Direito espacial estão contidos em cinco tratados. O Tratado do Espaço de 1967, o Tratado de Salvamento e Restituição de Astronautas de 1968, a Convenção sobre Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Espaciais de 1972, a Convenção de Registro de Objetos Espaciais de 1975 e o acordo que regula as atividades na Lua e outros corpos celestes em 1979. Tais tratados apresentam fundamentos semelhantes. A preocupação em preservar a humanidade dos perigos da exploração espacial, que foi marcada pelo belicismo, e a busca do bem comum, um surpreendente pacifismo levando em conta o período em que foram elaborados. Mas a julgar pela iminência de uma catástrofe de caráter global, o pacifismo era imprescindível. O Direito Espacial nasceu em uma época extremamente específica e tendo isso em conta, seus fundamentos foram criados baseados em uma realidade geopolítica e tecnológica, que, contudo, é bem diferente da atual. A iminência de uma guerra e o cenário polarizado levou a uma preocupação focada em evitar o conflito, pois o espaço representava além de nova fonte de recursos, um ambiente de guerra onde não se poderia conter o dano. A disputa por recursos resulta em conflito, e um conflito espacial não teria fronteiras.

Ademais, o caráter global das ramificações da exploração espacial levou luz a outro questionamento: o sujeito do Direito Espacial. Um Direito que apresenta como sujeito a humanidade. Os tratados foram feitos pensando na humanidade como um todo, pois qualquer tensão no espaço e a lembrar do novo armamento nuclear que surgiu nessa época, poderia prejudicar o planeta inteiro. Um exemplo palpável seria a destruição de um satélite. A nuvem de detritos iria afetar várias regiões da terra, independente de fronteiras políticas.

Outrossim, é interessante destacar a posição dos astronautas nesses tratados. Eles passaram a ser enviados da humanidade ao espaço. Os astronautas são resguardados e postos como "nacionais da Terra". Nos tratados, todos os países pactuantes têm responsabilidade por eles, sendo eles representantes da humanidade no espaço. Pode-se dizer que há o surgimento de uma nova "nacionalidade", uma nacionalidade ampla onde a humanidade passa a se unir e o planeta é posto como um único Estado. Toda a trajetória evolutiva é carregada nas costas dos astronautas, que representavam a vitória da humanidade como um todo, e por isso são peças importantes para o Direito Espacial. Eles são o ponto de tensão da humanidade inferido pela potência em expansão.

Para evitar o "colonialismo espacial", a idéia do espaço como *res nullius* foi abolida. Se assim fosse, a corrida por busca de soberania seria um problema. Uma questão semelhante foi a da Antártida, onde os interesses econômicos e estratégicos de vários países começaram a surgir. Para isso, evocavam-se diversas teorias de efetivação de soberania. Havia a teoria dos setores, que repartia a Antártida em setores, e cada setor seria parte de um país. Muitos setores como projeções do território nas proximidades, como Chile e Austrália, e até mesmo a outros absurdamente distantes, como México e Islândia. Já países como Grã-Bretanha e a Noruega, tradicionalmente navegadores, requeriam a teoria da descoberta e a Argentina reclamou uma teoria de continuidade da massa geológica.

Visando controlar essa disputa pelo novo território, firmou-se o Tratado da Antártida, em 1959, em Washington. Ele foi negociado por países como Argentina, Chile, Austrália, Noruega, França, Reino Unido, Estados Unidos e União Soviética. O Brasil só ingressou em 1975, por meio de adesão. O tratado visava a afirmação de todos os Estados pactuantes que não havia renúncia à possibilidade de domínio sobre o novo território, nem o reconhecimento de pretensões de outros Estados. Ele estabeleceu um regime de não militarização do território, e seu uso visando fins pacíficos, tais como pesquisas científicas e preservação de recursos biológicos. Foi estabelecida a proibição da criação de bases ou fortificações, movimentações militares, testes armados ou lançamento de substâncias radioativas.

No Tratado da Antártida, vemos a preocupação com a consonância entre os interesses da ciência e o progresso de toda a humanidade, assim

como a esquiva do conflito. O tratado é uma consequência da preocupação moderna com o meio ambiente, e demonstra também o caráter globalizado dos novos tempos. A preocupação com as discórdias internacionais também se faz presente. Possíveis conflitos na região seriam resolvidos de forma pacífica por meio de arbitragem ou conciliação, por exemplo.

Caso os conflitos não se resolvam por esses meios, os Estados estão sujeitos à jurisdição da Corte Internacional de Justiça. Isso demonstra mais uma vez o caráter global dessas relações. A Corte é uma tentativa de evitar conflitos internacionais, como diz abertamente no preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

A importância desse tratado advém de certa semelhança da Antártica com a Lua, em termos legais. Por essa semelhança, o Tratado da Antártida e o Tratado do Espaço também são semelhantes. Ambas eram terras inexploradas, aquém de qualquer soberania e que só puderam ser descobertas com o avanço da tecnologia. Como regular essas terras para que não virem pivô de conflitos de interesse? A solução da Antártica foi a transformação de *res nullius* para *res communis omnium* – área de uso comum – e tanto a Antártida quanto a Lua foram completamente desmilitarizadas.

2. VONTADE DE POTÊNCIA COMO ÍMPETO REGULATÓRIO DO COMPORTAMENTO HUMANO AD ASTRA

Para a filosofia, mais especificamente Nietzsche, *vontade de potência* é uma terminologia que se refere à simbolização da totalidade. O mundo é um conflito constante, que se manifesta no movimento de todas as forças buscando expansão. Tais forças são instáveis, e tudo é movimento. Não há conservação nesse cenário e nem mesmo individualidade.

A vontade é posta como o substrato que constitui a existência e a *vontade de potência* é a aptidão da vontade em efetivar-se. É a posição de forças como superação; um eterno superar os seus próprios limites. O esforço dialético da vontade de se perpetuar, de crescer, seguindo sempre o instinto de conservação, em oposição à catástrofe trágica: a morte. Pode ser simbolizada como o todo, o universal; com um impulso que vai gerar movimento. É a humanidade numa busca obstinada por propagação de si mesma para além dos seus limites.

Nos dias atuais, os limites da humanidade têm sido bem definidos: o espaço. E movida pela *vontade de potência*, o eterno querer superar-se, a humanidade tem buscado transpassar esse limite e rumar às estrelas. Esse impulso tem sido respaldado pelo avanço tecnológico, que tem possibilitado o alcance gradual do céu.

Esse avanço tem permitido à humanidade um salto evolutivo antes inimaginável. Esse novo ambiente tem possibilitado novas descobertas, novos meios de observar a Terra com outro ponto de vista, novos recursos e uma nova projeção da humanidade. Conseguimos explorar além do nosso pequeno planeta, diante da imensidão do universo, e conseguimos colocar satélites em órbita que puderam ver a Terra de cima, ver outros planetas, asteróides e estudá-los como novas possibilidades que agora estão ao nosso alcance e até mesmo levar o homem ao espaço; para longe de onde ele antes não conseguia sair.

A *vontade de potência* instigou a raça humana a evoluir; crescer para além das suas possibilidades momentâneas. A humanidade como sujeito uno abraçou o espaço e fez parte dessa grande conquista. O Sputnik parou o mundo, e todos saíram às ruas para observar a incrível façanha da humanidade: colocar no céu um objeto construído por nós. Uma estrela que brilhava nos céus não seria natural. Seria como observar uma parte nossa que se desprendeu e ultrapassou a mais longínqua de todas as fronteiras. Mas nós continuamos a evoluir. Iuri Gagarin, em 1961, a bordo do Vostok 1, deu um salto gigante ao fazer a humanidade em pessoa ir ao espaço. A ida à Lua, na missão Apollo em 1969 possibilitou um grande salto para a humanidade. Iríamos mais longe do que nunca; alcançaríamos um satélite, pisaríamos em outro mundo. Tudo isso culminou na missão Artemis. Depois de anos sem retornar ao nosso satélite, planejamos voltar e estabelecer fundamentos para uma possível base lunar. Base essa que pode ser o início para explorarmos a Lua e outros corpos celestes.

Tudo isso é possibilitado pelo progresso científico da humanidade. Tecnologias cada vez melhores estão sendo produzidas para que alcancemos objetivos cada vez mais distantes. Isso pode representar a potência se afirmando na vontade. Vontade de ter posse de toda a existência e de si mesmo. A humanidade tem dito sim ao devir, e cada vez mais evoluindo e buscando superar suas fronteiras. A potência é o eterno dizer-sim ao devir-ser.

3. DIREITO ESPACIAL COMO PROJEÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE O SER E O DEVIR-SER DA HUMANIDADE

A humanidade tem cada vez mais buscado tecnologias inovadoras para garantir melhorias na vida das pessoas no presente. Com isso, os avanços futurísticos na área espacial têm servido de respaldo para questões do presente. O *ser* da humanidade no presente se mistura com o *devir-ser*, no ponto em que o Direito Espacial emerge como interseção entre dois pontos distantes no tempo. O Direito tem a função de integração, de resolução; cria-se um ideal perfeito que deve ser seguido. Qualquer assimetria é transgressão, e a exploração do espaço, como a maior empreitada humana, precisa ser calculada com muito cuidado pelo Direito, porque os riscos para a humanidade são enormes. Antes nós éramos singulares, as questões do Direito eram pensadas visando sujeitos parciais, onde os danos não eram tão catastróficos. Contudo, com a dimensão das questões espaciais, passamos a ser sujeito uno, e a humanidade pode entrar como um novo sujeito de Direito.

Hoje em dia nossa visão de mundo é restrita às possibilidades da Terra. Pensamos na exploração do cosmos com base na exploração do nosso planeta. Possibilidades como a esfera de Dyson, que absorve energia das estrelas, ainda são impensáveis para nós, civilização tipo 0 na escala de Kardashev. Ainda não conseguimos explorar nem mesmo o planeta de forma eficiente. Ainda não temos como pensar em um futuro, um devir-ser, diferente do presente. Por isso, eles se misturam e crescem juntos.

Atualmente uma das possibilidades de exploração do espaço exterior é a mineração espacial. Essa mineração permite a extração de matéria prima proveniente de corpos celestes. Contudo, com a tecnologia atual tudo o que temos são possibilidades futuras. Encontramos entraves na execução da empreitada, mas já sabemos a teoria. O processo físico para a realização dessa mineração é deveras complexo, e isso dificulta sua realização. Atualmente a teoria se resume em alcançar um asteroide, por exemplo, e usando o impulso gravitacional da Lua, trazê-lo para uma órbita estável nas proximidades da Terra. Mas também há a possibilidade de exploração de planetas e até mesmo da Lua, os quais não podemos interferir em suas órbitas. Contudo, a mineração é uma forma de exploração muito agressiva, tem causado danos irreversíveis na própria Terra e pode representar

um perigo para o ideal de "uso sustentável" do espaço. Será uma área promissora no futuro, mas precisa ser realizada de forma cautelosa.

Ademais, planos para a construção de uma base lunar já foram pensados. Stephen Hawking pensava que a Lua seria o início para o alcance de todo o sistema solar; o ponto de partida para a expansão humana. A missão Artemis será a primeira tentativa de construção dessa base, ao levar fundamentos para tal construção. Um avanço revolucionário, a primeira construção em um corpo celeste. Isso abriria um leque de possibilidades de exploração dos recursos da Lua, mas também surgiriam diversos problemas. Além da preocupação com a exploração sustentável, temos os princípios de uso igualitário do espaço e da não apropriação de territórios celestes. Países com o setor espacial subdesenvolvido, ou inexistente, não farão parte dessa exploração, o que aumentará a desigualdade no planeta. Ademais, como os corpos celestes não são passíveis de apropriação nacional, seus recursos também não são. O Direito precisa se revolucionar para resolver essas questões. Assim como a astronáutica progrediu, o Direito também precisa progredir para acompanhar o ritmo da evolução humana. Um Direito estagnado vai gerar muitos problemas no futuro.

Outra questão importante é o sensoriamento remoto. Trata-se de uma forma de obtenção de dados da superfície terrestre através de apontamentos do comportamento da radiação eletromagnética em contato com a superfície. Isso é realizado por tecnologias localizadas a distância, como satélites. Esse tipo de tecnologia tem ajudado muito, dando uma visão diferente do planeta. Queimadas, por exemplo, podem ser monitoradas com esse sistema. Os satélites sendo usados em prol do meio ambiente é uma novidade, e essas novas tecnologias – as que já temos e as que ainda vamos ter – podem nos ajudar a cuidar do planeta.

Precisamos ter uma visão à frente do que a visão do presente. Precisamos de olhares visionários para o uso dessa nova tecnologia emergente, não só visar seu uso com a mentalidade presente. Na nossa história, as novas terras descobertas foram exploradas por um contexto presente. Novas formas de aproveitar o potencial dessas terras não foram pensadas, e o resultado não foi bom. O espaço não pode ser explorado de maneira indiscriminada. Precisa ser pensado, e o papel do Direito Espacial é justamente esse: garantir que o uso do espaço seja feito de maneira responsá-

vel. Garantir que o presente *ser* da humanidade se misture com o *devir-ser*, unindo as possibilidades do presente com as possibilidades do futuro.

4. PROBLEMAS ATUAIS DE UM DIREITO ATUAL

São muitos os desafios do Direito Espacial. O primeiro deles é o desafio de unificar. A humanidade como um todo pode se tornar sujeito do Direito; estamos cada vez mais unidos na busca por alcançar as estrelas. Mas ainda somos uma raça primitiva. A desigualdade é muito grande e a ideia de alcançarmos o espaço juntos, infelizmente ainda é uma distante utopia. Kant, em seu tratado "A paz perpétua" propunha um modelo humanitário de união. União de todos os países, uma federação inicialmente na Europa, mas que se expandiria e visaria o pacifismo. O mais próximo que conseguimos chegar disso foi a Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização que visa basicamente a clichê, porém nobre paz mundial. Todavia ela apresenta diversos problemas estruturais, o mundo ainda é desigual, e isso se reflete na própria fundamentação e atuação da ONU.

O Direito Espacial sofreu um grande impulso na era espacial. Quando foi criado, seus fundamentos foram criados de maneira rápida para atender a emergente demanda de resolução de conflitos relativos ao espaço. Os tratados foram criados e as novas questões foram debatidas. Contudo, com o fim da Guerra fria e da corrida espacial, tais questões foram deixadas de lado. Por muito tempo não tivemos progressos significativos no Direito Espacial, sendo por tratados internacionais ou legislação interna. Essa área se encontra estagnada, sobrevivendo apenas de normas, resoluções ou princípios profundamente generalizados e pouco adaptados à realidade atual. Também há a dificuldade de aceitação da criação de uma legislação espacial porque as grandes potências não têm interesse em tais questões.

Atualmente, tem surgido a necessidade de criar normas para tipos penais que já existem, mas não são aplicáveis ao espaço. São poucas as pessoas que vão ao espaço, temos alguns poucos astronautas que permanecem na estação espacial. Contudo, isso já torna necessária essa regulamentação. Geralmente os países têm autoridade sobre seus objetos lançados ao espaço, mas a estação espacial, por exemplo, é uma acordada zona neutra. Quando explorarmos a Lua ou outros corpos celestes, eles não poderão se

sujeitar à soberania de nenhum país. Normalmente os astronautas seguem a legislação de sua nacionalidade. Porém, pode haver conflitos que envolvam mais de uma nacionalidade. Nesse caso, temos um conflito entre qual legislação se aplica. Problemas como esse tornaram o Direito Internacional cada vez mais complexo. Isso se refletiu também no Direito Espacial, que como uma ramificação do Direito Internacional, trouxe consigo o problema de múltiplas legislações aplicáveis. Contudo, como o espaço não tem jurisdição, uma legislação universal seria interessante. Um Código Espacial feito por todos os países e sujeitando toda a humanidade a uma mesma legislação no espaço, seria ideal, mas ainda é uma distante realidade. Ainda há o desafio de unificação e a criação desse Código será a mais complexa formulação do Direito feita até hoje.

Ademais, o problema da humanidade ao desbravar o espaço, é exatamente suas disfunções. José Monserrat afirmava que nós estávamos levando para o espaço nossos problemas e ainda agravando a desigualdade. Nós somos seres falhos, e ao querer se projetar para além das fronteiras do espaço, a humanidade levaria seus problemas junto, porque ainda não é capaz de conceber um projeto que não seja o que ela já é; um ideado perfeito ainda está muito distante. Reflexo disso é o grande impulso na ida ao espaço para uso de seus recursos de maneira agressiva, como já ocorre aqui na Terra. Nós escavamos brutalmente o solo em busca de minerais, queimamos as florestas para agropecuária, poluímos mares com nossas indústrias. Tudo isso está matando o planeta aos poucos, e esses vícios insanáveis da nossa espécie irão se refletir na exploração do espaço.

A mineração espacial, se feita de maneira irresponsável, pode se tornar um grande problema. Os países explorando a Lua, por exemplo, podem prejudicar nosso satélite e consequentemente a Terra. Recentemente a Agência Espacial Americana se ofereceu para comprar minérios lunares como forma de fomentar empresas privadas a investirem em tecnologias de mineração espacial. Esse tipo de negócio vem sendo incentivado desde agora – quando ainda não temos tecnologia – é um sinal da necessidade urgente de aperfeiçoamento do Direito Espacial nessa área. O comércio desse tipo de matéria prima pode ser um problema no futuro. Ademais, devemos estar prontos para alguns problemas que desconhecemos que podem surgir, como o caso dos gases CFC's, que antes vistos como inofensi-

vos, quase destruíram a nossa camada de ozônio e nos expuseram às letais radiações ultravioletas.

Outrossim, o lixo espacial se tornou um dos problemas mais evidentes do Direito Espacial. Os dejetos espaciais têm prejudicado as missões espaciais e também o meio ambiente espacial. A saturação por detritos da órbita baixa tem a tornado cada vez mais intransitável, e algumas diretrizes têm sido estabelecidas. Nessas questões, o Direito Espacial tem contado com a ajuda de áreas técnicas como a engenharia, que tem proporcionado avanços tecnológicos específicos capazes de ajudar na redução do lixo espacial.

Já têm sido requeridas à indústria da engenharia espacial tais diretrizes que precisam ser observadas em todo o processo da exploração espacial. Os dejetos espaciais precisam ser reduzidos o máximo possível, evitando também os riscos de desintegração tanto nas fases operacionais quanto no término das missões por energia armazenada.

Ademais, a engenharia ainda tem a função de evitar as fatídicas colisões de objetos no espaço. Além dos dejetos espaciais, tem havido uma saturação de objetos espaciais funcionais que tem tornado o espaço cada vez mais intransitável. A exemplo, um projeto de uma empresa privada norte-americana, chamada Space X, tem um plano de construir uma "constelação de satélites" para promover internet de melhor qualidade. O projeto é nomeado Starlink, e lançará milhares de satélites em órbita.

O problema é a quantidade enorme de objetos sendo lançados, e deve-se levar em conta que esse é apenas um projeto de uma empresa. A órbita baixa é um recurso não renovável, e deve ser tratada como tal. Atualmente, a própria Space X tem inaugurado uma nova era da exploração espacial por empresas privadas. O lançamento em 2020 rumo à estação espacial pela cápsula da empresa denominada Crew Dragon, em parceria com a Agência Espacial norte-americana, foi o impulso inicial. Várias empresas privadas de tecnologia espacial têm surgido, o que é positivo na medida em que tem possibilitado o uso e exploração do espaço de forma mais ampla. Contudo, ainda é preciso tomar muito cuidado com a sustentabilidade do meio ambiente espacial.

Relativo ao meio ambiente espacial, uma preocupação – de certa forma futurística – ainda não foi muito levada em conta: a contaminação biológica. Ainda não temos comprovação de vida fora da Terra, mas não

podemos afirmar que não há. O que temos são apenas evidências. Exemplificando, em 1984 foi achado na Antártida um meteorito rochoso, de origem marciana, que apresentava uma formação geológica que se assemelhava aos padrões fósseis das cianobactérias. Descobertas como essa, relativas à vida extraterrestre, impulsionaram o surgimento de uma nova ciência, a Exobiologia. Atualmente conhecida como Astrobiologia, ela estuda a vida, sua origem, evolução, distribuição e tudo o mais. A vida na Terra é estruturada em alguns padrões que se repetem, como a necessidade de água, base em carbono e atividade geológica. Tudo isso tem sido buscado fora da Terra. A exemplo, a água foi encontrada em uma Lua de Júpiter e alguns padrões que podem representar rios primitivos foram encontrados em Marte. Sua atmosfera está enfraquecida, mas num passado distante essa atmosfera pode ter tido pressão suficiente para manter a água em estado líquido, ideal para a vida. Juntamente, o carbono foi encontrado em vários lugares e há atividade geológica em Encélado, umas das luas de Saturno, que apresenta gêiseres que ejetam vapor de água e outros elementos indicando a existência de um oceano subterrâneo. Mais recentemente, foi descoberta uma bioassinatura em Vênus. O planeta, já tão acreditado por Carl Sagan sobre a possibilidade de vida extraterrestre em sua atmosfera, exibiu uma molécula rara, chamada fosfina – hidreto de fósforo – que, até onde sabemos, só é produzida em laboratórios ou por micróbios anaeróbicos.

Devido a essas novas possibilidades, a Agência Espacial norte-americana categoriza os corpos celestes com a numeração de 1-5, sendo categoria 5 o ambiente com maior possibilidade de possuir vida. No Sistema Solar temos alguns corpos celestes nível 5: Marte e as luas Encélado (Saturno) e Europa (Júpiter). Essas proposições se baseiam na presença de água e elementos componentes da vida, como o carbono. Contudo, a presença de vida fundamentada em outros padrões, como outros elementos químicos, não é descartada. Por exemplo, o silício poderia ser um substituto estrutural do carbono, apesar de não ser tão flexível. Podemos também não ter comprovações visuais, uma fauna microscópica ainda é uma possibilidade e precisamos atentar para essa questão. Joshua Ledeberg, ganhador do Nobel de medicina e fisiologia em 1957, afirmava que teríamos uma catástrofe global caso entrássemos em contato com algum organismo patogênico extraterrestre. Uma bactéria marciana, por

exemplo, pode dizimar a vida na Terra, não teríamos defesa contra ela. Da mesma forma, uma bactéria terrestre também poderia matar seres de Marte. Esse problema é preocupante. Temos sondas em Marte e também pretendemos levar humanos para lá, num futuro distante. Já fomos à Lua e pretendemos voltar, pela missão norte-americana Artemis, mas no nosso satélite não há a forte possibilidade de vida como em outros corpos celestes. Esse risco é um pouco distante, mas precisa ser debatido na medida em que a tecnologia avance e torne esse risco cada vez mais atual.

Outra questão importante é o militarismo que está sendo levado ao espaço. A Era espacial se originou de um período marcado pelo militarismo, mas é agora que a tecnologia tem permitido a militarização do próprio espaço. O Tratado do espaço (1967) proibiu a transformação do espaço em um campo de guerra. Contudo a tecnologia militar já está presente. Hodiernamente, satélites com tecnologia armamentista surgiram e possuem tecnologia para destruir outros satélites. Sua importância é político-estratégica, pois representam poderio militar simbolicamente. Contudo, estamos cada vez mais dependentes de satélites, e uma arma anti-satélites pode se tornar o futuro do militarismo.

Países como China e Rússia alegam não ter que se submeter à superioridade espacial dos Estados Unidos. Recentemente, a Rússia foi acusada por Estados Unidos e Reino Unido de ter realizado testes de satélites que apresentam características desses satélites destrutivos. Isso alarmou a comunidade espacial; esses satélites representam um perigo ao uso pacífico do espaço. O Reino Unido afirmou que o satélite russo apresentava características de uma arma e que ações como essa ameaçam o uso pacífico do espaço e podem causar muitos destroços.

O militarismo no espaço precisa ser controlado. Ainda não há muita regulamentação sobre essas armas, e essa é uma das necessidades urgentes do Direito Espacial. Vários países já têm se organizado capacitando as forças armadas para lidar com aspectos defensivos e ofensivos relativos a seus sistemas espaciais. Isso é só mais um reflexo do belicismo que a humanidade tem carregado ao longo de toda a sua existência.

Países desenvolvidos podem desenvolver armamento espacial, enquanto países subdesenvolvidos ficariam à mercê de um conflito espacial. A guerra espacial não tem fronteiras, e pode causar a destruição da Terra. Precisamos olhar para o espaço com mais responsabilidade. Se a nossa

mentalidade primitiva de querer sempre a guerra continuar, vamos deixar de existir. Nunca tivemos tanto poderio militar como atualmente, e armas cada vez mais eficientes têm sido criadas.

Por isso precisamos de um Direito Espacial. Essa área tem estado estagnada por muito tempo e precisa urgentemente ser debatida. Além disso, por ser fruto de um período extremamente específico, esse Direito precisa ser modernizado para atender o contexto que estamos vivendo hoje. O Direito deve regular o uso e exploração do espaço de maneira equitativa e sustentável, o mais rápido possível; enquanto ainda podemos agir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a chegada do progresso, a humanidade cada vez mais tem visto a necessidade de regulamentação de situações cada vez mais diferentes. A natureza humana possuindo um ímpeto na qual leva a importantes mudanças na forma como a sociedade se estrutura, fez com que houvesse a necessidade do Direito se atualizar e se fazer presente em diversas situações, para que o conflito seja evitado e para que haja harmonia. Ademais, o progresso tecnológico tem acontecido de forma rápida, conquanto algumas áreas do Direito não têm acompanhado esse ritmo da forma como deveria

O mundo tem se visto no limiar de uma nova era, na qual a exploração espacial emergiu como ápice do futurismo. Contudo, a estagnação do Direito Espacial pode se tornar um perigo para a sociedade. A falta de regulamentação pode, como já visto, criar sérios riscos para a ordem global e por isso, o Direito Espacial deve ser estudado, para que possamos explorar cada vez mais o potencial das regiões mais longínquas do Sistema Solar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADMINISTRATION, National Aeronautics and Space. **Artemis:** Humanity's Return to the Moon. Disponível em: <https://www.nasa.gov/specials/artemis/>. Acesso em: 10/01/2021.

KANT, Immanuel; **Zum ewigen Frieden.** Ein philosophischer Entwurf, 1795.

MONSERRAT, José**. Direito e política na era espacial:** podemos ser mais justo no espaço do que na terra?**.** José Monserrat Filho. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. São Paulo: Escala. Avenida Prof Ida Kolb, 551 – Casa Verde.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar/ Francisco Rezek. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SPIEGEL, Der. **USA und Großbritannien werfen Russland Waffentests im Weltraum vor**. **24.07.2020, 08.06 Uhr.** Disponivel em https://www.spiegel.de/politik/ausland/usa-und-grossbritannien-alarmiert-ueber-russlands-waffentests-im-weltraum-a-7cf5ef09-411b-43de-86eb-24e80a493675. Acesso em 15/01/2021.

TIMES, New York. Life on Venus? Astronomers See a Signal in Its Clouds. **Published Sept**. 14, 2020. Updated Feb. 8, 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/09/14/science/venus-life-clouds.html>. Acesso em: 15/01/2021.

USP, Núcleo de Pesquisa em Astrobiologia. **Astrobiologia:** uma ciência emergente. São Paulo: Tikinet Edição: IAG/USP, 2016.

DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL E O IDEAL DE ROMPIMENTO DO ACORDO DE VONTADE ENTRE AS PARTES

Isabel Christina Gonçalves Oliveira[175]
Heloísa Borges Nascimento[176]

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca elucidar acerca do DIVÓRCIO Impositivo Estrajudicial e o ideal de rompimento do acordo de vontade entre as partes, para tal, parte-se da Emenda Constitucional 66/2010 que facilitou o acesso ao divórcio, retirando do §6º do art. 226 da Constituição Federal, os requisitos temporais e a prévia separação de corpos. Deixando o instituto além de mais acessível, também mais justo.

A par desta facilitação, surge dentre a corrente contemporânea, um grupo de juristas que militam acerca da regulamentação do instituto do "divórcio impositivo extrajudicial" ou "direito unilateral", o qual se perfaz como a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal realizado pela via extrajudicial, sem a anuência do outro consorte.

A propósito, tratando-se de direito que não admite contestação, muito se tem discutido na possibilidade de divórcio impositivo, bastando ape-

175 Mestra em Direito Agrário pelo PPGDA/UFG, especialista em Direito e Processual Civil, Advogada, Professora e Coordenadora de Curso na Faculdade Serra da Mesa.

176 Graduanda em Direito pela Faculdade Serra da Mesa.

nas uma notificação extrajudicial, realizada por tabelionato, dando ciência ao outro cônjuge acerca da decisão unilateral de rompimento do vínculo conjugal, haja vista se tratar de um direito potestativo.

Desta feita, o objetivo é investigar os obstáculos encontrados para efetivar o direito do divórcio unilateral, visto que o mesmo é considerado como direito dispositivo, conforme preleciona a Carta Magna.

Sendo assim, a presente pesquisa tem como escopo demonstrar as dificuldades de regulamentação do divórcio impositivo extrajudicial, utilizando-se da abordagem qualitativa, realizada através da pesquisa bibliográfica e documental dos instrumentos normativos e na doutrina brasileira, com o intuito de demonstrar a importância e a necessidade da implementação do divórcio unilateral no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, será abordado o conceito de divórcio impositivo extrajudicial, com o estudo dos instrumentos legais que visam buscam a regulamentação do instituto, bem como os desafios do Poder Judiciário na implementação prática do divórcio unilateral.

1. DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL (DIVÓRCIO UNILATERAL)

O casamento é a instituição que estabelece, concomitantemente, a sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial entre os cônjuges.

Nos termos do artigo 1.535 do Código Civil de 2002, o vínculo matrimonial surge com o casamento válido, criando a família legítima ou matrimonial, gerando direitos e deveres de cunho moral, espiritual e econômico. Por sua vez, entende-se por sociedade conjugal, o complexo de direitos e obrigações que integram a vida comum dos cônjuges.

Hodiernamente, não há necessidade de que os cônjuges obtenham primeiro a separação, que põe fim à sociedade conjugal, para que posteriormente venham a se divorciar, dissolvendo o casamento e rompendo o vínculo matrimonial.

O atual ordenamento jurídico brasileiro, dispõe de quatro modalidades de divórcio, quais sejam: divórcio conversão, divórcio extrajudicial consensual, divórcio judicial consensual e divórcio judicial litigioso.

Em que pese a legislação brasileira regulamentar a possibilidade da via extrajudicial para os casos de divórcio consensual, denota-se a carência, no

que tange a regulamentação de divórcio extrajudicial litigioso, ampliando à solução extrajudicial às demandas em que há lide entre os cônjuges para dirimir as questões da separação.

Assim, diante dos novos paradigmas sociais e da necessidade de dissolução do vínculo matrimonial sem o consenso do outro consorte, surge entre as correntes contemporâneas, a perspectiva de se regulamentar o instituto do "divórcio unilateral", também denominado como "divórcio impositivo extrajudicial".

Segundo a corrente moderna, a qual possui Flávio Tartuce como um dos grandes idealistas, a modalidade do divórcio impositivo extrajudicial pode ser celebrada apenas por um dos consortes, visando encerrar o vínculo matrimonial, mesmo sem a anuência da outra parte, bastanto, tão somente, a notificação do cônjuge opoente.

Ademais, em analogia, Flávio Tartuce afirma que o instituto do casamento equipara-se ao instituto dos contratos, pois é tido como um negócio jurídico carecedor de um dos requisitos essenciais à formação da relação jurídica, qual seja, a manifestação de vontade de gerar direitos e obrigações recíprocas dentro do vínculo conjugal.

Seguindo essa linha de raciocínio, o instituto do divórcio impositivo extrajudicial, se assemelharia à resilição unilateral do contrato, conforme dispõe o artigo 473, caput do Código Civil, senão vejamos: "A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte".

Assim, considerando a similute ao instituto contratual, denota-se que o divórcio impositivo unilateral compreende ao direito potestativo que um dos cônjuges possui para impor ao outro consorte, o rompimento do vínculo conjugal, independentemente de anuência, sem que este se oponha, posto situado em posição de sujeição.

1.1. REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DO DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL

A Emenda Constitucional 66/2010 (PEC do Divórcio), alterou o artigo 226, §6º da Constituição Federal, retirando a exigência do requisito temporal e da prévia separação.

A redação do dispositivo antes da EC 66/2010 era a seguinte: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Após a promulgação da "PEC do Divórcio", o aludido §6º do art. 226 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação: "§6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio", afastando a possibilidade de eventuais limitações que poderiam surgir.

Acerca da temática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no RE 1.167.478, o qual debate se a separação judicial é requisito essencial para o divórcio, haja vista que se perfaz como instrumento autônomo no ordenamento jurídico, se consolidando a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 que alterou o §6º do artigo 226 da Constituição Federal.

Assim, a partir dessa decisão o instituto do divórcio passou a ser considerado um direito potestativo, o qual independe de anuência ou oposição da outra parte, porquanto esta se encontra em estado de sujeição.

Corroborando com esse entendimento, Gonçalves (2019) afirma que o direito potestativo configura na modificação da relação jurídica, através da manifestação de vontade de um indivíduo em alterar a atual relação, sem anuência ou aceitação da outra parte.

Nos dizeres de Rolf Madaleno (2020), o acesso ao divórcio é direto e objetivo, constituindo direito potestativo de quem é casado, não havendo a necessidade de qualquer requisito, seja o decurso de prazo ou qualquer outra condição impeditiva.

Nesse diapasão, conclui-se que trata-se de direito potestativo, uma vez que atribui ao cônjuge a faculdade de modificar a situação jurídica familiar existente, mediante submissão apenas à vontade unilateral de um dos cônjuges.

A propósito, Mário Delgado afirma que o direito de pleitear o divórcio não pode ser restrito ou violado, por isso não é passível de contestação.

O Projeto de Lei n. 3.457/2019, dispõe sobre os procedimentos que permitem que um dos cônjuges requeira a averbação de divórcio no Cartório de Registro Civil, quando há dissenso com o outro consorte, visando acrescentar o artigo 733-A ao Código de Processo Civil.

Nesse viés, a inclusão do artigo 733-A, institui que na falta de anuência de um dos consortes, o outro poderá requerer a averbação no respectivo cartório que foi registrado o casamento, possibilitando a dissolução do vínculo conjugal de forma unilateral.

Contudo, para que seja possível o divórcio impositivo extrajudicial, o aludido Projeto de Lei define que não pode haver a presença de filhos incapazes, bem como faz-se necessário a presença de advogado ou defensor, além da obrigação de notificação do cônjuge não anuente, antes da averbação do divórcio, senão vejamos:

> Art. 1º Acrescente-se o art. 733-A à Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, passando a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 733-A. Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais.
>
> § 1º. O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.
>
> § 2º. O cônjuge não anuente será notificado pessoalmente, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.
>
> § 3º. Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio.
>
> § 4º. Em havendo no pedido de averbação do divórcio, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, em retomada do uso do seu nome de solteiro, o Oficial de Registro que averbar o ato, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade; ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

> § 5º. Com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.

A justificativa apresentada no Projeto de Lei compreende a simplificação do procedimento do divórcio administrativo, sem que houver dissenso entre as partes sobre o a dissolução da sociedade conjugal, seja por oposição ou por estarem separados de fato durante muito tempo.

A inclusão do artigo 733-A no Código de Processo Civil, visa criar uma nova modalidade de divórcio, qual seja, o divórcio litigioso administrativo, o qual pode ser postulado perante o Cartório de Registro Civil, de forma unilateral ou ainda em oposição ao outro.

Nesse viés, os professores José Fernando Simão e Mário Luiz Delgado, possuem o seguinte entendimento:

> Se não se exige prévia intervenção judicial para o casamento, por que razão haver-se-ia de exigir tal intervenção para dissolução do vínculo conjugal. Tanto a constituição do vínculo como o seu desfazimento são atos de autonomia privada e como tal devem ser respeitados, reservando-se a tutela estatal apenas para hipóteses excepcionais. Entretanto, para que os cônjuges possam lavrar a escritura de divórcio, precisam entrar 'em acordo'. O artigo 733 do CPC atual prevê que somente o 'divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável poderão ser realizados por escritura pública. Portanto, as regras legais atuais exigem que a escritura seja subscrita obrigatoriamente por ambos os cônjuges, e isso nem sempre é possível. Um dos cônjuges pode se negar a concordar com o pedido de divórcio até mesmo por capricho ou por receio de uma atitude violenta do outro. Também são comuns as situações em que um dos cônjuges se encontre em local incerto e não sabido.

Desta feita, em que pese as grandes críticas feitas à morosidade do Poder Judiciário, determinar que um dos cônjuges postule pela via judicial apenas para obter a anuência da dissolução do vínculo conjugal, foge

dos princípios da celeridade processual, eficiência e efetividade, princípios estes que são consagrados tanto no Código de Processo Civil, como também na Constituição Federal.

Portanto, a falta de concordância de um dos consortes, não pode implicar óbice ao pedido de divórcio impositivo extrajudicial, haja vista que não se trata apenas de uma questão patrimonial, mas também afeta diretamente vida pessoal do outro cônjuge, porquanto impede que este estabeleça um novo vínculo conjugal. Assim, a possibilidade de divórcio impositivo extrajudicial colabora para que as partes não permaneçam conectadas matrimonialmente durante o decorrer da demanda.

1.1.1. DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO PRÁTICA DO DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL

Com o advento da Lei 11.441/2007, houve a regulamentação do instituto "divórcio administrativo" ou "extrajudicial" no Brasil, podendo ser realizado no Cartório de Registro Civil, desde que haja consenso entre as partes e a inexistência de filhos incapazes. Essa inovação legislativa visa restringir a intervenção estatal na vida privada, nos casos em que há acordo entre as partes.

No entanto, para que haja a possibilidade do divórcio administrativo, deve haver o consenso entre ambos os cônjuges, nos termos do artigo 733 do CPC/2015: "Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731".

Assim, as regras previstas no aludido dispositivo exigem que a averbação seja feita com consenso dos cônjuges. Ocorre que nas situações em que um dos cônjuges se negar ou não ser impossível o contato com o outro cônjuge para realizar a dissolução do vínculo conjugal, faz-se necessário postular perante a via judicial, a fim de obter a satisfação da tutela pretendida.

Desta feita, visando superar essas dificuldades, que obstam o divórcio impositivo extrajudicial, surge a modalidade contemporânea de divórcio administrativo ou extrajudicial, que independe da assinatura de ambos os

cônjuges na escritura pública, podendo obter a dissolução do vínculo conjugal de forma unilateral.

Os primeiro rumores acerca do divórcio impositivo foi previsto no Provimento 06/2019 da Corregedoria Geral da Justila do Estado de Pernambuco, visando estabelecer um procedimento simplificado perante o Cartório de Registro Civil, nos casos de autonomia de vontade unilateral.

Ocorre que o Conselho Nacional de Justiça instaurou o Pedido de Providências nº 0003491-78.2019.2.00.0000 visando revogar as disposições contidas no Provimento 06/2019, pelos seguintes motivos: carência de legislação que regulamentasse o divórcio extrajudicial e, ainda, a incompetência para legislar acerca da matéria em debate, pois compete exclusivamente à União legislar sobre matéria relacionada ao Direito Civil, Processual e aos Registros Públicos (art. 22, inciso I e XXV da CF/1988).

Assim, o Pedido de Providências do CNJ revogou o Provimento CGJ/PE 06/2019, extinguindo a previsão do divórcio unilateral.

Por tais motivos, denota-se a deficiência, dificuldade e necessidade de regulamentação do "divórcio impositivo extrajudicial", haja vista que este só poderá ser regulado por Lei Federal que uniformize o procedimento do divórcio extrajudicial em todo território do país.

A regulamentação do instituto do divórcio impositivo extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro implicaria na desobstrução do Poder Judiciário e extrajudicialização do procedimento de divórcio unilateral, gozando de amparo no princípio da eficiência, efetividade do processo, economia processual, além de enaltecer o princípio da autonomia da vontade.

No entanto, em que pese o Projeto de Lei n. 3.457/2019 pendente de aprovação, o Congresso deve-se atentar e agilizar a pertinência da temática, bem como os impactos deste no ordenamento jurídico brasileiro, extrajudicializando e desburocratizando o procedimento do divórcio impositivo que ainda persiste no judiciário brasileiro, facilitando assim, a vida das pessoas.

Assim, faz-se necessário a aprovação do Projeto de Lei 3.457/2019 regulamentando o instituto do divórcio impositivo extrajudicial, incluindo o art. 733-A no Código de Processo Civil de 2015, bem como alterar o as Leis Cartorárias visando dar competência aos cartórios para o divórcio extrajudicial, conforme procedimento previsto no aludido Projeto de Lei.

O reconhecimento do divórcio como direito potestativo, o qual não carece de anuência da parte opoente, passível de realização pelas vias extrajudiciais, é um dos caminhos para incentivar a solução dos litígios sem a burocratização do Poder Judiciário. Entretanto, os requisitos para a instauração do divórcio unilateral, devem ser respeitados, com o intuito de não acarretar a nulidade ou anulabilidade da averbação.

Ademais, outro fundamento que corrobora a possibilidade do divórcio impositivo extrajudicial, é a possibilidade de decretação liminar nos processos judiciais de divórcios, tendo em vista a natureza do direito.

O processo judicial de divórcio litigioso implica às questões que estão acessórias ao procedimento, tais como: guarda, alimentos, sobrepartilha e, na maioria das vezes, não o divórcio em si. Desta feita, não há prejuízo a possibilidade de divórcio unilateral, uma vez que as demais questões que não podem ser resolvidas pela via extrajudicial, podem ser levadas em apartado ao Poder Judiciário.

Portanto, a regulamentação do divórcio unilateral promove as vias extrajudiciais visando a desobstrução do Poder Judiciário, contribuindo para a efetividade do procedimento, reduzindo custos, prazos, simplificando o procedimento extrajudicial do divórcio, dentro das possibilidades legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que a ideia de "divórcio impositivo extrajudicial" ou "divórcio unilateral" é relevante pois contribui na desburocratização do Poder Judiciário, restringido a atuação do juiz nas questões que podem ser resolvidas extrajudicialmente, implicando na ideia de desafogar o Sistema Judiciário brasileiro.

Assim, a principal finalidade do divórcio impositivo é desburocratizar o procedimento de separação do vínculo matrimonial, nos seguintes casos: quando há dissenso entre os cônjuges, quando não se consegue contatar uma das partes, seja por estar em local incerto ou por estarem separados de fato há muitos anos e, ainda, quando houver um histórico de violência doméstica.

Sendo assim, a promulgação do Projeto de Lei n. 3.457/2019, afasta o óbice de concordância da outra parte para regularidade da averbação, logo, a aprovação do referido projeto de lei, mostra-se uma medida ne-

cessária, pois desde a promulgação da EC 66/2010, o divórcio passou a ser tido como um direito potestativo, o qual não admite oposição, mas tão somente a manifestação de vontade.

A propósito, o divórcio unilateral coopera com a consagração do princípio da economia processual, porquanto a via extrajudicial para a dissolução do vínculo conjugal, simplifica o procedimento para se obter em tempo razoável a tutela pleiteada.

Por ser temática atual, a análise dos efeitos e os desdobramentos jurídicos acerca do divórcio unilateral, implica um avanço nas relações interpessoais, haja vista que ninguém é obrigado a permanecer no vínculo conjugal. Assim, o presente artigo justificou-se em discutir a presente temática, na perspectiva da autonomia da vontade, isto é, na liberdade de escolha do indivíduo, independentemente de consenso do outro cônjuge.

Portanto, o instituto do "divórcio impositivo extrajudicial", carece de aplicabilidade, pois no Direito de Família contemporâneo, não cabe a frase litigiosa proferida por um dos cônjuges de que "não se vai dar o divórcio". Assim, é evidente que a autonomia da vontade é um dos princípios basilares em qualquer relação jurídica e, sendo as pessoas livres, não devem depender de consentimento da outra parte para dirimir seu estado civil quando não há mais interesse em permanecer na vida conjugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETZEL, Scarleth Abipe Holzmeister; BETZEL, Raphael Bourguignon. PL 3.457/19 e o divórcio unilateral extrajudicial: uma modernização necessária. **Migalhas de Peso**, [*S. l.*], p. 0-0, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333516/pl-3-457-19-e-o-divorcio-unilateral-extrajudicial--uma-modernizacao-necessaria>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de providências nº 0003491-78.2019.2.00.0000 de 31 de maio de 2019. Determina a revogação do Provimento CGJ/PE n. 6/2019.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Projeto de Lei nº 3.457 de 2019. Acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242> Acesso em: 3 abr. 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Divórcio impositivo. **IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [*S. l.*], p. 0-0, 27 maio 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CAVALCANTE, Sandes Martins; SANTOS, Wenas Silva. Dissolução Do Casamento Pelo Instituto Do Divórcio Impositivo Ou Unilateral No Direito Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, [*S. l.*], p. 0-0, 1 maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/dissolucao-do-casamento-pelo-instituto-do-divor-

cio-impositivo-ou-unilateral-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 3 abr. 2021.

DELGADO, Mário Luiz; SIMÃO, José Fernando. Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas. **Consultor Jurídico - Conjur**, [*S. l.*], p. 0-0, 19 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/processo-familiar-barrar-declaracao-unilateral-divorcio-negar-natureza-coisas>. Acesso em: 3 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista doos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito civil brasileiro, volume 6**: *direito de família*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

PEREIRA, Julia Janeiro. Divórcio unilateral: discussão sobre a sua regulamentação. **IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [*S. l.*], p. 0-0, 16 dez. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1613/Div%C3%B3rcio+unilateral:+discuss%C3%A3o+sobre+a+sua+regulamenta%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 3 abr. 2021.

PERNAMBUCO. Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco. **Provimento nº 06 de 14 de maio de 2019. Institui o divórcio impositivo direto no registro civil.** Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco. **Provimento nº 08 de 15 de maio de 2019.** Revoga o Provimento CGJ nº 06/2019, publicado em 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+-08-2019-CGJ+Pub.+no+DJe+de+04-06-2019.pdf/78902668-b6ea--0e2b-f97e-5ea045dd57f8>. Acesso em: 3 abr. 2021.

STF. **Recurso Extraordinário 1.167.478** – RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Dje: 21 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8159082>. Acesso em: 3 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. O divórcio unilateral ou impositivo. **Migalhas**, [*S. l.*], p. 0-0, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral--ou-impositivo>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. **Manual de direito civil:** volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

DIREITO CONSUMERISTA FACE À COVID-19: REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Kaliana Lima Ferreira[177]
Sarah Borges Vasconcelos[178]

INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu da necessidade de analisar as mudanças advindas da pandemia gerada pelo Covid-19.

O objetivo central dessa pesquisa é explorar às reações do novo vírus no que concerne ao Direito Consumerista, bem como a forma pela qual as relações de consumo foram afetadas. Todavia, em específico, adentrar quanto ao aumento significativo do consumo e das práticas abusivas veemente vedadas pela legislação brasileira. Ademais, refletir quanto à Responsabilidade Civil diante de vício de produtos e/ou serviços, assim como as próprias excludentes da obrigação de indenizar.

Ressalta-se a importância desse estudo, uma vez que tratando-se de um advento extremamente recente, torna-se primordial observar as transformações relacionadas ao ordenamento jurídico brasileiro, justificando-se, assim, a escolha do tema.

177 Graduada pelo curso de Direito pelo Centro Universitário UNIEvangélica.

178 Graduada pelo curso de Direito pelo Centro Universitário UNIEvangélica; Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale.

Além da problematização quanto aos impactos causados pelo novo *coronavírus* ser crucial para os aplicadores do Direito, visto que o conhecimento deve acompanhar a evolução da sociedade e, principalmente, seus momentos históricos. O presente estudo também é de grande relevância para o público acadêmico e a sociedade em geral, sendo que a todo momento é possível observar relações de consumo e, dessa forma, é de essencial importância instruir a todos quanto aos seus direitos e deveres como cidadãos e consumidores.

A metodologia utilizada para essa pesquisa foi a metodologia qualitativa e descritiva, pois estudou o fenômeno do Direito do Consumidor, a sua evolução histórica normativa, o surgimento da Covid-19 e seu impacto nas relações de consumo, no princípio de proteção legal, bem como nas ocorrências de práticas abusivas, e os fenômenos relacionados a Responsabilidade Civil na seara consumerista, suas exceções, bem como suas excludentes.

Ademais, foi utilizada a compilação bibliográfica e o uso de artigos científicos recentes acerca da temática, aprofundando-se principalmente no Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988. Verificou-se, inclusive, a imprescindibilidade de dedicar-se a outras áreas do conhecimento como a medicina e a psicologia. Imergindo-se nas ciências biológicas e comportamentais, houve uma maior compreensão sobre como os indivíduos lidam com situações imprevisíveis e como seus posicionamentos podem gerar consequências em diferentes âmbitos.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONSUMERISTA

A relação de consumo está presente na sociedade desde os primórdios da humanidade. Faz-se necessário analisar a evolução histórica deste instituto objetivando, dessa forma, compreender melhor as nuances envolvendo as problemáticas consumeristas, bem como a necessidade de regular-se a temática envolvendo o consumidor.

Desde a Antiguidade percebe-se a necessidade de proteção ao consumidor. Um dos registros mais remotos recai sobre o Código de Hammurabi, proveniente da Babilônia, que datam do século XVIII a. C., nele já apontava regras que ditavam assuntos relativos a preço, qualidade e quan-

tidade de produtos. Têm-se ainda anotações sobre decisões envolvendo direitos e obrigações de profissionais liberais, arquitetos, cirurgiões, e autônomos, como os empreiteiros, com penas tanto pecuniárias como, nos casos mais graves, com castigos corporais e até a morte (OLIVEIRA, 2010).

Em um segundo momento, no século XIII a.C., o Código de Massu, na Índia estabelecia sanções, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros, ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes. Prescrevia, ainda o Código que, em todo contrato de compra e venda, um prazo de 10 dias para a confirmação da venda, podendo o negócio ser desfeito, dentro daquele prazo, demonstrando a preocupação nas rudimentares relações de consumo (PINHEIRO,2004).

Destaca-se que um dos primeiros marcos para o Direito do Consumidor foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consequência da Revolução Francesa, em 1789, pois antes do sujeito ser um consumidor, deve-se reconhecê-lo como cidadão e titular de direitos individuais. Tal perspectiva, fundamental na evolução histórica, serviu, e serve, de suporte para as inovações legislativas advindas do Estado (FILOMENO, 2010).

Com o advento da industrialização e o crescimento do capitalismo, o movimento de defesa do consumidor ganhou força nos Estados Unidos, onde foi palco de grandes avanços consumeristas. Em 1891, por iniciativa de Josephine Lowel, foi criada a "*New York Consumers League*", atual "*Consumers Union*". Caracterizava-se por ser um instituto de conscientização aos consumidores sobre os seus direitos (MARCHIORO, 2010).

Ainda nos Estados Unidos, em 1906 foram elaboradas as seguintes leis: *Pure Food And Drug Act*, também conhecida como a Lei de Alimentos e Medicamentos; e a *Meat Inspect Act*, que tinha por finalidade inspecionar e controlar a comercialização de carne. E, por fim, em 1927, foi criada a FDA (*Food and Drugs Administration*), considerada ainda hoje a mais respeitada autarquia no que diz respeito ao controle de gêneros alimentícios e medicamentos (GUGLINSKI, 2014).

A década de 60 foi o grande marco mundial para os consumidores. Logo no início de 1960, foi criada a IOCU – *International Organization of Consumers Unions*, atualmente denominada de CI – *Consumers Internatio-*

nal. A IOCU foi inicialmente composta por cinco países: Austrália, Bélgica, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido. O Brasil atualmente participa da IOCU por meio da Fundação Procon e do IDEC.

Em 15 de março de 1962, o presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, encaminhou mensagem ao Congresso Nacional Americano reconhecendo os direitos dos consumidores. Em sua homenagem, o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor passou a ser comemorado nessa data (SERRANO, 2003).

Na década de 70, os países menos industrializados passaram a receber um volume grande de informações sobre legislações, movimentos e associações de consumidores, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação. Ainda nessa década, outro assunto passou a ser motivo de preocupação dos consumidores: a preservação do meio ambiente (OLIVEIRA, 2004).

Dentre os principais destaques dessa década ressalta-se: a edição da Lei *Royer*, destinada à proteção do pequeno comércio e do artesanato, a qual continha normas de regulamentação da publicidade ilícita e a permissão de exercício da ação civil pelas associações de consumidores em 1973; a criação em 1976 da Carta dos Consumidores, tornando-se o primeiro documento oficial na Europa a versar sobre Direito do Consumidor; o sistema de defesa denominado *Unfair Contract Terms Act* (1977) que consistia em reconhecer a nulidade de cláusulas abusivas, notadamente aquelas que viessem a excluir a responsabilidade e riscos do fornecedor; e a criação da Lei *Scrivner*, considerada a controladora das cláusulas abusivas (MARCHIORO, 2010).

Em 1985, a ONU editou a Resolução nº 39/248, de 16 de abril, que tratou de normas de proteção ao consumidor, atenuando as diferenças entre consumidores e fornecedores, propondo aos países a proteção adequada aos consumidores, por meio da implantação de políticas de defesa destinadas a estes. Reconhece, ainda, que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro (AZEVEDO, 2009).

Registra-se que o consumo, no Brasil, se intensificou após o início da industrialização, em meados da década de 1930, sendo que, já nessa época, o Estado possuía características fortemente intervencionistas na

ordem econômica. Antes mesmo de ser incluída na Carta Constitucional de 1988, a defesa do consumidor, no Brasil, teve como março mais significativo a edição da Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, com vistas à proteção dos interesses difusos da sociedade. No mesmo ano, criou-se o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (SODRÉ, 2009).

No Brasil, o direito do consumidor possui fincas na Constituição Federal, cuja garantia de defesa do consumidor encontra-se consagrada em seu art. 5º, XXXII, lecionando que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Em 1990, editou-se a Lei nº 8.078, criando o Código de Defesa do Consumidor (CDC), contribuindo para estruturação do tema no Brasil, foi permeado por correntes doutrinárias, com inovadoras medidas em benefício dos consumidores, apresentando um corte no sistema jurídico. Entretanto, a temática do consumidor não permanece parada no tempo, haja vista as mudanças advindas da sociedade e do mercado de consumo requerem recorrentes adequações (GRINOVER, 2004).

Desta forma, ressalta-se a importância de tratar a respeito da evolução histórica do Direito Consumerista. Destaca-se que, dentre todas as transformações concernentes às relações de consumo, fez-se necessário a intervenção estatal a fim de garantir o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos como forma de se equilibrar a diferença existente entre fornecedores e consumidores, sendo este em regra, parte hipossuficiente.

2. O IMPACTO DA COVID-19 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1. A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO LEGAL À PARTE HIPOSSUFICIENTE

Em todo o Direito Consumerista, temos sempre dois lados da relação: fornecedor versus consumidor. Ambos dependem um do outro para existirem, porém há sempre um lado que é mais forte que o outro. O lado mais "fraco" é considerado o consumidor, ou seja, o destinatário final.

Pensando nesta relação e para que existisse um equilíbrio entre as partes, o legislador tentou igualar ambos para que fossem evitados conflitos,

como disposto no artigo 4º, inciso III, do Código Consumerista, em que trata da harmonização na relação consumidores e fornecedores, objetando a boa-fé e o equilíbrio (COELHO, 2020).

Mas, no período pandêmico, os dois lados da relação foram prejudicados. Donos de empresas, sejam elas grandes ou pequenas, sofreram com o fechamento do comércio, caindo drasticamente o número de vendas e deixando de atender o número de clientes ao qual era habitual. Fornecedores foram impedidos de ter um contato físico com o consumidor, sendo que na maioria das vezes, este contato era esse essencial para realizar deliberações, sugestões e até mesmo a realização de negócios.

Porém, diante à crise epidemiológica, várias empresas se reinventaram e recorreram ao comércio pela internet e pelos aplicativos. É certo afirmar que algumas empresas não aguentaram o período de fechamento e, infelizmente, deixaram de existir.

Após um período de meses em *lockdown*, o governo deliberou que o comércio poderia ser reaberto, seguindo inúmeros protocolos de segurança. Foi neste momento que os fornecedores viram o momento para recuperar todo tempo que fora perdido anteriormente.

Porém, neste período, o mais correto a se fazer seria: buscar um equilíbrio entre os interesses econômicos por parte dos fornecedores e consumidores, para que fosse cumprido o princípio do equilíbrio entre as partes, aqui traduzida na preservação e manutenção da atividade consumerista e mantendo os direitos e garantias do consumidor, e, por fim, driblando o cenário pandêmico (FERREIRA, 2020).

Isso não foi visto por parte de grandes empresas, que devido à escassez de vendas e negócios deixados de ser realizados, aumentaram drasticamente o preço de seus produtos, colocando o consumidor de hipossuficiência ao extremo. O exemplo mais nítido da onerosidade por parte das empresas foi no ramo da saúde, principalmente na questão das caixas de máscaras respiratórias e álcool em gel, tendo comerciantes que alteram o valor habitual desses produtos para mais de 700% acima (FÉLIX, 2020).

O presidente da Comissão de Direito do Consumidor do OAB/DF, Ricardo Barbosa, se opôs à elevação do preço e acrescentou que a elevação dos preços sem justa causa é considerada prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), punível com multa e penalidades administrativas, "aumento de preços não é vedado pela lei. No entanto,

o aumento dissociado de qualquer elemento razoável, com o único intuito de auferir lucros desproporcionais, sem comprovada justa causa, é vedado". Esta prática se enquadra também nos crimes contra a economia popular e a ordem econômica, tipificados pelas leis 1.521/51, 8.137/90 e 12.529/2011 (MOURA, 2020).

Ainda sobre os produtos essenciais na saúde pública, o Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) chegou a alertar os comerciantes sobre a elevação dos preços por meio de uma nota técnica, a qual disponha "A nota foi no sentido de orientar todos os fornecedores, especialmente as farmácias/drogarias, os estabelecimentos de venda de artigos hospitalares e os mercados e supermercados a não realizarem aumento arbitrário de preços de produtos voltados à prevenção/proteção e combate contra o coronavírus, sobretudo álcool em gel, máscaras cirúrgicas e máscaras descartáveis elásticas, assim entendidos como aumento sem fundamento no custo de aquisição ou, caso já tenham elevado os preços, que retornem aos valores anteriores" (FÉLIX, 2020).

Estes são apenas exemplos de produtos que tiveram seus preços elevados, mas que causaram grande impacto na vida do consumidor. Já é possível analisar que essa conduta se encaixa perfeitamente no artigo 39, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor, constituindo uma prática abusiva a elevação dos preços de produtos ou serviços sem justa causa.

A pandemia não é causa final e, muito menos, justificativa para que possa aumentar o preço, visto que, ambos os lados foram prejudicados pela situação que continua assolando todo o mundo e, tanto fornecedores quanto consumidores não possuem culpa na situação fortuita gerada pela Covid-19.

2.2. ANÁLISE DO AUMENTO SIGNIFICATIVO DO CONSUMO E SUA RELAÇÃO COM AS PRÁTICAS ABUSIVAS

Diante da crise sanitária ocasionada pela Covid-19 a sociedade em geral teve que se reinventar devido à readaptação das relações sociais. Dessa forma, torna-se inegável que as restrições preventivas, bem como eventuais medidas restritivas de direito impactaram sobremaneira as relações sociais e o Direito Consumerista.

Nesse toar, em um primeiro momento o aumento do consumo evidenciou-se através de produtos que seriam agentes contra o novo vírus, tais como álcool em gel e máscaras. Ademais, no intuito de evitar sair de casa, a população optou por comprar produtos alimentícios e de higiene básica em maiores quantidades com a finalidade de irem menos vezes em supermercados e afins (FÉLIX, 2020).

Além disso, o isolamento social possibilitou o crescimento do comércio *online (e-commerce)*. Diante da proibição de abertura das lojas e estabelecimentos, os empreendedores viram-se obrigados a recorrer às vendas *onlines*. Através disso, verificou-se que a população optou pelos aplicativos de *delivery* de comida e, até mesmo, supermercados, ao invés de irem até o local retirarem as encomendas (MACHADO; SOARES, 2020).

Outro ponto evidenciado foi no que diz respeito à melhoria da própria saúde. Na correria do dia a dia, muitas vezes ela acabava negligenciada. O ganho de tempo fez com que as pessoas passassem a olhar mais para si. Isso engloba os cuidados com a alimentação, a diminuição do estresse, com mais tempo dedicado a si mesmo, e também uma conscientização maior da necessidade de se fazer exercícios físicos, o que fez com que o ramo de artigos *fitness*, marmitas saudáveis e plataformas de treinos *online* ganhassem destaque durante a pandemia (MOURA, 2020).

Ressalta-se que devido ao isolamento social, muitas pessoas começaram a trabalhar em casa, o famoso *"home office",* mesmo sem ter um local adequado para isso. Assim, passaram a investir no seu novo local de trabalho para melhorar o rendimento, com a compra ou a adequação de móveis buscando um maior conforto, bem como o investimento em produtos de informática que possibilitavam um melhor desempenho (MACHADO; SOARES, 2020).

Nesse sentido, ante ao aumento da busca por produtos e serviços, os fornecedores aproveitaram-se da situação para superfaturarem os preços, sendo esta uma prática abusiva repreendida pela legislação consumerista. Conforme o art. 39, inciso X do Código de Defesa do Consumidor, "é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços" (BRASIL, 1990).

O sistema econômico brasileiro é baseado na livre iniciativa, sendo que a intervenção estatal na economia deve se dar de maneira excepcional e nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, observada a proporcio-

nalidade. Na economia de mercado capitalista, a formação dos preços subordina-se à clássica lei da oferta e da demanda, sendo que a intervenção estatal dar-se-á na exata medida da proteção do consumidor e da livre concorrência (MIRAGEM, 2016).

Entretanto, mesmo em um regime de liberdade de preços, cabe ao Poder Público e ao Poder Judiciário o controle de preços abusivos, arbitrários ou leoninos, medida consentânea com todo o ordenamento jurídico em que não há direito absoluto e no qual as situações devem ser apreciadas com ponderação pelo Poder Judiciário (GRINOVER, 2004).

Desse modo, conclui-se que o aumento do preço configura-se tão somente na situação de maior vulnerabilidade do consumidor frente à pandemia, sendo classificada como abuso de direito, conduta vedada pela legislação consumerista, em seu art. 39 inciso X, passível, pois, de fiscalização pelos órgãos competentes e de controle pelo Poder Judiciário.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS E/OU SERVIÇOS DIANTE DOS CONSUMIDORES

3.1. A RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO E SERVIÇO

Uma das Responsabilidades trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor é a da "Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço". Inicialmente, esta Responsabilidade está disposta na Seção III, dos artigos 18 a 25, do CDC. Este tipo de Responsabilidade cuida dos vícios ou defeitos de adequação. Nesta circunstância, estão os produtos ou serviços defeituosos que não se adequam a efetiva expectativa do consumidor durante a utilização, fruição e gozo (COSTA, 2007).

Assim, a Responsabilidade Civil é dividida entre responsabilidade extracontratual e contratual. Atualmente, a doutrina moderna vem utilizando as expressões "Responsabilidade Civil geral" e "negocial".

Na Responsabilidade Civil geral acarreta a obrigação de reparar danos causados pela violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios, sendo que sua obrigação é reparar danos originários de uma relação contratual. Já a negocial, por sua vez, equivale à obrigação de reparar

danos resultantes do inadimplemento, má execução ou do atraso do cumprimento de obrigações negociais (MARCUCCI, 2007).

Pode-se assim, concluir que, o regime jurídico busca a reparação da igualdade econômica entre a prestação e a contraprestação rompida pelo desapontamento do consumidor quanto à qualidade e quantidade do produto ou serviço ofertado. Portanto, neste caso, em específico o bem jurídico tutelado é o interesse econômico do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor trata da Responsabilidade Civil por Vício como uma obrigação especialmente contratual, onde se há o cumprimento imperfeito de uma obrigação a qual foi acordada.

No ramo consumerista, vale ressaltar que, a Responsabilidade se estende não só ao fornecedor imediato de quem foi adquirido o produto ou serviço, mas a toda rede de fornecedores que de algum modo, colaboraram para que houvesse a circulação e disponibilização no mercado. Assim, é possível perceber a solidariamente passiva entre fornecedores quando se trata de responsabilização (MARCUCCI, 2007).

Como já lecionava o jurista Luis Guilherme Marinoni sobre a Responsabilidade por Vício, em que a mesma "deriva da obrigação do fornecedor em assegurar o cumprimento perfeito, colocando o produto ou serviço no mercado com a qualidade e quantidade garantidas. Quando a obrigação é cumprida de forma imperfeita, segue ao credor o direito de exigir a tutela específica" (MARINONI, p. 404-405 apud MARCUCCI, 2007).

Para finalizar, é possível analisar que na Responsabilidade por Vício no produto ou serviço gera um o prejuízo ao consumidor, sendo este pecuniário, prejudicando o patrimônio do consumidor. Lesado, o consumidor poderá pleitear a tutela jurisdicional a reparação dos danos causados pelo vício do produto ou do serviço, não precisando comprovar a culpa do fornecedor, frente a inversão do ônus da prova, sendo que os danos materiais e morais alegados serão em consequência do vício.

3.2. RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL

Em regra, a Responsabilidade Civil dos fornecedores é elencada de forma objetiva. Entretanto, os profissionais liberais caracterizam-se por serem uma exceção. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), tem-se que "responsabilidade pessoal dos profissionais

liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Dessa forma, verifica-se tratar de uma Responsabilidade Civil Subjetiva.

Nesse sentido, é importante esclarecer que profissional liberal é o prestador de serviço que atua em nome próprio, fazendo do exercício de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera. Observa-se que em qualquer ação indenizatória manejada contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexo causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia (TARTUCE, 2014).

Nessa seara, assume grande importância a discussão quanto a obrigação ser de meio ou de resultado aquela assumida pelo profissional liberal.

Atividade meio é quando o profissional se compromete a usar sua capacidade técnica para tentar atingir o resultado desejado pelo consumidor, mas não tem a obrigação de atingir este resultado, inclusive sendo um serviço diferente a cada consumidor. Em contrapartida, a obrigação será de resultado quando o profissional assumir que determinada finalidade será alcançada, ou seja, não alcançado o resultado, surgirá a obrigação de indenizar (LENZA, 2013).

Assim sendo, destaca-se que há grande polaridade doutrinária quanto ao tipo de obrigação assumida pelo profissional liberal.

Para parte da doutrina, a Responsabilidade Civil será Subjetiva somente quanto das atividades de meio assumidas pelo profissional. Contudo, a Responsabilidade Civil será Objetiva, isto é, independentemente de verificação de culpa, quando tratar-se de atividade de resultado, uma vez que o mesmo comprometeu-se a um resultado específico (GRINOVER, 2004).

Todavia, a outra parte da doutrina entende que a assunção de uma obrigação de meio ou de resultado não importa para caracterizar a responsabilidade do profissional liberal, prevalecendo, sim, o princípio da informação que deverá ser cumprido, sob pena de responder objetivamente pelos danos causados (CAVALIERI FILHO, 2019).

Importante fazer esta distinção porque, se a obrigação assumida pelo profissional for de meio, competirá ao consumidor prejudicado, o ônus de demonstrar a culpa. Se a obrigação assumida foi de resultado, o ônus da prova quanto ao não atingimento da meta pactuada, caberá ao profissio-

nal, até porque é regra geral da responsabilidade contratual (TARTUCE, 2014).

Independentemente das divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao instituto do ônus da prova, não se pode deixar de lembrar que o magistrado tem a discricionariedade, a todo e qualquer momento, em face de verossimilhança do caso e a hipossuficiência do consumidor, determinar a inversão do ônus da prova, conforme expressamente autorizado pela lei consumerista (MIRAGEM, 2016).

Portanto, tratar acerca do profissional liberal é importante, uma vez que o mencionado dispositivo legal refere-se à única exceção à regra da Responsabilidade Objetiva adotada pelo CDC, ao prever que, em se tratando de profissional liberal, a responsabilização será apurada mediante a verificação de culpa.

3.3. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor trouxe três hipóteses de quando os fornecedores não irão ser responsabilizados, pois não têm o dever de indenizar os danos sofridos pelos consumidores, quais sejam: que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, conforme o artigo 12, § 3º (BRASIL, 1990).

No primeiro caso, o fornecedor deve provar que não a fabricação do produto não é de sua autoria ou que não foi responsável pela colocação dele em circulação. Óbvio que, a introdução do produto no mercado deve ocorrer de forma voluntária e consciente por parte do fornecedor. Assim, não se cogita sua responsabilização em casos que envolvam furto ou roubo da coisa e sua consequente inserção no comércio (MAIA, 2012).

Vale ressaltar que, para aqueles produtos que foram postos em circulação no mercado por preposto ou por algum representante autônomo, o fornecedor não se pode valer desta excludente, visto que responde solidariamente pelos atos daqueles, de acordo com o artigo 34, do Código de Defesa do Consumidor (SANTOS, 2009).

Por conseguinte, se o produto não apresenta um defeito, não há que se responsabilizar o fornecedor, cabendo-lhe provar esta alegação, desde

o momento que em o produto foi colocado em circulação no mercado. A mesma excludente vale para o prestador do serviço, pois provando que não o prestou, assim, está eximido de qualquer responsabilidade.

A simples alegação de que o produto não possui defeito, não causa considerável para a caracterização da excludente, cabendo ao fornecedor comprovar a inexistência de qualquer dos defeitos disposto no artigo 12, caput, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

A última hipótese, na culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o fornecedor pode produzir prova liberatória da responsabilidade de indenizar, provando que não colocou o produto no mercado, que inexiste o defeito ou que a culpa pelo evento danoso é exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Neste caso, ocorre a culpa (de maneira negligente, imprudente e imperita), quando a conduta surge como causa direta e determinante para o efeito danoso, comprovando que, anteriormente não havia qualquer defeito no produto ou no serviço que fosse capaz de causa qualquer prejuízo (SANTOS, 2009).

O terceiro que se refere no dispositivo legal é o indivíduo sem qualquer vínculo com o fornecedor, sendo este completamente à cadeia de consumo. A culpa exclusiva de terceiro gera o desaparecimento do nexo causal, constituindo, assim, causa superveniente que, por si só, produz o resultado (SANTOS, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, percebe-se que o Direito do Consumidor foi um dos mais impactados durante a pandemia proveniente da COVID-19.

Conforme apresentado, desde o início das relações de consumo entre os cidadãos, o Direito Consumerista preocupou-se em definir os limites entre fornecedores e consumidores, assim como resguardar os direitos da parte hipossuficiente da relação.

Apesar de um longo caminho trilhado para que todo o Direito fosse positivado em legislações e entendimentos pacificados, ainda há muito o que percorrer.

A intenção do artigo de pesquisa foi mostrar como um cenário de calamidade afeta as relações entre consumidores e produtos, bem como

consumidores e fornecedores. Pautamos nossa pesquisa, especialmente, na violação de princípios que regem a legislação consumerista.

Percebe-se, ainda, que houve um número crescente de lojas virtuais, visto que os empreendedores se adaptaram à nova realidade. E através do aumento do consumo, e da patente vulnerabilidade do consumidor ante à pandemia, verifica-se a ocorrência de práticas abusivas, vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, optamos por relacionar o superfaturamento, os vícios provenientes de produtos e/ou serviços, assim como a responsabilidade do fornecedor em reparar o dano sofrido pelo consumidor.

Portanto, temos como imprescindíveis estudos como esse, sendo que as consequências sofridas pela crise sanitária, ainda hoje vivenciada, marcaram e, continuarão marcando, as relações de consumo e o Direito Consumerista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. In: **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 1 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COELHO, Karine. Princípios que regem a política nacional das relações de consumo. 2020. In: Jus Brasil. Disponível em: <https://karinec.jusbrasil.com.br/artigos/493909946/principios-que-regem-a-politica-nacional-das-relacoes-de-consumo#:~:text=A%20inobserv%C3%A2ncia%20a%20tal%20princ%C3%A-Dpio,ou%20at%C3%A9%20do%20neg%C3%B3cio%20

jur%C3%ADdico.&text=Ou%20seja%2C%20n%C3%A3o%20ser%C3%A1%20necess%C3%A1rio,e%20onerosidade%20excessiva%20ao%20consumidor>. Acesso em: 29 mar. 2021.

COSTA, Michele Romero da. Responsabilidade pelo Fato do Produto e Serviço. 2007. In: Periódicos UFSM. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6815/4131>. Acesso em: 2 abr. 2021.

FÉLIX, Lucas. (COVID-19) Aumento abusivo de preço de álcool gel e máscaras por conta do novo coronavírus chega a 700%. O que fazer? 2020. In: **Jus Brasil.** Disponível em: <https://lucasgxp1.jusbrasil.com.br/artigos/822527906/covid-19-aumento-abusivo-de-preco-de-alcool-gel-e-mascaras-por-conta-do-novo-coronavirus-chega-a-700-o-que-fazer>. Acesso em: 30 mar. 2021.

FERREIRA, Adrielle de Oliveira Barbosa. Conflito entre normas de enfrentamento ao Covid-19: o CDC e as MPs 925 e 948/2020. 2020. In: Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84336/conflito-entre-normas-de-enfrentamento-ao-covid-19-o-cdc-e-as-mps-925-e-948-2020>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUGLINSKI, Vitor. Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC. 2014. In: **Jus Brasil.** Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>. Acesso em: 28 mar. 2021.

GUGLINSKI, Vitor. Coronavírus e o aumento abusivo de preços de produtos e serviços ao consumidor. 2020. In: Jus Brasil. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/820998974/coronavirus-e-o-aumento-abusivo-de-precos-de-produtos-e-servicos-ao-consumidor>. Acesso em: 30 mar. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Guilherme Augusto de Castro; SOARES, Nailson Jônatas Carvalho. O impacto do corona vírus nas relações consumeristas: Análise da abusividade e da precificação dos produtos em época de pandemia. In: Jus Brasil. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82094/o-impacto-do-corona-virus-nas-relacoes-consumeristas-analise-da-abusividade-e-da-precificacao-dos-produtos--em-epoca-de-pandemia>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MAIA, Alneir Fernando Santos. A inclusão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. 2012. Revista FUMEC. Disponível em: <file:///D:/Documentos/Downloads/DialnetAInclusaoDoCasoFortuitoEDaForcaMaiorComoExcludente-4038393%20(1).pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MARCHIORO, Gabriela. A história do Direito do Consumidor. 2010. *In:* **Biblioteca Central da UFRGS**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/blogdabc/historia-do-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 3 abr. 2021.

MARCUCCI, Márcio. Responsabilidade por Vícios do Produto e do Serviço. 2007. *In:* Periódicos Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040896.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOURA, Ana Lúcia. Aumento dos preços do álcool em gel e de máscaras observados no comércio é abusivo, diz OAB/DF. 2020. *In:* **OAB-DF**. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/aumento--dos-precos-do-alcool-em-gel-e-de-mascaras-observados-no-comercio-e-pratica-abusiva-diz-oab-df/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de direito do consumidor:** doutrina, prática forense e legislação. São Paulo: Jurídica brasileira, 2010.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de defesa do consumidor anotado e comentado**. São Paulo: Atlas, 2004.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História resumida do direito.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Thex, 2004.

REIS, Nadielen Souza dos; et alii. A Responsabilidade Pelo Fato E Vício Do Produto Ou Serviço, Frente Às Ações De Reparação De Danos E O Encargo Dos Fornecedores. XXI Seminário Intermunicipal de Pesquisa Ulbra. 2018. Disponível em: <http://www.conferencias.ulbra.br/index.php/sicta/sicta19/paper/viewFile/12491/5413>. Acesso em: 30 mar. 2021.

SANTOS, Daniela Morley dos. Responsabilidade Pelo Fato Do Produto E Do Serviço. 2009. *In:* Monografias Universidade Cândido Mendes. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K211068.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SERRANO, Yolanda Alves Pinto; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Código de defesa do consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor:** um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Gen, 2014.

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO TENDO-SE COMO LUME O CASO AÍDA CURI

Gabrielle Pereira Fontainha de Carvalho[179]

INTRODUÇÃO

O artigo em questão se destina a relativizar o direito ao esquecimento, tendo-se como exponente o caso Aída Curi, palco da coluna "Julgamentos Históricos", bem como da Revista "O Cruzeiro" e da sentença proferida pelo STF – Supremo Tribunal Federal sobre a inexistência deste direito no Brasil.

Frisa-se que a história em tela passa a pertencer à memória coletiva devido à tragicidade do crime e a ampla exposição realizada pelos meios de comunicação vigentes no fim da década de 50, tendo sido atualizada, em 2004, no programa Linha Direta. Pontos possíveis de discussão e debate: nota-se, que o direito ao esquecimento ainda é matéria controversa. Ademais, as liberdades de informação, de expressão e de imprensa, que são também direitos amparados pelo Texto Constitucional de 1988 atuaram e atuam como antagonistas, nesta solicitação dos familiares de Aída Curi sobre o Direito ao Esquecimento. (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

179 Graduada em Letras pela UFJF; Especialista em Libras – Barão de Mauá; Gestão Escolar e Supervisão de Ensino – Universidade Castelo Branco; Pós-Graduanda em Gestão de Negócios com foco em Competências Comportamentais pela BBI Chicago; Graduanda em Direito pela Faculdade Vértix Trirriense (Univértix).

A controvérsia coloca, de um lado, a liberdade de expressão e informação e, de outro, direitos à honra, intimidade, privacidade e ressocialização. Cabe ao Supremo, portanto, neste julgamento, avaliar se o direito deve ser reconhecido e, em caso positivo, em que termos. (JUSBRASIL, 2021).

Outrossim, um direito inexiste sem o outro, visto que no ordenamento jurídico brasileiro, o direito do esquecimento advém como decorrência da violação dos direitos à intimidade, à privatividade, à honra e à imagem. (BINENBOJM, 2020). Destarte, Aída Curi perde o status quo de indivíduo, para figurar como um legado histórico, ainda que esta herança não seja vista de bom grado pelos seus familiares e pelas pessoas que desfrutavam de sua convivência e intimidade.

Objetiva-se, então, com esta pesquisa: ilustrar os meandros do tríplice julgamento do caso Aída Cury; Destacar o papel da imprensa, preconizado pelo jornalista Davi Nasser; Analisar a temática Direito ao Esquecimento.

A metodologia pauta-se no cunho qualitativo, tendo-se como meta um processo de reflexão e análise da realidade, bem como uma tentativa de analisar os resultados obtidos. Neste sentido, o método científico é o modo pelo qual os estudiosos constroem os seus conhecimentos no campo da ciência, sendo-se compreensível que, na realidade, o método seja basicamente (filosoficamente) único para todos os saberes (TURATO, 2003).

Assim, elegendo-se a forma de condução, consegue-se estruturar o método e abordagem efetivados. A pesquisa qualitativa foi privilegiada pela possibilidade de descrever e analisar os problemas, oferecendo-se compreensões dos processos sociais e oferecendo contribuições para um processo de mudança (OLIVEIRA, 2008). Para o referido autor:

> a opção por uma abordagem qualitativa deve ter como principal fundamento a crença de que existe uma relação dinâmica entre o mundo real, objetivo, concreto e o sujeito; portanto, uma conexão entre a realidade cósmica e o homem, entre a objetividade e a subjetividade. Ou, mais precisamente, na abordagem qualitativa, o pesquisador deve ser alguém que tenta interpretar a realidade dentro de uma visão holística, complexa e sistêmica (OLIVEIRA, 2008, p. 11).

Segundo Godoy (1996), a pesquisa qualitativa apresenta quatro principais características: ambiente natural como fonte direta de dados, e o

pesquisador como instrumento fundamental; caráter descritivo; significado que as pessoas dão às coisas e à sua vida, que deve ser uma preocupação do investigador e enfoque indutivo.

A análise descritiva é fundamental neste processo, visto que possibilita a definição do objeto de estudo, revisão de literatura e sugestões de análises/mudanças. A pesquisa descrita traduz-se como bibliográfica, uma vez que tal modalidade permite a análise de documentos de domínios científicos. Outrossim, tem-se acesso direto à fonte, sem precisar se valer de fatos ou fenômenos da realidade empírica (SANTOS, 2001).

Neste lume, a principal finalidade da pesquisa bibliográfica é levar o pesquisador a entrar em contato direto com as obras, artigos ou documentos que tratem do tema em estudo. O mais importante para quem faz opção por uma pesquisa bibliográfica é ter a certeza de que as fontes a serem pesquisadas já são reconhecidamente de domínio científico (BONIN, 2006)

1. DOS FATOS

Aos 14 de julho de 1958, o corpo que cai do 12º andar do Edifício Rio Nobre, à noite, na Avenida Atlântica, nº 3.888, na cidade de Rio de Janeiro, é o da jovem Aída Jacob Curi, nascida em 15 de dezembro de 1939, terceira de cinco filhos de um casal de imigrantes sírios. Há controvérsias de como a jovem de 18 anos foi parar no apartamento do Edifício Rio Nobre, de acordo com a coluna "Julgamentos Históricos" de o Jornal "O Globo".

A primeira versão aponta que Aída Curi foi abordada por jovens, no ponto de ônibus, na saída do Curso de Datilografia – ocasião em que ela/a moça teria desferido respostas rígidas ao grupo. Irritados pelas palavras proferidas, os jovens se apoderaram de sua caixa de óculos e bolsa, impedindo-lhe de regressar à sua moradia, de acordo com as fls. 07, 16, 45, 84, 185 e 405 dos autos. No afã de recuperar os objetos, a vítima os segue. Os jovens se atocaiam na recepção do Edifício Rio Nobre e a puxam, à força, para dentro do elevador (BAYER, 2015).

Para Peregrino, tendo-se como fonte o jornal "O Globo",

> a vítima foi levada para o apto 1201, em construção, lutando para se defender de dois ou mais agressores. Nesta ação, teria tropeçado, em um primeiro momento, em peças de madeiras. Em razão da queda e stress corporal, a vítima perde os sentidos, sendo o seu corpo arremessado do 12º andar. Ao lado da vítima, estavam os objetos que lhe haviam sido furtados no ponto de ônibus (PEREGRINO, 1991, p. 29).

A segunda versão traz como pano de fundo o fato de que Aída Curi foi paquerada por alguns rapazes na rua, não lhes sendo retirado nenhum objeto. Consoante Netto,

> A vítima recebeu o convite para ver a linda vista da praia do terraço do Edifício Rio Nobre. Entre os rapazes estavam Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 anos, natural do Espírito Santo e estudante no Rio de Janeiro; Cássio Murilo Ferreira, de 17 anos; e o porteiro Antônio João de Souza, o qual atuou como testemunha ocular e cúmplice (NETTO, 1998, p. 18).

Nesta versão, os rapazes disseram que começaram a importuná-la, tentando retirar-lhe as vestes: fato tipificado como violência sexual premeditada e "curra". Diante desta ação, Aída teria se assustado e pulando do terraço.

Torna-se importante salientar que, em consonância, com a primeira perícia realizada, aos 15 de julho de 1958, não havia vestígio de espermatozóide na vítima, concluindo-se, então, que a mesma morrera virgem. Caso a imprensa não tivesse pressionado a Polícia e a Perícia Criminal, este caso trágico e emblemático teria sido tratado como suicídio.

Nesta ação da imprensa, além da coluna de o jornal "O Globo", a Revista Cruzeiro exerceu um papel de singular, concentrando-se na figura de o jornalista Davi Nasser, o maior defensor de Aída Jacob Curi, o qual lhe dedicou uma série de reportagens. As fotos marcantes e julgadas por muitos como sensacionalistas foram obra de alguns repórteres, dentre eles Jean Manzon, que se utilizaram da exploração de momentos chocantes. Neste momento, retrata-se a vítima esvaída de vida com as vestes rasgadas e retorcidas (FRANCISCHETT, 2008).

Figura 1 – Corpo da vítima no local do crime

Fonte: Revista O Cruzeiro (1959).

Consoante Bayer, a perícia criminal descartou a hipótese de suicídio:

> Após examinar o corpo, o perito Seraphim da Silva Pimentel verificou que a vítima tinha sido brutalmente ferida, tendo as vestes rasgadas, marcas e contusões em seu corpo provocadas por objeto contundente (um anel com a efígie de São Jorge usado por um dos acusados), ferimento causado por um soco inglês e ferimentos profundos no seio, sendo provocados por unhas ou dentes (BAYER, 2015, p. 19).

Todavia, a ética é vencida por jogos e interesses: a perícia em tela jamais foi concluída. O perito em questão foi afastado do processo e substituído por alguém ligado à família de um dos acusados.

Idem Bayer, o laudo inicial apontava:

> escoriações e equimoses provocadas por unhadas e socos. No peito, no lado esquerdo, aparecem sinais de profundas unhadas. Arranhões nas coxas, ventre, pescoço e equimoses no abdômen. Houve ruptura interna do lábio superior devido a um soco. Tentativas de estrangulamento. Sinais de bofetão no queixo. Marcas nos braços, antebraços, punhos e dorso das mãos (significando 'ferimentos de

> defesa'). Algumas marcas no tórax que podiam ser consequência de mordida. Aída, desfalecida, foi atirada, e parte das escoriações foram produzidas por atrito do corpo nas arestas e bordas do parapeito do terraço (BAYER, 2015, p. 20).

Sobre o este brutal assassinato, há o pronunciamento do Jornal Correio da Manhã:

> A Justiça no Brasil precisa de uma remodelação. No passo em que vamos, estamos abrindo caminho para os que desejam o pior: a pena de morte, para que no Brasil a vida não continue a ser um objeto tratado com tanto desdém pelo Cássio e Ronaldo (JORNAL CORREIO DA MANHÃ – 1960).

Figura 2 – Enterro de Aída Curi

Fonte: Francischett (2008).

A Justiça decretou a prisão preventiva dos três acusados por meio do juiz Astério Aprígio Machado de Melo. Na perspectiva de Bayer,

> A polícia realizou a reconstituição do crime, sendo necessária uma grande escolta policial, em razão da comoção social causada e da intenção de linchamento dos acusados, visto que os jovens acusa-

> dos e o porteiro foram denunciados por homicídio doloso, tentativa de estupro e atentado violento ao pudor (BAYER, 2015, p. 22).

1.1 DOS MAUS ANTECEDENTES

Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 anos, já havia sido expulso de colégios, acusado de diferenciadas agressões e de ter participado do roubo de um carro pertencente à Secretaria de Agricultura. Foi preso por indisciplina, quando servida o Exército. Cássio Murilo Ferreira, de 17 anos, tinha sido expulso do Ginásio do Alferes por comportamento indigno e de outro colégio, por tentar levantar a saia das garotas. Vale ressaltar que Cássio era enteado de um coronel do DPPS, o qual era síndico do prédio locus do assassinato da jovem Aída.

De acordo com o artigo 64, I, do Código Penal, diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caducam. Entretanto, tais fatos não serviram para majorar a pena/sentença de Ronaldo Guilherme de Souza Castro.

Para Acquaviva (2002, p. 2),

> Quando se fala em Ética Jurídica, o que se entende por isso é ética profissional, traduzindo-se esta como um conjunto de regras de conduta que regulam a atividade jurisdicional, visando a boa prática da função, bem como a preservação da imagem do próprio profissional e de sua categoria. A Ética jurídica é, portanto, formulada a partir da prática profissional do Direito.

Destaca-se, outrossim, que os maus antecedentes não foram contemplados nos julgamentos.

1.2 DOS JULGAMENTOS

O caso de Aída Curi, o qual ficou simbolizado como a perda da inocência, teve 3 (três) julgamentos. Segundo Curi (1978, p. 8),

> No primeiro, realizado em fevereiro de 1959, Ronaldo Guilherme foi considerado inocente de todas as acusações sob a alegação de que os dois foram para o terraço para um romance

> com pleno consentimento da vítima, mas Aída não quis ir até o fim com o romance e Ronaldo desejava plena conjunção carnal. Ronaldo se aborreceu, deu um ligeiro tapa em Aída e se afastou do prédio.

Em que pese o fato de a vítima ter sido espancada, o Juiz Souza Neto proferiu uma sentença optando pela absolvição de Ronaldo, mesmo com provas periciais de vestes rasgadas, espancamentos, constatação de que o lenço ensanguentado da vítima estava dentro de sua bolsa - atentando-se, assim para o fato de que os hematomas e ferimentos não foram decorrentes da queda, e sim da violência sofrida no apto 1201. Ora, se hodiernamente, uma vítima de estupro é acusada de ter fotos da internet com posição ginecológica em julgamento sobre estupro, que dirá a ideologia machista e patriarcal de década de 50.

Neste cenário, David Nasser – expoente da imprensa – realizou essencial função: contestou esta decisão reiteradamente. Com o auxílio do douto Curador João Baptista Cordeiro Guerra, o Conselho de Justiça anulou o julgamento. No segundo julgamento, realizando em idêntico mês e ano, nomeado pela imprensa "um dos mais dramáticos da história do Tribunal do Júri", saiu a sentença: 37 anos para Ronaldo e 30 anos para o porteiro Antônio João. De acordo com Bayer (2015, p. 15),

> Cássio, considerado pelo juiz como o verdadeiro assassino, não foi julgado por ser menor de idade e inimputável. Outrossim, foi encaminhado ao Sistema de Assistência ao Menor (SAM), de onde saiu direto para prestar o serviço militar. Alguns anos depois, ele seria acusado de ter matado um vigia de automóveis, fugindo para o exterior até que a pena pelo assassinato fosse prescrita.

Figura 3 – Juiz Otávio Pinto anunciando a sentença dos réus

Fonte: Revista O Cruzeiro (1959)

Para Curi (1978), após a sentença ser proferida, há uma reviravolta no caso Aída Curi. Surge uma testemunha, Lecy Gomes Lopes que afirma ter visto um casal em situação amorosa, na orla da praia, no dia do crime, reconhecendo-o como o jovem sentado no banco, quando viu as fotos de Ronaldo no jornal.

Francischett (2008) corrobora a análise da Revista "O Cruzeiro" e sinaliza que os depoimentos da testemunha e de Ronaldo apresentaram contradições, ironizando para o fato de a testemunha possuir uma memória fotográfica espetacular, ao se recordar de um rosto que viu apenas uma vez e de relance, ao sair para passear com a filha e a empregada.

Mais um erro? Mais uma parcialidade? Verifica-se mais um caso em que a ética - que se origina do vocábulo grego ethos-, significando "bom costume" ou "aquele que possui caráter", não se efetiva e fica ad eternum à espera. Como a jovem que serviria de álibi para Ronaldo não compareceu ao Tribunal para Julgamento, a defesa convocou Lecy Gomes Lopes.

Neste cenário, os depoimentos contraditórios ensejaram um novo julgamento, realizado em março de 1959. Idem Curi:

> O depoimento da perícia beneficiou a defesa. O perito sinalizou que a marca no rosto de Aída – uma peça importante da acusação –, poderia ter sido provocada por esmagamento do corpo contra a parede do prédio, afirmando, igualmente, que não havia como comprovar marcas de dentes nos seios da jovem, como anteriormente fora dito pela imprensa (CURI, 1961, p. 17).

Em razão da brilhante defesa do grande criminalista Romeiro Neto, Ronaldo Guilherme foi absolvido por seis votos a um, sendo a sentença proferida pelo juiz Talavera Bruce. Ronaldo saiu da sala de julgamento sob aplausos do público jovem. Antônio João de Sousa, o porteiro, também recebeu absolvição (CURI, 1978)

Francischett (2008, p. 28) aponta que:

> O Ministério Público conseguiu a anulação do julgamento. Nesta última audiência realizou-se um meio termo: Ronaldo foi julgado por homicídio simples e tentativa de estupro com pena de seis anos. Após recorrer da sentença, o promotor Pedro Henrique Miranda conseguiu que a pena fosse aumentada para oito anos e nove meses. Após ser solto, Ronaldo se tornaria empresário em seu Estado, o Espírito Santo.

O porteiro Antônio João de Sousa foi absolvido no segundo julgamento e não participou do terceiro. O seu desaparecimento ou ocultamento traduziu-se em mistério e o caso Aída Curi perdura até a atualidade no imaginário popular com um dos crimes mais brutais da história do Brasil.

Figura 4 – Aída Jacob Curi

Fonte: Revista O Cruzeiro (1958)

1.3 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O conceito de direito ao esquecimento foi formulado na Europa, sendo utilizado desde 2014. Em idêntico ano, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o caso de um advogado espanhol que desejava o apagamento dos dados disponíveis no Google sobre um já extinto processo de execução de seu imóvel. Nesta perspectiva, a corte entendeu que informações irrelevantes ou desatualizadas poderiam ser excluídas da aludida plataforma (NETO, 2020).

Para Casal (2021, p. 2),

> O direito ao esquecimento diz respeito às pessoas que buscam, por meio da Justiça, terem seus nomes ou imagens apagadas de páginas, sites ou mecanismos de busca na internet, alegando constrangimento ou sofrimento, sendo concedido para evitar que uma notícia, mesmo sendo verídica, ocorrida em um dado momento da

> vida de uma pessoa seja exposta ao público geral perpetuamente, causando-lhe desconfortos, transtornos ou sofrimentos.

Cabe ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, não há nenhum legislação específica que verse sobre o direito ao esquecimento. O recurso em tela foi proposto pela família de Aída Curi, uma adolescente que em 1958 foi espancada, foi vítima de conjunção carnal e assassinada.

Idem Neto (2020),

> Em 2004, o programa "Linha Direta Justiça", da TV Globo, dramatizou este caso e exibiu imagens reais da vítima ensanguentada. Em 2013, o STJ – Superior Tribunal de Justiça – aplicou pela primeira vez o direito ao esquecimento, acolhendo o pedido da família de Aída que sublinhou que não havia necessidade de resgatar sua história, já que esta ocorreu há muitos anos e não fazia mais parte do conhecimento comum da população.

O direito ao esquecimento entrou na pauta jurisdicional com a edição do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF). O texto, se baseia em uma orientação doutrinária tendo-se como égide o Código Civil de 2002, enfatizando que o direito de ser esquecido advém de um dos direitos da personalidade e que ninguém é obrigado a conviver, reiteradamente, com erros pretéritos (BINENBOJM, 2021).

Entretanto, há que se pensar na liberdade de imprensa, sobre o qual versa o Art. 220 da Carta Magna deste país:

> A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (CF, 1988).
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: [...] II – estabelecer

> os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Ao analisar-se o art. 221 da CF/88, que traz em seu cerne: A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, pode-se entender que exibir em rede nacional, sem prévia autorização do uso do direito a imagem dos familiares de Aída Curi, bem como expor uma história que retrata a coisificação do papel feminino e do feminino, na década de 50, reitera-se em um rememorar de sofrimentos, lembranças e de um legado que a família Curi não deseja mais ser detentora.

Por outro lado, há que se pensar que Aída Jacob Curi foi destituída de personificação ao ter a sua história divulgada nos principais veículos de comunicação, como a coluna "Julgamentos Históricos" de o jornal O Globo, a Revista "O Cruzeiro" e o jornal "Cruzeiro da manhã". Torna-se mister, igualmente, destacar que se não fosse o papel da imprensa, preconizado pelo jornalista Davi Nasser, o caso de Aída Curi teria sido tratado como mais um suicídio e não se teria acesso a um crime tão abjeto e covarde.

No primeiro recurso: Recurso Especial nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0), há o seguinte entendimento:

> No caso em exame, as instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Na verdade, como reconheceu a sentença: [...] a ré ateve-se à reprodução dos fatos ocorridos na época, enaltecendo, inclusive, a imagem da vítima (irmã dos autores), ao ressaltar seu comportamento recatado, sua ingenuidade, e religiosidade, chegando a compará-la a Maria Gorete: ...uma camponesa italiana que resistiu à fúria de um tarado sexual pois não queria perder a pureza. Maria Gorete foi santificada pela Igreja Católica. Nesta acepção, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida,

> com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização (RJ – 2011/0057428-0).

Sobre o uso da imagem e o direito da personalidade,

> os próprios recorrentes afirmam que, durante toda a matéria, o caso Aída Curi foi retratado mediante dramatizações realizadas por atores contratados, tendo havido uma única exposição da imagem real da falecida. Tal circunstância reforça a conclusão de que – diferentemente de uma biografia não autorizada, em que se persegue a vida privada do retratado – o cerne do programa foi mesmo o crime em si, e não a vítima ou sua imagem (RJ – 2011/0057428-0).

No caso apresentado, a imagem da vítima não constituiu um chamariz de audiência, mostrando-se improvável que uma única fotografia ocasionaria um decréscimo ou acréscimo na receptividade da reconstituição pelo público expectador. Diante desta interpretação, foi negado o provimento a recurso especial (RJ – 2011/0057428-0).

Há que se salientar, que o homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes cometidos no passado, pelos quais ele já tenha sido condenado e tenha cumprido a respectiva reprimenda imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado "direito ao esquecimento", não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta (TJ-DF 0711061-78.2019.8.07.0000 – DF 0711061-78.2019.8.07.0000 – 2020).

Desta forma, coube, atualmente ao STF, a incumbência de decidir este caso através do julgamento em Recurso Extraordinário de número 1.010.606, trazendo em seu lume o direito ao esquecimento na esfera civil. Frisa-se que a história de Aída Curi passa a pertencer à memória coletiva devido à tragicidade do crime e a ampla exposição realizada pelos meios de comunicação vigentes no fim da década de 50.

Há como ponderar que a reportagem atualizou o sofrimento dos familiares, o sentimento de impotência, de ausência de representatividade e até mesmo de justiça? O tempo se encarregou de minimizar este caso da memória do povo, foi revitalizado na exibição do programa Linha Direta e se torna palco dos efeitos causados sobre a honra e dignidade de Aída Curi: representada por seus irmãos, por seus familiares.

1.4 DA JURISPRUDÊNCIA

Como há muitas sinalizações de solicitações de jurisprudência, no site Jusbrasil, utilizar-se-à como delimitação, apenas, o ano de 2020, tendo-se como Grau de Jurisdição: 1º grau, e como parâmetros de busca, os Tribunais de Justiça de SP e RJ, bem como os vocábulos direito ao esquecimento.

Nesta busca refinada, encontram-se 17 (dezessete) casos. Todavia, ao analisar-se cada caso encontrado, nota-se que apensas 1 (um) refere-se, genuinamente, à aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento (JUSBRASIL, 2021)

A saber: TJSP – Ação Penal – Direito ao esquecimento concedido. TJ-SP – Inteiro Teor. Ação Penal – Procedimento Ordinário 24463120188260297 Foro de Jales – SP Jurisprudência, publicação em: 31/05/2020, a aplicabilidade do Direito ao esquecimento foi concedida (JUSBRASIL, 2021).

Reitera-se, assim, a aplicabilidade do direito ao esquecimento, evitando-se o estigma ou a perpetuidade da pena, da condenação. Não é possível admitir que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo 'marcado', 'assinalado', estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Em todos os demais casos, ou nos 16 casos restantes, não se trata de direito ao esquecimento, mas do termo "esquecimento" e "direito" utilizados, ao longo do processo. Em: TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Comum Cível 10256666620188260224 Foro de Guarulhos – SP Jurisprudência, publicado em: 28/09/2020, a autora adultera os fatos e alega esquecimento de uma dívida. Fato análogo ocorre em TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Comum Cível 10695826620208260100 Foro Central Cível – SP Jurisprudência, publicado em: 24/09/2020 (JUSBRASIL, 2021).

Em TJ-SP – Inteiro Teor. Ação Penal – Procedimento Ordinário 21005820178260542 Foro de Jandira – SP Jurisprudência, publicado em: 01/06/2020, não se trata do direito ao esquecimento, mas da utilização dos vocábulos: "Direito" e "esquecimento". Tal como em: TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Comum Cível 10019178920178260471 – publicado em: 31/05/2020. TJ-SP – Inteiro Teor. Execução de Título Extrajudicial

10104024620198260071 Foro de Bauru – SP Jurisprudência, publicado em: 31/05/2020 (JUSBRASIL, 2021).

TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Especial da Lei Antitóxicos 2685620178260617, publicado em: 31/05/2020; TJ-SP – Inteiro Teor. Ação Penal – Procedimento Ordinário 11149820178260544 Foro de Cajamar – SP Jurisprudência, publicado em: 31/05/2020; TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Comum Cível 10116796320178260008 Foro Regional VIII – Tatuapé – SP Jurisprudência, publicado em: 31/05/2020 (JUSBRASIL, 2021).

TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Comum Cível 10124431720158260009 Foro Regional IX – Vila Prudente – SP Jurisprudência, publicado em: 30/05/2020; TJ-SP – Inteiro Teor. Ação Penal – Procedimento Ordinário 783820168260582 Foro de São Miguel Arcanjo – SP Jurisprudência, publicado em: 30/05/2020; TJ-SP – Inteiro Teor. Ação Penal de Competência do Júri 15073900520188260296 Foro de Jaguariúna – SP Jurisprudência, publicado em: 30/05/2020 (JUSBRASIL, 2021).

TJ-SP – Inteiro Teor. Ação Penal – Procedimento Ordinário 73815520138260050 Foro Central Criminal Barra Funda – SP Jurisprudência, publicado em: 30/05/2020; TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Especial da Lei Antitóxicos 76168520168260577 Foro de São José dos Campos – SP Jurisprudência, publicado em: 30/05/2020 e TJ-SP – Inteiro Teor. Procedimento Comum Cível 10019157620168260238 Foro de Ibiúna – SP Jurisprudência, publicado em: 30/05/2020 (JUSBRASIL, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, que o direito ao esquecimento ainda é matéria controversa. Ademais, as liberdades de informação, de expressão e de imprensa, que são também direitos amparados pelo Texto Constitucional de 1988 atuaram e atuam como antagonistas, nesta solicitação dos familiares de Aída Curi sobre o Direito ao Esquecimento. Outrossim, um direito inexiste sem o outro, visto que no ordenamento jurídico brasileiro, o direito do esquecimento advém como decorrência da violação dos direitos à intimidade, à privatividade, à honra e à imagem. Para Jotta,

> O conceito não é previsto na legislação brasileira, mas tem sido muito discutido nas instâncias inferiores em inúmeros pedidos de remoção de conteúdo feitos à Justiça. A controvérsia coloca, de um lado, a liberdade de expressão e informação e, de outro, direitos à honra, intimidade, privacidade e ressocialização. Cabe ao Supremo, portanto, neste julgamento, avaliar se o direito deve ser reconhecido e, em caso positivo, em que termos (JOTTA, 2021, p. 29).

No equiparar da balança, destaca-se que há que se primar pela liberdade de informação e de imprensa, contudo o direito à memória deveria vir atrelado à não violação do direito à privacidade.

Neste sentido, ao destacar que os fatos ocorridos com Aída Curi tiveram ampla e irrestrita cobertura na década de 50, tornando-a um marco e símbolo histórico da violência contra a mulher, traduzindo-se tais acontecimentos em uma questão de domínio público, de acordo com os pressupostos de Binenbojm (2021), não há nenhum prazo prescricional, já que o direito a informação, de informar ou ser informado são atemporais.

Consoante esta vertente, sublinha-se, ademais, idem Binenbojm,

> A ADI 4.814 julgou como decisão unânime que a publicação de biografias não autorizadas não fere a Constituição. Outrossim, o plenário julgou ser inconstitucional a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias, abrindo-se um precedente perigoso, em se tratando de direito à imagem e privacidade (BINENBOJM, 2021, p. 2).

Destarte, Aída Curi perde o status quo de pessoa, de indivíduo, de personificação para figurar como um legado histórico, como um patrimônio histórico coletivo, ainda que esta herança não seja vista de bom grado pelos seus familiares e pelas pessoas que desfrutavam de sua convivência e intimidade. Mais uma vez houve apagamento da vítima? Outra vez os familiares experimentaram a derrota?

Se os crimes prescrevem, no Brasil, seria indicado, igualmente, um lapso temporal, para estes acontecimentos históricos, uma vez que os familiares de vítimas de crimes cruéis são obrigados a conviver com memórias, alusões e citações eternas, negando-se aos mesmos a extensão ou

representatividade do direito à vida privada. Deixa-se como indagações, até que ponto o direito ao esquecimento não pode se traduzir em apagamento ou ocultamento, qual o limite para o seu ajuizamento e quais os elementos são necessários para o seu acolhimento?

Em tempos de tantos casos de feminicídio, esta primeira derrota dos familiares de Aída Curi sinalizam o quanto ainda precisa ser modificado o ideário da sociedade brasileira, e precipuamente, em gradações ou instâncias mais elevadas. O sentimento de menos valia se estende a todas as mulheres que já sofreram violência sexual, que tiveram a vida ceifada, que sofreram estupros coletivos e ressalta os casos em que a impunidade reina com absolvições ou com sentenças reduzidas.

Basta pensar se todas as mulheres que sofrem ou sofreram violência sexual, estupros coletivos tivessem a intimidade devassada e suas histórias se tornassem domínio público. Além disto, pensa-se, também, nos familiares, deixando-se como contributo a dúvida de qual o limiar para a vida pública e a vida privada e quais os parâmetros para a manutenção da persona e redução à coisificação. Sobre a primeira inquietação, deixa-se uma análise, a qual segue adiante.

O direito ao esquecimento atinge a memória de fatos passados que não estiverem fundados nas necessidades históricas, visto que o direito ao esquecimento se impõe a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela (TJDFT, 2020).

Por fim, destaca-se uma ideologia sobre este limiar, ao deparar-se com o caso concreto, o magistrado deve analisar se existe o interesse público atual na divulgação daquela informação. Persistindo o interesse público, não há que se falar em direito ao esquecimento. Por outro lado, caso não haja interesse público atual, a pessoa poderá exercer o seu direito ao esquecimento, devendo ser impedidas as notícias sobre o fato que ficou no passado. Sobre o limite entre o eu e a objetificação, fica a promessa de estudos ulteriores e de maiores amplificações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Redação Forense**. Série Prática Jurídica. 1ª ed. Editora Ridel, 2002. ISBN-10 9788533912977

AGÊNCIA BRASIL. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-02/stf-adia-decisao-sobre-reconhecimento-do-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 8 fev. 2021.

BAYER, Diego. **Na série "Julgamentos Históricos".** Aída Curi, o Júri que marcou uma época. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BINENBOJM, G. (2020). **A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais.** REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, 3(3). Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/190>.

BONIN, Jiani Adriana. **Nos bastidores da pesquisa**: a instância metodológica experienciada nos fazeres e nas processualidades de construção de um projeto. Porto Alegre: Sulina, 2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça, Brasília, 10 set. 2013.

CASAL, V. M. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-02/stf-adia-decisao-sobre-reconhecimento-do-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: fev. 2021.

CF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 4 fev. 2021.

CURI, Maurício. **"O caso Aída Curi – versão da família"** in http://www.egliseimmaculee.com/casoaidacuri.htm. Acesso em 3 de jan. de 2021.

FRANCISCHETT, L. (2008). **50 anos do assassinato de Aída Curi** – o fotojornalismo fazendo escola na revista O Cruzeiro. Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder, ST 39 - Corporalidade na mídia. Florianópolis, de 25 a 28 de agosto de 2008.

GODOY, A. S. **Pesquisa qualitativa**: tipos fundamentais. RAE- Revista de Administração de Empresas: v. 35 n. 3 (1996): maio-junho.

JORNAL Correio da Manhã. **O caso Aída Curi**. Disponível em: <https://www.jornalcorreiodamanha.com.br>.

HIGÍDIO, J. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-30/stf-decide-direito-esquecimento-proxima-semana>. Acesso em: jan. 2021.

JOTTA, J. Q. **Direito ao esquec**imento. Disponível em: <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/artigos/781113968/direito-ao-esquecimento-novos-rumos-a-luz-das-decisoes-do-tribunal-europeu>.

JUSBRASIL. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=direito+ao+esquecimento>. Acesso em: 10 fev. 2021.

OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de. **Pesquisa qualitativa e desenvolvimento humano**: aspectos históricos e tendências atuais. UFF, Niterói, 2008.

NETTO, J. V. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. e-ISSN: 2526-0111. Evento virtual, v. 06, n. 01, p. 108-123, jan-jun- 2020.

REVISTA O CRUZEIRO. 26 de julho de 1958.

_____. 2 de maio de 1959.

_____. 9 de maio de 1959.

_____. 16 de maio de 1959.

_____. 21 de março de 1959.

_____. 28 de março de 1959.

_____. 5 de março de 1960.

SANTOS, A M. Como realizar uma análise metodológica. **Rev. Latino--Americana.** [on-line], v. 9, n. 2, p. 48-55, 2001.

TJDJ. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: fev. 2021.

TURATO, Egberto Ribeiro. Métodos qualitativos e quantitativos: definições, diferenças e seus objetos de pesquisa. **Rev. Saúde Pública** [online]. v. 39, n. 3, p. 507-514, 2003.

INTERAÇÕES ENTRE MEIO AMBIENTE E POLÍTICAS AMBIENTAIS CONSTITUCIONAIS

Andréa Arruda Vaz[180]
Marco Antonio Lima Berberi[181]
Tais Martins[182]

INTRODUÇÃO

O presente artigo se presta a destacar perspectivas sobre a proteção ambiental e as políticas ambientais que sejam capazes de assegurar a efetividade dos Direitos Fundamentais. A dificuldade está em propiciar um desenvolvimento igualitário para a população brasileira que carece de informação. E quando a informação é disponível, existe um comprometimento da sua interpretação dada às diferenças culturais e regionais. Amartya Sen (2000, p. 109-110) é clara em sua abordagem, pois quanto menor a cultura da comunidade, maiores danos ela causará ao meio ambiente. A comercialização, a mercantilização, o uso das tecnologias salvaguardam ou comprometem a qualidade de vida, pois a diferença tênue tem cerne na quantidade que diferencia veneno de remédio. Foi adotado o método de

180 Mestre e Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil,

181 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2002). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2018). Professor na graduação e pós-graduação da UniBrasil.

182 Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia na Unibrasil.

revisão bibliográfica, com o objetivo de apontar caminhos hermenêuticos mais eficientes no que tange à proteção ambiental.

A informação não é suficiente para o processo de inclusão do cidadão, o discernimento e a capacidade são indispensáveis, pois a trama do desconhecimento enreda os incautos excluindo a participação no processo de acessibilidade da cidadania, o conhecimento é a salvaguarda para dimensionar a aquisição e a garantia dos direitos delimitados pela Constituição Federal. Ter direito à educação é diferente de saber como exercê-la e no processo de proteção ambiental isso é fulcral. Acesso se conjuga com eficiência. O conhecimento e a informação são as molas propulsoras para propiciar os parâmetros jurídico e histórico do alcance e o acesso à cidadania e à dignidade humana. Eis que esses direitos estão ligados, aparentemente, pelas oportunidades de trabalho e de acesso às tecnologias promotoras de desenvolvimento humano. O crescente desemprego no Brasil encontra justificativa diante do analfabetismo da população e da carência de escolaridade dos indivíduos. A dificuldade está em propiciar um desenvolvimento igualitário para a população brasileira que carece de informação. E quando esta informação é disponível, existe um comprometimento da sua interpretação dada às diferenças culturais e regionais.

Nas linhas tangenciadoras sobre o crescimento e o desenvolvimento, uma importante lição é necessária, qual seja, compreender que:

> […] A ciência e a tecnologia, ao deixarem de questionar seus fundamentos e seu alcance, converteram-se em uma máquina cega, originando um paradoxo: a mesma ciência que tanto contribuiu para estudar e elucidar o cosmos, as estrelas, as bactérias, está completamente cega sobre si mesma e sobre seus poderes e, assim, "já não sabemos para onde ela nos conduz". [...] (MORIN, 1999, p. 178).

Morin (1999) contextualiza seu conceito de tecnologia a guisa de se fazer melhor entender o processo entre crescimento e desenvolvimento, diferenciando-os de crescimento desmedido de planejamento sem análise de risco, ou seja, processos delimitados pelo seu caráter de objetivo/resultado pretendido.

A função social, nesse diapasão, seria aquela cuja atividade visa a atender resultados de interesses que ultrapassam os do agente executor da função. No âmbito do Estado Democrático de Direito, a função social atribuída ao agente público eliminou suas possibilidades volitivas, submetendo-o às regras sociais (normas) definidas para sua atuação, ou seja, o esquema operativo da função e seus limites. Essa máxima ganha importância na intervenção do Estado como fiscalizador das atividades e mediador dos conflitos nos espaços público e privado. Ele é produzido pelo homem pela necessidade que a vida em sociedade civilizada tem de organizar-se ordenadamente, sendo ambos, direito e sociedade, produtos do "fazer" humano. Ao Direito cabe tão somente a solução dos conflitos naturais da ordenação das relações sociais.

As reformas das políticas econômicas têm o dever de promover um planejamento social eficiente, que viabilize a utilização eficiente dos recursos para o desenvolvimento sustentável, convergindo para a eliminação das distorções sociais. O ecossistema equilibrado é a garantia de permanência e da existência das tarefas públicas e privadas. O bem-estar dos indivíduos independe da sua participação direta/indireta na administração dos bens ambientais, mas a sua não participação pode, e vai, a longo prazo, demonstrar que essa negação eleva os custos dos bens ambientais e os custos da dignidade humana.

1. INTERAÇÕES ENTRE MEIO AMBIENTE E POLÍTICAS AMBIENTAIS CONSTITUCIONAIS

Para Leonardo Boff (2004), a pilhagem da terra e a exploração do trabalho inviabilizam um desenvolvimento/crescimento moderno, a apropriação da natureza e de seus recursos de maneira predatória seria antinatural. O autor traz as seguintes considerações:

> […] O desenvolvimento não deveria ser chamado como tal, mas apenas como crescimento, querido em si mesmo, dentro de um mesmo modelo quantitativo e linear. Não se procura o desenvolvimento como potencialização das virtualidades humanas nas suas várias dimensões, especialmente aquela espiritual, própria do homo sapiens/demens sempre ligado às interações globais com o cosmos

> ou da Terra em sua imensa diversidade e em seu equilíbrio dinâmico. Buscam-se apenas aquelas que atendem aos interesses de lucro. Por esta razão o desenvolvimento, neste modelo, apresenta-se apenas como material e unidimensional, portanto, como mero crescimento. A sustentabilidade é apenas retórica e ilusória. [...] (2004, p. 97).

A análise de Boff (2004) transita numa esfera pessimista que resta refutada pelas considerações de outros autores do porte de Edis Milaré; José Joaquim Gomes Canotilho; Cristiane Derani; Patrick Ayala; Jacques Demajorovic; Mari Seiffert que se perfiliam na crença de um desenvolvimento/crescimento equilibrado com a existência dos riscos. Desenvolvimentos econômico, social e ambiental ocupam um espaço indivisível no ambiente empresarial e são fundamentais para as comunidades locais e globais. E essa variação não é apenas semântica.

Os estudos econômicos e de impactos/riscos têm comprovado que as ações de responsabilidade social e ambiental, em conjunto, levam a uma agregação de valor por parte das empresas e a uma diminuição indireta de uma série de custos financeiros e operacionais. Os riscos gerados pelas empresas não estão restritos ao tempo e à geração presente.

O trinômio produtividade-progresso e riqueza apresenta um descontrole no que tange à proteção ambiental, aumentando os riscos e multiplicando as ameaças socioambientais. Essas considerações serão abordadas no quarto tópico desse artigo.

Compreende-se a sustentabilidade como uma proposta em torno da qual gravitam múltiplas e diversas forças sociais. Entre elas, merece destaque a figura do empreendedor, pois dele emana um papel fundamental na atividade econômica do país. A complexidade da interação do administrador e do empreendedor ganha um viés de destaque no que concerne ao desenvolvimento ambiental sustentável. Todos os seres humanos têm direito a um meio ambiente adequado e propício para que possam desenvolver a própria vida com qualidade.

Nesse sentido, três aspectos são de princípios-deveres são destacados por Oliveira:

> 1-) o estabelecimento de uma responsabilidade social fundada na equida- de entre as gerações ao realizar um 'empréstimo' am-

> biental em relação ao futuro, não se questionando opinião, licença ou voto dos potenciais prejudicados; 2-) a implementação da solidariedade e da igualdade internacionais, prevenindo simultaneamente o desenvolvimento à custa da espoliação e de- gradação da qualidade de vida de outros povos; 3-) a atribuição como meta econômico-social o chamado 'desenvolvimento sustentável', que consiste no progresso da atividade econômica compatível com a utilização racional de recursos ambientais, representando a rejeição ao desperdício, da ineficiência e do desprezo por estes recursos [...] (1995, p. 11-13).

A matriz a ser destacada encontra verbo na preservação ambiental, mas não se restringe ao paradigma preservacionista, visto que a manutenção dos bens ambientais *in natura* em seu estado de pureza poderia comprometer a existência humana. O confronto está entre a necessidade e a possibilidade da exploração e os impactos causados por essa necessidade. O Estado, na execução de sua tarefa, apresenta uma exigibilidade direta de monitoramento, fiscalização e implementação do meandro público no cumprimento dos deveres constitucionais.

A relação entre Estado e empresa é complexa. A atividade econômica traz, mesmo que indiretamente, um núcleo social como disposto na Constituição Federal, no art. 225 do Capítulo VI do Título VIII, dispondo que todos os cidadãos têm direito à conservação da natureza e a buscar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo esse equilíbrio essencial à sadia qualidade de vida.

Fato é que os problemas socioambientais, cada vez mais, apontam para o paradoxo da adaptação da economia e da gestão estatal ao pressuposto do discurso ambientalista.

Para Ferreira (2007, p. 230-262), há alguns aspectos dos deveres ambientais atribuídos ao poder público que merecem destaque. Entre eles:

a-) proteção dos processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas;

b-) proteção da diversidade e da integridade do patrimônio genético;

c-) os espaços territoriais especialmente protegidos;

d-) estudo prévio de impacto ambiental;

e-) gestão de riscos;

f-) política nacional de educação ambiental;
g-) a proteção da fauna e da flora.

O contraponto estatal deve assegurar à organização estatal o desenvolvimento industrial por meio da qualidade de vida das comunidades humanas. A educação ambiental recebe aí um papel de destaque. O Estado, como órgão gestor, deve intermediar os programas de educação ambiental em conformidade com a vocação ambiental das comunidades. O enfoque democrático e participativo pode apresentar soluções para os problemas ambientais, promovendo um desenvolvimento conjunto com a diversidade individual e cultural.

Por meio do art. 1º, da Lei 9.795/99, a educação ambiental apresenta o seguinte contorno: "O indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade".

O Poder Público ficou incumbido de impor e prestar condutas preservacionistas para que seja salvaguardado o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação de direito à vida, em que todos têm direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. A empresa não se constitui como detentora de todos os direitos de apropriação dos bens naturais. Nesse aspecto, a ética ecológica ganha destaque corroborada pela responsabilidade corporativa.

Para Nalini, no que tange a ética, a igualdade e as responsabilidades:

> […] O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direito iguais aos de todos os demais. Esta é apenas uma das formas de igualdade, a primeira, porque a mais básica, a que normalmente se denomina 'igualdade formal', segundo a qual "todos são iguais perante a lei". Logo se iria verificar, contudo que essa espécie de igualdade, apenas formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar e nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas e psicológicas. "Apenas uma compartilhada vivência ética ambiental permitiria responder

> afirmativamente à indagação que aflige a humanidade: O que será de nos- so planeta? O planeta Terra foi confiado aos nossos antepassados e por eles legado – aqui e agora – à nossa guarda e zelo. 'Ele poderia ser saudável e lindo, uma grandiosa herança para a próxima geração. Mas, ao con- trário, a humanidade parece disposta a poluir a atmosfera, a esbanjar a matéria-prima e em, alguns decênios, tornar o planeta todo inabitável'. As ameaças tornaram-se mais intensas e a Terra manda insistentes recados. Talvez não haja tanto tempo disponível. O retorno à ética deveria ter sido opção mais antiga, embora ainda seja imprescindível esse retorno à ética. Hoje a ética se transformou em uma necessidade radical, pois sem ela o gênero humano sucumbirá à destruição. É preciso um novo pacto: o pacto que nos impulsione à contemplação da humanidade como um todo e nos permita salvar-nos juntos. Não um pacto a favor do Estado, como os mo- dernos, senão um pacto a favor da humanidade". Esse pacto possibilitará a continuidade da vida e deve pressupor duas paralelas: a produção de energia garantia de sobrevivência e desenvolvimento, e a tecnologia, utilizada de modo construtivo, não destrutivo […] (NALINI, 2001, p. 39-40).

Incumbe-se ao Estado proteger e conservar o meio ambiente, resguardando a aplicação eficaz desse direito e o racional aproveitamento dos recursos naturais, observando a capacidade de regeneração e estabilidade ecológica, apoiando-se na solidariedade coletiva. Nesse sentido, o planejamento, os projetos e a gestão estatal devem propiciar o manejo do meio ambiente e o desenvolvimento humano por meio da gestão de risco.

A comercialização, a mercantilização, o uso das tecnologias salvaguardam ou comprometem a qualidade de vida, pois a diferença tênue tem cerne na quantidade que diferencia veneno de remédio.

A regulação jurídica não é suficiente. A criação de projetos e iniciativas privadas indica um desenvolvimento sustentável efetivo e consciente. Parafraseando Derani (2008), não há empresa que não vise ao lucro, pois esse é o fim econômico de sua existência, mas as atitudes de conservação, leia-se, não as preservacionistas extremas, garantem uma boa economia, uma economia social que, aos poucos, conquista mercados e prolifera sua marca nos mercados interno e externo por meio de medidas sustentáveis, econômica e ecologicamente.

2. DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO AMBIENTAL

Importante destacar que os indicadores apresentam várias ordens, entre elas os trabalhos acadêmicos, que têm contribuído para o desenvolvimento das pesquisas e criação de novos indicadores de desgaste ambiental. Os estudos governamentais, as ISOs e os selos ambientais contribuem para as análises de produção, que não se restringem ao vislumbramento de produtividade ou da quantificação do PIB. Outros índices como o aquecimento, a emissão de CO_2 e o uso exacerbado de energia constituem um destaque de problemas que precisam ser resolvidos, visto que o seu elenco já é há muito conhecido. Os impactos ambientais e as escalas das cadeias produtivas devem ser confrontados, sejam positivos ou negativos. As soluções nascem da iniciativa pública ou privada e até mesmo da criação de indicadores mais eficientes, quiçá, com poderes de punição quando há descumprimento de suas diretrizes.

Os indicadores na esfera privada apontam que o processo de gestão ambiental tem seu escopo nos benefícios socioambientais e na visão administrativa holística. Estado e iniciativa privada formam uma parceria indispensável para a manutenção do meio ambiente e para a garantia dos princípios concernentes à dignidade humana.

A degradação ambiental crescente impõe ao setor privado uma tomada de atitude e até uma mediação dos conflitos existentes, devido a essa exploração desmedida e em alguns casos até inconsciente. Muitos são os princípios que regem o direito ambiental, conforme a tratativa do primeiro capítulo deste trabalho. Destacam-se, novamente, alguns: a dignidade humana, o desenvolvimento sustentável, o princípio da prevenção e do direito humano. É oportuno reafirmar que a coesão entre esses princípios, à efetividade das normas constitucionais e o impulso da empresa ecologicamente responsável garantem o fito maior do equilíbrio da realização humana: uma sociedade solidária e sustentável para todos.

Para Jacques Demajorovic:

> […] Um dos grandes desafios para grande parte dos setores industriais é mostrar que as empresas estão, efetivamente, no seu dia-a-dia, diminuindo seus impactos ambientais e sociais. Não se trata de uma tarefa simples, pois persiste na sociedade, em países desenvolvidos

> e em desenvolvimento, uma grande confiança quanto às informações divulgadas por empresas, especialmente em campos complexos como o social e o ambiental. Diversas organizações empresariais, não governamentais, públicas e acadêmicas têm se dedicado a aprimorar um quadro de indicadores que permitam avaliar melhor o desempenho das organizações no campo socioambiental e ao mesmo tempo respaldar (ou não) os discursos das empresas sobre esse tema. (...) Performance social corporativa é um conceito multifacetado que sofre a influência de uma série de variáveis organizacionais, entre as quais se destacam a performance financeira, a performance ambiental, os impactos sociais e as políticas e programas sociais (DEMAJOROVIC, 2006, p. 179).

O objetivo central da proteção do meio ambiente se volta à proteção da vida, mais do que isso, da qualidade de vida. A inovação tecnológica pode ser excludente. Entre as temáticas de relevância social está o debate sobre a educação. O processo crescente da globalização transforma o panorama jurídico. A amplitude do debate tem escopo na aplicação do conhecimento e no exercício da cidadania. Há uma premissa de complexidade, pois a globalização apresenta uma grande dificuldade quanto às reflexões sobre a educação não poderem mais manter raciocínios lógicos tradicionais, do tipo "sim" ou "não" ou "certo" ou "errado".

Nesse contexto, entre as muitas vertentes das responsabilidades é *mister* que a mesma não deva ser exclusivamente conferida ao Estado. Em sua nova configuração, ela cede espaço à responsabilidade humana. É possível asseverar que esse liame é o marco da civilização moderna. Uma vez que desde o início dos tempos quando o homem se fixou a terra, o domínio da propriedade e a sua exploração tinha por fito suprir a subsistência. Porém, o crescimento populacional imprime um aumento das necessidades e aquilo que de primeiro impacto seria subsistência, ganha o contorno de consumismo. O crescimento econômico reposiciona o sujeito em relação à natureza. A visão de Serres (1991) sobre o parasita é então retomada. Aquele que supre suas necessidades sem devolver a natureza, aquilo que é dela retirado. O crescimento tornou-se exploração sem que o equilíbrio seja o foco da relação humana e também da jurídica.

3. O DEBATE ECOLÓGICO SOBRE O TRINÔMIO: DEMOCRATIZAÇÃO, SUSTENTABILIDADE E QUALIDADE AMBIENTAL – CONSIDERAÇÕES ACERCA DA GLOBALIZAÇÃO

Preliminarmente, reiteramos a necessidade do entendimento pluridimensional de meio ambiente. Acesso e oportunidade são palavras desafiadoras para o direito e, diante da globalização, há poucas garantias de equilíbrio permanente e imutável das relações. A estabilidade social exige esforços no sentido da igualdade, os desafios da economia apresentam um panorama que desafia a racionalidade ética. Os riscos presentes em alguns setores podem sofrer minimização, nem sempre exclusão. Os recursos tecnológicos, na mesma medida em que propiciam uma inclusão do indivíduo, dada a restrição de seus conhecimentos e de sua formação cultural, ainda ficam alheios aos acontecimentos sociais, mesmo entendendo-se globalizados. A ilusão da participação não é efetiva para todos os atores sociais. Acesso e oportunidade são palavras desafiadoras para o direito e, diante da globalização, há poucas garantias de equilíbrio permanente e imutável das relações.

A estabilidade social exige esforços no sentido da igualdade, os desafios da economia apresentam um panorama que desafia a racionalidade ética. Os riscos presentes em alguns setores podem sofrer minimização, nem sempre exclusão.

Os recursos tecnológicos, na mesma medida em que propiciam uma inclusão do indivíduo, dada a restrição de seus conhecimentos e de sua formação cultural, ainda ficam alheios aos acontecimentos sociais, mesmo entendendo-se globalizados. A ilusão da participação não é efetiva para todos os indivíduos da sociedade. Quando se desloca essa discussão para uma sociedade do conhecimento, altera-se o aspecto técnico para o ético. O acesso indiscriminado à informação não traz em seu bojo a capacidade para filtragem.

O desafio essencial da complexidade ambiental a ser vencido foi indicado por Demajorovic:

> […] A necessidade de uma crescente internalização da questão ambiental, um saber ainda em construção, demanda um esforço de

> fortalecer visões integradoras que, centradas no desenvolvimento, estimulem uma reflexão em torno da diversidade e da construção de sentidos em torno das relações indivíduo-natureza, dos riscos ambientais globais e locais e das relações ambiente-desenvolvimento […] (DEMAJOROVIC, 2006, p. 13).

A responsabilidade social apresenta o contorno de várias ideias que podem ter como escopo a ética, a sustentabilidade, as contribuições sociais voluntárias, enfim, uma gama de definições que carece de consenso (BORGER, 20016, p. 14). Esse dilema não foi e não será rapidamente solucionado, uma vez que a consciência ambiental não é coletiva e não é imposta de cidadão para indivíduo. A perspectiva epistemológica do conhecimento não é separatista, no mesmo sentido em que não é dotada de uma utopia inconteste. A empresa tem o fito da lucratividade, mas a destruição do meio ambiente leva à sua extinção ou à sua exclusão do mercado consumidor.

A degradação ambiental apresenta o conflito entre desenvolvimento e exploração ambiental. O desenvolvimento pressupõe uma abertura de ordem econômica e a sustentabilidade engaja o seu contexto na utilização, manutenção e no equilíbrio dos bens naturais. Destaca-se que a utilização deveria sobrepujar a palavra exploração, pois o exaurimento não condiz com a sustentabilidade.

Nas considerações de Amartya Sen (2000, p. 28):

> […] Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.

A equação entre essas temáticas está alicerçada na preservação mais coerente do meio, o progresso e o desenvolvimento econômico não precisam ser negativos aos indivíduos, mas devem sim estimular uma finalidade social que promove o equilíbrio entre as gerações na busca pela humanização das relações pessoais e também as empresariais, visto que os administradores e empresários na mesma medida em que fazem uso do meio

ambiente devem preservá-lo, pois o modelo predatório já demonstrou seu fracasso no processo histórico.

Nas considerações de Pietro Perlingieri:

> […] A consideração do meio ambiente ecologicamente equilibrado não como um direito subjetivo e sim apenas como um direito difuso parece que trilha por um caminho em que a proteção deste direito é uma tarefa apenas de entidades que representam ou se apresentam como representantes ou defensores do ambiente. Não se pode descurar que o ambiente ecologicamente equilibrado está inelutavelmente interligado com o direito à saúde. Considerar-se-ia, assim, o direito à saúde apenas como um interesse difuso. O ambiente equilibrado se vincula com o fortalecimento da pessoa humana […] (PERLINGIERI, 2002, p. 171).

Os sistemas legislativos indicam que o indivíduo deve ser o centro da proteção jurisdicional para além das relações contratuais e empresariais e que a garantia ao meio ambiente é um debate interdisciplinar e necessário, visto que a ausência de efetividade nas medidas jurídicas tem comprometido a saúde e levado às empresas a custear o preço de suas escolhas por meio da responsabilidade civil e da quantificação das indenizações. No entanto, o cálculo exato dos danos ambientais escapa a qualquer legislação.

Para Enrique Leff, essas mudanças devem gerar uma nova ética, ou seja, uma racionalidade ambiental:

> […] Desse modo, a racionalidade ambiental se funda numa nova ética que se manifesta em comportamentos humanos em harmonia com a natureza; em princípios de uma vida democrática e em valores culturais que dão sentido à existência humana. Estes se traduzem num conjunto de práticas sociais que transformam as estruturas do poder associadas à ordem eco- nômica estabelecida, mobilizando um potencial ambiental para a construção de uma racionalidade social alternativa […] (2007, p. 42).

Os valores e os momentos sociais indicam uma inquietude humana, mas se mutáveis são os valores, o fim permanece através dos processos históricos, no fim último das necessidades humanas que tem como centro

gravitacional o bem estar. O desenvolvimento humano deve ser debatido no ambiente corporativo no que diz respeito a sua aplicabilidade, ou seja, é preciso modificar os paradigmas para que a sociedade e a empresa não estejam restritas a uma sociedade de risco. O reconhecimento do risco está em curso. As correntes do ambientalismo empresarial nos indicam que há uma interface entre a lucratividade e a sustentabilidade. O sistema de produção não está divorciado da responsabilidade socioambiental.

O sistema de produção não está divorciado da responsabilidade socioambiental. Afinal, apresenta-se pífio quantificar a manutenção da vida através da aplicação da responsabilidade civil. Quando a proteção ambiental assegura o desenvolvimento social e econômico do ser humano. A busca da ecoeficiência se perfaz numa diretriz satisfatória, pois vislumbra geração de empregos e a inclusão social. Essas práticas empresariais estão apoiadas numa equidade social, espacial e econômica que culminam com o paradigma do desenvolvimento econômico, nos dizeres de Ignacy Sachs (2002. p. 69-70). O novo paradigma proposto dá conta de um novo modelo de sociedade e um novo modelo de empresa, e não somente no tipo de crescimento almejado. A inovação tecnológica indica que quanto mais intenso o desenvolvimento mais aguda a pobreza e a deterioração ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notoriamente os conceitos e classificações transitam entre o saber comum e o saber científico e sobre eles incidem as mais variadas interferências. A universalização da economia aumenta a probabilidade dos riscos e a afetação da ecologia. A instabilidade precisa ser equacionada e o matiz resolutivo desse problema encontra respaldo na união entre os gestores públicos e privados na coerência administrativa para a resolução de celeumas comuns aos setores e comprometedores do equilíbrio social, garantindo a sustentabilidade para além dos discursos românticos e utópicos.

O elencar de um problema acarreta o levantamento de possíveis soluções. Nesse sentido, torna-se necessária uma breve análise dos indicadores de desempenho socioambiental. A colaboração dos agentes sociais indica a positividade dos projetos corporativos. Os projetos empresariais levam em conta um desenvolvimento coletivo, seja ele direto ou indireto, e, nesse

aspecto, a dignidade humana ganha seu reforço no desempenho socioambiental e no destaque dos impactos ambientais que a afetam.

O gerenciamento de riscos é a forma mais econômica e correta do ponto de vista administrativo para concatenar a sustentabilidade da atividade empresarial e a produção dos efeitos colaterais que ela possa provocar. O debate traz a preocupação com a finitude do bem natural, independentemente dos benefícios que sua utilidade possa trazer à vida humana. Melhorando esse aspecto, as medidas eficazes para evitar a degradação ambiental apontam para um desenvolvimento tecnológico competente, que interfira na comunidade, mas evitando que os impactos sobre os vetores de natalidade, solo e educação não sejam negativos.

Os danos irreversíveis afetam o suporte dos ônus agregado pela empresa, que perde a sua confiabilidade frente ao mercado e abre o flanco de sua incapacidade de evitar e gerenciar os riscos ambientais. E a educação ambiental moderna exige cada vez mais dos gestores e administradores no tocante ao planejamento eficiente, que traz em seu bojo, irmanamente, o crescimento e o desenvolvimento, bem como a sustentabilidade da atividade econômica.

Nessa perspectiva, o dever jurídico genérico e abstrato ganha novo contorno, pois ao evitar o confronto com o meio ambiente os custos sociais são minimizados e o "ponto ótimo" é atingido, evitando a degradação do meio preliminarmente, e, consequentemente, o prejuízo ao homem por meio de sua dignidade humana. O meio ambiente como direito humano fundamental se direciona ao desfrute das condições de vida num ambiente saudável e da atividade empresarial econômica e socialmente responsável.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ecologia**: grito da terra, grito dos pobres. São Paulo: Sextante, 2004.

BORGER, Fernanda Gabriela. Responsabilidade Corporativa: a dimensão ética, social e ambiental na gestão das organizações. DEMAJO-

ROVIC, Jacques; JÚNIOR, Alcir Vilela. **Modelos e ferramentas de gestão ambiental**. São Paulo, 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**: perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: Senac, 2003.

DEMAJOROVIC, Jacques; VILELA JÚNIOR, Alcir. **Modelos e ferramentas de gestão ambiental**: desafios e perspectivas para as organizações. São Paulo: Senac, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Helini Sivini. Competências Ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. São Paulo: Cortez, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência**.** Glossário. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: FRIED-SCHNITMAN, Dora. **Novos Paradigmas, cultura e subjetividade**. Tradução de Jussara Haubert. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millennium, 2001.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente:** proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil- Constitucional. São Paulo, Renovar, 2002.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Gestão ambiental**. Instrumentos, esferas de ação e educação ambiental. São Paulo: Atlas, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia da Letras, 2000.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

ADEQUAÇÕES E PROGRESSO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA PANDEMIA COVID-19 NO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isabela Melo Jacintho[183]

INTRODUÇÃO

Versar sobre o acesso à justiça significa tecer considerações sobre diversos aspectos, como a forma prescrita em lei, a funcionalidade do sistema jurídico em que se insere, o contexto social e histórico, a efetividade desse direito em relação aos indivíduos, os mecanismos designados a possibilitá-lo. Em outras palavras, o acesso à justiça representa um elemento expressivo da estrutura pública, mas a eficiência de sua função está intimamente ligada às exiguidades dos outros elementos.

No que concerne ao acesso à justiça no Brasil, é de extrema importância pontuar, já de início, sua indispensabilidade à validação do Estado Democrático de Direito. Classificado como um princípio constitucional e elevado a direito fundamental dos cidadãos, excede aos limites do acesso

183 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF).

ao Poder Judiciário, efetivando-se através do alcance de uma tutela estatal adequada, justa, efetiva e tempestiva, nas esferas material e processual.

Trata-se de um tema frequentemente abordado por estudiosos e operadores do Direito, ainda assim, continuamente atual, uma vez que, inserido em uma sociedade segmentada, marcada pela disparidade social, regularmente exige atenção. Além disso, desde o último ano, enfrenta um contexto sanitário, social, econômico e humanitário singular: a pandemia COVID-19.

Em território nacional, os primeiros casos confirmados ocorreram em fevereiro de 2020. A partir de então, uma série de medidas foram impostas à população para evitar o colapso do sistema de saúde em consequência de uma contaminação geral. Dentre elas, a que causou mais desordem foi a de distanciamento social.

Dessa forma, a Defensoria Pública, órgão do Estado responsável por proporcionar acesso à justiça através do patrocínio integral e gratuito em demandas judiciais, e, extrajudicialmente, através de consultas e orientações jurídicas, atendimentos multidisciplinares, palestras, cursos populares, acordos e contratos, teve seu atendimento presencial obstado.

O presente artigo tem por escopo analisar as estatísticas de atendimento da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais no período de 18 de março a 31 de julho de 2020. Aproximadamente, os primeiros 4 meses de suspensão do expediente presencial da Instituição.

Em um momento de crise de saúde e crise econômica, o reflexo na Defensoria é imediato, pois a parcela vulnerável da sociedade, usuária dessa assistência, é a mais atingida em conjunturas instáveis.

Para explorar o cenário atual da Defensoria Pública de Minas Gerais e conhecer seus projetos de adequação à pandemia, com base em uma abordagem hermenêutica, o estudo teórico será realizado por meio de pesquisa bibliográfica de obras, artigos e sítios eletrônicos, e também através de levantamento documental de dados da referida Instituição.

1. ACESSO À JUSTIÇA

A ordenação jurídica brasileira evidencia princípios e garantias basilares do Estado Democrático de Direito. Uma de suas principais referências se manifesta através da tutela jurisdicional, materializada quando do exercício do direito de ação.

No Brasil, também conhecido como direito de acesso à justiça, excede a via reparatória e alcança a preventiva, abrangendo, além da lesão, a ameaça a direito, conforme redação do artigo 5º, inciso XXXV da CF, que assim prevê "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Em outras palavras, o acesso à justiça é a correspondência à função jurisdicional do Estado-juiz. Esse direito está além do acesso ao Poder Judiciário, instituição estatal, por meio da sistemática jurídica processual. Está conectado a valores e direitos fundamentais do homem, de forma a garantir viabilidade de acesso a uma tutela adequada, justa, efetiva e tempestiva.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8), ao tecerem considerações sobre o significado de acesso à justiça, avaliaram-no de arriscada definição, no entanto, identificaram duas premissas indispensáveis do sistema jurídico representadas por essa expressão, quais sejam, a uniformidade de acesso a todos e a legitimidade individual e social dos resultados obtidos.

O grande desafio à efetivação desse direito reside na atenuação da discrepância social, principal obstrução do acesso à justiça aos desfavorecidos intelectual e financeiramente. É incontestável que a garantia de acesso à justiça tem sua origem na noção dos próprios direitos, na percepção de sua transgressão e, consequentemente, nos expedientes para praticá-los. À vista disso, sabe-se que a carência de instrução individual está estreitamente vinculada à conjuntura econômica da vida do indivíduo. O dispêndio necessário ao exercício desse direito, juntamente à desinformação pessoal consumam a constrição da via jurisdicional, atravancando esse acesso a uma parcela considerável da população brasileira, demarcada pela disparidade social.

Nas palavras dos estudiosos Juan Mendez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro:

> [...] uma justiça acessível aos não-privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo 'democráticos'. [...] A não ser que alcancemos acesso geral e universal, o

> direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito (2000, p. 248).

Não obstante seja verificada a relevância da efetividade do direito de acesso à justiça, grande número de brasileiros ainda suporta restrição a essa proteção, uma vez que suas carências não são atendidas, nem amparadas de maneira eficiente (LAURIS, 2009).

O acesso à justiça contemplado pelo artigo 5º, inciso XXXV da CF recebe amparo do inciso LXXIV do mesmo artigo, o qual garante aos hipossuficientes a assistência jurídica integral e gratuita do Estado. Porém, o acesso à justiça não se realiza somente através da gratuidade processual. Para tanto, a Constituição prevê que sejam assistidos judicialmente os economicamente incapazes, mas amplia essa assistência à fase pré-processual.

Segundo Cinthia Robert e Elida Séguin (2000, p. 21), o acesso à justiça perpassa o acesso aos Tribunais, constituído através da atuação do Juiz, ele equivale, principalmente, à efetivação de direitos por intervenção desse acesso. Assim sendo, a Defensoria Pública, órgão do Estado, é responsável por oportunizá-lo.

2. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

A Defensoria Pública é o instituto jurídico mais recente do Estado brasileiro. Ainda que a expressão "Defensoria Pública" tenha se revelado em âmbito nacional somente na Constituição Federal de 1988, é notável, desde antes, a pretensão de regularizar a prestação de serviços jurídicos integrais e gratuitos, culminada com a institucionalização de um órgão público atribuído a essa serventia.

A legislação pátria atribui à Defensoria Pública mais que patrocínio e defesa integrais e gratuitos em demandas judiciais, em todos os graus de jurisdição, de partes que não podem arcar com as custas processuais e honorários de advogado, além dos recursos pertinentes a Tribunais Superiores. No labor extrajudicial, sua atividade compreende a consulta, aconselhamento e orientação jurídicos, por meio de atendimentos multidisciplinares, palestras ou cursos populares; busca solucionar conflitos sem

pleitear ao Poder Judiciário através de acordos extrajudiciais e formalização de contratos.

A função dos Defensores Públicos é de assistência jurídica aos vulneráveis, oportunizando, desta forma, a efetividade de direitos, sendo eles desconhecidos, pretendidos ou eventualmente negados. Por vulneráveis tem-se aqueles que esbarram em empecilhos particulares e variáveis, em razão de condições sociais, econômicas, intelectuais, mentais, físicas, étnicas ou culturais.

A Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, Bárbara Silveira Machado Bissochi (2009, p. 81), reputa a atuação da Defensoria Pública um mecanismo de exequibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, da cidadania plena e de outros direitos fundamentais que lhes são correlatos. Ela pontua o quanto a posição econômica vincula os cidadãos a determinados níveis de alfabetização ou analfabetismo, a determinadas condições de saúde, de emprego, de moradia e também à (in)viabilidade de acesso à justiça. Em outras palavras, em um país como o Brasil, marcado pela desigualdade, a posição econômica do indivíduo determina a perspectiva de consumação dos seus direitos. A Defensora ressalta a essencialidade desse órgão político, a Defensoria Pública, instituído para amparar a fração carente da sociedade brasileira e resguardar seus direitos, de forma a minimizar essa discrepância social.

As Defensoras Públicas Cinthia Robert e Elida Séguin (2000, p. 225) apontam a importância da Defensoria Pública no que se refere à sua função de abranger uma camada vulnerável da população, atuando não só como operadora do Direito, mas também, e especialmente, como uma interventora, uma agente de mudança, visto que transmite noções de cidadania, quer dizer, informa a parte sobre seus próprios direitos e deveres. Aduzem, ainda, que esse amparo instrutivo à classe social insipiente da nossa população representa uma reciclagem do discernimento coletivo que excede à percepção dos direitos subjetivos.

O desempenho da Defensoria Pública subdivide-se no território brasileiro em critério das competências da União, dos Estados e do Distrito Federal. Às Defensorias Públicas Estaduais foi conferida a representação diante do Poder Judiciário dos respectivos Estados e Instâncias Extraordinárias, como o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Federal. A matéria examinada pela Justiça Estadual é bastante abrangente e por

esse motivo não há preestabelecido o rol de casos nos quais a instituição pode atuar.

3. O ACESSO À JUSTIÇA EM MEIO À PANDEMIA COVID-19

Diante da pandemia da Covid-19 uma realidade mundial inédita foi estabelecida. No Brasil, os primeiros casos foram confirmados no final de fevereiro de 2020. Desde então, diversas medidas compulsórias extraordinárias têm sido impostas na tentativa de conter o Sars-CoV-19, dentre elas, isolamento social, restrição de circulação de pessoas, uso obrigatório de máscara, redução da capacidade de lotação de estabelecimentos, fiscalizações sanitárias mais rígidas e até toque de recolher, dentre várias outras.

Ponderação cautelosa tornou-se fundamental na tentativa de minimizar os efeitos da crise sanitária, social, política, econômica, cultural e ambiental ocasionada pela Covid-19. Crescimento exponencial do número de infectados, distanciamento social gradativamente mais rígido, aumento da taxa de desemprego, dilatação do corpo social dependente de auxílios estatais, contingenciamento financeiro pelo Estado, dificuldade de acesso a serviços públicos básicos, um cenário real que exige reações rápidas a circunstâncias inimagináveis.

Como pontua João Pedro C. V. Pádua (2020, p. 81), o homem tem sido compelido a responder ao cenário pandêmico de maneira inusitadamente rápida, não obstante o avanço da ciência, para atenuar as instabilidades sociais e proporcionar uma adequação razoavelmente estável, dependente de "políticas públicas mais estruturadas e longevas do que as medidas de mitigação (isolamento social, lockdown, etc.) utilizadas para ganhar tempo enquanto as incertezas ainda são fundamentais".

Ao que tudo indica, o mundo está atravessando um marco histórico, o qual merece atenção e diligência quanto às implicações presentes e futuras. Apesar das dúvidas, de inúmeros questionamentos sem conclusão, a necessidade de preservar o Estado Democrático de Direito e opor-se à violação das liberdades civis permanece, tanto em relação aos indivíduos, quanto em relação às autoridades governamentais.

A engrenagem social experimentou alterações drásticas nas noções de tempo e espaço de suas relações. Dentre as quais, o atendimen-

to virtual realizado através de ferramentas tecnológicas para garantir a continuidade dos atendimentos presenciais, nessa ocasião suspensos reiteradamente.

Com as serventias públicas não foi diferente. A indispensabilidade de acesso a serviços essenciais como a justiça levou à implementação e ao aprimoramento da tecnologia junto ao ambiente jurídico.

Global Access to Justice Project é um programa de nível global que busca analisar e comparar diferentes sistemas jurídicos, e com base nos dados coletados através dos respectivos padrões de desenvolvimento, elaborar um relatório geral abrangendo temas específicos do movimento de acesso à justiça hodierno .

O Brasil é um dos 51 países integrantes do estudo preliminar sobre os "Impactos de COVID-19 nos Sistemas de Justiça", realizado entre os dias 7 e 27 de abril de 2020 pela equipe de pesquisadores do Global Access to Justice Project.

Figura 1 – Medidas especiais adotadas pelos Sistemas de Assistência Jurídica para mitigar o impacto negativo do Covid-19 em relação ao acesso aos Serviços Jurídicos

Fonte: Impactos de COVID-19 nos Sistemas de Justiça, 2020. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em: 01/04/2021.

Conforme se extrai da Figura 1, 72% dos Sistemas de Assistência Jurídica analisados pela pesquisa adotou medidas especiais para mitigar o impacto negativo da Covid-19 em relação ao acesso aos serviços jurídicos; 71% fez uso da tecnologia para reduzir ou evitar o contato pessoal com os assistidos e 53% passou por reorganização interna adotando o trabalho remoto.

Figura 2 – Capacidade do Sistema de Assistência Jurídica manter níveis normais de acesso à Justiça durante a pandemia

Fonte: Impactos de COVID-19 nos Sistemas de Justiça. 2020. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em: 01/04/2021.

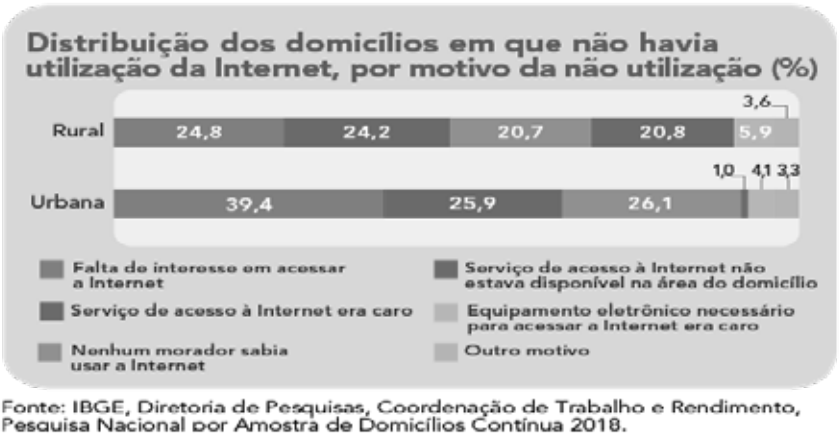
Ainda assim, apenas 39% dos mesmos Sistemas de Assistência Jurídica obtinham capacidade para manter níveis normais de acesso à justiça durante a pandemia.

Esses dados simbolizam os impactos trazidos à realidade da assistência judiciária através das transformações globais decorrentes da pandemia.

De acordo com dados divulgados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua (IBGE, 2018) sobre o uso da Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC, intitulada "Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018", 79,1% dos lares brasileiros já possuía Internet no quarto trimestre de 2018. Nos domicílios em que não se utilizava Internet, as principais justificativas obtidas eram a falta de interesse em acessá-la ou o alto valor do serviço. Nos domicílios urbanos, em seguida, a justificativa que mais se

destacou foi a ausência de instrução para usá-la; na zona rural, a indisponibilidade do serviço, como demonstra a Figura 3 abaixo:

Figura 3 – Distribuição dos domicílios em que não havia utilização da Internet, por motivo da não utilização (%)



Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2018, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em: 01/04/2021.

Portanto, o acesso à Internet, o uso da tecnologia, a utilidade de aplicativos de mensagens e de redes sociais foi o meio encontrado e capaz de recuperar e aprimorar o amparo à demanda popular. Ainda assim, impreterivelmente, a fração de indivíduos que não possui esse acesso, e mesmo aquela fração que possui o acesso, mas não tem habilidade em fazê-lo, não poderia ser desconsiderada na hipótese de instalação de uma nova sistemática de atendimento.

Diante do panorama social pandêmico e da imprescindibilidade da tutela jurídica promovida pela Defensoria Pública, diversas providências foram tomadas para viabilizar a continuidade do suporte popular. Segundo informações extraídas do sítio eletrônico da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP (2020), a instituição aderiu ao atendimento remoto e ao sistema de plantões para viabilizar o acesso à justiça durante a pandemia.

Como elucidado pela Defensora Pública e Vice-Presidente da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, Rivana Barreto Ricarte de Oliveira (2020), em períodos de tamanha instabilidade como o da pandemia, a essencialidade dos serviços de assistência social torna-se ainda mais evidente, por amparar a camada mais desprotegida da sociedade e também aquela que mais sofre com esse desequilíbrio. Ela relata que a Defensoria Pública Estadual brasileira implantou um sistema dúplice de expediente, fundado em plantões e em atendimento remoto, por meio de recursos tecnológicos, de maneira a assegurar o acesso à justiça tanto aos socialmente vulneráveis, quanto aos tecnologicamente vulneráveis. Observa, ainda, a atuação da Defensoria Pública proporcionou acesso à justiça não só por intermédio de trâmites processuais judiciais, mas também ao realizar procedimentos administrativos e consensuais de cunho humanitário, como a expedição de recomendações "para evitar o corte de serviços essenciais", contra o aumento de preço abusivo dos produtos, para a "disponibilização de equipamentos de proteção individuais", solicitando "tratamentos e medicamentos" e "medidas de proteção aos idosos institucionalizados, à população em situação de rua, catadores de lixo, ambulantes", entre outros.

3.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS

Decorrente da crescente transmissão da Covid-19 no início do ano passado, em Minas Gerais a primeira Resolução expedida pela Defensoria foi a de n. 120, de 18 de março de 2020, em atenção ao compulsório distanciamento social, a qual dispunha sobre medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo coronavírus através da suspensão do expediente presencial da mesma entre os dias 19 e 27 de março de 2020, mantendo-se à disposição da população carente o regime de plantão apenas para suporte em questões indispensáveis e urgentes.

Ainda em regime de plantão, como forma de balancear a suspensão do expediente e a indispensabilidade de sua atuação, a Defensoria Pública Mineira implantou o sistema de atendimento remoto, através do contato por telefone ou meio digital, conforme noticiado pela Assessoria de Comunicação da referida entidade em 17 de abril de 2020. Apenas em

casos considerados estritamente necessários o atendimento era realizado presencialmente.

Não obstante os prazos processuais estivessem suspensos até 30 de abril em todo o Brasil por determinação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a crise ocasionada pela pandemia demandava intervenção em áreas especiais, como a saúde, por exemplo. A instituição dedicou-se também à proposição de medidas cautelares e de proteção aos desamparados como forma de atenuar as tribulações impostas pela pandemia, como "ações emergenciais para proteger pessoas em situação de rua" e fornecimento de alimentos, luz e água para crianças e adolescentes, alunos da rede pública que tiveram as aulas suspensas.

Na mesma data, a Assessoria de Comunicação da Defensoria de Minas publicou um relatório sobre a produtividade da instituição entre os dias 18 e 26 de março de 2020, quando teve início o regime de teletrabalho. Com o total de 20.547 atividades e uma média de 2.935 por dia, sua atuação sucedeu-se em 4.529 atividades extrajudiciais e 15.734 judicias (Figura 4).

Figura 4 – Produtividade das Defensoras e Defensores Públicos de Minas entre 18 e 26 de março/2020

Fonte: *Site* institucional da Defensoria Pública de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/04/17/defensoria-de-minas-movimenta-media-de-quase-3-mil-processos-por-dia-durante-teletrabalho/#>. Acesso em: 02/04/2021.

A suspensão do expediente presencial estendeu-se até 30 de abril de 2020, de acordo com as orientações sanitárias e Resolução nº 120/2020, Resolução Conjunta nº 001/2020 (DPG/CG DPMG, 2020) e Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Posteriormente, por determinação da

Resolução Conjunta nº 03/2020 (DPG/CG DPMG, 2020), prorrogou-se a suspensão do atendimento presencial até 15 de maio.

Segundo dados publicados pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (2020), desde a implementação do teletrabalho em 18 de março até o dia 06 de maio de 2020, a Defensoria Estadual Mineira tinha cumprido 185.531 atividades jurídicas, alcançando a média de 5.985 atividades diárias, considerados apenas os dias úteis, totalizando 105.529 atividades judiciais e 64.722 extrajudiciais, conforme se extrai da Figura 5 abaixo:

Figura 5 – Produtividade das Defensoras e Defensores Públicos de Minas entre 18 de março e 6 de maio/2020

Fonte: Site institucional da ANADEP, 2020. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=44152>. Acesso em: 02/04/2021.

Manteve-se a suspensão do expediente presencial até o dia 31 de maio de 2020, conforme disposto na Resolução Conjunta nº 004/2020 (DPG/CG DPMG, 2020).

Em seguida, a Assessoria de Comunicação da instituição mineira (2020) expôs o quadro de atividades realizadas entre 18 de março e 31 de maio de 2020, totalizando 307.875 atividades jurídicas, das quais 169.223 atividades eram judiciais e 115.106 extrajudiciais, com uma média de

6.550 atividades diárias pelo órgão (Figura 6). Os recursos tecnológicos de comunicação mostravam-se efetivos no suprimento da demanda dos cidadãos carentes no repertório de dados coletados.

Figura 6 – Produtividade das Defensoras e Defensores Públicos de Minas entre 18 de março e 31 de maio/2020

Fonte: Site institucional da Defensoria Pública de Minas Gerais, 2020. Disponível em: https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/06/08/defensoria-de-minas-ultrapassa-300-mil-atividades-juridicas-em-regime-especial-de-teletrabalho/. Acesso em: 02/04/2021.

O expediente remoto foi sucessivamente prorrogado: até o dia 14 de junho, pela Resolução Conjunta nº 005/2020 (DPG/CG DPMG, 2020), até o dia 22 de junho, pela Resolução Conjunta nº 006/2020 (DPG/CG DPMG, 2020) e pela Resolução Conjunta nº 007/2020 (DPG/CG DPMG, 2020), até 17 de julho de 2020 .

Da implantação do regime de teletrabalho em 18 de março, até 30 de junho de 2020, foram registradas pela Defensoria de Minas e divulgadas através da Assessoria de Comunicação (2020), 461.203 atividades jurídi-

cas, em média 6.782 atividades diárias, calculadas em dias úteis, dentre elas 240.691 atividades judiciais e 185.885 extrajudiciais (Figura 7).

Figura 7 – Produtividade das Defensoras e Defensores Públicos de Minas entre 18 de março e 30 de junho/2020

Fonte: Site institucional da Defensoria Pública de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/08/06/dpmg-ultrapassa-a-media-de--7-mil-atendimentos-diarios-durante-o-regime-especial-de-teletrabalho/>. Acesso em: 03/04/2021.

Então, a Resolução Conjunta nº 008/2020 da Corregedoria Geral da Defensoria de Minas (DPG/CG DPMG, 2020), manteve a suspensão do atendimento presencial até 31 de julho de 2020.

Correspondente ao período de implantação do regime de teletrabalho, de 18 de março a 31 de julho de 2020, a Defensoria Pública de Minas atingiu o número de 641.330 atividades jurídicas (Defensoria Pública de

Minas Gerais, 2020). Tendo em conta os dias úteis, a entidade executou, em média, 7.047 atividades diárias. Dessas, 321.337 eram atividades judiciais e 273.665 extrajudiciais (Figura 8).

Figura 8 – Produtividade das Defensoras e Defensores Públicos de Minas entre 18 de março e 31 de julho/2020

Fonte: Site institucional da Defensoria Pública de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/08/06/dpmg-ultrapassa-a-media-de-7-mil-atendimentos-diarios-durante-o-regime-especial-de-teletrabalho/>. Acesso em: 03/04/2021.

Após constatada significativa adaptabilidade organizacional, o uso de ferramentas digitais e redes sociais pela Defensoria Mineira ampliou-se, no tocante à divulgação do teletrabalho, a orientações e recomendações, a lives sobre temas relevantes e ao atendimento em si.

Em 31 de agosto de 2020, a Instituição mineira inaugurou um aplicativo móvel gratuito: o APP DPMG (Defensoria Pública de Minas Gerais,

2020). A plataforma conta com suporte ao público externo através dos canais "Agendamento Online", "Fala Defensoria", "Fala Defensoria 2.0" e "Atendimento Online", além de recursos facilitadores dos encargos dos próprios defensores e defensoras.

Muito embora a implementação de ferramentas digitais tenha se dado de maneira muito intensa após a instauração da pandemia Covid-19, a Defensoria mineira já vinha se preparando para circunstâncias instáveis e emergenciais, como essa.

Marina Lage Pessoa da Costa (Defensoria Pública de Minas Gerais, 2020), defensora-geral de Minas Gerais, declarou em audiência pública remota sobre a atuação da Defensoria durante a pandemia, "que a ampliação do atendimento por canais digitais já estava previsto no planejamento estratégico da DPMG, (...) mas que em virtude da pandemia, o processo de implantação teve que ser acelerado." Marina salientou a necessidade de adequação da gestão das unidades, no tocante ao atendimento presencial, uma vez que o acesso à justiça precisava ser garantido da mesma forma a quem não faz uso das ferramentas tecnológicas, "O uso da tecnologia é mais um canal de atendimento e não o único".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo buscou-se explorar dados referentes à atuação da Defensoria Pública de Minas Gerais em meio a uma realidade social pandêmica, sob o enfoque do direito fundamental de acesso à justiça.

Tendo em vista a compulsoriedade do isolamento social e devido à suspensão do atendimento presencial, a Instituição foi impelida a elaborar e implantar novas formas de atendimento. O meio utilizado para manter o serviço essencial de assistência jurídica foi a implantação de ferramentas digitais como e-mail, telefone, WhatsApp, redes sociais, resultando na instalação de um suporte mobile da própria Defensoria Pública. A tecnologia foi adotada como mais um canal de atendimento, só que não o único.

Além de expandir a abrangência do expediente digital, tornou-se necessária uma adequação em relação à logística das unidades mineiras através da manutenção do atendimento presencial, assegurando também aos hipossuficientes digitais, a igualdade no exercício do direito de acesso à justiça.

Observou-se por parte da Defensoria Pública de Minas Gerais uma dinâmica efetiva no que diz respeito ao amparo à demanda popular por tutela jurisdicional, ao longo dos aproximados 4 meses analisados pelo presente trabalho e também em consequência da concretização de uma via digital especializada nessa categoria de atendimento. Sem falar na atenção voltada à parcela da população que não possui a via tecnológica de acesso, tendo sido suprida pelo atendimento presencial excepcional.

Mesmo com o aumento da busca por assistência pelos cidadãos em momentos de crise, como a pandemia, a diligência da entidade também cresceu. No entanto, apesar dos resultados satisfatórios obtidos pela Defensoria Mineira, é oportuno refletir sobre as consequências deixadas por essa transição, a médio e longo prazo. Ainda que comprovada a eficiência da aplicação do método digital, a natureza humana de ser social e político não pode ser ignorada.

Reflexões acerca desse distanciamento merecem ser levantadas, como os impactos da impessoalidade dos atendimentos remotos, até que ponto seriam benéficos; se os recursos tecnológicos seriam realmente capazes de substituir a proximidade, o contato físico de um atendimento presencial; se a eficiência da tutela jurisdicional obtida por esse meio seria a mesma.

Serão respostas obtidas com o passar do tempo, através dos efeitos dessa experiência. Pois, ao que tudo indica, é uma tendência que veio para ficar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BISSOCHI, Barbara Silveira Machado. A Defensoria Pública como Instrumento Essencial à Cidadania Substancial. In: VIII CONGRESSO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS, 2009. **Livro de Teses e Práticas Exitosas - Defensoria Pública:** Passaporte Essencial à Cidadania. Porto Alegre: Ideograf Editora, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CORONAVÍRUS: Defensoria Pública de Minas Gerais atua em regime de plantão no período de 19 a 27 de março. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/in-

dex.php/2020/03/23/coronavirus-defensoria-publica-de-minas-gerais-atua-em-regime-de-plantao-no-periodo-de-19-a-27-de-marco/>. Acesso em: 01/04/2021.

DEFENSORA-geral participa de audiência pública para falar sobre a atuação da Defensoria Pública durante a pandemia do coronavírus. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/06/02/defensora-geral-participa-de-audiencia-publica-para-falar-sobre-a-atuacao-da-defensoria-publica-durante-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 03/04/2021.

DEFENSORAS e Defensores Públicos adotam regime de plantão e trabalho remoto para levar acesso à justiça para cidadãos durante pandemia do coronavírus. In: **ANADEP**. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=43401>. Acesso em: 01/04/2021.

DEFENSORIA de Minas movimenta média de quase 3 mil processos por dia durante teletrabalho. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/04/17/defensoria-de-minas-movimenta-media-de-quase-3-mil-processos-por-dia-durante-teletrabalho/#>. Acesso em: 02/04/2021.

DEFENSORIA de Minas ultrapassa 300 mil atividades jurídicas em regime especial de teletrabalho. In: **Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/06/08/defensoria-de-minas-ultrapassa-300-mil-atividades-juridicas-em-regime-especial-de-teletrabalho/>. Acesso em: 02/04/2021.

DEFENSORIA Pública de Minas Gerais lança aplicativo móvel: facilidade na palma da mão para cidadãos, defensores e servidores. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/08/31/defensoria-publica-de-minas-gerais-lanca-aplicativo-movel-facilidade-na-palma-da-mao-para-cidadaos-defensores-e-servidores/>. Acesso em: 03/04/2021.

DEFENSORIA Pública de Minas se aproxima da média de 7 mil atividades jurídicas em regime especial de atendimento. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/07/02/defensoria-publica-de-minas-se-aproxima-da-media-de-7-mil-atividades-juridicas-diarias-em-regime-especial-de-atendimento/>. Acesso em: 03/04/2021.

DEFENSORIA Pública do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta DPG/CG DPMG n. 006, 2020.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/05/Resolucao-Conjunta-006-2020.pdf>. Acesso em: 03/04/2021.

DEFENSORIA Pública do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta DPG/CG DPMG n. 005, 2020.** Disponível em: <https://www.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/05/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-005-2020-COVID19-1.pdf>. Acesso em: 02/04/2021.

DEFENSORIA Pública do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta DPG/CG DPMG n. 004, 2020.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/05/Resolucao-conjunta-004-2020_bxf.pdf>. Acesso em: 03/04/2021.

DEFENSORIA Pública do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta DPG/CG DPMG n. 003, 2020.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/04/resolucao-conjunta-003-2020.pdf>. Acesso em: 02/04/2021.

DEFENSORIA Pública do Estado de Minas Gerais. **Resolução Conjunta DPG/CG DPMG n. 001, 2020.** Disponível em: <http://site.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001-2020-1.pdf>. Acesso em: 02/04/2021.

DEFENSORIA Pública do Estado de Minas Gerais. **Resolução n. 120, 2020**. Disponível em: <http://site.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/03/res.120-2020-1.pdf>. Acesso em: 02/04/2021.

DPMG ultrapassa a média de 7 mil atendimentos diários durante o regime especial de teletrabalho. In: **Defensoria Pública de Mi-**

nas Gerais. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/08/06/dpmg-ultrapassa-a-media-de-7-mil-atendimentos-diarios-durante-o-regime-especial-de-teletrabalho/>. Acesso em: 03/04/2021.

EM REGIME de plantão, Defensoria Pública de Minas estabelece rede de atendimento a casos de urgência e de risco de perda de direitos. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/04/17/em-regime-de-plantao-defensoria-publica-de-minas-estabelece-rede-de-atendimento--a-casos-de-urgencias-e-de-risco-de-perda-de-direitos-2/>. Acesso em: 02/04/2021.

IMPACTOS DE COVID-19 NOS SISTEMAS DE JUSTIÇA, p. 25, 2020. In: **Global Access to Justice Project**. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt--br>. Acesso em: 01/04/2021.

IMPACTOS DE COVID-19 NOS SISTEMAS DE JUSTIÇA, p. 31, 2020. In: **Global Access to Justice Project**. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt--br>. Acesso em: 01/04/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD**. 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em: 31/03/2021.

LAURIS, Élida. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. **Open Edition Journals**. Disponível em: <://journals.openedition.org/rccs/1464#:~:text=Numa%20perspectiva%20em%20que%20o,de%20promo%-C3%A7%C3%A3o%20da%20justi%C3%A7a%20social>. Acesso em: 30/03/2021.

MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, Violência e Injustiça:** o não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MG: Defensoria supera 185 mil atividades jurídicas em regime de teletrabalho. In: **ANADEP.** Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=44152>. Acesso em: 02/04/2021.

OLIVEIRA, Rivana Barreto Ricarte de. A defensoria pública no enfrentamento ao coronavírus. In: **Justiça & Cidadania.** Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-defensoria-publica-no-enfrentamento-ao-coronavirus/>. Acesso em: 01/04/2021.

PÁDUA, João Pedro C. V. Coronavírus, verdade e ciência: obstáculos e oportunidades para uma nova (velha) epistemologia. In: **Confluências**. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/43051>. Acesso em: 31/03/2021.

RESOLUÇÕES Conjuntas da Corregedoria Geral da Defensoria Pública de Minas Gerais. In: **Defensoria Pública de Minas Gerais.** Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/atos-normativos/resolucoes-cg/>. Acesso em: 03/04/2021.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça:** Um Olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOBRE (DES)COMPLICAR A LINGUAGEM: BREVE ANÁLISE DA LEI Nº 14.129/21 E O USO DE LINGUAGEM CLARA E COMPREENSÍVEL A QUALQUER CIDADÃO

Francine Pereira Fontainha de Carvalho[184]

> Responsabilidades pedagógicas, seguramente, e compartilhadas, por favor. Por vezes é preciso simplificar para transmitir um saber e falar em geral. Todavia, se deve haver regras para a melhor ou menos ruim das simplificações, elas precisam ser reinventadas a cada situação. (DERRIDA, 2004).

INTRODUÇÃO

O termo compreender, proveniente do latim *comprehendĕre*, de acordo com o Dicionário Virtual Michaelis, significa: 1 Conter em sua natureza; 2 Estar incluído ou contido; 3 Alcançar com a inteligência; 4 Perceber as intenções de; 5 Estender a sua ação a; 6 Dar o devido apreço a. Por extensão, compreensível, designa tudo o que se pode compreender. Nos-

184 Graduada em Letras pela UFJF. Mestre em Teoria Literária pela UFJF. Doutora em Ciência da Literatura pela UFRJ. Pós-Doutoranda em Investigação e Docência Universitária pela IUNIR. Docente na Faculdade Vértice Trirriense – UNIVÉRTIX – Três Rios.

so intuito, com a breve análise da Lei nº 14.129/21, será: refletir sobre a importância e o uso de linguagem clara – com o fito de conceder plena compreensão da mensagem aos usuários da língua portuguesa; perscrutar os índices de analfabetismo no Brasil e levantar um questionamento sobre a (in)adequação do *juridiquês* – neologismo em voga no Brasil para designar a utilização desnecessária e excessiva do jargão jurídico e de termos técnicos de Direito nas comunicações judiciais, uma vez que constata-se a não compreensão da linguagem jurídica por um número elevado de cidadãos brasileiros. Ressalta-se que o vocábulo compreensão acompanhará a escritura do texto, uma vez que a citada lei, a qual iremos analisar, preconiza o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão. Necessário será, portanto, refletirmos sobre a significação da linguagem, em seus múltiplos aspectos e compreendermos que é, tão somente através dela, que o ser humano se comunica plenamente. Sem a linguagem tornamo-nos destituídos de identidade, incapazes de nos relacionarmos e nos entendermos com os nossos pares. Mais que isso, linguagem é identidade – é através dela que transmutamos nossos sentimentos, emoções e anseios. Pode-se destituir um povo de um território, contudo, se a linguagem, continuar a ser compartilhada pelos falantes, a identidade está e será garantida – basta pensarmos na diáspora judaica e no idioma *ilídiche,* portanto, língua e linguagem são território, pois garantem a unidade de um povo.

1. ENUNCIAÇÃO E DISCURSO

O vocábulo enunciação refere-se à atividade social e interacional através da qual a língua/idioma é colocada em funcionamento por um enunciador – sujeito que fala ou escreve, tendo em vista um destinatário – aquele para quem se fala ou se escreve. O objeto da enunciação é chamado enunciado. O ser humano, sociável por natureza desde tempos imemoriáveis, agrupa-se em sociedade com o intuito de estabelecer comunicação entre os membros do agrupamento. Nesse sentido, comunicar, ou seja, colocar *em comum* as emoções e acontecimentos é impulso inerente à natureza humana, como podemos comprovar através da *arte rupestre* – a mais antiga representação artística da história do homem, com o fito de descrever os acontecimentos, tanto para os pertencentes ao grupo quanto para as gerações vindouras. Os mais antigos indícios dessa arte são datados

no período Paleolítico Superior (40.000 a.C.) e consistiam em pinturas e desenhos gravados em paredes e tetos das cavernas.

Para que haja comunicação, portanto, é necessário que os indivíduos, reunidos em comunidade, compartilhem o mesmo código linguístico, pois, somente através da partilha do mesmo idioma, seja ele verbal, não-verbal – no caso da arte rupestre, por exemplo – ou através da língua espacial-visual – Língua Brasileira de Sinais, em solo nacional, a comunicação desenvolve-se plenamente.

Nesse contexto, é importante refletirmos sobre a enunciação, o discurso e a importância do efetivo processo de compreensão, já que, toda enunciação (verbal ou não-verbal) coloca o leitor/ouvinte/vidente, diante de três importantes entidades: o emissor, quem produz; o receptor, que recebe e decodifica o texto; e a própria mensagem. Faz-se necessário, portanto, aclararmos a seguinte questão: produzir um enunciado, levando-se em consideração o receptor da mensagem, garante a compreensão da enunciação e do discurso. Logo, só existe sucesso na transmissão da mensagem e do conteúdo, quando o receptor possui competência linguística para decifrar o discurso ou a enunciação. Uma vez que as questões expressas não sejam compatíveis com o repertório linguístico do receptor, ocorre a incompreensão da mensagem.

Caso queiramos o entendimento da mensagem, necessário será pensarmos no receptor como figura medular no processo de comunicação e construirmos os nossos textos (escritos ou orais) formulando os enunciados dentro das estruturas frásicas pertencentes (ou próximas) ao repertório do destinatário da mensagem. Nesse sentido, as palavras de Damião, na obra *Curso de Português Jurídico,* corroboram o nosso pensamento:

> A trajetória comunicativa exige do emissor traços comuns de significação aos do receptor, isto é, terá ele de construir a mensagem por meio de estruturas frásicas previstas no repertório do receptor, entendido este último como usuário de uma língua comum, quer, no sentido genérico da expressão, ou nas variedades geográficas ou socioculturais que permitem incontável número de possibilidades comunicativas [...] enfim, os diferentes níveis de linguagens e suas oposições, que, em virtude de uma situação comunicativa, se encontram inter-relacionadas (DAMIÃO, 2018, p. 85).

À vista disso, fica claro que o emissor precisa, necessariamente, pensar no receptor antes de formular qualquer mensagem, para que o último possua condições de decifrá-la.

Ao refletirmos sobre a linguagem jurídica, com todos os termos eruditos, expressões em latim, longos períodos compostos por subordinação, prevalece o seguinte questionamento: o cidadão brasileiro, pouco escolarizado, com dificuldade de leitura e compreensão textual, consegue esmiuçar o texto jurídico a ele destinado? Certamente as dificuldades de compreensão são inúmeras e, por vezes, intransponíveis. Contudo, a Lei 14.129, de 29 de março de 2021, ao dispor sobre o Governo Digital, em seu artigo primeiro, traz lume para a debatida questão da inadequação dos termos eruditos – no trato com a maioria da população brasileira, desejosa de entender as questões de seu interesse. Importante atentarmos para o fato de que, na mencionada lei, está preconizada a participação do cidadão, porém, tal fato só acontecerá quando houver entendimento das enunciações e discursos endereçados aos que não possuem cabedal de conhecimento para entenderam a Língua Portuguesa na modalidade culta/padrão. Observemos o *caput:*

> LEI Nº 14.129, DE 29 DE MARÇO DE 2021
>
> Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.
>
> DISPOSIÇÕES GERAIS
>
> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.
>
> [...]

Desburocratizar. Inovar. Fomentar a participação do cidadão. Três conceitos de extrema importância em meio ao cenário pandêmico em que estamos imersos, logo, pensar em regras e instrumentos para o Go-

verno Digital significa ofertar instrumentos para que a utilização dos mecanismos digitais, obrigatórios no cenário da pandemia provocada pela Covid-19, sejam mais acessíveis e melhor utilizados pela população. Importante destacarmos que o falante, para compreender uma mensagem, necessita de diversas habilidades concernentes às capacidades de leitura, decodificação e compreensão textual:

> Em vista do caráter comunicativo do texto, depreende-se imediata conclusão de que o falante, para enumerá-lo, necessita de uma pluralidade de habilidades, meios e sistemas diferentes de conhecimento, tanto linguístico quanto não linguístico que independem do status do indivíduo. Verifica-se mais: a enunciação ocorre nas relações sociais, exigindo, para entendê-la, que se vasculhe a informação contextual, determinando univocadamente os referentes de cada uma das expressões referenciais [...] de um enunciado, desambiguizando-o satisfatoriamente (DAMIÃO, 2018, p. 86).

Escrever para ser compreendido e não para apresentar termos eruditos, os quais deixem o leitor aturdido. Formular o enunciado de forma que o leitor possa abarcar o conteúdo e não sentir-se como uma ilha, apartado de tal forma do texto, que pareça estar recebendo uma missiva em língua estrangeira.

2. ANALFABETISMO NO BRASIL E A IMPRESCINDÍVEL LINGUAGEM CLARA

Ao refletirmos sobre acesso a comunicação no Brasil e participação do cidadão no Governo Digital, faz-se *mister* pensarmos no quantitativo de analfabetos em solo brasileiro.

Dados compilados através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua Educação, publicados aos 15 de julho de 2020 na plataforma do Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística (IBGE), informam que o "analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever", conforme artigo de Mariana Tokarnia para o site da Agência Brasil EBC:

> Os dados indicam que a taxa de analfabetismo no Brasil passou de 6,8%, em 2018, para 6,6%, em 2019, de acordo com a Pnad Contínua Educação [...]. Apesar da queda, que representa cerca de 200 mil pessoas, o Brasil tem ainda 11 milhões de analfabetos. São pessoas de 15 anos ou mais que, pelos critérios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), não são capazes de ler e escrever nem ao menos um bilhete simples. (TOKARNIA, 2020).

Milhões de brasileiros não são capazes de ler e escrever nem ao menos um bilhete simples, de acordo com a última Pnad, por isso, o Poder Judiciário, através da mencionada lei, cria regras e formas de atender esse imenso quantitativo de pessoas. Imperioso recordarmos que reduzir a taxa de analfabetismo no Brasil figura entre as metas do Plano Nacional de Educação (PNE), Lei 13.005/2014, a qual delimita o que deve ser feito para melhorar a educação no país até o ano de 2024, desde o princípio da vida escolar das crianças, através da modalidade Ensino Infantil, até os últimos níveis de escolarização, através da Pós-graduação. Pela supracitada lei, em 2015, o Brasil deveria ter atingido a marca de 6,5% de analfabetos entre a população de 15 anos ou mais. Em 2024, essa taxa deveria chegar a zero, entretanto, o IBGE pondera que, apesar dos avanços, mais da metade, o equivalente a 51,2%, da população de 25 anos ou mais no Brasil não completaram a educação escolar básica. Os dados da Pnad Contínua Educação do IBGE são referentes ao segundo trimestre de 2019. O próprio nome já indica a importância desse segmento, educação básica, contudo, milhões de adolescentes, por diversos e comuns motivos – evasão escolar devido à necessidade de trabalho para complementação da renda familiar, abandono do ensino devido a sucessivas reprovações e distorção idade-série, incompreensão do código linguístico compartilhado nas unidades escolares – abandonam os bancos escolares.

Simplificarmos as "comunicações" para esses alijados brasileiros, descomplexificando a escritura, é o que preconiza a Lei nº 14.129/21. Se, de fato e de direito, somos todos iguais perante a lei, urge refletirmos sobre as características e competências linguísticas do nosso povo e encontrarmos meios para que haja compreensão dos enunciados. Observemos, então, os incisos dispostos no artigo terceiro – grifos meus.

> [...]
>
> Art. 3º São princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública:
>
> **I – a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis;**
>
> II – a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos, observadas as restrições legalmente previstas e sem prejuízo, quando indispensável, da prestação de caráter presencial;
>
> III – a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial;
>
> IV – a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços;
>
> V – o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública;
>
> VI – o dever do gestor público de prestar contas diretamente à população sobre a gestão dos recursos públicos;
>
> VII – o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão;
>
> [...]

Necessário será transcrever, uma vez mais, "o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão": ao cidadão que abandonou os bancos escolares; ao cidadão incapaz de compreender um texto escrito na modalidade culta; ao cidadão que apresenta dificuldade em deparar-se com termos cultos, os quais não estão inseridos em seu vocabulário. Pois existe o princípio da utilização da linguagem compreensível é importante ponderarmos sobre as nossas *responsabilidades pedagógicas* enquanto produtores de discursos e enunciados.

Estas r*esponsabilidades*, muito bem colocadas por Jaques Derrida, na obra Papel Máquina (2004, p. 334-345), no capítulo: "Outrem é secreto porque é outro", deveriam estar presentes em todas as situações comunicativas, nas quais, transmitir um falar, faz-se necessário. Consequentemente organizar o pensamento, com simplicidade, significa precipuamente, democratizar "um saber ou um falar" e essa democratização em relação ao falar só é alcançada com simplicidade, entendendo-se o repertório linguístico do destinatário da mensagem.

Caso a supracitada lei seja, efetivamente, colocada em prática, respeitando-se *ipsis literis* todos as diretrizes e princípios, significará um divisor de águas em relação a utilização da linguagem empolada prestigiada no meio jurídico. Usar *linguagem clara* significa, necessariamente, abandonar as expressões latinas, que nenhum sentido fazem para uma grande parcela da população. Significa pensar no receptor/destinatário da mensagem como o componente central da mensagem. Significa dizer, de forma simples, o que outrora era dito com sinônimos nada usuais pela população.

Ainda segundo o artigo 3º, da supracitada lei, são princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública:

> XVI – a permanência da possibilidade de atendimento presencial, de acordo com as características, a relevância e o público-alvo do serviço;
>
> XVII – a proteção de dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais);
>
> XVIII – o cumprimento de compromissos e de padrões de qualidade divulgados na Carta de Serviços ao Usuário;
>
> XIX – a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, nos termos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência);
>
> XX – o estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população;

O inciso XVI nos aclara sobre a "permanência da possibilidade do atendimento presencial", demonstrando que, ainda que haja meios digi-

tais a serem utilizados, para uma grande parcela da população, o acesso – no sentido de entendimento das informações descritas no site, é utópico e inatingível. Acolher presencialmente o cidadão, por vezes iletrado, e outros com inúmeras dificuldades de acesso junto às mídias digitais, demonstra respeito com os brasileiros os quais não puderam adentrar, permanecer ou avançar nos *bancos escolares*.

Outra informação fundamental, no que tange ao acesso ao Governo Digital, traz a seguinte informação, no inciso "XIX – a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, nos termos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)", escritura que nos remete ao artigo 3º da Lei nº 13.146/15:

> Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:
>
> [...]
>
> V – comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, **assim como a linguagem simples**, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações (grifo nosso).

A atual lei evoca o Estatuto da Pessoa com Deficiência e nos oferta a importante lembrança de que a comunicação, a qual doravante deve ser clara e compreensível, precisar abarcar as pessoas com deficiência, incluindo os surdos, os quais utilizam a Língua Brasileira de Sinais e, frequentemente, não são alfabetizados em Língua Portuguesa [por conseguinte, não dominam o código escrito, sendo-lhes possível, tão somente, a comunicação através da língua de sinais]; os cegos, os quais utilizam o Braille; pessoas com transtorno do espectro autista e usuários de comunicação alternativa, além de uma infinidade de indivíduos os quais possuem necessidades especiais, com demandas individualizadas: em todos os casos, deve-se preconizar a linguagem simples, de forma a atingir a todos.

Linguagem significa poder, acesso ao conhecimento, compartilhamento de informações e, por isso, não pode ser fechada. Carlos Skliar,

na obra Desobedecer a linguagem, nos fala exatamente sobre a *linguagem fechada* e sobre a divisão entre os falantes e os silenciados:

> Efetivamente, existem corpos e linguagens dos quais se fala e corpos e linguagens que falam, que tomam a palavra, que se arrogam a virtude de dizer. Como se o mundo estivesse, de fato, partido em dois: de um lado, os silenciados, os que não tem nada a dizer, nem a quem dizer; os que não se dirigem a ninguém; anônimos que só poderiam chegar a tomar a palavra e usar sua voz, somente para justificar sua presença e para desculpar sua existência. Depois encontram-se os que dizem por si e pelos outros, os que cobrem o mundo de palavras, explicadores de ocasião que justificam vidas próprias e alheias, que sabem tudo e ocultam com refinada técnica suas proverbiais ignorâncias (SKLIAR, 2014, p. 38).

Nenhum ser humano deveria "ser silenciado, nem pedir desculpas pela sua existência", portanto, é nossa tarefa democratizar o acesso à linguagem e ao conhecimento. Enfim, que a linguagem clara possa ser utilizada para evocar novas informações, considerando, outrossim, antigas construções frasais e termos já previstos anteriormente pelos usuários da língua. Dessa forma, teremos a garantia de acesso às informações disponibilizadas por toda a população brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Descomplicar a linguagem. Acessibilizar a informação para todos, incluindo as pessoas com deficiência e suas diferentes formas de comunicação, por vezes alternativa. Simplificar o vocabulário para atingir a um grande número de cidadãos e fazer o atendimento presencial, quando tal fato por imperioso. A Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, apresenta um novo modo de a linguagem jurídica ser utilizada. Inclui os letrados e os não letrados, mira o holofote na linguagem – cuja função precípua é garantir a comunicação [e, portanto, o entendimento], por isso, a clareza é item fundamental. Nesse sentido é imperioso que o "intelectual", consoante Jacques Derrida, em Papel Máquina (2004, p. 349): "Como então não levar em conta pelo menos a imagem, a silhueta que se cria de um certo tipo de destinatário para fazer, dizer, escrever isso ou aquilo? A

autoridade que se lhe é creditada se torna uma espécie de capital que lhe convém pôr a serviço de uma justa causa".

Forjar a escrita tendo em vista que um texto bem escrito, sem que o leitor consiga decifrá-lo é inútil. Que os intelectuais do sistema judiciário entendam a pluralidade de brasis dentro do território nacional e escrevam, efetivamente, para todos.

Pensando-se em enunciação e discurso, emissor e receptor, podem-se guardar as sentenças forjadas com pompa para os leitores experimentados, os quais efetivamente compreenderão a mensagem formulada. Vejamos, por exemplo, "A Teoria do Medalhão", conto de Machado de Assis (1994, p. 4) originalmente publicado na Gazeta de Notícias, no ano de 1881, e posteriormente integrado ao livro Papéis Avulsos, escritura na qual o autor, por meio de um diálogo, apresenta conselhos inescrupulosos de um pai para um filho visando alcançar prestígio em uma sociedade de aparências, forjando discursos bem construídos, contudo, sem o devido preparo e conhecimento – verdadeiras fórmulas para tornar o discurso mais culto: "Sentenças latinas, ditos históricos, versos célebres, brocardos jurídicos, máximas, é de bom aviso trazê-los contigo para os discursos de sobremesa, de felicitação, ou de agradecimento".

Hodiernamente, ser, de fato, intelectual significa entender que a língua é viva e está em constante construção. Significa perceber que o letrado pode arquitetar construção simples para ser compreendido e entender que o contrário não se aplica. Não é possível que o iletrado compreenda a linguagem culta, não aprendida nos bancos escolares, não pronunciada nos meios onde o falante transita – seja no ambiente doméstico ou laboral. Tornar a "linguagem clara e acessível a qualquer cidadão" é tarefa de todos os que se propõe a ultrapassar a barreira do privado e trabalhar com o público, com o plural.

Finalmente, compreendamos que toda linguagem é um discurso, carregado de amplas e variadas significações e saibamos adotar "um saber e um falar" de entendimento e acolhimento para todos os falantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Machado de. Teoria do Medalhão. *In*: **Obra Completa.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. II.

BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal.** Trad. de Paulo Bezerra. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).**2015.

_____. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. **Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.** 2021.

COMPREENDER. In: Michaelis **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.** Moderna, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/compreender>. Acesso em: 01/04/21.

DAMIÃO, Regina Toledo e HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico.** São Paulo: Atlas, 2018.

DERRIDA, Jacques. **Papel Máquina.** São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

FIORIN, J. L. **Introdução ao pensamento de Bakhtin.** São Paulo: Ática, 2006a.

_____. Interdiscursividade e intertextualidade. In: BRAITH, Beth (Org.) **Bakhtin:** outros conceitos-chave. São Paulo: Contexto, p. 161-194, 2006b.

HYMES, D. Acerca de La Competencia Comunicativa. In: LLOBERA, M. et al. **Competencia comunicativa.** Documentos básicos en La enseñanza de lenguas extranjeras. Madrid: Edelsa, 1995.

KRISTEVA, Júlia. **Introdução à Semianálise.** São Paulo: Debates, 1969.
SKLIAR, Carlos. **Desobedecer a linguagem: educar**/ Carlos Skliar; tradução Giane Lessa. 1ª ed – Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014 – (Coleção Educação: Experiência e Sentido / coordenadores Jorge Larrosa, Walter Kohan)

TOKARNIA, Mariana. Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever. In: **Agência Brasil EBC**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa--cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>. Acesso em: 01/04/21.

BIODIVERSIDADE MARINHA: OS PROBLEMAS AMBIENTAIS DO ESPAÇO MARÍTIMO SOB A PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Laura Soares Lima[185]
Juliana Guedes[186]

INTRODUÇÃO

O estudo das políticas públicas pela Ciência Política em meados dos anos 50, iniciado por Harold Lasswell, desenvolveu o campo científico responsável por um novo modo de observar e entender as ações estatais. Conhecido como "Policy Analysis", buscava-se imprimir o entendimento de uma lógica de ação racional pública materializada na forma de políticas públicas em suas mais variadas áreas de influências na sociedade. O que se tem, então, é uma inter-relação entre Estado, política, economia e sociedade a fim de erradicar algum problema social.

Ao encontro de Eduardo Marques (2013), acompanhado de Hill e Hupe (2009), entendemos a importância da abordagem do ciclo das po-

185 Aluna do 7º período do curso de Direito da PUC-Rio; Presidente da Liga de Políticas Públicas da PUC-Rio.

186 Aluna do 8º período do curso de Geografia e Meio Ambiente da PUC-Rio; Diretora do Setor Acadêmico da Liga de Políticas Públicas da PUC-Rio.

líticas públicas como uma ferramenta capaz de fornecer detalhes sobre o mapeamento de tal política. Defendido por Souza (2006), o ciclo das políticas públicas é um aporte deliberativo instituído por um processo dinâmico constituído, resumidamente, por 6 etapas: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, decisão política, implementação e avaliação.

O presente artigo tem como intuito principal a identificação de um problema ambiental no espaço marítimo, materializado pela água de lastro e o descomissionamento de plataformas de petróleo *offshore* no Brasil. Esses eventos ocorrentes no litoral brasileiro, como será visto a seguir, comprometem a biodiversidade marinha e perturbam a vida de comunidades tradicionais litorâneas. Assim, esse trabalho justifica-se com a necessidade de aprimoramento de políticas públicas ambientais sobre os espaços marítimos, assim como a participação da população quanto a esta temática.

Em primeiro momento, torna-se imprescindível entender a importância do litoral para o Brasil, assim como a jurisdição do território marinho. Desde a época de sua colonização, a faixa litorânea brasileira foi palco dos principais eventos do processo histórico do país, revelando sua apropriação para fins econômicos (extrativistas e portuários) e para a defesa e geopolítica do país. Configura-se, então, uma nova fronteira de expansão territorial inicial de 200 milhas náuticas, conhecida como Plataforma Continental Jurídica Brasileira. Essa nova faixa foi adicionada ao território continental ao longo dos anos e aumentando sua importância estratégica à nação, especialmente no contexto da globalização de uma economia global e da exploração de petróleo.

O conceito de Plataforma Continental foi determinado na Convenção de Montego Bay das Nações Unidas sobre o direito do mar em 1982, a fim de sanar as controvérsias quanto ao direito marítimo internacional. Em 1998, o Brasil e mais 118 países ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) declarando que os recursos minerais da área internacional dos oceanos são patrimônio da humanidade, com um olhar ao desenvolvimento sustentável e controle às atividades relativas ao aproveitamento dos recursos marinhos. Nessa mesma Convenção de Montego Bay também se determina os espaços marítimos: mar territorial, zona contígua, plataforma continental, zona econômica exclusiva e alto mar.

De acordo com a CNUDM, a Plataforma Continental compreende o leito e o subsolo das águas submarinas em até 200 milhas náuticas. Entretanto, o Decreto nº 98.145 de 1989, nomeado Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), estabelece o limite exterior da Plataforma Continental para além das 200 milhas náuticas. Nessa região, de acordo com o artigo 77 do Decreto nº 98.145, o país costeiro tem a soberania de exploração e aproveitamento de seus recursos minerais:

> ARTIGO 77
>
> Direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental
>
> 1. O Estado costeiro exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais.
>
> 2. Os direitos a que se refere o parágrafo 1º, são exclusivos no sentido de que, se o Estado costeiro não explora a plataforma continental ou não aproveita os recursos naturais da mesma, ninguém pode empreender estas atividades sem o expresso consentimento desse Estado.
>
> 3. Os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa.
>
> 4. Os recursos naturais a que se referem as disposições da presente Parte, são os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, aquelas que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo ou só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo. (BRASIL, 1989)

Com a descoberta do pré-sal e o aumento do fluxo da frota marítima em grandes portos-hub brasileiros, a faixa litorânea brasileira e especialmente a Plataforma Continental, tornaram-se espaços estratégicos para o Estado brasileiro e grandes empresas, acirrando o jogo de interesses. Entretanto, nesta mesma área encontra-se a "Amazônia Azul", área rica

em biodiversidade com espécies genéticas ainda não conhecidas e valores ecossistêmicos imensuráveis. A partir daqui, salienta-se a importância do desenvolvimento sustentável e da preservação ecológica dos ambientes naturais, por muitas vezes ignorados frente à exploração. No que diz respeito à proteção do meio ambiente, a CNUDM (1982) prevê em seu artigo 145 do Decreto nº 99.165:

> ARTIGO 145
>
> Proteção do meio marinho
>
> No que se refere às atividades na Área, devem ser tomadas as medidas necessárias, de conformidade com a presente Convenção, para assegurar a proteção eficaz do meio marinho contra os efeitos nocivos que possam resultar de tais atividades. Para tal fim, a Autoridade adotará normas, regulamentos e procedimentos apropriados para, inter alia:
>
> a) prevenir, reduzir e controlar a poluição e outros perigos para o meio marinho, incluindo o litoral, bem como a perturbação do equilíbrio ecológico do meio marinho, prestando especial atenção à necessidade de proteção contra os efeitos nocivos de atividades, tais como a perfuração, dragagem, escavações, lançamento de detritos, construção e funcionamento ou manutenção de instalações, dutos e outros dispositivos relacionados com tais atividades;
>
> b) proteger e conservar os recursos naturais da Área e prevenir danos à flora e à fauna do meio marinho. (BRASIL, 1990).

Nesse contexto, o presente trabalho procura entender a nocividade das práticas marítimas no litoral brasileiro e a importância de se pensar em políticas públicas ambientais para esses ambientes. Primeiramente será analisado o processo de bioinvasão por água de lastro e bioincrustação trazidos por navios internacionais e também o processo de descomissionamento ou abandono de plataformas de petróleo, tal qual suas consequências. Assim, procura-se identificar a justificar a ocorrência de um problema inicialmente ambiental para a formulação de novas medidas de combate mais sustentáveis.

1. BIOINVASÃO E CONSEQUÊNCIAS

O processo de bioinvasão marinha é um conceito ecológico que ocorre quando uma ou mais espécies invadem ambientes nos quais não havia registros anteriores. A invasão pode ocasionar a perda da biodiversidade local, a destruição de habitats, a extinção de outras espécies e também ocasionar danos às atividades pesqueiras e riscos sanitários. Esse evento é passível de ocorrer por dispersões naturais, em menor escala, ou por intervenção humana, intensificada pela globalização e o aumento do fluxo do comércio internacional marítimo (MACHADO OLIVEIRA, 2019).

A mundialização da época contemporânea é marcada pela aceleração e o encurtamento da dinâmica espaço-tempo, aumentando a velocidade de mercadorias e informações propiciadas pela revolução técnico-científica (SANTOS; LAMONICA, 2008). Não obstante, o fluxo comercial via marítima também dinamizou as relações comerciais internacionais, ampliando o contato entre diferentes ecossistemas marinhos e, consequentemente, a distribuição de espécies exóticas ao redor do globo. Por se tratar de um impulsionamento das relações mundiais, a ONU estabeleceu em 1992 a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) durante a ECO-92, o principal fórum internacional sobre o meio ambiente. Ratificada no Brasil pelo decreto nº 2519 em 1998, o artigo 8 da CDB determina que é de responsabilidade do Estado-Nação "impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, hábitats ou espécies" (BRASIL, 1998).

O desequilíbrio do ecossistema aquático e a perturbação da biota nativa serão analisados por dois eventos responsáveis pela bioinvasão, a seguir: a água de lastro e a bioincrustação.

1.1. ÁGUA DE LASTRO

A água de lastro é um procedimento operacional utilizado por navios de carga com o intuito de estabilizar e assegurar manobras em regiões portuárias. Para balancear o peso de segurança durante a navegação, a água do mar é captada pelo navio e armazenada em tanques para aumentar ou diminuir o calado dos navios. Portanto, a água é recolhida na sua região

de origem para a estabilidade de seu peso à carga e despejada em seu local de destino. Assim como pode ser visualizado a seguir:

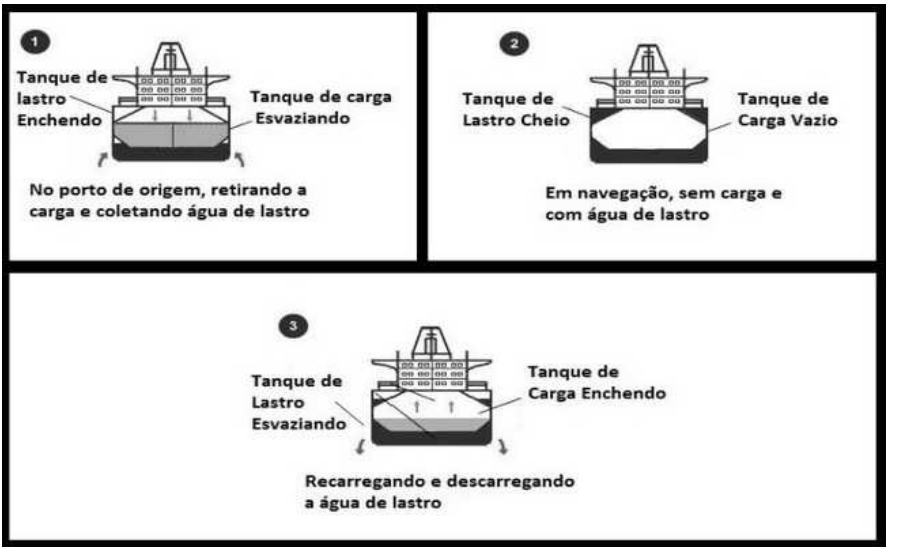


Fig. 1 – Operações de carga e descarga de lastro em navios.
Fonte: Programa Globallast IMO, 2009

O problema da operação da água de lastro é justamente quando o transporte e despejo de espécies exóticas em diferentes ecossistemas ocasionam nas consequências destrutivas da invasão, comprometendo a biodiversidade local. A configuração da água de lastro é um dos maiores vetores de bioinvasão com a introdução de espécies exóticas invasoras, tornando-se uma grande ameaça aos oceanos. Segundo a Organização Marítima Internacional (OMI), esse evento é responsável pela transferência de sete a dez mil organismos estranhos por dia em diferentes biomas.

O maior caso de bioinvasão no Brasil ocorreu nos anos 1990 com o mexilhão dourado (*Limnoperna fortunei*) originário da China. A espécie chegou à América do Sul pela Argentina e logo alastrou-se pelo Rio da Prata, subindo pelo Rio Paraná e alcançando até mesmo o Pantanal. A interferência entre esses três países demonstra a dinâmica do comércio internacional no mundo globalizado, assim como o nível internacional da problemática. A biodiversidade brasileira foi perturbada devido ao efeito nocivo da proliferação do molusco capaz de sufocar e eliminar outros

moluscos nativos (OLIVEIRA, 2004). Neste mesmo exemplo, a espécie também foi capaz de entupir e obstruir dutos e turbinas de usinas hidrelétricas, prejudicando no funcionamento de motores e na distribuição de água potável para a população e geração de energia. Assim, conclui-se que os efeitos da bioinvasão não se restringem ao lado ecológico e natural, mas permeiam às questões socioeconômicas da região afetada.

Como se trata de um problema internacional, a agência da ONU para assuntos marítimos, Organização Marítima Internacional (OMI), destacou a Convenção Internacional para Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos de Navios, em 2004, para a prevenção da transferência de organismos pela água de lastro dos navios. A Convenção é ratificada pelo Brasil com o decreto nº 148 de 2010 e institui procedimentos operacionais para evitar a invasão de novas espécies. Por não haver nenhuma técnica para resolver o problema de bioinvação, há normas que determinam a troca da água de lastro no mínimo a 200 milhas de distância da costa litorânea e 200 metros de profundidade. Abordada pelo direito internacional, no Brasil é regulado pela NORMAM 20 para o Gerenciamento da Água de Lastro de Navios em 2005.

A troca de água em alto-mar é, atualmente, a única solução em larga escala mais difundida a fim de reduzir os riscos da bioinvasão ocasionados pelo deslastro em portos internacionais. Isso porque a concentração de organismos em alto-mar é muito menor do que em áreas costeiras, além da probabilidade de sobrevivência de espécies oceânicas em áreas costeiras ou interiores ser pequena. Então, o que acontece é o despejo de água de lastro litorânea do país de origem em alto-mar, a captura de uma nova água oceânica e, posteriormente, o deslastro dessa água na costa de destino do navio.

Entretanto, esta prática de troca de água de lastro apresenta limitações operacionais quando em condições desfavoráveis do mar. Como, por exemplo, a instalação de espécies no fundo do lastro junto a sedimentos que não são despejados completamente em alto-mar e o risco de segurança ao navio e tripulação por possíveis problemas de esforço estrutural e estabilidade durante a troca. Além disso, a dispersão de espécies nocivas, mesmo que em concentração maior de água em alto-mar, pode causar distúrbios em ilhas oceânicas próximas ao local, já que navios comerciais se utilizam de rotas específicas. Há outros métodos que podem ser utili-

zados, como o despejo em estações de tratamento em terra, o tratamento mecânico de filtração, o tratamento físico com luz ultravioleta, o tratamento químico com adição de biocidas e etc. Porém, esses outros métodos são mais caros e também encontram falhas, obstruindo as possibilidades quanto à gerência sobre a água de lastro. Dessa forma, todos os mecanismos são considerados transitórios até que medidas mais eficazes sejam difundidas.

O Brasil, com a regulação da NORMAM, cumpre com as normas de gerenciamento da água de lastro legalmente, além de seguir as normas e convenções internacionais. Mas, mesmo que se tenha os métodos mais modernos, não há a garantia 100% da eficácia e erradicação. Ainda que os lados negativos sejam pontuados, a utilização da água de lastro é essencial para o comércio internacional e a navegação marítima, o que ainda permeia a necessidade de políticas públicas que visem o cuidado com as consequências e o controle de navios e sua gerência sobre a água de lastro, assim como a fiscalização. Chama-se atenção para a prática da sustentabilidade para além do meio natural e ecológico, já que atravessa problemas sociais, culturais e econômicos. Além disso, torna-se também caso de saúde pública, uma vez que bactérias e micróbios patogênicos também podem ser transportados através da água de lastro.

1.2. BIOINCRUSTAÇÃO

A bioincrustação, de acordo com Railkin, é um processo de concentração da biomassa em substratos submersos (RAILKIN, 2004). Atualmente, é conceituada pelo crescimento de bactérias, algas e/ou espécies invertebradas sobre superfícies submersas tanto naturais (rochas) quanto antrópicas (cascos de navios, plataformas, cabos, etc.). Esses organismos são denominados bentos e vivem em associação no meio aquático, podendo ser livres ou fixos. As espécies bentônicas, porém, variam conforme fatores ambientais e formam a epifauna, a fauna bentônica que habita no substrato marinho.

A fauna bentônica compreende um grupo de espécies que são transportadas pelos mares, oceanos e águas continentais incrustadas em cascos de navios comerciais ou de recreio. Segundo Silva e Barros:

> Os macroinvertebrados bentônicos (macrozoobentos ou macrofauna bentônica) compreendem um grupo de organismos aquáticos com tamanhos superiores a 0,5mm e que apresentam uma relação direta com o fundo. Incluem a grande maioria dos táxons de invertebrados, com destaque especial para moluscos, crustáceos e poliquetas (SILVA; BARROS, 2011, p. 2).

A presença dessas espécies nos cascos das embarcações é prejudicial para o próprio transporte do navio, isso porque aumenta a rugosidade e o atrito com a água, dificultando a realização de manobras e reduzindo a velocidade. Esse aumento gera uma sobrecarga do peso da embarcação e propõe maior consumo de combustível, consequentemente, leva ao crescimento de emissão de gases do efeito estufa. Para além de tal problema ambiental, a bioincrustação também resulta na bioinvasão de espécies exóticas devido ao fluxo de embarcações marítimas, assim como a água de lastro.

O lastreamento já é um procedimento detalhado por estudiosos e autoridades ambientais que buscam preservar a biodiversidade local, entretanto, a bioincrustação ainda não apresenta significativa presença nesses estudos. De acordo com Tavares, há a falsa percepção de que a introdução por bioincrustação é um vetor desprezível, aliado à falta de mecanismos tecnológicos capazes de garantir eficácia (TAVARES, 2014). Apesar disso, a inserção de espécies exóticas provindas de cascos de embarcações data o início das Grandes Navegações no século XVI. Esse fato alerta a necessidade de normas para a prevenção dos prejuízos ambientais marítimos.

Atualmente, o combate à bioincrustação é realizado por meio da química com agentes tóxicos com substâncias biocidas que previnem a incrustação, principalmente com o uso de tintas nos cascos dos navios. As primeiras tintas utilizadas usavam óxido de cobre, posteriormente substituído por tributil estanho (TBT). A composição dessas tintas, entretanto, é prejudicial quando diluída na água e não apresenta eficácia em longo prazo, restringindo-se a, no máximo, três anos. O uso de TBT foi proibido em 2001 pela Organização Marítima Internacional na Convenção Internacional para Controle de Sistemas Antiicrustantes Danosos em Navios. Há alternativas biodegradantes que não propõem aparentes prejuízos ambientais, como tintas de baixa adesão, antiincrustante natu-

ral e materiais que simulam superfícies antiincrustante. Entretanto, essas novas práticas ainda não apresentam uso significativo para a prevenção de espécies exóticas.

A legislação internacional quanto a bioincrustação ainda é incipiente, diferente da água de lastro. A única proposta existente é a Resolução MEPC.207 (62) proposta pela OMI no Relatório do Comitê de Proteção do Ambiente Marinho em 2011 que propõe um guia para controlar e gerenciar a incrustação em navios. Os procedimentos contidos no guia contam com o incentivo voluntário de um Livro de Registro de Bioincrustação em todas as embarcações internacionais que deve apresentar os sistemas antiincrustantes utilizados e a manutenção das áreas do navio. No guia prático também há o Plano de Gerenciamento de Bioincrustação que promove procedimentos efetivos para conter o processo ecológico, como práticas operacionais e planejamento para inspeções de reparo e controle.

A orientação da OMI aparenta possuir medidas eficientes, porém, ainda carece de legislações e normas instituídas pelos países. O Brasil, por exemplo, possui uma notável preocupação com a água de lastro atribuída pela NORMAM nº 20/2005 da DPC, mas ainda há um vácuo quanto a medidas contra a bioincrustação. Assim, a incipiência no conhecimento e, consequentemente, na contenção da inserção de espécies invasoras no Brasil apresenta alto risco para a biodiversidade local.

2. EFEITOS DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO ESPAÇO MARINHO

O crescimento da produção mundial de hidrocarbonetos, com foco no petróleo, que ocorreu com a chegada do século XX, fez com esse se tornasse a principal fonte de energia mundial (MACHADO; VILANI; GODINHO, 2012). Nessa perspectiva, o Brasil encontrou-se como uma potência no mercado, já que em 2006 havia conseguido sua autonomia na produção de petróleo e apenas três anos depois conseguiu passar a exportá-lo sem utilizar a reserva do pré-sal. Contudo, essa fonte de energia é notoriamente prejudicial ao meio-ambiente e devido à tendência mundial de demanda energética, as questões ambientais devem ser prioridade do governo, uma vez que segundo a Constituição Federal todos têm direito

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, é dever do Poder Público o preservar.

> Art. 225. 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.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (BRASIL, 1988)

Na esfera do espaço marítimo do Brasil, as plataformas de petróleo são meios de exploração que necessitam ter seus projetos mensurados e controlados a fim de prevenir contaminações e desgastes no ambiente inserido. Nesse sentido, a pós-produção necessita de atenção imediata por possíveis causas de grandes impactos ambientais, tendo em vista que é uma fase negligenciada pela baixa produção de lucros ao empreendedor. Logo, o descomissionamento ou não de plataformas *offshore* são questões que precisam ser trazidas à luz das políticas públicas para que possam diminuir a degradação do ambiente.

2.1. DESCOMISSIONAMENTO DE PLATAFORMAS OFFSHORE

Descomissionar, segundo a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), significa tomar as providências necessárias para desativar uma instalação nuclear ao final da sua vida útil. Nesse sentido, o descomissionamento de plataformas *offshore* segue a mesma lógica: quando chega o fim de vida útil dessas plataformas é necessário fazer seu desativamento e demais providências. Esse tema é considerado novo no mercado, uma vez que é o primeiro momento, principalmente ao se referir ao Brasil, que a sociedade se encontra com diversas instalações de petróleo atingindo o fim de suas vidas produtivas. Nesse sentido, há três principais razões para que os governos e companhias operadoras entendam necessário que fossem desenvolvidos métodos, legislação e meios para essas situações.

O primeiro aspecto seria a grande quantidade de plataformas desenvolvidas e seu amadurecimento, fazendo com que o custo de remoção e armazenamento dos materiais fosse trazido à mesa, no sentido de preparação das companhias e governos responsáveis, mas também de uma nova área comercial passível de crescimento. Um dos principais questionamentos que surgiram sobre esse ponto seria em questão sobre o que fazer com a estrutura e superestrutura e as funções das grandes plataformas. Uma das possibilidades adotadas é manter a subestrutura de grande porte, tombando-a no local e deixando no fundo do oceano, para manter a sua função como um substrato artificial integrado com o meio ambiente (RUIVO, 2001). Importante ressaltar que o descomissionamento depende também do material das plataformas. Por exemplo, as de concreto são de difícil remoção devido ao seu tamanho e peso, além de apresentarem dificuldade na reciclagem – optando-se, diversas vezes, por serem mantidas como centros de pesquisa marinha.

O montante dos custos totais seria outro fator relevante ao falar do processo de descomissionamento. Pittard (1997) dispões que o custo total do descomissionamento de 6.500 instalações seria aproximadamente de US$ 30 bilhões, conforme demonstrado por Coelho (2010), através da tabela:

PAÍS	ESTIMATIVA DE CUSTOS TOTAIS NO DESCOMISSIONAMENTO (US$ BILHÕES) – 1.995
Reino Unido	11,10
Noruega	7,70
Estados Unidos	4,50
Indonésia / Malásia	4,40
Austrália	1,00
Holanda / Dinamarca	1,00
Itália	0,57
Brunei	0,28
Alemanha	0,10
Japão	0,09
TOTAL	30,17

Tabela 1 – Estimativa de custos totais no descomissionamento
Fonte: Coelho, 2010.

Por fim, o último principal fator é a importância ambiental, do qual nos interessa mais para a nossa análise. Essa razão surgiu, em um primeiro momento, como questionamento dos consumidores ou organizações financiadoras, como os bancos – que não tinham interesse de continuar investindo em companhias que poderiam afetar sua reputação. O descomissionamento pode alterar a vida marinha do local onde a plataforma de petróleo se encontrava, uma vez que, devido ao tempo que os materiais encontra-se submersos, o ambiente acaba por se adaptar e criar cadeias e vidas dependentes daquele material. Por conta disso, é necessário que sejam analisados requisitos ambientais e diretrizes operacionais, sendo nas plataformas *offshore* introduzidas práticas ambientais específicas, como: contexto do projeto, área, impactos ambientais, possíveis medidas de prevenção, redução de danos, entre outros. Buscando que o dano seja mínimo ou inexistente para que, dessa forma, "agradem" as instituições que financiam os projetos, também incorporando as comunidades arredores nos projetos e estimulando a economia específica daquele lugar.

2.2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O MARCO REGULATÓRIO

Coelho (2010), em sua tese, traz a definição de Oliveira (2004), sobre uma ação bem executada no meio *offshore*:

> o sucesso nas operações desempenhadas em unidades marítimas de exploração e produção de petróleo está diretamente relacionado a um bom programa de segurança operacional aplicados nestas unidades. O propósito primário de um programa de segurança operacional é identificar previamente as causas dos acidentes para as perdas humanas, perdas econômicas e perdas ambientais, buscando minimizar o número de acidentes nas operações em plataformas marítimas (OLIVEIRA, 2004, p. 20).

Nesse sentido, é perceptível a necessidade de segurança e controle para que as consequências do desativamento da plataforma que antes explorava sejam mínimas, uma vez que seus efeitos atingem o bem comum. Assim, a Lei nº 9.478/97 dispõe sobre a proteção do meio de energia,

enquadrando a ANP como um dos responsáveis para que esse objetivo seja atingido. Essa agência tem sua função a regularização, contratação e fiscalização das atividades da indústria do petróleo. Sendo assim, deve-se fazer com que as práticas de conservação e preservação do meio ambiente sejam cumpridas.

Contudo, apesar de ter essa responsabilidade residual de proteção do ambiente, o licenciamento ambiental é instrumento de controle da Política Nacional de Meio Ambiente, através da Lei nº 6.938/91, regulamentada pela Resolução Conama 237/97. Por meio dele, o IBAMA e demais órgãos ambientais, de acordo com a esfera do empreendimento, classificam as atividades ao levar estudos e dados para análise a fim de permitir ou negar a sua realização. Outra resolução relevante ao se falar de descomissionamento é a Portaria ANP nº 25/2002 que estabelece os procedimentos técnicos no caso do abandono de poços – substituída posteriormente pela Resolução ANP nº 46/2016. Contudo, apesar da legislação previamente existente, não há uma análise significativa das questões ambientais relevantes do descomissionamento.

Em busca de um marco regulatório factível do descomissionamento no Brasil é preciso analisar brevemente sua história. Em 1982, foi assinada na Jamaica a Convenção das Nações Unidas sobre Direito ao Mar, anteriormente citada, que foi aderida a legislação brasileira em 1994, por meio do Decreto nº 1.530/95, trazendo o conceito de poluição marinha:

> ARTIGO 1
>
> Termos utilizados e âmbito de aplicação
>
> (...)
>
> 4) 'poluição do meio marinho' significa a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio (BRASIL, 1994).

Porém, não há uma definição exata na doutrina sobre qual seria o marco regulatório ao falarmos especificamente do descomissionamento para a legislação brasileira. Apesar de ser possível encontrar normas que se referiam a ele, não há especificidades ao particularizar a questão do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise ambiental existente no espaço marítimo é um problema atual, que se não forem tomadas medidas vigorosas e rápidas, trará consequências irremediáveis para a sociedade brasileira. A proteção da faixa litorânea e mar territorial – plataforma continental – do Estado brasileiro é essencial para o alcance do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante disso, percebe-se a importância de políticas públicas destinadas a esse tema, a fim de garantir que o direito da preservação do ambiente, presente na Constituição Federal, seja respeitado.

O Brasil, por ser um país com grande área de mar territorial devido ao tamanho do seu território, precisa de atenção significativa. No caso da água de lastro e descomissionamento de plataformas *offshore*, é evidente a necessidade de aprimoramento da legislação brasileira, mas além disso é essencial que os governantes estejam ativos na busca do aprimoramento de tecnologias e programas que diminuam o desgaste do meio ambiente na realização das atividades de transporte e de exploração. Ainda, é de extrema importância que a população esteja ciente dessas questões para que possam exigir melhorias, dessa forma a atuação de Organizações de fins lucrativos se torna elementar para a melhora desse cenário.

Logo, apesar da problemática da poluição do meio ambiente ser global, percebe-se a necessidade da atuação brasileira justamente por suas características territoriais e de alteração de sua biodiversidade marinha devido às atividades existentes em sua costa. De modo, é imprescindível o foco na elaboração de políticas que facilitem a preservação e diminuição do desgaste da natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRETCHE, M. T. S. Tendências no estudo sobre avaliação. IN: RICO, Elizabeth Melo. **Avaliação de Políticas Sociais:** uma questão em

debate. 6ª edição. São Paulo, Cortez: Instituto de Estudos Especiais, 2009.

_____. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: BARREIRA; CARVALHO (org.) **Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais**. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2001.

BARROS, Clarissa Teresinha Lovatto; de BARROS, Luiz Felipe Barros. **Políticas públicas como instrumento de apropriação do espaço marítimo brasileiro na sociedade informacional**. XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz, Rio Grande do Sul. 2015

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria ANP nº 25**, de 6 de março de 2002.

_____. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria ANP nº 46**, de 1 de janeiro de 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____, **Decreto nº 98.145**, de setembro de 1989.

_____. **Decreto nº 99.165**, de 12 de março de 1990.

_____. **Decreto nº 1.530**, de 22 de junho de 1995.

_____. **Decreto nº 148**, de 12 de março de 2010.

_____. **Lei nº 9.478**, de 6 de agosto de 1997.

_____. **Lei nº 6.938/91**, de 31 de agosto de 1981.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução nº 237**, de 19 de dezembro de 1997.

_____. **NORMAM nº 20**, 2005.

COELHO, Alberto Carlos Caldeira Costa. **Risco operacional no descomissionamento de unidade marítima fixa de exploração e produção de petróleo.** 2010.

COELHO, Larissa Thomaz. **Água de lastro:** uma análise das dificuldades institucionais para implantação de uma política pública nacional de defesa contra a bioinvasão. Rio de Janeiro, 2017.

COLLYER, Wesley. **Água de lastro, bioinvação e resposta internacional**. Portogente, 2016. Disponível em: <https://portogente.com.br/portopedia/80510-agua-de-lastro- bioinvasao-e-resposta-internacional>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2021.

DA GAMA, B.A.P.; PEREIRA, R.C.; COUTINHO, R. Bioincrustação marinha. In: PEREIRA, R.C.; SOARES-GOMES, A. (orgs.) **Biologia Marinh**a. 2ª edição, editora Interciência, Rio de Janeiro, p. 299-318, 2009.

JURAS, Ilidia da A. G. Martins. **Problemas causados pela água de lastro**. Consultoria legislativa. Câmara dos Deputados, Brasília. Fevereiro, 2003.

MARQUES, E. As políticas públicas na ciência política. In: MARQUES, Eduardo Cesar Leão; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **A Política Pública como Campo Multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/CEM, 2013.

M'PUSA, Jocelyne Botshimbo et al. **Descomissionamento de plataformas marítimas:** estudo comparativo dos casos Reino Unido e Brasil. 2017.

OLIVEIRA, Márcia Divina de. Introdução de espécies: uma das maiores causas de biodiversidade. **Embrapa Pantanal**, Corumbá-MS, n. 75, p. 1-3, dez. 2004.

Organização Marítima Internacional. **Convenção Internacional para Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos de Navios**. 2004.

_____. **Convenção Internacional para Controle de Sistemas Antiicrustantes Danosos em Navios**. 2001.

Organização das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**, 1982.

_____. **Convenção sobre a Diversidade Biológica**, 1998.

Organização Marítima Internacional. **Resolução MEPC.207** (62), de 15 de julho de 2011.

RUIVO, Fabio de Moraes et al. **Descomissionamento de sistemas de produção offshore.** 2001.

SANTOS, J.G.A.S; LAMONICA, M.N. Água de lastro e bioinvasão: introdução de espécies exóticas associada ao processo de mundialização. **Vértices**, v. 10, n. 1/3, jan./dez. 2008

SALGADO, Olavo Junqueira Ferreira Lopes Villela et al. **Descomissionamento de estruturas offshore.** 2016.

TAVARES, Daniel Sobral. **Biodiversidade e bioinvasão por bioincrustação** – aspectos legais. Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Curitiba, 2014.

TEIXEIRA, B. M.; Machado, C. J. S. Marco regulatório brasileiro do processo de descomissionamento ambiental da indústria do petróleo. **Revista de Informação Legislativa**, 196, p. 183-203, 2012.

ZANELLA, Tiago V. Água de lastro e bioinvação no Brasil: uma análise do posicionamento do Brasil frente ao risco de bioinvasão de espécies exóticas via água de lastro dos navios. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 1 (2015), n. 6, p. 1639-1671. 2015.

DIREITO E SOCIEDADE - VOL. 1

César Evangelista Fernandes Bressanin,
Édgar Hernán Fuentes-Contreras, Sandra Vidal Nogueira,
Thaís Janaina Wenczenovicz (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2021