

DIREITO

Revista da Faculdade de

ISSN 2178-0498

da Universidade Federal de Uberlândia volume 49 • número 2 • julho - dezembro 2021



EDUFU

Apresentação

Nota da Editora

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

1-3

PDF

Autores Convidados

A proteção do consumidor como política global e regional

o caso do Mercosul

Claudia Lima Marques

4-26

PDF

Doutrina Estrangeira

A Assistência Jurídica Gratuita na Federação Russa

Fernando César Costa Xavier

27-43

PDF

Países Emergentes e as Adaptações no Direito Internacional do Investimento

Thiago Ferreira Almeida

42-68

PDF

Dossiê

Apresentação do Dossiê "Vulnerabilidades e Questões Sociais durante a Pandemia"

Alex Cabello Ayzama, Laura Flores Anarte, Rosario Naranjo Román

72-77

PDF (Español (España))

O Cumprimento da Pena por Idosos em tempos de Pandemia

um debate à luz da tutela dos Direitos Humanos

Manuella Soares, Fabíola Módena Carlos

78-105

PDF

Mulheres e Pandemia

A insustentabilidade produtiva, reproduzida e ecológica do modelo atual

Ana Cecília de Oliveira Bitarães, Maria Cecília Máximo Teodoro

106-123

PDF

A Violência Doméstica Contra a Mulher

uma análise das ocorrências no estado de Minas Gerais e o atual cenário diante da pandemia provocada pela COVID-19

Wanessa Gonçalves Caldeira, Rosângela Aparecida da Silva Franchi, Naiara Diniz Garcia

124-149

PDF

A Violência Doméstica Contra a Mulher durante a Pandemia do Novo Coronavírus no Estado do Rio Grande do Sul

Anayara Fantinel Pedroso, Deisemara Turatti Langoski, Francielen Medianeira Batista Toniolo

150-182

PDF

Igualdad de Género como Responsabilidad de Garantía por Parte del Estado

Esmeralda Carol Ancieta Rodríguez

183-217

PDF (Español (España))

(Des)velando o Feminismo Decolonial

reflexões sobre a violência política de gênero na América Latina

Gisleule Maria Menezes Souto, Luana Mathias Souto
218-237

PDF

Políticas Públicas e Direitos Humanos

a importância em assegurar o acolhimento jurídico e social da mulher em meio a pandemia da Covid-19 no Brasil

Edna Carvalho Pacheco , rafaela verissimo, Letícia de Oliveira Santos
238-255

PDF

La Protección en el Sistema Legal Peruano para Erradicar la Violencia Contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar

Oscar Canales Gonzales, Kathya Fernández Guevara
256-274

PDF (Español (España))

Saúde e Segurança do Trabalho

Insalubridade por exposição a agentes biológicos durante a Pandemia do Covid-19 no Brasil

Luan Amaral de Souza
275-289

PDF

Artigos

O Contrato de Trabalho Intermitente em Portugal e sua adoção no Ordenamento Brasileiro

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis, Tamires Gomes da Silva Castiglioni
290-308

PDF

O Código de Defesa do Consumidor e a sua Contribuição na Efetividade da Tutela de Interesses Individuais e Coletivos

Sebastião Sérgio da Silveira, Ricardo dos Reis Silveira, Thiago Ribeiro Franco Vilela
309-329

PDF

Direito Social de Moradia e a Impenhorabilidade do Bem de Família na Locação Comercial

fundamentos dogmáticos da orientação do STF e os impactos da pandemia

José Roberto Della Tonia Trautwein, Laís Bergstein

330-350

PDF

Geração Distribuída e o Princípio da Segurança Jurídica

Stefano Dutra Vivenza, Pedro Andrade Matos

351-370

PDF

Precedentes no CPC 2015

Evolução Legislativa e casos de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência no Tribunal Regional Federal da 2a Região

Adriano Moura da Fonseca Pinto

371-390

PDF

O Precedente Judicial como Ferramenta de Combate à Padronização Decisória no novo Código de Processo Civil

Vanessa de Oliveira Bernardi Bidinotto, Rita de Cássia Nunes Martins

391-407

PDF

Desenvolvimento Nacional e o Lugar dos Estagos Membros Brasileiros nas Políticas de Transportes

Fernanda Gurgel Raposo

408-429

PDF

É Possível Combater a Corrupção sem Ofender a Constituição Federal de 1988?

Antônio Leonardo Amorim, Nélia Mara Fleury, Ícaro Melo dos Santos

430-450

PDF

A Utilização de Paraísos Fiscais na Lavagem de Dinheiro

Diogo Castor de Mattos

451-471

PDF

O Impacto das Fake News na Democracia e o Papel da Cláusula Democrática

Marina Sanches Wünsch, Natasha Alves Ferreira

472-497

PDF

O Direito brasileiro e o Direito internacional

em busca da compatibilização com a soberania

Marta Marques Avila, Guilherme Massau, Carolina Paulsen

498-527

PDF

Dos Crimes de Guerra e suas Consequências Ambientais à luz do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos

Sidney Guerra, Divo Augusto Cavadas, Rafael Moura de Figueiredo Silva

528-547

PDF

O Direito à Acessibilidade das Pessoas Idosas ao Patrimônio Cultural da Humanidade

o Centro Histórico de Diamantina, MG

Michelle Batista, Noara Silva Rabelo

548-575

PDF

Avaliação dos aspectos de configuração urbana facilitadores da mobilidade nos planos de ordenamento territorial e de transportes do Distrito Federal

Henrique Vitorino S. Alves, Maria do Carmo de Lima Bezerra, Karoline Cunha Blanco, André Leal Santos

576-596

PDF

Resenhas de Livros

Aspectos da Exceção no Direito Internacional, de Nathalia França

Vinicius Villani Abrantes

597-601

PDF

Comentário de Jurisprudência

A igualdade do ser diferente a partir da análise do OC-24/17

Juliana Pilla

602-612

PDF

A Aplicação da Convenção Belém do Pará e a Derrogação da Imunidade Parlamentar

comentários à sentença do caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil Da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Murilo Borges

613-625

PDF

Comentários Legislativos

A Convenção de Montreal e a indenização tarifada de certos danos

breves comentários sobre a necessária aplicação dos valores periodicamente atualizados

Maria Luiza Baillo Targa

626-637

PDF

Entrevistas e Palestras

Cooperação entre o judiciário polonês e alemão durante o julgamento da ocupação de Auschwitz em Frankfurt 1963-1965 como exemplo e esperança de melhoria entre as relações germano-polonesas em 2018

Piotr Małochwiej

[PDF \(Deutsch\)](#)

Resumos: Migração e Proteção de Pessoas

VI Simpósio sobre Migração e Proteção de Pessoas

Mobilidade Humana em Tempos Críticos

656-682

[PDF](#)

Resumos: Superendividamento e Proteção do Consumidor

I Jornada de Pesquisa CDEA

superendividamento e proteção do consumidor

683-745

[PDF](#)

Editorial

Início esse editorial evocando os ensinamentos de Onuma Yasuaki (2016), o qual rememora que o Direito Internacional é ocidental e elitista, tendo sido conjecturado “pelo poder dos principais países” do Norte Global epistêmico. Refere o citado autor que o tal poder “não se limita ao poder militar ou econômico” que por muito tempo foi determinante para a construção do que se chama ‘Ocidente’ e a sua manutenção no centro do Sistema-Mundo – “ele inclui a capacidade intelectual e de informação para definir a agenda de conferências internacionais e elaborar os termos de tratados ou resoluções. Também inclui a capacidade de determinar projetos de artigos sobre outras alternativas” (YASUAKI, 2016, p. 89).

Ou seja, alerta o falecido professor japonês que o direito internacional foi concebido epistemologicamente, cuja visão tornou-se prevalente em função de uma gama de fatores os quais incluem “a publicação de livros de grandes editoras ocidentais, como a *Oxford University Press* e de artigos em importantes revistas de direito, tais como a *American Journal of International Law*”, além da “predominância das línguas inglesa e francesas na sociedade internacional” e da “força de instituições de ensino superior e de pesquisa ocidentais, como Harvard ou Cambridge” (YASUAKI, 2016, p. 89-90).

Mas esse cenário não se limita à formação do Direito Internacional. As suas constatações aproximam-se muito dos estudos descoloniais, que ressalta a existência de uma constante e hodierna dominação do desenvolvimento econômico e da divisão internacional do trabalho (*poder*), do sujeito (*ser*) e do conhecimento em geral (*saber*) por países situados no Norte não-geográfico mesmo após o fim da colonização e do vínculo formal que existia entre estas e as nações marginais. Isso quer dizer que as relações coloniais de poder (incluindo-se aquelas relativas ao ser e ao saber)

ainda se mantém na sociedade, denotando a contínua opressão e subalternização de tudo que não é ou está no Norte Global.

E isso, ao meu ver, reflete muito no cenário editorial mundial na medida em que as publicações de grande circulação – e citação – normalmente estão redigidas em línguas estrangeiras, especialmente em inglês, assim como são veiculadas por periódicos internacionais, vinculados a festejadas instituições europeias ou estadunidenses. No caso, publicar em uma revista forasteira ou mesmo em outro idioma é motivo de prestígio na academia, pois, como Borges e Afonso (2018) afirmam, desta forma elas “trazem mais-valias para a economia [internacionalizada/ocidentalizada/colonializada] do conhecimento”.

Assim, editar um periódico no Brasil mostra-se uma tarefa árdua, especialmente quando se trata de uma Revista que, muito embora no próximo ano complete 50 anos, não está na capital ou muito bem ranqueada na atual classificação de periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior brasileira, apesar dos hercúleos esforços e aprimoramentos implementados nas últimas edições. Isso sem contar as situações adversas cada vez mais rotineiras em uma sociedade internacional em rede, como são os ataques de *hackers*, as quais podem causar prejuízos aos periódicos, notadamente atrasos na editoração em virtude da indisponibilidade momentânea do *site*, tal como foi o caso deste periódico em novembro de 2021.

De toda sorte, não se pode desistir! É necessário continuar desenvolvendo o trabalho de maneira a romper com as colonialidades ainda remanescentes, na tentativa de disseminar um conhecimento deslocalizado subjetiva e epistemologicamente, de qualidade, que possam colaborar para com a reflexão do mundo atual com vistas a compreendê-lo ou mesmo colaborar para a sua melhora. E justamente nesse escopo é que se apresenta o presente volume 49, número 2, o qual, contabiliza, ao todo, 33 documentos, escritos em português, espanhol e alemão.

Os arquivos estão divididos em nove seções: autor convidado (1), autores vinculados a instituições forasteiras (2), dossiê (9), artigos (14), *book review* (1), comentário de jurisprudência (2), comentário legislativo (1), palestra (1), resumos de eventos (2). São 58 autores, os quais estão vinculados a 10 estados da federação distintos, quais sejam, BA, DF, GO, MG, MT, MS, PR, RJ, RS e SP, além pesquisadores atualmente vinculados a universidades estrangeiras, como da Bolívia, da Espanha, do Peru, da Polônia, da Rússia e da Suíça.

Especial destaque se dá ao dossiê temático organizado pelos professores Alex Ayzama (*Universidad Privada del Valle - Bolivia*), Laura Anarte (*Universidad de Sevilla - España*) e Rosaria Román (*Universidad de Sevilla - España*) voltado à discussão das vulnerabilidades e demais questões sociais advindas da pandemia de Covid-19. Agradece-se aos professores a disponibilidade para a elaboração, a divulgação e a redação da apresentação do mesmo.

Com isso, desejo uma boa e proveitosa leitura a todos!

Uberlândia/MG, 31 de março de 2022.

Tatiana Cardoso Squeff

Editora-chefe da Revista

Prof. Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFU

Prof. Adjunta de Direito Internacional da Faculdade de Direito 'Jacy de Assis'

Pós-doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), Doutora em Direito

Internacional (UFRGS) e Mestre em Direito (UNISINOS)

Referências

BORGES, Rovênia; AFONSO, Almerindo Janela. Why subaltern language? Yes, we speak Portuguese! For a critique of the coloniality of language in international student mobility. *Comunicação e sociedade*, v. 34, pp. 73-86, 2018.

YASUAKI, Onuma. *Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

A proteção do consumidor como política global e regional: o caso do Mercosul¹

Consumer protection as a global and regional policy: MERCOSUR as a case study

Claudia Lima Marques²

Resumo: Este artigo defende que a proteção internacional dos consumidores deve ser uma política global no século XXI, pois os consumidores são importantes atores da atual globalização econômica. Contudo, além das Diretrizes da ONU sobre Proteção ao Consumidor de 1985, revisadas em 1999 e 2015, e do Código Internacional de Proteção dos Turistas (UNWTO), de 2021, não existem outras regras mundiais ou globais (sejam instrumentos de *soft* ou de *hard law*) em matéria de proteção dos consumidores. Ao contrário do que acontece na área da proteção do meio ambiente não há uma só convenção mundial ou instrumento vinculante sobre proteção do consumidor. Assim, parece imperioso agir regionalmente para proteger os consumidores, especialmente por meio de instrumentos jurídicos internacionais vinculantes. Este artigo analisa o papel do Mercosul no que diz respeito à promoção do direito internacional do consumidor, particularmente, os esforços do governo brasileiro para aprimorá-la dentro dessa organização econômica regional. Isso porque, o objetivo principal deste artigo é lançar luz sobre as atuais iniciativas regionais de proteção ao consumidor para confirmar a necessidade de outros instrumentos mais abrangentes e

¹ O presente texto é uma tradução parcial da parte I do artigo de 2019, "*International Protection of Consumers as a Global or a Regional Policy*", publicado no *Journal of Consumer Policy*, v. 43, n. 3, pp. 1-19 e atualizado pelos desenvolvimentos havidos durante a pandemia de COVID-19, até janeiro de 2022. A presente versão foi traduzida pela Dra. Lais Bergstein (CERS) e foi editada pelo mestrando Lorenzo Nicoletti (PPGD-UFRGS-CDEA), a quem a autora muito agradece. A autora se responsabiliza pela atualização, realizada em janeiro de 2022 e já tendo em conta o e-book de Marques, Vieira e Barocelli, *Los 30 años del MERCOSUR: Avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor*, editado pela IJ, de Buenos Aires, publicado em 2021; além do texto *An Introduction to the Issue of Consumer Law in South America*, publicado em jan. 2022 no *Journal of Consumer Policy*, editado pela Springer, de autoria de Barata, Bergstein, Lima Marques e Micklitz.

² Professora Titular de Direito Internacional Privado (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, Brasil). Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores da Associação de Direito Internacional (Londres). Director da Associação Internacional de Direito do Consumidor - IACL e do Centro de Estudos Europeus e Alemães, CDEA-DAAD, Porto Alegre. *Doutor iuris utriusque* (Ruprecht-Karls Universität Heidelberg), *Legum Magister* (Eberhard-Karls Universität Tübingen), Diplom in European Integration (Universität des Saarlandes), SDJ (UFRGS). Ex-Presidente da *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (ASADIP, Asunción) e do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Direito e Política do Consumidor, Brasília). E-mail: dirinter@ufrgs.br .

vinculantes, especialmente em nível global, para que o atual quadro fragmentado da proteção do consumidor no mundo não crie disparidades que terminem por discriminar consumidores domiciliados em locais diferentes.

Palavras-chave: Proteção Internacional do Consumidor; Mercosul; Contratos Internacionais de Consumo; Lei Aplicável. Vulnerabilidade

Abstract: This article argues that the international protection of consumers should be a global policy in the XXI Century, since consumers are important actor of the globalization. But beside the UN Guidelines on Consumer Protection (UNGCP) from 1985, revised in 1999 and 2015, and the International Code of Protection of Tourists (UNWTO) from 2020-21, there are no other universal - or 'global' - legal instrument (either soft or hard law) on consumer protection. In opposite to environmental law, there is no single global Convention or binding international legal instrument on consumer protection issues. Hence, this article analyses the role of Mercosur regarding the promotion of international consumer law, particularly, the efforts of the Brazilian Government to enhance it within this regional economic organization. The main purpose of this article is to shed light to current regional protection of consumers initiatives to confirm the need for other biding more comprehensive instruments, especially in the global level, so that the current fragmented picture of the consumer protection worldwide does not create disparities to discriminate between consumers residing in different locations.

Keywords: International Consumer Protection; Mercosur; International Consumer Contracts; Choice of law. Vulnerability.

1. Introdução

Como ensina a doutrina, se o mundo está sob um processo forte de globalização, o direito, em especial o direito do consumidor, é uma das áreas menos 'globalizadas' (DUROVIC, 2020, p. 125). A globalização pode ser definida como "o processo de crescente interdependência das sociedades e das pessoas em todo o mundo, em praticamente todas as áreas da vida: economia e finanças, política e cultura, e de aumentar a consciência mútua desta interdependência. Vai além da mera ligação de sociedades e mercados discretos - os antecedentes do direito internacional privado tradicional - e conduz a uma fusão transnacional de sociedades e mercados" (VAN LOON, 2005, p. 33). Como já afirmei (MARQUES, 2017), no século XX, a doutrina do Direito Internacional Privado tinha proposto inicialmente uma "abordagem comercial" (KRONKE, 2005. P.62) para

lidar com esta nova era crescente "fusão de sociedades e mercados". Neste contexto, poderia surgir uma doutrina de um direito transnacional³ e global, uma nova *lex mercatoria*. Os principais atores eram inicialmente empresas e trabalhadores, mas no século XXI, cada vez mais consumidores, turistas e migrantes tomam o palco (BAUMAN, 2007).

De fato, a globalização não é fácil de definir, mas todos no Norte e Sul Global podem sentir a internacionalização do dia a dia dos consumidores (cada vez mais produtos e serviços estrangeiros são oferecidos nos mercados domésticos, aumento da contratação à distância com fornecedores estrangeiros, crescimento do turismo de massas internacional e viagens organizadas, contratos de *time-sharing*) (TWIGG-FLESNER; MICKLITZ, 2010) e a crescente necessidade de desenvolver uma proteção internacional eficiente para o consumidor.⁴ A crise da COVID-19 impactou fortemente as cadeias de produção e o turismo internacional, mas a retomada da globalização já se nota e cria uma oportunidade de rever as políticas globais (RIEFA, 2020, p. 452 *et seq.*). A questão continua sendo, portanto, como a globalização econômica influencia o direito do consumidor (MOROSINI, 2005).

Se os consumidores podem ser vistos como “atores-chave do mundo globalizado”, (RAMSAY, 2001, p.45) no século XXI as regras vinculativas de proteção dos consumidores continuam a ser nacionais (ARROYO, 2010) (e, em alguns casos, regionais de áreas econômicas integradas, como a União Europeia, o MERCOSUL, etc.). (BOURGOIGNIE, 2009). O consenso

³ Os alemães chamam a esta nova doutrina, *Theorie transnationaler Rechtsprozesse*, ver Buckel, Christensen e Fischer-Lescano (2006, p. 347 *et seq.*). Veja também em geral, Calliess (2009, p. 1341-1355).

⁴ Tornaram-se famosas as obras de Zweigert, Neuhaus e Lando, sugerindo em primeiro lugar que o Direito Internacional Privado incluía valores sociais, e em segundo lugar que a intenção das partes (liberdade - contratual) foi abandonada nos contratos entre empreiteiros fracos e fortes, como os de consumo e o terceiro, pragmaticamente, que o Direito Internacional Privado começou a escolher como ligação o domicílio da parte mais fraca, ver também o estudo de Hoffmann (1974, p. 398) e de Kropholler (1978, p. 634-661).

universal sobre a proteção dos consumidores é sempre um consenso não vinculativo, oriundo da Diretriz da ONU sobre a Proteção dos Consumidores (IZAGUERRI VILA, 2020).

A Assembleia Geral da ONU aprovou em 22 de Dezembro de 2015 a Revisão destas Diretrizes para a Proteção do Consumidor (Diretrizes da ONU para a Proteção do Consumidor, 1985/1999/2015).⁵ Embora a questão da lei aplicável e da jurisdição aplicável aos contratos internacionais de consumo não tenha sido diretamente abordada, podemos reconhecer que - a partir de um esforço conjunto de países como o Brasil, Alemanha, Tailândia, Índia e outros, juntamente com a *Consumers International*, IACL (Associação Internacional de Direito do Consumidor) e ILA (Associação de Direito Internacional) - a dimensão internacional do direito do consumidor e a necessidade de maior proteção e atenção às transações transfronteiriças de consumo foi reconhecida nesta Revisão das Diretrizes das Nações Unidas de 2015. As Diretrizes da ONU para a Proteção do Consumidor - revistas em 1999 para incluir o consumo sustentável e agora em 2015 - trazem sugestões importantes para abordar as novas questões da sociedade de consumo, tais como o consumo à distância, por meios eletrônicos e móveis, a privacidade, a proteção do "consumidor mais" (hiper-) vulnerável,⁶ os serviços financeiros e de crédito,

⁵ Ver a versão original, A/RES/39/248, 16 de abril de 1985 e a sua importância nos países em desenvolvimento, no trabalho. Sodré (2009).

⁶ A expressão utilizada é "consumidores vulneráveis e desfavorecidos" (UNGCP Gl. III, .5), a expressão hiper-vulnerável é de Antônio Herman Benjamin, inicialmente em palestras e, mais tarde, na decisão: "a categoria ético-política, e também jurídica, de sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hiper- vulneráveis, [...] Quando se protege os sujeitos hiper-vulneráveis, em sentido estrito, os fins beneficiados são verdadeiramente a própria sociedade, como o respeito esperado pelo imperativo do pacto coletivo de inclusão social, que é dispendioso, não pela sua faceta patrimonial, mais precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (ou seja, reconhecer a legitimidade para agir) destas pessoas hiper-vulneráveis, incluindo dos intermediários que as representam, para não deixar qualquer justiça rude por falta de porta-voz dos direitos ofendido" (STJ, Recurso Especial 931,513/RS, p/Judgment Minister Herman Benjamin, primeira seção, julgado em 25/11/2009, Laurence 9/27/2010). Ver Marques (2014, p. 287)

as viagens e o turismo de massas, a capacitação das agências de proteção do consumidor, e na cooperação internacional sobre a proteção dos consumidores.

Neste ponto, a Diretriz n. 78 das Diretrizes da ONU para a Proteção do Consumidor - revistas em 2015 já surtiu efeito, e a UNWTO em meio à crise da COVID-19, aprovou em novembro de 2021 o texto completo do ICPT-International Code of Protection of Tourists - *Resolution n. 732 (XXIV) of the General Assembly of the World Tourism Organization (UNWTO, 2021)*. Trata-se de uma *soft law*, de recomendações, princípios e *standards* mínimos, focada em situações de emergência, com base no projeto de Convenção de proteção dos turistas internacionais, com normas substanciais uniformes, que infelizmente não tinha prosperado, em 2019. Agora, seguindo as Diretrizes da ONU, há um capítulo especial sobre ressarcimento e solução alternativa de controvérsias, que tive a honra de participar como *expert* da UNWTO⁷.

“As questões de direito do consumidor já não são nacionais. A globalização do mercado mudou não só a forma como produzimos, mas também a forma como consumimos. O novo ‘cidadão global’ é também um ‘consumidor global’(...)”: foi assim que o primeiro Relatório do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores do ILA, em 2010, declarou (ILA, 2012). Foi no mesmo ano que a negociação da Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado, a chamada CIDIP VII (MARQUES, 2006), sobre a criação de um instrumento jurídico para proteger os consumidores na região da OEA foi congelada, com a oposição das economias altamente desenvolvidas, EUA e Canadá.

No mesmo ano, o governo brasileiro propôs - inspirado na CIDIP VII - uma Convenção sobre a lei aplicável aos contratos internacionais de

⁷ Ver a lista dos experts em: [consultative-group-of-experts-of-the-icpt-committee_0.pdf](#) (amazonaws.com), acessado em: 11 fev. 2022.

consumo no Mercosul⁸ e o Parlamento brasileiro começou com a revisão do Código do Consumidor Brasileiro de 1990 (MARQUES, 2017). Devido a esta coincidência e os recentes esforços de proteção dos consumidores mais vulneráveis⁹, a experiência do Mercosul pode ser um caso de estudo interessante.

2. Mercosul como legislador regional para a proteção dos consumidores: os tratados como instrumentos de integração econômica

A União Europeia consolidou os dois instrumentos para proteger os consumidores internacionalmente: através de direito substantivo harmonizado - ou unificado (como as Diretivas e Regulamentos), ou através de regras de conflitos de leis (Convenções Roma I e Bruxelas I; Regulamentos Roma I e Bruxelas Ibis ou regras de conflitos de leis nas Diretivas e regras internacionais obrigatórias). (MATHIEU, 2015, p. 6-7). O Mercosul seguiu o mesmo caminho, mas sem os mesmos instrumentos jurídicos - devido à estrutura mínima¹⁰ desta "união aduaneira incompleta" (DREYZIN DE KLOR; SARACHO CORNET, 2004, p.69ss.)

⁸ Amaral Jr. e Klein Vieira (2017, p. 98) concluem que: "Muitos destes Projetos nascem do Estatuto de Cidadania do Mercosul, aprovado pela Decisão nº 64-2010 do Grupo Comum do Mercosul. Estabeleceu a necessidade de criar, antes da conclusão desse Estatuto, que culminaria em 26 de Março de 2021, um Sistema de Proteção do Consumidor do Mercosul que incluísse: a) um Sistema de Informação e Proteção do Consumidor do Mercosul; b) uma ação regional de capacitação, representada pela criação da Escola Mercosul de Proteção do Consumidor; e c) a elaboração de normas do Mercosul para os contratos internacionais de consumo...A delegação brasileira apresentou um Projeto de resolução ao Grupo Comum do Mercosul sobre o direito aplicável aos contratos internacionais de consumo durante a reunião ordinária do CT 7 de 18 e 19 de Agosto de 2010, no Rio de Janeiro."

⁹ Se os dados não concluem que o Mercosul é um legislador decisivo em matéria de proteção do consumidor na América Latina, a comparação com a União Europeia demonstra que o Mercosul, como processo de integração econômica, está mais preocupado com a vulnerabilidade do consumidor, veja as conclusões de BARATA et al. 2022.

¹⁰ *La estructura institucional minimalista del Mercosur* é a expressão de Ventura (2005, p. 53).

entre Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai (e Venezuela)¹¹, o Mercosul não dispõe de Diretivas e regulamentos - pelo que (DREYZIN DE KLOR, 2010) foram utilizados instrumentos de Direito Internacional Público (DREYZIN DE KLOR, 1997, p. 261ss), como os Tratados. A questão é se os tratados são os instrumentos adequados para melhorar a integração econômica.

Em 1997, o *Comitê Técnico 7 - Defensa del Consumidor CCM-MERCOSUL* do Mercosul tentou unificar as regras substantivas de proteção do consumidor através de uma convenção clássica, o "*Protocolo Común de Defensa de los Consumidores*" (MARQUES, 2010, p. 337-338). De fato, o CT 7-CCM-Mercosul organizou um Tratado vinculativo com 53 disposições uniformes com definições (consumidor, fornecedores e relações de consumo), e regras sobre publicidade, contratos, boa-fé e injustiça de cláusulas contratuais, responsabilidade pelo produto e garantias, denominado Protocolo Común - Tratado Comum de Defesa do Consumidor.¹² Na opinião da doutrina, este Tratado do Mercosul de 1997 derrogaria 26 regras do Código brasileiro de Defesa do Consumidor de 1990 e 13 disposições da Lei do Direito do Consumo argentina de 1993. (MARQUES, 1997)

Nessa altura, o Paraguai e o Uruguai não tinham leis do consumidor. A sociedade civil brasileira protestou contra este Tratado do Mercosul tentando revogar a lei nacional e considerou o Tratado contrário à

¹¹ Ver sobre a Venezuela no Mercosul, atualmente suspenso, Dreyzin De Klor (2007, p. 588 et seq.)

¹² Veja a Ata Nº 08 de 1998 do Mercosul, em seu Anexo I (*Proyecto de Protocolo*): O Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor na sua versão de 29 de novembro, pretendia ser um novo Código de Defesa do Consumidor, possuindo capítulos sobre o seu campo de aplicação (I); os novos conceitos, de consumidor, de fornecedor e de relação de consumo, de produto e de serviço (II); discriminando quais os Direitos básicos do consumidor (IV-sic); regulando de forma nova a proteção da saúde e segurança do consumidor (V); normas sobre a oferta em geral (VI); sobre a oferta de produtos(VII), sobre a oferta de serviços(VIII), as práticas abusivas na oferta (IX); a garantia contratual(X), regulando a publicidade enganosa e comparativa (XI) e estabelecendo novo regime ao contrato de adesão e às cláusulas abusivas na região (XII)."

Constituição e à ordem pública brasileiras.¹³ Porque no Mercosul todos os textos legais não têm aplicabilidade direta e os Tratados precisam de consenso para serem promulgados (KLAUSNER, 2007), quando o Presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso se recusou a assinar o Tratado proposto, em Dezembro de 1997, o "*Protocolo Común de Defensa de los Consumidores*" teve o seu destino selado.¹⁴ A nota brasileira recusa a redução do nível de proteção dos consumidores e a necessidade de utilizar as normas internacionais de proteção dos consumidores.¹⁵

Em 2000, uma nova era na proteção do consumidor começou no Mercosul com a edição da "Declaração sobre os Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul"¹⁶, estabelecendo uma série de direitos básicos do consumidor e a futura política do consumidor no processo econômico. (PFEIFFER, 2009, p. 412) O Comitê Técnico CT-7 CC-MERCOSUL, após tentar uma unificação total em 1997 das leis do consumidor na região, acabou por atuar apenas em algumas questões substanciais como a publicidade, o turismo e o comércio eletrônico. (PFEIFFER, 2009, p. 413-416). Mas deu um grande contributo¹⁷ quando se alteraram os instrumentos jurídicos clássicos, como os Tratados de Direito Internacional Privado sobre contratos de consumo (VIEIRA, 2015 p. 159-

¹³ Sobre o tema, ver *Manifesto à nação de 8 de dezembro de 1997* (1997, p. 561-562). Ver também, muito crítico, Benjamin (1998, p. 487).

¹⁴ Ver Szafir (1999, p. 488.)

¹⁵ Veja o texto original: "*y reafirmó su posición de no aceptar cualquier rebaja en el grado de protección al consumidor conferido por la legislación brasileña*", "*y sugiere que se proceda a una reevaluación de la metodología utilizada con vistas a avanzar en la materia*" ... "*o documento no atiende a la orientación establecida en el Mercosur, según la cual, en el proceso de armonización, se tendrá como referencia la legislación más exigente y los standards internacionales. Por este motivo, a exclusão do Brasil não se aprobó dicho documento en la CCM. La delegación de Brasil ya había manifestado, en el ámbito del CT n.7, su disconformidad con la propuesta de conferir al documento el status de protocolo, habiendo subrayado que el mismo carecia de consistencia*".

¹⁶ Ver sobre as fases ou eras da atividade do Mercosul em proteção dos consumidores na região, Marques (2010).

¹⁷ Ver também com a mesma opinião Dreyzin (1997, p. 395).

179) e os Tratados de cooperação administrativa em questões relacionadas com a proteção dos turistas internacionais na região.¹⁸

Mais recentemente, o Mercosul legislou sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico, com uma Resolução do GMC n. 37/2019 (MERCOSUL, 2019a) e um Acordo (Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul, decisão n. 15/2020 (MERCOSUL 2020), e sua agenda digital inclui também um pacto voluntário para empresas digitais (soft law) (MERCOSUL, 2021a), e legislou também em direitos gerais de proteção do consumidor, com uma resolução sobre princípios gerais – a Resolução n. 36/2019) (MERCOSUL, 2019b) outra resolução sobre proteção de consumidores hipervulneráveis – a Resolução n. 11/2021 (MERCOSUL, 2021b)) e até um Estatuto da Cidadania do Mercosul, de 26 de março de 2021 (VIEIRA, 2022).

Conforme a Opinião Consultiva nr. 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, estas regras – mesmo que não internalizadas – devem ser consideradas ‘marco referencial doutrinário ou como *soft law*’ do Mercosul (URIONDO, 2021, p. 238). Em Direito Internacional Privado, a norma principal é o Acordo Mercosul de 2017. Vejamos.

3. O Acordo do mercosul de 2017 sobre a lei aplicável aos contratos internacionais de consumo

A proteção "mais favorável" foi sugerida pelo Governo brasileiro como um fator de conexão indicando a lei mais favorável aos consumidores na CIDIP VII¹⁹, e como este processo regional parou, também na CT 7 no

¹⁸ Ver "Acuerdo interinstitucional de entendimiento entre os organismos de defesa do consumidor dos Estados Parte do Mercosul para a defesa do Consumidor visitante" de 2004 e 2012. Ver PFIFFER. (2009, p. 414).

¹⁹ Ver a minha primeira sugestão para o CIDIP VII em 2000, aceita pelo governo brasileiro em 2004, em Marques (2001, p. 657- 780) e Marques (2004, p. 303). É interessante notar,

Mercosul. Inspiradores da proposta brasileira foram a doutrina latino-americana e o Direito Europeu.²⁰

Ao examinar o Projeto de Convenção de Haia de 1979 sobre vendas ao consumidor e a CIDIP IV do México sobre contratos comerciais, o estudioso argentino Antonio Boggiano (1993, p.138-139) propôs para os contratos de consumo uma regra de autonomia limitada: a escolha da lei pelas partes só prevaleceria se essa escolha fosse a melhor lei, a mais favorável para o consumidor, caso contrário seria aplicável a lei de residência do consumidor. A União Europeia já consolidou este princípio no art. 5 da antiga Convenção de Roma de 1980 - atualmente o Regulamento Roma I -,²¹ afirmando que só deveria aplicar a lei escolhida pelas partes se esta fosse mais favorável do que os artigos obrigatórios da proteção do consumidor do país de residência dos consumidores. (REICH, 2014, p. 290ss).

A nível nacional, esta regra de aplicação da “lei mais favorável” ainda não existia no Brasil, mas a Comissão responsável pela atualização do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro aceitou a minha sugestão de incluir também esta referência à proteção mais favorável do consumidor (Projeto de Lei n. 281 de 2012). Esta preocupação pela proteção internacional do consumidor moveu o Parlamento brasileiro²² e

que este modelo de proteção mais favorável foi seguido pela nova Lei no Panamá, mas não na Argentina, que segue o modelo europeu da Convenção Roma de 1980.

²⁰ Ver sobre a abordagem mais favorável na América Latina Noodt Taquela (2016, p. 137 ss)

²¹ Basedow (2015, p. 424) mencionou as origens desta regra bilateral: "A Convenção de Roma foi elaborada por um grupo de peritos composto por académicos de vários países europeus, antes de qualquer destes Estados desenvolver regras nacionais específicas de conflito sobre contratos de consumo; o grupo de peritos estava a trabalhar numa espécie de vazio de conflitos a este respeito. Os Comitês de peritos internacionais são, felizmente, um fórum pobre para o chauvinismo, e neste caso nenhum participante foi obrigado a "defender" o direito nacional contra influências estrangeiras, como tantas vezes acontece nas negociações internacionais. Isto facilitou o acordo sobre uma regra de conflito bilateral".

²² Como diz Araújo (2015, p. 451-471) "o Parecer n.º 243/2014 menciona expressamente a necessidade de atualizar também os Artigos que regem o comércio internacional, que

no Projeto de lei de substituição do Senador Ricardo Ferraço foi possível sugerir novos artigos relativos à proteção do consumidor sobre a Lei de Introdução (Art. 9-B e 9-C).

O Acordo do Mercosul sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de Consumo, assinado em dezembro de 2017, tem oito artigos (AMARAL JÚNIOR; KLEIN VIEIRA, 2017, p. 98-99). Os primeiros três diziam respeito ao âmbito de aplicação (apenas contratos de consumo intra-Mercosul, Art. 1 e 3) e definições (consumidor, "provedor"/fornecedor de bens e serviços, contrato internacional de consumo, local de contratação e domicílio, Art. 2). É interessante notar que o Acordo do Mercosul de 2017 só será aplicado quando o consumidor e o fornecedor de bens e serviços forem ambos do Mercosul, mas não limita a lei aplicável à dos Estados Membros. Os seus fatores de conexão são objetivos (domicílio, sede, local de contratação ou execução do contrato) e subjetivos (o teste mais favorável ao interesse do consumidor), pelo que o Acordo do Mercosul de 2017 pode ser visto como uma convenção universal ou *erga omnes*: a lei especificada pela Convenção aplicar-se-á quer seja ou não a lei de um Estado do Mercosul. (NOODT TAQUELA, 2016, p. 156).

As principais regras são os Artigos 4 e 5 para consumidores passivos e ativos. O "*Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo*" de 2017 permite em ambos os Artigos uma autonomia²³ 'enquadrada' (*framed party autonomy*) das partes - enquadrada porque há limitação das escolhas possíveis da lei - nos contratos internacionais de consumo, mas a lei escolhida pelas partes

estavam previstos na arte. 9 da LINDB. Segundo o Senador Ricardo Ferraço, não havia forma de ignorar, o Projeto de lei substitutivo propôs o PLS 281, a nova dimensão internacional do consumo, sob pena de não preparar o Código do Consumidor e a legislação brasileira para os próximos anos".

²³ A expressão "autonomia enquadrada das partes" (*framed party autonomy*) em direito internacional privado ou escolha da lei é utilizada por Reich (2014, p 289).

deve ser 'a lei mais favorável ao consumidor', criando um teste favorável ao consumidor.

O artigo 4º determina a lei aplicável aos contratos de consumo à distância (consumidor passivo, que permanece no seu país de domicílio) permitindo às partes escolher a lei aplicável, entre os seguintes quatro fatores de conexão alternativos: o domicílio do consumidor, o local de contratação ou de execução do contrato, e a sede do fornecedor de bens e serviços. O artigo 5º destina-se a regular os contratos celebrados pelo consumidor fora do seu país de domicílio (consumidor ativo ou turista). Neste caso, as partes também podem escolher a lei aplicável entre três fatores de conexão alternativos: o domicílio do consumidor, o local de contratação ou o local de execução do contrato de consumo. Em ambos os casos, o "Tratado MERCOSUL 2017" cria um "teste mais favorável": a lei escolhida só deve prevalecer se for a mais favorável ao consumidor no caso em análise pelo juiz ou árbitro.

A regra presume que a lei mais favorável é a lei do domicílio do consumidor e tenta evitar um padrão duplo em conflitos de leis, quando os mesmos fornecedores globais de bens e serviços escolhem uma lei para os seus consumidores domésticos e uma lei menos protetiva para os consumidores estrangeiros. Assim, a regra procura um efeito pedagógico no sentido de que os fornecedores devem escolher a lei mais favorável num contrato de adesão. A escolha só é válida se a lei eleita for a lei mais benéfica em comparação com a lei do domicílio do consumidor. Na ausência de uma eleição válida, o Artigo 4 determina a aplicação da lei do domicílio do consumidor para os contratos à distância (comércio eletrônico) e o Artigo 5º para os turistas, no caso de uma eleição válida, a aplicação da lei do país de celebração do contrato de consumo.

O artigo 6º impõe informações sobre a possível escolha da lei e estabelece que a escolha válida deve ser feita por escrito. O artigo 7º indica

a lei do domicílio do consumidor quando os contratos de viagens organizadas são celebrados neste país. O artigo 8º trata dos contratos de time-sharing. Neste caso, a lei do país onde a oferta e comercialização foi feita ao consumidor deve também aplicar-se quando a favor dos interesses do consumidor.

É interessante notar que o Tratado do Mercosul faz uma opção clara para uma regra bilateral de conflitos de leis, mas com uma nova reviravolta: *pro homine*, em favor do consumidor e não apenas utilizando disposições imperativas. O autor alemão Jürgen Basedow (2015) é crítico em relação a tais regras bilaterais, como a do Art. 5 da Convenção de Roma, afirmando que a elaboração de regras bilaterais tem "algo de fictício", porque os poucos casos em que o direito estrangeiro é considerado pelos juízes como o mais protetor (BASEDOW, 2016, p. 424-425). O seu argumento é que o bilateralismo não é a forma "normal" de lidar com a proteção do consumidor, normalmente ligado à ordem pública e ao unilateralismo através da aplicação da lei e do unilateralismo através da elaboração de regras de conflitos de leis. (BASEDOW, 2016, p. 418-419). Se esta for também a prática no Mercosul, só o início da aplicação do novo Tratado nos anos recomendados provará...

O meu ponto aqui é outro: em um processo de integração econômica, o nível de conhecimento das leis/integração jurídica/cooperação é tão elevado que não é lugar para os "chauvinismos" nacionais, pelo que²⁴ a aplicação

²⁴ É interessante saber que a Argentina codificou a lei aplicável aos contratos de consumo no Código Civil e Comercial de 2014. O artigo do novo Código Civil e Comercial da Argentina (Lei n. 26.994, 7 de Outubro de 2014) estabelece a lei doméstica do consumidor como base, mas apenas para os casos de consumidor passivo, caso contrário aplica-se a lei do local de execução ou do local de celebração. O Artigo, profundamente influenciado pela Convenção de Roma (1980), na sua primeira parte, é o seguinte: "Artigo 2655. - Lei aplicável. Os contratos de consumo são determinados pela lei do Estado Membro do domicílio do consumidor nos seguintes casos: a. se a celebração do contrato foi precedida de uma oferta, publicidade ou atividade cumprida no Estado do domicílio do consumidor e se este cumpriu todos os atos necessários para a celebração do contrato; b. se o fornecedor recebeu/aceitou a encomenda no Estado do domicílio do consumidor; c. se o consumidor foi induzido pelo fornecedor a viajar para um Estado estrangeiro com o objetivo de completar a

da lei mais favorável aos consumidores é possível, pois o mercado comum faz da igualdade de tratamento dos consumidores nacionais e estrangeiros um princípio. No outro lado do Atlântico, foi possível na integração europeia - desde 1980 até hoje - aplicar a lei mais favorável aos consumidores, comparando a lei de escolha com o contrato de consumo e as regras obrigatórias do país de residência habitual do consumidor. A "política do consumidor" é agora a mesma no Mercosul, a lei mais favorável ao consumidor deve ser aplicada nos contratos internacionais de consumo. Embora o Tratado do Mercosul de 2017 sobre lei aplicável aos contratos de consumo tenha feito algumas "adaptações" do Princípio Europeu ("*Günstigkeitprinzip*") (KROPHOLLER, 1990, p. 120) parece ser uma grande conquista para os consumidores da região.

Assim, gostaria de destacar como muito positivo este Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo (ITAMARATY, 2017) diretamente oriundo das negociações para uma CIDIP sobre proteção do consumidor.²⁵ Se a CIDIP VII não teve sucesso, no Mercosul, o legado é este Acordo de dezembro de 2017.²⁶ Infelizmente, o referido Acordo/Tratado não se encontra em vigor em nenhum dos países. Da mesma forma, o Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul de abril de 2021 também não foi internalizado. Esta falta de implementação da *hard law* de proteção dos consumidores é uma das dificuldades do bloco (MARQUES, 2021).

encomenda; d. se os contratos de viagem, com um preço global, incluem prestações combinadas de transporte e alojamento. Nos casos não incluídos neste artigo, os contratos de consumo são determinados pela lei do país do local de execução. No caso de não ser possível determinar o lugar de cumprimento, o contrato é determinado pela lei do lugar de celebração".

²⁵ Veja minha sugestão, em 2000, no Curso da OEA, em Marques, 2001, p. 657 et seq. Além disso, veja a aceitação pelo governo brasileiro na proposta para a CIDIP VII e para o Mercosul, em Marques, 2001, p. 11-56, publicado também em inglês no Canadá (MARQUES, 2006, p. 145 et seq.).

²⁶ Veja a evolução desta proposta in Marques, 2008, p. 261-308.

4. Conclusão

No século XXI, a proteção internacional dos consumidores deveria ser uma política "global" (GSELL; MELLER HANNICH; MARQUES; ARTZ; HARKE, 2018), um padrão mínimo da sociedade internacional e uma "procura" transregional universal. (BENJAMIN, 1996, p. 49). Desde o início, o direito e a política do consumidor tinham uma vocação internacional (BOURGOIGNIE, 1988, p. 215 et seq.) porque os problemas e modelos de proteção do consumidor são normalmente muito semelhantes nos mercados nacionais, regionais, supranacionais e globais (MARQUES, 2001, p. 657-780). Os consumidores são também atores importantes da globalização. (JAYME, 2000, p. 147).²⁷ Mas a verdade é que, para além das Diretrizes da ONU para a Proteção do Consumidor (UNGCP) de 1985, revistas em 1999 e 2015, não existe outro instrumento jurídico universal - ou "global" - sobre a proteção do consumidor. (MARQUES, 2012, p. 425).

Como a doutrina declarou, "a adoção das Diretrizes marcou um crescente reconhecimento pelas Nações Unidas da dimensão internacional da proteção do consumidor e do fato de a política do consumidor não poder ser vista apenas em termos domésticos nacionais". (HARLAND, 1996). Assim, 30 anos depois, é difícil dizer por que razão a proteção do consumidor continua a ser uma política nacional e regional (como na União Europeia e no MERCOSUL) em vez de uma política "global", embora os mercados estejam a tornar-se mais globalizados,²⁸ consumo é altamente digitalizado

²⁷ Ver também Jayme (1996, p. 60)

²⁸ Ver Arroyo (2010, p. 659-660). "Alguns fenómenos como a internacionalização dos mercados, o turismo de massas e, sobretudo, o comércio eletrónico aumentaram o volume global das operações de consumo de tal forma que é agora absurdo considerá-los exclusivamente como questões relacionadas com transações pequenas e individuais. Ao mesmo tempo, estes fenómenos conduziram a uma espécie de democratização do consumo internacional, que já não é o privilégio raro dos poucos escolhidos".

e à distância²⁹ e todos os anos mais de 1,3 mil milhões de pessoas atravessam as fronteiras nacionais para fazer turismo e consumir internacionalmente.³⁰ Todos concordamos que o direito do consumo na sua escala atual tem uma dimensão internacional,³¹ mas, até hoje, - ao contrário do direito ambiental não existe uma convenção global única ou um instrumento jurídico internacional vinculativo sobre questões de proteção do consumidor (MARQUES, 2016).

A importância da proteção do consumidor é especialmente realçada pelo crescimento dos transportes internacionais, o desenvolvimento exponencial da economia digital, o comércio eletrônico empresa-consumidor (B2C) e o turismo de massas na nossa época (ARAÚJO, 2007). E precisamente porque a atual "sociedade da informação" global não conhece fronteiras, as leis de consumo nacionais e regionais devem responder aos problemas dos consumidores internacionais através do Direito Internacional Privado clássico, através do Direito Internacional Público regional (como no Mercosul) ou de novos instrumentos supranacionais (como as Diretivas e Regulamentos Europeus).

Em 14 de Outubro de 2016, a Organização dos Estados Americanos (OEA) reconhecendo a necessidade de uma maior proteção internacional dos consumidores no contexto das transações transfronteiriças aprovou a Resolução n. 227 sobre "Proteção Internacional dos Consumidores", citando as duas Resoluções do ILA e instando

[...] os países a considerarem as recomendações das organizações internacionais para a adoção de princípios e mecanismos

²⁹ Ver original Micklitz e Saumier (2018, p. 3): "*As society changed, so has consumer law, from the consumption society to the service society and from there to the information society. Today one might go as far as to speak of a second generation of consumer laws which are more and more focusing on services and lately on digitalisation and even sustainability, overshadowing the classical and more traditional focus on consumer products.*"

³⁰ Em 2017, as chegadas do turismo internacional foram de 1,322 milhões. (UNWTO, 2018)

³¹ Assim Ramsay e Wilhelmsson (2010) abrem o seu livro. Cf. também Madrid Martínez (2017, p. 155).

adequados nas áreas da legislação aplicável, procedimentos de resolução de litígios e melhores práticas comerciais para os fornecedores de bens e serviços destinados aos consumidores em transações transfronteiriças" e enfatizando "a necessidade dos Estados estabelecerem mecanismos de cooperação e coordenação internacional na área da proteção dos consumidores. (OAS, 2016)

Em 21 de Dezembro de 2017, uma Convenção sobre a lei aplicável aos contratos internacionais de consumo foi aprovada pelos países do MERCOSUL, a primeira Convenção de conflitos de leis sobre questões de consumo que vincula a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Na sequência de uma sugestão do Governo brasileiro de 2011. A nova Convenção ("*Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo*") permite uma autonomia das partes nos contratos internacionais de consumo, mas a lei escolhida deve ser "a lei mais favorável ao consumidor". Este teste "mais favorável ao consumidor", inspirado nas antigas negociações da OEA-CIDIP VII, (MARQUES, 2006, P. 145) cria um novo desafio para os juízes da região. Contudo, é um sinal claro de uma nova "ordem pública" (política pública) nos países emergentes visando à proteção internacional do consumidor no nosso tempo globalizado. (AMARAL JÚNIOR; KLEIN VIEIRA, 2017, p. 98-99).

Em 2020 e 2021, o Mercosul elaborou mais um Acordo sobre comércio eletrônico e regras sobre a proteção do consumidor mais vulnerável, em especial no meio digital e no turismo. Também a Organização Mundial do Turismo, depois do fracasso da proposta de uma convenção, conseguiu aprovar uma soft law, o Código Internacional de Proteção dos Turistas-ICPT com 5 capítulos (Cap. I- Definições, Cap. II- Assistência para turistas internacionais em casos de emergência; Cap. III – Proteção contractual dos turistas ; Cap. IV Meios alternativos de solução de controvérsias de viagens e turismo; Cap. V – Mecanismos de adesão e a aplicação das recomendações do ICPT) e recomendações e princípios para a

proteção dos turistas internacionais, especialmente frente a situações de emergência, como a pandemia de COVID-19.

Assim, como palavra final, podemos dizer que os esforços atuais para assegurar uma proteção verdadeiramente universal ou global dos consumidores (e turistas) encontraram resistências por parte dos países desenvolvidos, como foi o caso da proposta de CIDIP VII na OEA e da proposta Convenção na UNWTO. As economias emergentes e os países em desenvolvimento estão mais abertos a reforçar a política dos consumidores como uma política global. Os países altamente desenvolvidos parecem estar mais interessados em proteger os seus próprios consumidores e os seus próprios fornecedores de bens e serviços. Iniciativas mundiais têm conseguido algum êxito, caso sejam *soft law*. Ainda é cedo para elaborar conclusões, mas parece que as políticas regionais do consumidor são muitas vezes mais fáceis de alcançar em zonas econômicas integradas, como o Mercosul.

Talvez os esforços multilaterais necessitem de uma abordagem muito mais diferenciada para alcançar uma proteção global e verdadeira "internacional" dos consumidores no nosso mundo globalizado (MARQUES; DELALOYE, 2017, p. 154). O futuro da proteção internacional dos consumidores parece aberto, mas evoluindo.

Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; KLEIN VIEIRA, Luciane. International Consumer Protection in Mercosur. in: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan. (Ed.). **Consumer Law and Socioeconomic Development National and International Dimensions**, Springer, 2017.

ARAUJO, Nadia. A proteção do consumidor nos contratos internacionais: necessidade de regulamentação específica se torna realidade no Brasil e demais países do Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**, vol . 100, Jul - Ago / 2015, p. 451-471 .

ARAÚJO, Nádia. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. In: PIMENTEL, L. O. et al. (Ed.). **Direito Internacional Privado - União Européia e Mercosul**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

ARROYO, Diego P Fernández. Consumer protection in international private relations - general report. In: Fernández Arroyo, Diego P. (ed.). **Consumer Protection in**

International Private Relationships//La protection des consommateurs dans les relations privées internationales. (Assunción,ASADIP-CEDEP, 2010)

BASEDOW, Jürgen. **The Law of Open societies - Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law.** Brill/The Hague Academy of International Law, 2015.

BARATA, M. A. BERGSTEIN, Lais; LIMA MARQUES, Claudia; MICKLITZ, Hans W. An Introduction to the Issue of Consumer Law in South America, **Journal of Consumer Policy**, jan 2022, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10603-022-09507-6>.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**, Rio de Janeiro: ZAHAR, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. El Código Brasileño de Protección del Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, VELILLA, Marco (Director),Ed. El Navegante, Bogotá, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience. In: Ramsay, I. (Ed.), **Consumer Law in the Global Economy** (Asgate, Brookfield, EUA, 1996) 49.

BOGGIANO, Antonio. **The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and genius loci.** In: Recueil des Cours, 1992, II, t. 233, Nijhoff (1993), 138-139.

BOURGOIGNIE, Thierry. **Eléments pour une théorie du droit de la consommation.** Story, Bruxels, 1988. 215 et seq.

BOURGOIGNIE. Thierry. Introduction. In: BOURGOIGNIE. Thierry. (Ed.). **L'intégration économique et la protection du consommateur**, Blais (2009) 5ff.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 931513/RS.** Relator Ministro Herman Benjamin -Primeira seção. julgado em 25/11/2009.

BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Neue Theorien des Rechts.** Stuttgart: UTB, 2006. p. 347ff.

CALLIESS, Galf-Peter; RENNERT, Moritz. Transnationalizing Private Law – The Public and the Private Dimensions of Transnational Commercial Law. **German Law Journal**, v. 10 n. 10, pp. 1341-1355, 2009.

DREYZIN, Adriana de Klor. A estrutura Jurídico-Institucional do MERCOSUL. In: TOSCANO FRANCA FILHO, Marcílio; LIXISNKI, Lucas; GIUPPONI, María Belén Olmos. **A Lei do Mercosul.** Editora Hart, 2010. p. 29-55, 39ff.

DREYZIN, Adriana de Klor. **El Mercosur generador de una nueva fuente de derecho internacional privado.** Ed. Zavalía: Buenos Aires, 1997.

DREYZIN, Adriana de Klor. Quo Vadis Mercosur?. In: **DeCITA** (Buenos Aires, Florianópolis) vol. 7/8 (2007), 588ss.

DREYZIN, Adriana de Klor; SARACHO CORNET, Teresita. **Trámites judiciales internacionales.** Buenos Aires: Zavalía, 2004. p. 69ss.

DUROVIC, Matea. International Consumer Law: What Is It All About? **Journal of Consumer Policy**, v. 43, pp. 125-143, 2020.

GSELL, Beate; MELLER-HANNICH, Caroline; MARQUES, Cláudia Lima; ARTZ, M.; HARKE, J. D. (Hrsg.). **Wer ist der Verbraucher? Verbraucherbegriffe, Verbraucherleitbilder und situative Differenzierungen im Verbraucherschutz.** Baden-Baden: Nomos, 2018. 3 e seguintes.

HARLAND, D. The United Nations Guidelines for Consumer Protection: Their Impact in the First Decade. In: Ramsay, I. (Ed.), **Consumer Law in the Global Economy** (Asgate, Brookfield, EUA, 1996) 1.

HOFFMANN, Bernd von. **Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen.** in: *RabelsZ* 38, 1974.

HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas. Consumer law and its international dimension. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas.. **Handbook of research on International Consumer Law**. Elgar Pub. (2010) 1.

ILA. International Protection of Consumers Committee. **Final Report Sofia Conference**, 2012. Disponível em: www.ila-hq.or/en/committees/index.cfm/cid/1030. Acesso em: 15 jan. 2021.

ITAMARATY. **Atos adotados por ocasião da LI Reunião do CMC e da LI Cúpula de Chefes de Estado do Mercosul e estados associados**. Brasília, 20-21 dez. 2017. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18097-atos-adotados-por-ocasio-da-li-reuniao-do-cmc-e-da-li-cupula-de-chefes-de-estado-do-mercossul-e-estados-associados-brasilia-20-e-21-de-dezembro-de-2017#V>. Acesso em: 01 abr. 2018.

IZAGUERRI VILA, Arnau. International Consumer Protection at the United Nations: Towards Global Governance? **Journal of Consumer Policy**, v. 43, pp. 91-103, 2020.

JAYME, Erik. Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation, in **Recueil de Cours** 282, 2000. P. 147.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne**. Recueil des Cours, volume 251 (1995), Martinus Nijhoff (The Hague), 1996, 60.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Direitos do Consumidor no MERCOSUL e na União Europeia: Acesso e Efetividade**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66-71.

KRONKE, Herbert. Herausforderungen internationaler Privatrechtsmodernisierung, In: KIENINGER, Eva Maria. (Ed.). **Denationalisierung des Privatrechts? Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Karl Kreuzer**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. P. 62.

KROPHOLLER, Jan. **Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei**. in: *RabelsZ* 42, pp. 634-661, 1978.

KROPHOLLER, Jan. **Internationales Privatrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990.

LÓPEZ CABANA, Roberto. Contratos de Consumo. In: LÓPEZ CABANA, Roberto (Org.). **Contratos Especiales en el siglo XXI**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 488.

MANIFESTO à nação de 8 de dezembro de 1997 (sobre o projeto de protocolo do mercosul que substituirá o código de defesa do consumidor). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23/24, p. 561-562, jul./dez. 1997

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho Internacional Privado puede influir em la conducta de los proveedores de bienes y servicios. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; KLEIN VIEIRA, Luciane. (Org.). **El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad**. Bogotá: Ibañez, p. 155-196. 2017. 155.

MARQUES, Claudia Lima. The Consumer Protection Policy in MERCOSUR. In: FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; LIXINSKI, Lucas; GIUPPONI, María Belén Olmos (Orgs.). **The Law of MERCOSUR**. Oxford: Hart Publishing, 2010, pp. 337-338.

MARQUES, Claudia Lima. Towards a global approach to protect foreign tourists: building governance through a new cooperation net in consumer and tourist issues. In: SIERRALTRA, A; LIMA MARQUES, Claudia. (Orgs.). **Derecho internacional, mundialización y gobernanza**. Asunción: CEDEP/ASADIP 425-455, 2012. 425.

MARQUES, Claudia Lima. 25 anos para comemorar: Horizontes do Código de Proteção Brasileiro dos anos 90 e novos Horizontes, especialmente sobre a Proteção dos consumidores. In: C. Lima Marques; Wei Dan. (Org.). **O futuro da proteção internacional dos consumidores**. Porto Alegre: PPGD/UFRGS (2016) 111-144.

Marques, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Revista do Tribunais**, São Paulo, v. 788, jun. 2001, a. 90, pp. 11-56.

MARQUES, Claudia Lima. Consumer Protection in Private International Law Rules: the need for na interamerican Convention on the law applicable to some consumer contracts and consumer transactions (CIDIP). In: BOURGOIGNIE, Thierry (Ed.) **Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation**. Cowansville: Ed. Yvon Blais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Relations Between International Law and Consumer Law in the Globalized World: Challenges and Prospects. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan. (Ed.). **Consumer Law and Socioeconomic Development - National and International Dimensions**, Springer (2017) 214.

MARQUES, Claudia Lima. 25 Years to Celebrate: Horizons Reached by the 1990 Brazilian Consumer Protection Code and Horizons to Come, especially on the International Protection of Consumers. In: MARQUES, Claudia Lima.; WEI, Dan. (Ed.). **Consumer Law and Socioeconomic Development – National and International Dimensions**. Springer (2017) 120.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção da parte mais fraca em direito internacional privado e os esforços da CIDIP VII de proteção dos consumidores. In: **XXXIV Curso de Derecho Internacional - Organizado por el Comité Jurídico Interamericano y El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA**. 34 ed. Washington D.C.: OEA, 2008, pp. 261-308

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. In: **XXVII Curso de Derecho Internacional-OEA/CIJ**, Secretaria General-Secretaria Asuntos of Legal , Washington, 2001, p. 657- 780

MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no Direito Privado. In: GRUNDMAN, Steffan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. RT, 2014. 287ff.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 303ff.

MARQUES, Claudia Lima VIEIRA, Luciane Klein; BAROCELLI, Silvio S. **Los 30 años del MERCOSUR: Avances, retrocesos y desafíos em matéria de protección al consumidor**. IJ Ed., Buenos aires, 2021.

MARQUES, Claudia Lima. Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** 23/24, p. 79-103. 1997.

MARQUES, Claudia Lima.; DELALOYE, M. L. El rol de los principios en la proteccion internacional del consumidor: la Declaracion de Sofía de la International Law Association. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; KLEIN VIEIRA, Luciane. (Org.). **El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad**. Bogotá: Ibañez (2017) 135- 154.

MATHIEU, B. *Diretivas Européennes et Conflits de Lois.*, Paris: JGDJ, 2015. 6-7.

MERCOSUR. Conselho Mercado Comum. **Ata Nr. 08 de 1998**. Anexo I - Proyecto de Protocolo.

MERCOSUR. Conselho Mercado Comum. **Decisão n. 15 de 2020**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>. Acesso em: 11 fev. 2022.

- MERCOSUL. Grupo Mercado Comum. **Resolução n. 37 de 2019a**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>. Acesso em: 11 fev. 2022.
- MERCOSUL. Grupo Mercado Comum. **Resolução n. 36 de 2019b**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>. Acesso em: 11 fev. 2022.
- MERCOSUL. Grupo Mercado Comum. **Resolução n. 11 de 2021b**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/normativa/>. Acesso em: 11 fev. 2022.
- MERCOSUL. **Conquista 18: Agenda digital**. Publicado em 23 dez. 2021a. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/conquista-18-agenda-digital/>. Acesso em: 11 fev. 2022
- MICKLITZ, Hans-W; SAUMIER, Geneviève. Enforcement and Effectiveness of Consumer Law. In MICKLITZ, Hans-W; SAUMIER, Geneviève. (Editores). **Enforcement and Effectiveness of Consumer Law**. Springer/AIDC, 2018, p. 3.
- MOROSINI, Fábio. Globalização & Direito: para além da tradicional metossologia dos estudos jurídicos comparativos e um exemplo do Direito Internacional Privado. **Cardozo J. da Int'L & Comp. Law**, v. 13 pp. 542 et seq., 2005.
- NOODT TAQUELA, Maria Blanca. **Applying the most favourable treaty or domestic rules to facilitate private international law co-operation**. Recueil des Cours, volume 377 Brill, 2016.
- OAS. Organização dos Estados Americanos. **OAS-CIDIP VII negotiations**, 2016. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/newsletter_IAJC_Protection_Consumers_Resolution_Oct-2016.html. Acesso em: 15 jan. 2021
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa do Consumidor no Mercosul: A Balance and Recent Challenges. In: BOURGOIGNIE, Thierry (Ed.). **L'intégration économique et la protection du consommateur**. Cowansville: Ed. Yvon Blais, 2009.
- RAMSAY, Iain. **Consumer protection in the era of informational capitalism, consumer law in the information society**. Haia, Kluwer Law International (2001) 45.
- REICH, Norbert. Chapter 7. Cross-border Consumer Protection. In: REICH; Norbert. MICKLITZ, Hans-W; ROTT, Peter; TONNER, Klaus. **European Consumer Law**, Intersentia: Cambridge (2014) 289.
- RIEFA, Cristine. Coronavirus as a Catalyst to Transform Consumer Policy and Enforcement. **Journal of Consumer Policy**, v. 43, pp. 451-461, 2020.
- SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.
- SZAFIR, Dora. **El consumidor em El Derecho Comunitario. Proyecto de Protocolo del Consumidor en el Mercosur**. Montevideo: FCU, 1998.
- TWIGG-FLESNER, Christian; MICKLITZ, Hans-W. Think global – Towards International Consumer Law. 203 *Journal of Consumer Policy*. 33, 3 (2010).
- UNWTO, 2018. **Barómetro Mundial do Turismo**. v. 16. Janeiro de 2018. Disponível em: http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/pdf/unwto_barom18_01_january_excerpt_hr.pdf. : Acesso em: 04.09.2008
- UNWTO. **International Code for the Protection of Tourists**. Madrid, 2021. Disponível em: <https://www.unwto.org/node/12727> . Acesso em: 11 fev. 2022
- URIONDO MARTINOLLI, Amalia. El cansino avance de la protección del consumidor en el Mercosur. **Revista electrónica. Instituto de Investigaciones Abrosio L. Gioja**. n. 26, pp. 219-250, jun. 2021.

VAN LOON, Hans. Unification of private international law in a multi-forum context. In: KIENINGER, Eva Maria. (Ed.). **Denationalisierung des Privatrechts? Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Karl Kreuzer**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

VENTURA, Deisy. **Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea- Los desafíos de una sociación interrregional**. Montevideo: Konrad Adenauer St, 2005.

VIEIRA, Luciane Klein. El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor** 99. Mai./Jun. (2015)159-179.

VIEIRA, Luciane Klein. O Estatuto da Cidadania do Mercosul e o Direito do Consumidor. **Consultor Jurídico**, 5 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-05/garantias-consumo-estatuto-cidadania-mercosul-direito-consumidor>. Acesso em: 11 fev. 2022

Artigo recebido em: 12/02/2022.

A assistência jurídica gratuita na Federação Russa

Free legal assistance in the Russian Federation

*Fernando César Costa Xavier*¹

Resumo: O artigo faz uma revisão consistente da literatura jurídica acadêmica russa, a partir de um levantamento no repositório *CyberLeninka*, sobre o regime de assistência jurídica na Federação Russa, suas dificuldades e desafios. Uma parte da revisão incorpora textos russos que traçam análises comparativas entre o modelo de assistência jurídica adotado na Rússia e o de outros países, inclusive o Brasil.

Palavras-chave: assistência jurídica gratuita; assistência jurídica qualificada; Rússia.

Abstract: This paper consistently reviews the Russian academic legal literature, from the *CyberLeninka* repository, about the legal aid regime in the Russian Federation, its difficulties and challenges. The review covers Russian articles that draw comparative analyzes between the model of legal assistance adopted in Russia and those of other countries, including Brazil.

Keyword: free legal aid; qualified legal assistance; Russia.

1. Introdução

No sistema jurídico da Federação Russa, o direito a uma assistência jurídica qualificada constitui uma garantia que expressa um novo modelo de desenvolvimento constitucional no país. Neste modelo, a assistência jurídica representa uma condição de possibilidade para o funcionamento do estado democrático de direito, de vez que oferece aos cidadãos “uma oportunidade real de usar um conjunto de direitos e liberdades constitucionais” (VOROBYEVA; VOROBYEV, 2012, p. 351).

A norma constitucional que fundamenta essa garantia está inscrita no art. 48, 1, da Constituição da Federação da Rússia de 1993: “Toda pessoa

¹ Estagiário pós-doutoral no Instituto e Filosofia e Direito da Academia Russa de Ciências, em Ecatemburgo, Rússia. Professor associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima (UFRR), professor doutor Nível II da Universidade Estadual de Roraima (UERR), doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

terá garantido o direito de obter assistência jurídica qualificada. Nos casos previstos pela lei, será prestada assistência jurídica gratuita”². A legislação que se encarregou de regulamentar as hipóteses de gratuidade desse direito constitucional foi a Lei Federal “Sobre a Assistência Jurídica Gratuita na Federação Russa” nº 324-FZ³ – adotada em 21 de novembro de 2011 e vigente a partir de 15 de janeiro de 2012.

Assegurar a assistência jurídica, principalmente de forma qualificada e gratuita, nos termos da Constituição e da lei regulamentar, tem sido um desafio nada simples de superar na Rússia pós-soviética, em que as relações de mercado e as instituições da sociedade civil estão em um processo de formação ainda inconcluso (OSTAPENKO; MAZUR, 2012). Ao Estado russo impõem-se a tarefa hercúlea de auxiliar no monitoramento, em todo o seu vasto território, da qualidade oferecida pelos serviços particulares de advocacia, assim como financiar a contratação de advogados para pessoas legalmente beneficiadas.

Nesse contexto, este artigo pretende sumarizar algumas das características e dificuldades de regime de assistência jurídica na Federação Russa, especialmente aquela de natureza gratuita, questionando aspectos como, p. ex.: a quem se deve prestá-la, quem pode prestá-la, o que a tornaria “qualificada”, e quais os principais percalços para a implementação eficaz do regime de assistência jurídica na Federação Russa. Na parte final, um artigo escrito por autores russos comparando os modelos de assistência jurídica na Rússia e no Brasil é resenhado de modo especial.

A literatura revisada e aqui resumida diz respeito exclusivamente a textos de autores russos e escritos em russo, a partir de um levantamento de fontes no repositório *CyberLeninka* (КиберЛенинка). O interesse é apresentar

² Cf. o texto original da Constituição em: <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm>

³ *Russ.* Федеральный Закон о Бесплатной Юридической Помощи в Российской Федерации. Disponível em: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_121887/

ao leitor as impressões próprias daqueles que analisam e acompanham o regime de assistência jurídica russo a partir de dentro, focando principalmente em materiais bibliográficos ainda não traduzidos e não suficientemente veiculados fora dos repositórios de pesquisa russófonos, e que podem interessar especialmente aos que estudam o tema do *legal aid* em perspectiva comparada.

2. Aspectos gerais sobre o regime da assistência jurídica na Rússia

A assistência jurídica é um serviço de natureza pública, que constitui uma forma de assistência social, a ser prestado em favor de uma pessoa (VOROBYEVA; VOROBYEV, 2012). Conforme a Constituição Russa de 1993, todos têm direito a uma assistência jurídica qualificada, e, para certos segmentos legalmente indicados, essa assistência jurídica pode ser assegurada gratuitamente.

O *modelo*. O modelo adotado na Rússia é o chamado *judicare*, em que o Estado reconhece que a assistência jurídica é um direito de todos os cidadãos e, por isso, para aqueles de baixa renda ou que mereçam um tratamento governamental diferenciado, é assegurada a contratação de advogados particulares às expensas do governo. Nos termos de Mauro Capelleti e Bryan Garth, “a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 35).

Desse modo, a assistência jurídica assume a condição de um princípio constitucional, por força do qual devem ser criadas condições materiais para que o serviço se apresente efetivamente disponível ao cidadão, sem que se tenha que exigir dele educação jurídica pública para reclamar o serviço ou capacidade financeira para custeá-lo (ALBRANT,

2015). Assim, ao tempo em que o acesso à assistência jurídica busca ser facilitado em todos os casos, é subvencionado pelo Estado para um determinado conjunto de beneficiários, que são assim definidos por lei.

Os *beneficiários elegíveis*. De acordo com o art. 20 da Lei Federal nº 324-FZ, de 2011 (doravante “Lei Federal”), que se tornou o primeiro ato normativo que regulamentou de forma abrangente os vários aspectos do sistema russo de assistência jurídica gratuita (OSTAPENKO; MAZUR, 2012), os beneficiários elegíveis a essa assistência gratuita são não apenas os cidadãos de baixa renda, mas também os órfãos, as crianças, os incapazes, os pais adotantes, os menores infratores, as vítimas de emergências e os heróis condecorados da Rússia e da antiga União Soviética. Em situações excepcionais, estrangeiros e apátridas também podem ser beneficiados (art. 2º, 2, da Lei Federal), desde que se encaixem em uma das categorias apontadas no art. 20.

As entidades que constituem a Federação Russa podem ainda estabelecer garantias adicionais em relação ao direito dos cidadãos a receberem assistência judiciária, conforme suas capacidades e recursos financeiros e orçamentários, adotando em nível regional/local, por exemplo, legislações que ampliem o rol da lei federal que contempla os sujeitos que têm direito à assistência judiciária gratuita (SAVCHENKO; ALENSKY; GRIBANOVA, 2016). A legislação de Sverdlovsk “Sobre a Assistência Jurídica Gratuita no Oblast de Sverdlovsk” acrescenta como beneficiários os aposentados e pensionistas, as famílias com três ou mais crianças, as mães solteiras e os desempregados; neste último caso, incluídas as pessoas com deficiência que não estejam trabalhando (TKACHENKO, 2015).

Todavia, não são comuns as legislações subnacionais que ampliem as categorias de beneficiários. Em verdade, há dificuldades apontadas para a adequada cobertura das categorias previstas na Lei Federal. As crianças e os adolescentes, por exemplo, costumam ser citados como categorias que

carecem de uma atenção maior pelo regime de assistência jurídica russo (KALACHEVA, 2011; KOLESNIKOVA, 2014).

Os princípios regentes. A Lei Federal elenca como princípios básicos da assistência jurídica gratuita, nos termos do seu art. 5º, (1) a implementação e proteção dos direitos, liberdades e legítimos interesses dos cidadãos; (2) a justiça social e orientação social na prestação da assistência; (3) a disponibilidade da assistência; (4) o controle, por parte das pessoas que fornecem a assistência, sobre o cumprimento das normas de ética profissional e dos requisitos de qualidade para a prestação da assistência; (5) o estabelecimento de requisitos para as qualificações profissionais das pessoas que prestam a assistência; (6) a livre escolha pelo cidadão de um sistema estatal ou não-estatal de assistência; (7) a objetividade, imparcialidade e tempestividade na prestação da assistência; (8) a igualdade de acesso dos cidadãos à assistência, e a não discriminação na sua prestação; e (9) a garantia de sigilo na prestação da assistência.

Os serviços oferecidos. A Lei Federal também definiu os serviços próprios da assistência jurídica, que abrangem, basicamente, a consultoria e a assistência judiciária. Conforme o seu art. 6º, esses serviços seriam, mais especificamente: (1) consultoria jurídica oral e escrita; (2) elaboração de declarações, queixas, petições e outros documentos de natureza jurídica; e (3) representação dos interesses dos cidadãos nos tribunais e órgãos administrativos de quaisquer dos entes federativos. A assistência é assegurada legalmente em toda e qualquer fase do processo judicial ou administrativo (OSTAPENKO; MAZUR, 2012).

Tipos de assistência: estatal e não-estatal. Ainda nos termos da Lei Federal, o Estado buscou o apoio suplementar da sociedade civil organizada para tornar o serviço de assistência jurídica mais acessível aos que dela necessitam. Nesses termos, estão fixados dois sub-sistemas de assistência jurídica: a) o estatal, em que o serviço é apoiado ou custeado por órgãos

executivos federais e instituições a eles subordinadas, órgãos executivos dos entes subnacionais da Federação Russa⁴ (e suas instituições subordinadas), órgãos dirigentes de fundos estatais extra-orçamentários⁵ e agências executivas da área jurídica; e b) o não-estatal, em que o serviço é oferecido por clínicas jurídicas, isto é, entidades acadêmicas para estudantes de direito especializadas em consultoria e prática jurídicas (e serão consideradas ‘não estatais’ mesmo que a clínica esteja instalada em um universidade pública), associações de advogados voluntários e centros geridos por organizações não-governamentais que prestam assistência jurídica sem fins lucrativos. Assim, o sub-sistema estatal contrata e nomeia os advogados interessados em atuar no *judicare*, e o não-estatal fornece os profissionais (consultores e advogados litigantes) diretamente aos necessitados.

O apoio das clínicas jurídicas costuma ser visto com ressalvas, em vista da qualidade do serviço, que é considerada comparativamente baixa. Alguns autores sugerem, inclusive, que deveria haver uma regulação mais rigorosa para a autorização da atuação dessas clínicas, exigindo-se uma preparação satisfatória por parte de alunos e professores (SAVCHENKO; ALENSKY; GRIBANOVA, 2016)⁶.

O *escopo*. As áreas de atuação de assistentes abrangem matérias de direito privado, a saber, direito de família, direito contratual, direito habitacional, direito fundiário, mas também direito trabalhista

⁴ A estrutura Federação Russa é constituída de repúblicas, territórios (krais), oblasts, cidades federais, um oblast autônomo e distritos autônomos (okrugs) (cf. art. 65 da Constituição da Federação da Rússia de 1993).

⁵ Esses fundos abrangem, basicamente, o Fundo de Pensão da Federação Russa, o Fundo de Seguro Social da Federação Russa e o Fundo Federal de Seguro Saúde Obrigatório.

⁶ As clínicas jurídicas, criadas nas universidades, têm seus procedimentos e atividades reguladas pela ordem executiva nº 994 do Ministério da Educação e Ciência da Rússia, de 28 de novembro de 2012, que dispõe “Sobre a aprovação dos procedimentos para o estabelecimento de clínicas jurídicas por instituições de ensino de educação profissional superior e para o seu funcionamento no âmbito do sistema não-estatal de Assistência Judiciária Gratuita”. Disponível em: <http://base.garant.ru/70288754/>

(principalmente demandas relacionadas a benefícios e indenização por morte do trabalhador, lesão ocupacional ou outro dano à saúde relacionado ao trabalho); direitos previdenciários e da seguridade social (principalmente demandas por aposentadoria e pensões); além de direito infracional, relativo a casos de adolescentes internados em centros de prevenção da delinquência juvenil. No sistema não-estatal, as entidades poderão atuar em quaisquer áreas em que tenham interesse e comprovem conhecimento especializado.

Há ainda a previsão, nos arts. 49 e 50 do Código de Processo Penal da Federação Russa, de 2001, da nomeação de um advogado de defesa a ser custeado pelo Estado para atuar na área criminal. Essa previsão reforça a garantia dos direitos de defesa dos indiciados e réus, contida no art. 16 do mesmo Código, segundo o qual eles têm o direito de receber o apoio técnico de um assistente de defesa custeado pelo erário público. Neste caso, torna-se irrelevante se o acusado tem ou não capacidade de pagar pelos serviços de um profissional qualificado. A atuação do assistente criminalista é necessariamente contenciosa, devendo estar vinculada a uma ação penal ou uma investigação que estejam em curso (conforme o art. 48, 2, da Constituição do país).

3. O papel do advogado e os desafios da assistência jurídica na Rússia

Conforme dito anteriormente, a Constituição russa estabelece que a assistência jurídica deve ser qualificada, isto é, de qualidade tal a não frustrar as legítimas expectativas dos beneficiários do serviço. Ocorre que a Lei Federal não reproduziu em seu texto a expressão qualificada, tal como consta da primeira parte do item 1 do art. 48 da Constituição, para adjetivar a assistência jurídica gratuita.

Valery Sergeevich Popov e Irina Valerievna Popova reconhecem que assistência jurídica qualificada (*квалифицированная юридическая помощь*) não é, em termos conceituais, idêntico a assistência jurídica (*юридической помощи*), sendo este genérico e aquele específico (POPOV; POPOVA, 2014). Essa advertência é importante porque, segundo esses autores, diz respeito ao tipo de assistência que deve ser ofertado aos necessitados; não tem a ver, portanto, com mero preciosismo terminológico.

É que para atender à ampla demanda, seria necessário (como foi) recorrer ao auxílio de entidades privadas interessadas em promover, paralelamente ao Estado, assistência jurídica gratuita. Mas como se poderia cobrar alta qualidade dessas entidades, pressupondo as dificuldades de se comparar qualitativamente um serviço público com um não-público, bem como o risco de que qualquer exigência por qualidade poderia afastar eventuais colaboradores de boa-fé. Apesar dessas dificuldades e riscos, Popov e Popova (2014) defendem que o conceito específico (legal) deve estar em consonância com o conceito geral (constitucional), de modo a que a exigência de uma assistência jurídica de qualidade *qualificada* se impõe ao modelo oferecido gratuitamente aos beneficiários da lei.

E quem poderia oferecer profissionalmente uma assistência jurídica qualificada? Pode-se inferir que isso tem a ver com propriedades da prestação relacionadas à formação e à experiência profissional do assistente jurídico (PANCHENKO, 2011), e não, por exemplo, com a taxa de êxito em demandas encaminhadas. Como ressalta Maria Viktorovna Khodilina, a assistência que pode ser considerada qualificada é aquela prestada por uma pessoa que comprovou os seus conhecimentos e competências em determinada área jurídica, permitindo garantir com elevada probabilidade a qualidade do serviço (KHODILINA, 2010). Valeria Evgenievna Romanova afirma que, em todos os países civilizados, as pessoas capacitadas para

prestar assistência jurídica de qualidade, como regra, atendem aos seguintes requisitos: têm ensino superior, experiência prática em área especializada, foram aprovadas em exame de qualificação profissional e estão sujeitas à legislação, aos padrões profissionais e às normas éticas exigidas para a prática jurídica (ROMANOVA, 2014).

Na Rússia, de acordo com a Lei sobre a Advocacia (Закон об адвокатуре)⁷, apenas advogados podem ser classificados como sujeitos habilitados para a defesa de direitos, liberdades e interesses de pessoas físicas ou jurídicas. A capacidade de eles prestarem assistência qualificada é assegurada por vários aspectos, principalmente a garantia do sigilo reservada aos advogados, além do que há a possibilidade de responsabilizá-los disciplinarmente por violações éticas (ROMANOVA, 2014).

Entretanto, a Lei Federal ressalva, no seu art. 19, a possibilidade de notários prestarem assistência jurídica gratuita em casos relacionados aos serviços notariais e registrais demandados pela população carente. É também possível a atuação sob supervisão de bacharéis em direito (i.e., aqueles com formação jurídica incompleta, sem habilitação para advogar) em atividades de consultoria prévias ao encaminhamento à assistência jurídica. E, por fim, não se desconsidera a atuação dos serventuários da justiça, que podem, pelo menos em tese, cumprir suas funções de maneira colaborativa com o regime de assistência jurídica.

Contudo, essa multiplicidade de atores resta sendo um dos problemas do regime, a saber, a falta de coordenação entre os sujeitos que promovem ações de interesse à consecução da assistência jurídica. Aleksandra Sergeyevna Kosmynina diz, a respeito disso, que costuma ser

⁷ Russ. Федеральный Закон об Адвокатской Деятельности и Адвокатуре в Российской Федерации [Lei Federal sobre Atividades Advocatícias e Advocacia na Federação Russa]. Disponível em: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_36945/

lembrada a fábula de Ivan Krylov “O cisne, o caranguejo e o peixe”⁸, na qual os bichos têm que movimentar uma carroça, mas como cada um puxa para uma determinada direção (o cisne para o alto, o caranguejo para trás e o peixe para frente em direção à água), a carroça não sai do lugar (KOSMYNINA, 2017). Segundo ela, os bichos representariam “os três potenciais sujeitos da assistência jurídica – os serventuários da justiça, os advogados e os bacharéis em direito, [que] atuam na prática jurídica sem estabelecer entre si quaisquer parâmetros comuns ideais” (KOSMYNINA, 2017, p. 70).

A responsabilidade (inclusive contratual) para a prestação da assistência jurídica, em todo caso, recai sobre os advogados aceitarão a tarefa. Não são todos os que a aceitam, sobretudo em razão da remuneração considerada baixa para os parâmetros internacionais. Lidiya Pavlovna Kobets (2019) compara o sistema de assistência jurídica da Rússia e do Cazaquistão e conclui que, em situação inteiramente oposta ao país vizinho, a Federação Russa remunera muito mal os advogados nomeados, tanto porque não há um índice financeiro que corrija os valores regularmente, quanto porque sequer se remunera o tempo que os advogados gastam atendendo, coletando provas e preparando peças.

Na Rússia, os serviços do advogado assistente são pagos principalmente com os fundos das câmaras de advogados e da ordem dos advogados (*средств адвокатских палат и адвокатских образований*). No caso dos assistentes nomeados para atuar em processos criminais, conforme a legislação processual penal, eles serão pagos com fundos públicos geridos diretamente pelo Estado⁹. Nesses dois casos, alega-se que o valor pago é

⁸ Os animais são, a rigor, o cisne, o lagostim e o peixe lúcio (*Esox lucius*), tendo sido estes dois últimos aqui adaptados para facilitar a ilustração, sem que fosse modificado o sentido da fábula.

⁹ O valor da remuneração de um advogado criminalista por um dia de participação como assistente é de, no mínimo, 275 rublos, e, no máximo, 1.100 rublos. Com a cotação vigente no dia 11 de fevereiro de 2021, isso equivaleria a um mínimo de R\$ 20,06 e um

sempre inferior ao que o assistente receberia pelo mesmo serviço se fosse contratado por um cliente como advogado particular.

George Andreiévich Kachmazov recorda que na Alemanha também é fornecida assistência jurídica (consultiva e contenciosa) para pessoas carentes, porém neste país o pagamento do assistente, assumido pelo Estado, corresponde a uma remuneração total pelo trabalho realizado (englobando custos com perícia, pareceres de especialistas etc.), em valores iguais àqueles que receberia se a assistência fosse paga (privada). Segundo o autor, “o nível de assistência judiciária gratuita prestada na Alemanha é significativamente superior ao da Rússia, porque um advogado alemão é remunerado por seu trabalho [e não por dia trabalhado]” (KACHMAZOV, 2010, p. 192).

Outra particularidade a ser levada em conta no sistema da Rússia é que há um território imenso a ser coberto. Embora haja incentivos financeiros previstos nas normas para estimular a atuação de assistentes em regiões mais afastadas de Moscou, os autores relatam dificuldades persistentes enfrentadas na década passada.

Na República do Daguestão, tanto o sub-sistema estatal quanto o não-estatal não estariam organizados e coordenados de modo eficiente (MUSAEVA, 2014). Para além dos Urais, na chamada Rússia Asiática, os problemas são agudizados. Na região do Distrito Federal Oriental, principalmente nas localidades remotas e inacessíveis, a maioria da população carente não teria à sua disposição notários e advogados credenciados para a assistência jurídica (TROSHIN, 2013). No território de Primorsky, no litoral do Pacífico, boa parte da população até mesmo

máximo de R\$ 80,23. Os valores tabelados estão de acordo com o Decreto do Governo da Federação Russa nº 400, de 4 de julho de 2003 (com alterações em 2007 e 2008), “Sobre o valor da remuneração de advogado que participe como defensor em processo penal por nomeação de órgão inquisitorial, de órgão de investigação preliminar ou do tribunal”. Disponível em:
<http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102116899&backlink=1&&nd=102082502>

ignoraria que tem o direito legal de obter assistência jurídica custeada pelo Estado (MELNIKOV, 2013).

4. A assistência jurídica na Rússia e no Brasil: uma breve comparação

No esforço de examinar o sistema doméstico de assistência jurídica gratuita recorrendo ao método comparativo, Igor D. Semenovskiy e Valeriy N. Belik cotejam os modelos adotados pela Rússia e pelo Brasil. A escolha do Brasil como parâmetro de comparação, a propósito, não deveria causar surpresa, pois os autores reforçam os vários aspectos que aproximam os dois países: são ambos Estados federativos, membros do grupo dos BRICS, são os maiores países de seus continentes (em extensão e população), e passaram por processos de transição democrática e constitucionalização dos direitos humanos nas últimas décadas do séc. XX.

Os países também compartilham características negativas, tais como a acentuada desigualdade social em várias regiões do território e índices gerais de criminalidade bastante elevados. Talvez por isso, ao traçarem comparações entre os sistemas constitucionais da Rússia e do Brasil, Semenovskiy e Belik enfatizam os direitos humanos relevantes na esfera processual penal: “Entre o vasto conjunto de direitos consagrados nas Constituições dos dois Estados, é possível destacar os direitos e garantias processuais das pessoas que figuram na condição de suspeitos, indiciados e réus, bem como os direitos de pessoas condenadas”¹⁰ (SEMENOVSKIY; BELIK, 2018, p. 209).

¹⁰ Os termos, para “suspeito”, “indiciados”, “réus” e “condenados”, em russo, são [no nominativo singular] *подозреваемый, обвиняемый, ответчик и заключенный*, aqui traduzidos com adaptações para que fossem compreendidos conforme o direito processual penal brasileiro.

Conforme os autores, “É nessa categoria de direitos que reside um direito específico como o direito à assistência jurídica qualificada, que é uma derivação do direito mais amplo à defesa” (SEMENOVSKIY; BELIK, 2018, p. 209). O Tribunal Constitucional da Federação Russa¹¹ tem assinalado, por oportuno, que o direito de todos a uma assistência jurídica qualificada tem como contrapartida o dever do Estado de fornecer as condições adequadas, inclusive as de natureza regulatória, para a realização desse direito.

Da parte do Brasil, os autores registram que é “extremamente importante para a prestação de assistência jurídica qualificada” o art. 133 da Constituição brasileira, que garante que o advogado é indispensável à administração da justiça, e referem que o embasamento constitucional que atribui um alto nível de institucionalidade à profissão de advogado é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil¹² (SEMENOVSKIY; BELIK, 2018, p. 210). Eles ressaltam ainda a importância do Código de Processo Penal brasileiro (em especial seus arts. 32, 185 e 261) na promoção tanto da importância da advocacia no sistema judicial quanto da paridade formal entre os defensores e o órgão acusatório.

Para eles, como a assistência jurídica qualificada no âmbito criminal envolve elementos semânticos que demandam uma interpretação mais atenta das normas regentes (no caso russo, dúvidas sobre a partir de que momento o defensor tem o direito de atuar em um dado processo criminal), a sua implementação deixaria a desejar e contrastaria com a de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade de pensamento e expressão e à propriedade privada (SEMENOVSKIY; BELIK, 2018).

¹¹ O sistema judicial da Federação Russa conta com um Tribunal Constitucional, com sede em São Petersburgo, e com uma Suprema Corte, com sede em Moscou.

¹² Neste ponto, é referenciada em nota a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127 / DF, de 2006.

Semenovskiy e Belik consideram que, em termos gerais, a regulamentação do direito constitucional à assistência jurídica no Brasil é mais ampla e detalhada do que no regime vigente da Federação Russa. Eles citam os incisos LV, LXII, LXIII e LXXIV do art. 5º da Constituição brasileira como dispositivos que especificam adequadamente as garantias de pessoas em litígios processuais e sujeitos à aplicação da lei penal. Eles não deixam de registrar, contudo, as críticas de autores brasileiros sobre as dificuldades de acesso à assistência jurídica para os acusados na fase investigativa, incluindo obstáculos por vezes verificados para os encontros entre os defensores e os acusados que estejam presos cautelarmente.

A propósito, os autores ressaltam que a dificuldade de acesso dos defensores aos seus clientes suspeitos é um problema também verificado na Rússia (SEMENOVSKIY; BELIK, 2018). Entretanto, defendem que a Rússia deveria importar do Brasil os fundamentos jurídicos que tratam do direito de comunicação prévia e confidencial entre o réu e seu advogado antes do interrogatório.

Por fim, Semenovskiy e Belik destacam a fundamental importância que possui a Defensoria Pública, consagrada no art. 134 da Constituição brasileira, como a principal instituição na prestação da assistência judiciária qualificada gratuita. Eles reconhecem, aliás, o papel do órgão na realização do direito de defesa, em ações penais, dos acusados que possam comprovar a falta de recursos financeiros.

5. Conclusão

Na Rússia, a assistência jurídica qualificada é garantida pela Constituição como um direito de todos, diretamente relacionado à necessidade de garantia do acesso à justiça. Esse direito assegura às pessoas a oportunidade para solicitarem a proteção de seus direitos e

interesses legítimos a um assistente jurídico. Em casos previstos na Lei Federal “Sobre a Assistência Jurídica Gratuita na Federação Russa, ou excepcionalmente no próprio Código de Processo Penal”, essa assistência jurídica poderá ser fornecida gratuitamente a certas categorias de indivíduos.

Ela é comumente é prestada por membros da comunidade de advogados e pessoas com formação jurídica especializada, que, na prática, podem ser tanto advogados contratados pelo Estado (modelo *judicare*), a quem será confiado o múnus público de promover aos beneficiários um nível satisfatório de defesa técnica, quanto advogados que atuem no âmbito de uma clínica jurídica estudantil ou mesmo em uma entidade não-governamental sem fins lucrativos, e que terão as mesmas prerrogativas e responsabilidades que os advogados contratados pelo Estado. Em certos casos, dentro dos limites de suas atribuições oficiais, notários e serventuários da justiça também colaboram com o regime de assistência jurídica gratuita russo.

Conforme é registrado pela literatura russa, esse regime enfrenta inúmeros problemas, principalmente a remuneração baixa que é paga pelo Estado para os advogados contratados, a falta de coordenação entre os sujeitos que atuam no regime em certas regiões, as dificuldades de cobrir um território tão vasto e complexo como o da Federação Russa etc. Esses e outros problemas ficam ainda mais evidentes quando a forma como a assistência jurídica é prestada na Federação Russa é comparada com aquela de modelos existentes em outros países.

Referências

ALBRANT, N.V. Доступность Юридической Помощи как конституционный принцип [A disponibilidade da Assistência Jurídica como princípio constitucional]. **Вестник Челябинского государственного университета**, Право. Вып. n. 25, 2015, pp. 26-31.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

KACHMAZOV, G.A. Бесплатное оказание юридической помощи адвокатами России и Германии [Assistência jurídica gratuita realizada por advogados na Rússia e na Alemanha]. **Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал**, n. 1, 2010, pp. 189-192.

KALACHEVA, E.N. К вопросу Об организации правовой помощи несовершеннолетним [Sobre a questão da organização de assistência jurídica a menores]. **Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал**, n. 4, 2011, pp. 199-203.

KOBETS, L.P. Оплата труда адвоката в России и Казахстане при оказании бесплатной юридической помощи как воплощение международного стандарта независимости адвокатской деятельности [A remuneração do advogado na prestação de assistência jurídica gratuita enquanto materialização do princípio internacional de independência de advocacia: Rússia e Cazaquistão]. **Актуальные проблемы российского права**, v. 104, n. 7, 2019, pp. 148-153.

KOLESNIKOVA, N.V. К вопросу о квалифицированной юридической помощи детям [Sobre a questão da assistência jurídica qualificada para crianças]. **Политика и право**, v. 34, n. 4, 2014, pp. 64-67.

KOSMYNINA, A.C. Обеспечение предоставления гражданам квалифицированной юридической помощи [Garantindo a prestação de assistência jurídica qualificada aos cidadãos]. **Вестник ЮрГУ. Серия «Право»**, v. 17, n. 4, 2017, pp. 69-74.

KNODILINA, M.V. Правовая позиция Конституционного Суда России относительно права каждого на получение квалифицированной юридической помощи [Posição jurídica do Tribunal Constitucional da Rússia quanto ao direito de todos receberem assistência jurídica qualificada]. In: **Пробелы в российском законодательстве**. Moscou: Юр-БАК, n. 1, 2010, pp. 205-209.

MELNIKOV, V.S. Участие адвокатов в деятельности государственной системы бесплатной юридической помощи на территории Приморского края [Participação de advogados nas atividades do sistema estatal de assistência judiciária gratuita no Krai de Primorsky]. **Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса**, v. 20, n. 2, 2013, pp. 68-73.

MUSAEVA, R.M. Некоторые проблемы системы бесплатной юридической помощи на территории Республики Дагестан [Alguns problemas do sistema de assistência judiciária gratuita no território da República do Daguestão]. **Вестник Дагестанского государственного университета**, n. 2, 2014, pp. 103-106.

OSTAPENKO A.S.; MAZUR D.V. К вопросу о бесплатной юридической помощи в Российской Федерации [A questão da assistência jurídica na Federação Russa]. **Мир Науки, Культуры, Образования**, vol. 37, n. 6, 2012.

PANCHENKO, V.Y. **Юридическая помощь (вопросы общей теории): монография** [Assistência jurídica (Questões de teoria geral): Monografia]. Krasnoyarsk: Universidade Federal da Sibéria, 2011, 279 p.

POPOV, V.S.; POPOVA, I.V. «Квалифицированная юридическая помощь»: в том числе, предоставляемая бесплатно, как гарантированное конституцией право каждого [“Assistência jurídica qualificada”: incluindo aquela fornecida gratuitamente, enquanto direito constitucional garantido a todos]. **Пробелы в российском законодательстве**, n. 1, 2014, pp. 28-34.

ROMANOVA, V.E. Понятие оказания квалифицированной юридической помощи адвокатом [A definição de prestação de assistência jurídica qualificada por um advogado]. **Бизнес в законе**, n. 2, 2014, pp. 216-221.

SAVCHENKO, M.S.; KALENSKY, P.V.; GRIBANOVA, A.S. Проблемы правового регулирования оказания бесплатной юридической помощи [Problemas da regulamentação legal da prestação da assistência jurídica gratuita]. **Вестник Томского государственного университета**, v. 2, n. 116, 2016, pp. 1-13.

SEMENOVSKIY Igor D.; BELIK, Valeriy N. Конституционное право на квалифицированную юридическую помощь в России и Бразилии: анализ законодательства в сфере уголовного судопроизводства [Direito constitucional à assistência jurídica qualificada na Rússia e no Brasil: análise do direito na esfera processual penal]. **Вестник Томского государственного университета**, n. 435, 2018, pp. 208-214. DOI: 10.17223/15617793/435/27

TKACHENKO, A.N. Реализация права гражданина получение бесплатной юридической помощи на территории Свердловской области [A realização do direito do cidadão a receber assistência judiciária gratuita no território do Oblast de Sverdlovsk]. **Электронное Приложение к «Российскому Юридическому Журналу»**, n. 2, 2015, pp. 23-27.

TROSHIN, K.A. Некоторые аспекты организации предоставления юридической помощи населению Дальнего Востока и доступности правосудия [Alguns aspectos sobre a organização da prestação de assistência jurídica à população do Extremo Oriente e o acesso à justiça]. **Территория новых возможностей. Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса**, v. 20, n. 2, 2013, pp. 95-100

VOROBYEVA, S.V.; VOROBYEV, A.V. Проблемы и перспективы развития института бесплатной юридической помощи в России как важного элемента социального правового государства [Problemas e perspectivas para o aperfeiçoamento do instituto da assistência jurídica gratuita na Rússia como elemento importante de um Estado social de direito]. **Вестник ТГУ**, v. 11, n. 115, 2012, pp. 344-352.

Artigo recebido em: 13/07/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022

Países Emergentes e as adaptações no Direito Internacional do Investimento

Emerging Countries and the adaptations of the International Investment Law

Thiago Ferreira de Almeida¹

Resumo: O artigo objetiva reconhecer as adaptações do Direito Internacional do Investimento a partir do reposicionamento dos países emergentes, em que se qualificam como novos exportadores e ainda tradicionais importadores de capital. O presente trabalho realiza cinco análises diferenciadas a demonstrar as adequações a serem realizadas por este sistema jurídico. Inicia-se com o estudo do Direito Internacional do Investimento como parte integrante do Direito Internacional Público. Após, parte-se para uma compreensão jurídico-histórica e pela abordagem terceiro mundista do Direito Internacional a reconhecer a perpetuação de um sistema hegemônico e imperialista nas relações internacionais sobre investimentos. Acrescenta-se a análise contemporânea a suplantar o seu atual sistema fragmentário e, por fim, reconhece a atuação dos bancos multilaterais na promoção do desenvolvimento dos países emergentes. Conclui-se o artigo pela relevância de se reformar o Direito Internacional do Investimento sob a perspectiva dos países emergentes, com o objetivo de se alcançar um sistema jurídico internacional mais equilibrado.

Palavras-Chave: Direito Internacional do Investimento. Investimentos Internacionais. Países Emergentes. Bancos Multilaterais. Desenvolvimento.

Abstract: The article aims to recognize the adaptations of International Investment Law from the repositioning of emerging countries, in which they qualify as new exporters and still traditional importers of capital. The present work carries out five different analyzes to demonstrate the adaptations to be carried out by this legal system. It begins with the study of International Investment Law as an integral part of Public International Law. Afterwards, it starts with a legal-historical understanding and the third world approach to International Law to recognize the perpetuation of a hegemonic and imperialist system in the international relations of investments. Contemporary analysis is added to supersede its current fragmentary system and, finally, it recognizes the role of multilateral banks in promoting the development of emerging countries. The article concludes by the relevance of reforming International

¹ Ph.D. researcher invited to the Faculty of Law of University of Geneva (UNIGE), Switzerland, under the supervision of the Professor Dr. Makane Mbengue. Ph.D. candidate in International Investment Law at the Federal University of Minas Gerais (UFMG), Brazil; Master in International Law at UFMG (2014); Specialization in Economics at the University of Turin, Italy (2009). Bachelor in Law at UFMG, Brazil (2012); Bachelor in Public Management at João Pinheiro Foundation, Brazil (2010). MBA Professor at Pontifical Catholic University (PUC Minas).

Investment Law from the perspective of emerging countries, with the aim of achieving a more balanced international legal system.

Keywords: International Investment Law. International Investments. Emerging Countries. Multilateral Banks. Development.

1. Introdução

O grupo de países que apresentam forte desempenho econômico no século XXI é conhecido pelo termo emergentes. A participação no produto interno bruto global, comércio e investimentos internacionais são consideráveis e, por sua vez, ocasionam alterações no Direito Internacional, em especial, nos temas de comércio, investimento e desenvolvimento dos países e de suas sociedades.

A alteração do paradigma do fluxo de investimentos internacionais ocorre pelo reconhecimento desses países emergentes como novos exportadores de capital. Tais países se destacam do grande grupo dos países em desenvolvimento por apresentar importante fluxo de capital, mercado consumidor relevante, taxas de crescimento econômico e industrialização. Contudo, também se diferem dos países desenvolvidos e historicamente se qualificam como tradicionais importadoras de capital. Esse cenário estabelece a necessidade de considerar os países emergentes como um grupo dissociado dos tradicionais exportadores de capital (o que correspondem aos países desenvolvidos ou de industrialização tardia) e dos tradicionais importadores de capital (países em desenvolvimento).

Ciente da posição das economias emergentes como importadores e, recentemente, exportadoras de capital, o presente artigo objetiva estudar como o maior posicionamento das economias emergentes no sistema financeiro internacional gera alterações no Direito Internacional do Investimento. Dessa forma, o artigo apresentará o panorama das adequações do Direito Internacional do Investimento frente a sua contribuição no desenvolvimento dos países emergentes. Essa análise objetiva identificar o regramento jurídico aplicado aos investimentos

privados diretos (FDI) e indiretos (Portfólio) e aos públicos, no que se refere à atuação dos bancos de promoção de desenvolvimento nacionais e multilaterais.

Além disso, o presente trabalho objetiva traçar as linhas gerais sobre o alcance das alterações no Direito Internacional do Investimento, uma vez que não se constitui como um ordenamento jurídico coeso e unificado. Pelo contrário, constitui-se historicamente por uma relação desigual de proteção ao investidor estrangeiro, estruturado por normas fragmentárias e conflitantes decisões arbitrais. A compreensão contemporânea desse campo de estudo jurídico se vale da abordagem histórica e terceiro-mundista do Direito Internacional a permitir o reconhecimento dos emergentes como países que compartilham um passado de dominação colonial e de exploração econômica.

O presente artigo se situa na necessidade de reconhecer as inovações e os desafios na identificação de condutas jurídicas aplicadas aos investimentos internacionais e na promoção do desenvolvimento. Além disso, a atuação dos emergentes é essencial na construção de um Direito Internacional do Investimento contemporâneo em que se reconhece tais atores como coparticipes e formadores do sistema jurídico internacional, na reforma dos sistemas de solução de controvérsias sobre investimento e nas estruturas das organizações internacionais econômicas, resultando em uma atuação mais coesa e condizente com a realidade internacional multipolar do século XXI.

O artigo se divide, após a introdução, da seguinte forma: (i) o estudo do Direito Internacional do Investimento como ramo jurídico do Direito Internacional Público, analisando o conceito de soberania, de investimento e de investidor; (ii) a compreensão jurídico-histórica do Direito Internacional do Investimento, decorrente da imposição de um sistema hegemônico e imperialista; (iii) a abordagem terceiro mundista do Direito Internacional;

(iv) a compreensão contemporânea a substituir o atual sistema fragmentário e desigual do Direito Internacional do Investimento; e (v) a análise dos investimentos dos bancos multilaterais na promoção do desenvolvimento. A conclusão encerra a análise do presente artigo.

2. A Compreensão do Direito Internacional do Investimento como parte do Direito Internacional Público

O estudo do Direito Internacional do Investimento objetiva situá-lo como ramo integrante do Direito Internacional Econômico e que, por sua vez, integra o Direito Internacional Público (HERDEGEN, 2016, p. 3-5; SCHILL, 2016, p. 34-36; PAPARINSKIS, 2014, p. 75-79). A identificação dessa disciplina como parte de um ordenamento jurídico internacional unificado afasta a defesa de uma estrutura dissociada e reconhece a interconexão dos institutos jurídicos no plano internacional.²

A delimitação conceitual do Direito Internacional envolve a compreensão sobre a soberania estatal no âmbito internacional. O conceito voluntarista de soberania descreve um poder absoluto e permanente do Estado, exercido pelo monopólio legítimo da força e da lei. Essa concepção é alterada pelo reconhecimento das normas peremptórias (*jus cogens*), de temas que ultrapassam a tradicional divisão entre soberania interna e externa, do paradigma econômico internacional e das relações globalizadas, por meio da celebração de acordos de livre-comércio e proteção ao investimento, bem como de arranjos regulatórios financeiros e de integração supranacional, a exemplo da Organização Mundial do Comércio (OMC) e

² Thiago P. de Andrade (2015, p. 188) entende que o Direito Internacional do Investimento é híbrido, a inserir-se parte no Direito Internacional Público e parte no Direito Privado, valendo-se dos institutos de ambos os ordenamentos. O referido autor divide o sistema jurídico em três âmbitos regulatórios de investimento: (i) interno, a partir de regras jurídicas regulatórias dos Estados; (ii) contratual, decorrente dos contratos entre investidores e Estados importadores de capital; e (iii) internacional, por meio dos acordos bilaterais e multilaterais, bem como costumes e instituições regulatórias internacionais. Todavia, regulamentações internas dos Estados não invalidam o caráter internacional do Direito do Investimento, uma vez que o seu objeto é o investimento transfronteiriço.

União Europeia (HERDEGEN, 2016, 78-79; HERDEGEN, 2019, p. 1.182-1.183).

O Direito Internacional Econômico, por sua vez, atua no estabelecimento de obrigações e deveres dos sujeitos no cenário internacional econômico. O objeto de análise corresponde às relações econômicas internacionais em seus diferentes setores: comércio exterior, propriedade intelectual, sistemas financeiro e cambial internacionais, integração econômica e liberalização comercial. Deste ramo, desponta-se o Direito Internacional do Investimento, cujo objeto de estudo é o investimento internacional compreendido em suas duas principais espécies: (i) privado, que se divide em direito (*Foreign Direct Investment - FDI*) e indireto (capital especulativo ou *Portfolio Investment*); e (ii) públicos, que envolvem os investimentos das estatais, fundos soberanos e ajuda oficial dos bancos multilaterais de desenvolvimento (HERDEGEN, 2016, p. 406-407; LAUTERPACHT, 1997, p. 260).

O termo investimento não é pacífico e diverge entre doutrinadores, decisões arbitrais e em instrumentos internacionais. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) conceitua investimento como a categoria de capital transfronteiriço realizada por um residente de um país com o objetivo de estabelecer uma empresa em outro país que de sua nacionalidade, buscando uma relação de longo prazo. Além disso, a OCDE identifica quatro características do investimento internacional: (i) duração do projeto; (ii) regularidade do lucro e retorno do capital; (iii) risco para ambos os lados; (iv) comprometimento substancial no projeto; e (v) a operação deve ser significativa para o desenvolvimento do Estado (OECD, 2008, p. 9-11).

No Caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco*, de 2001 (ITALAW, 2001a), o tribunal arbitral reconheceu que a Convenção de Washinton de 1965 (WORLD BANK GROUP, s.d.), fundadora do ICSID, não dispôs sobre o conceito de investimento, cabendo a

delimitação ocorrer via decisões arbitrais. O caso em tela qualifica o investimento como uma contribuição financeira realizada em um certo período de tempo, que envolve riscos de transação e a contribuição para o desenvolvimento econômico no Estado receptor (*host state*). O caso é paradigmático quanto à necessidade da contribuição no desenvolvimento no país importador de capital como requisito qualificador da proteção internacional ao investidor (MUCKLINSKI, 2010, p. 182).

O conceito de investimento no modelo de BIT dos Estados Unidos de 2012 é qualificado como o ativo que o investidor detém controle (direto ou indireto), com a expectativa de ganho ou lucro e a assunção de determinado risco (GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA, 2012). Essa definição é idêntica à prevista no capítulo 14 do acordo USMCA (que substituiu em 2020 o antigo *North American Free Trade Agreement - NAFTA*) (GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA, 2020) e semelhante no modelo de BIT britânico de 2008 (GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA, 2008). Destaque importante é o conceito de investimento no modelo de BIT indiano de 2015. Além de se apresentar de forma exaustiva e extensa, a excluir qualquer dúvida sobre diferentes espécies de capital estrangeiro, como os investimentos especulativos (portfólio), há o requisito do investimento contribuir de forma significativa para o desenvolvimento do país, a fim de que lhe seja reconhecida a proteção internacional (GOVERNMENT OF INDIA, 2015).

Por fim, no Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) celebrado entre o Brasil e a Índia em 2020, o conceito de investimento também é bastante restritivo, contudo não incorpora a necessidade de promover significativo desenvolvimento para o país receptor de investimento, como previsto no modelo indiano e no caso Salini (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2020).

Quanto ao conceito de investidor estrangeiro, a sua qualificação envolve a delimitação da pessoa natural e jurídica, a partir da definição

quanto a sua nacionalidade vinculada ao Estado de origem (*home state*). A doutrina majoritária estabelece que a nacionalidade do investidor (pessoa física) é definida conforme a legislação nacional, sendo que, em alguns acordos internacionais, evidencia-se o critério do lugar de sua residência. O Caso *Nottebohm* da Corte Internacional de Justiça (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1953) é emblemático ao decidir que a nacionalidade decorre da real ou efetiva conexão do indivíduo com o seu Estado (OECD, 2008, p. 11).

O Capítulo 14 do Acordo USMCA define que, para a hipótese de investidor de dupla nacionalidade, será nacional do Estado aquele que possuir a cidadania efetiva e dominante. E no caso de ser cidadão de um país e residente em outro, será atribuída a nacionalidade do Estado de sua cidadania. Quanto ao reconhecimento da nacionalidade de pessoas jurídicas, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), no Caso *Barcelona Traction*, delimitou a nacionalidade da empresa como sendo o lugar de sua constituição (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1970). Contudo, acordos bilaterais de investimento posteriores utilizam, além desse requisito, o local da incorporação, o local onde se encontra registrada a sede ou a administração da empresa, ou ainda, a nacionalidade do investidor controlador da empresa, o que contraria a posição da CIJ (OECD, 2008, p. 18-19).

3. A Compreensão jurídico-histórica do Direito Internacional do Investimento como um resultado de uma construção hegemônica e imperialista

A origem do Direito Internacional do Investimento inicia-se com a expansão ultramarina europeia no século XVI. As regras de proteção ao investimento decorrem de um processo colonialista aplicado às nações não-europeias. A proteção internacional do investidor é paulatinamente

construída a partir do momento em que as ex-colônias na América Latina, África e Ásia tornam-se independentes.

Enquanto colônias, o Direito Internacional era nulo em seus territórios, permitindo a exploração dos seus recursos, o tráfico de escravos e o uso indiscriminado da dominação militar e sócio-cultural. Com a independência formal, nos moldes europeus, adotou-se um Direito Internacional a proteger os investidores dos países exportadores de capital e a garantir a perpetuação de uma dependência econômica. Nesse sentido, as obras de Anghie (2004) e Miles (2013) configuram como as primeiras a tratar do tema da história do Direito Internacional como um resultado do imperialismo europeu.

Anghie (2004, p. 22, 53-55, 112-113, 178, 193, 316; 2012, p. 316; JACKSON, 2008, p. 7), centraliza as origens do Direito Internacional no confronto entre sociedades europeias e não-europeias, a partir das grandes navegações iniciadas com Colombo em 1492. Esse posicionamento diverge do convencional estudo da origem do Direito Internacional como um produto da Paz de Vestfália de 1648, em que os Estados europeus reconhecem o respeito à soberania interna (não-interferência em assuntos internos de cada nação) e a soberania externa, em um ambiente de anarquia, desprovido de hierarquia (igualdade jurídica entre as nações europeias).

Essa construção vestfaliana seria estendida às nações não-europeias, o que, conforme um posicionamento tradicional o Direito Internacional, incorporaria todos os povos soberanos em uma igualdade jurídica universal. Contudo, Anghie pauta-se pela análise jurídico-histórica ao observar que essa igualdade não se estendeu às nações não-europeias, sendo formado um Direito Internacional desigual e hegemônico, em que se perpetuam práticas coloniais e imperialistas, justificado por uma missão civilizatória dos europeus ao longo dos séculos, por meio da imposição religiosa, da supremacia racial e da sociedade europeia (séculos XV a XIX), da manutenção de colônias por meio de mandatos no século XX, da perpetuação

de um subdesenvolvimento econômico, da imposição de práticas de governança alheias às realidades locais e da instituição de ataques preventivos contra nações consideradas patrocinadoras do terrorismo mundial (séculos XX e XXI). A manutenção desse sistema perdura no processo de globalização das relações econômicas.³

O primeiro BIT, assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959, é apresentado como a origem do Direito Internacional do Investimento, atribuindo uma falsa impressão de que se trata de um ramo jurídico recente. Miles (2013, p. 19) atribui a origem do conjunto jurídico de normas de proteção ao investidor desde a expansão europeia ultramarina, marcado pela estrutura de comércio colonialista e, posteriormente, imperialista, propiciando a solidificação de princípios então considerados como universais e imparciais, mas que estruturavam, de um lado, a proteção ao investidor, e, de outro, obrigações aos países importadores de capital.

A atuação das Companhias de Comércio das Índias Orientais criadas no século XVII foram exemplos de mescla entre interesses econômicos de seletos grupos comerciais que detinham direitos de comércio e dos governos imperiais. A partir dessa associação público-privada, a ameaça a interesses comerciais privados foi elevada sistematicamente a um interesse do Estado de defesa do seu investidor, impedindo o desenvolvimento de sistemas inclusivos na América Latina, África e Ásia (MILES, 2013, p. 37; ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 270-271).

O Direito Internacional do Investimento constituiu-se historicamente como um regramento a substituir o uso direto da força pelas potências europeias em terceiros países por um modelo de perpetuação de domínio hegemônico e manutenção dos interesses dos seus investidores. Portanto, a

³ O processo histórico da globalização pode ser dividido em três momentos: (i) do século XV a 1800, que se caracteriza pelo processo de integração global via conquista de territórios e na exploração colonial; (ii) a Globalização 2.0, de 1800 a 2000, marcado pela integração das empresas multilaterais, iniciado com a Revolução Industrial; e (iii) Globalização 3.0, a partir de 2000, em que os indivíduos são os sujeitos centrais na colaboração e competição global (FRIEDMAN, 2005, p. 10-12).

partir dos movimentos de independência, primeiro na América Latina e posteriormente na África e Ásia, o uso da força militar foi paulatinamente substituído por um ordenamento jurídico de proteção ao investidor estrangeiro.

No século XIX ainda persistia o uso da força pela diplomacia das canhoneiras, a ser utilizada como *ultima ratio* na hipótese de falha na defesa dos interesses dos investidores, por meio da proteção diplomática ou arbitragem.⁴ A Doutrina Calvo no século XIX surgiu como uma prática latino-americana a questionar o instituto da proteção diplomática a impedir a intervenção de Estados estrangeiros pelo uso da pressão diplomática ou força militar e a submeter investidores estrangeiros ao mesmo tratamento dado aos nacionais, conforme a jurisdição local. A Doutrina Calvo objetivava erradicar a ameaça da intervenção estrangeira decorrente de eventual disputa com investidores externos. Contudo, esta não foi aceita pelos Estados Unidos e Europa (MILES, 2013, p. 51; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 12).

Além disso, o século XIX vivenciou a instituição dos acordos de amizade, comércio e navegação, conhecidos como acordos desiguais (MILES, 2013, p. 25-26). A exemplo, a coação militar forçou a assinatura dos nas décadas de 1840 e 1860 pela França e Inglaterra com a China. Os acordos obrigavam a China a entregar regiões e portos ao domínio externo, assegurar jurisdição extraterritorial aos estrangeiros e benefícios comerciais (como a permissão do comércio do ópio), inseridas no contexto das Guerras do Ópio (SARAIVA, 2008, p. 68-69). No caso brasileiro, os tratados desiguais foram assinados como forma de reconhecer a sua independência em 1822 pelas

⁴ Cita-se a Convenção Drago-Porter de 1907 que limitava (e não proibia) o uso da força armada de um Estado credor a outro devedor, decorrente de dívida de uma nação ou de seus nacionais. A força militar era permitida somente em duas hipóteses (Artigo 1): (i) se o Estado devedor recusasse ou negligenciasse resposta a uma oferta de arbitragem; e (ii) tendo aceito a oferta de arbitragem, impedisse a celebração de qualquer compromisso arbitral ou recusasse a se submeter à decisão do árbitro (LIBRARY OF CONGRESS, 1907).

nações europeias, principalmente por Portugal e Reino Unido (FAUSTO, 2006, p. 144).

No século XX, o questionamento da proteção unilateral ao investidor ocorreu com as revoluções soviética e mexicana e pela recusa em aceitar a *Fórmula Hull* (SORNARAJAH, 2017, P. 154), em que as nacionalizações pelo governo mexicano deveriam ser compensadas de forma direta, apropriada e efetiva (*prompt, adequate and effective compensation*).

Considerando o crescente número de nacionalizações e demandas por reformas econômicas nos Estados recém-independentes, a partir do processo de descolonização afro-asiática (HOBSBAWN, 1995, p. 421-424),⁵ os investidores externos e os Estados exportadores de capital buscaram soluções por meio da instituição de BITs, da arbitragem Investidor-Estado via ICSID e da “internacionalização” dos contratos de concessão de exploração de bens naturais (SORNARAJAH, 2017, p. 351; MILES, 2013, p. 115). A importância da análise jurídico-histórica se observa na perpetuação de práticas e institutos jurídicos de origens coloniais e imperialistas nos países em desenvolvimento, com o objetivo de preservar os interesses de uma parte (investidor estrangeiro) sobre a outra (países em desenvolvimento).

4. A Abordagem Terceiro Mundista do Direito Internacional

⁵ Com o processo de descolonização afro-asiático e a entrada de novos países nas Nações Unidas, os países em desenvolvimento apresentaram tentativas de alteração do Direito Internacional a dissociá-lo da estrutura hegemônica ocidental, pelo reconhecimento de princípios como: (i) Princípio da Auto-determinação dos povos; (ii) proibição da intervenção em assuntos domésticos de outros Estados; (iii) Direito Internacional do Investimento Estrangeiro Direto; (iv) tratamento especial e diferenciado no Direito Internacional Comercial; (v) Direito do Mar; e (vi) a tentativa de estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional (FIDLER, 2003, p. 38-39).

O estudo do reposicionamento dos países emergentes no sistema econômico internacional insere-se na abordagem terceiro mundista do Direito Internacional ou TWAIL (*Third World Approach to International Law*), surgida na Universidade de Havard, na década de 1990.⁶ A TWAIL busca uma maior justiça e equidade aos Estados e indivíduos do mundo em desenvolvimento, contrapondo-se à estrutura predatória do Direito Internacional (FIDLER, 2003, p. 30-31). O Direito Internacional contemporâneo, dessa forma, possui a responsabilidade de incorporar as críticas do modelo neo-liberal e considerar as falhas internas do sistema jurídico internacional que prejudicam os países em desenvolvimento (CHIMNI, 2006, p. 26-27; ROUGIER, 2017, p. 5).

Além disso, a abordagem acadêmica terceiro mundista recupera o posicionamento do Terceiro Mundo no período da descolonização e insere-o ao Direito Internacional no atual contexto da globalização. Dessa forma, a abordagem objetiva reconhecer a existência de uma hierarquia privilegiada da cultura ocidental, de sua hegemonia política e econômica, de valores e crenças ocidentais instituídos como universais, sendo necessário a desconstrução do Direito Internacional e uma posterior construção baseada em uma ordem global pós-hegemônica (ESLAVA; PAHUJA, 2011, p. 106-112; MUTUA, 2000, p 33).

O reconhecimento de um Direito Internacional pós-hegemônico deve também considerar os sistemas jurídicos regionais, afastando-se de uma posição homogênea aplicada a todos os países (ODERMATT, 2019, p. 117). Dessa forma, os países emergentes enquanto novos exportadores de capital se distribuem em diferentes regiões geográficas, inseridos em distintos sistemas, como o latino-americano, africano e asiático. Dessa forma, os posicionamentos regionais sobre o Direito Internacional não invalidam a

⁶ Apesar da criação da abordagem ocorrer na década de 1990, somente em 2015 foi realizada a primeira conferência em um país do Sul Global: no Cairo, Egito (NATARAJAN, 2016, p. 1.946).

disciplina jurídica, pelo contrário, permitem uma compreensão de um sistema internacional mais descentralizado e multipolar.

Por fim, a abordagem TWAIL é válida no sentido de propor alternativas para uma ordem pós-hegemônica na perspectiva dos emergentes no Direito Internacional do Investimento (FIDLER, 2003, p. 75-76).

5. O Direito Internacional do Investimento: do sistema fragmentário para o contemporâneo

O estudo do Direito Internacional do Investimento contemporâneo alinha-se aos debates de sua interdisciplinaridade com temas dos Direitos Humanos e mudanças climáticas, e do reconhecimento de novos sujeitos, por uma maior transparência e *accountability* nas condutas das empresas transnacionais. Além disso, deve-se atentar por uma reorientação do Estado importador de capital se colocando em um mesmo nível de interação com o investidor estrangeiro, assegurando maior legitimidade e igualdade do sistema jurídico (MILES, 2013, p. 298; TUNG, 2010, p. 257).⁷

Nesse sentido, os tradicionais institutos do Direito Internacional do Investimento se caracterizam pela proteção unilateral do investidor estrangeiro em prejuízo ao Estado importador de capital. Dentre eles, citam-se os principais:

- i. Regra Mínima Internacional (*International Minimum Standard*) (SORNARAJAH, 2017, p. 410; TUNG, 2010, p. 259; HERDEGEN, 2016, p. 67, 85, 413 e 459-460);
- ii. Tratamento Justo e Equânime (*Fair and Equitable Treatment - FET*) (ALVAREZ, 2011, p. 177; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 119-121; HSU, 2015, p. 139);
- iii. Segurança e Proteção Total (*Full Protection and Security*) (SORNARAJAH, 2017, p. 242; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 149-150);

⁷ Os casos arbitrais Metalclad e Methanex abordaram a questão da proteção ambiental e investimento estrangeiro, com decisão desfavorável ao México e favorável aos Estados Unidos, respectivamente (ITALAW, 1997; ITALAW, 1999).

- iv. Tratamento Nacional (*National Treatment* - NT) e Tratamento da Nação Mais Favorecida (*Most Favored Nation Treatment* - MFN) (HERDEGEN, 2016, p. 69; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 178-179, 186-187);
- v. Compensação por expropriação direta e indireta (HERDEGEN, 2016, p. 412-413; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 92);
- vi. Interpretação Extensiva da "Cláusula Guarda-Chuva" (*Umbrella Clause*) (SORNARAJAH, 2015, p. 131; YANNACA-SMALL, 2006, p. 31-32; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 153-155);
- vii. Sistema de Solução de Conflitos por Arbitragem Internacional (*Dispute Settlement System by International Arbitration*) (LAUTWEPACHT, 1997, P. 272-273; HERDEGEN, 2016, p. 172-173; KARL, 2008, p. 226).

Por sua vez, as críticas contemporâneas sobre os institutos jurídicos do Direito Internacional do Investimento residem na necessidade de considerar exceções à regra de compensação por expropriações, quando fundamentada no legítimo direito de regular a política doméstica nos campos social, trabalhista e ambiental, ou mesmo em questões de ordem pública, bem como na adoção de um entendimento restrito ao tratamento justo e equânime (FET), em caso de crise econômico-social (KARL, 2008, p. 235, HERDEGEN, 2016, p. 455, HSU, 2015, p. 140-143; SCHILL; DJANIC, 2018, p. 2-3).⁸

É necessário considerar as críticas às decisões arbitrais que reconhecem um direito consuetudinário do Direito Internacional do Investimento, quanto aos institutos da proteção mínima, do tratamento nacional e da nação mais favorecida (ALVAREZ, 2011, p. 195; HERDEGEN, 2016, p. 450-455; SORNARAJAH, 2017, p. 104).

⁸ Como exemplo, citam-se os casos da empresa Philip Morris contra a Austrália e Uruguai, alegando prejuízos à sua indústria do tabaco contras os governos por implementar medidas de proteção à saúde pública de redução do consumo de cigarros. Outro exemplo é o Caso Vattenfall, em que a empresa alega violação do Tratado da Carta de Energia em decorrência da decisão da Alemanha de encerrar suas usinas nucleares, após o desastre de Fukushima, no Japão em 2011 (ITALAW, 2012; ITALAW, 2010; ITALAW, 2011).

A crítica também aborda a necessidade de exaurir a instância doméstica antes de submeter a um tribunal arbitral (KARL, 2008, p. 234), a necessidade de refutar a alegação de *jurisprudence constante* em tribunais arbitrais *ad hoc* Investidor-Estado, a fim de afastar interpretações abusivas (KARL, 2008, p. 237; CHENG, 2005, p. 515; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 17; ALVAREZ, 2011, p. 93, 230; SCHILL, 2014, p. 133-134) e incorporar uma maior transparência e a permissão do *amicus curiae*, por se tratar de litígios arbitrais de interesse das populações dos Estados envolvidos (SCHILL, 2016, p. 30-32).

A interpretação do Direito Internacional do Investimento deve se pautar pelo entendimento holístico, reconhecendo a direta relação com os Direitos Humanos e o Direito Internacional Ambiental (HERDEGEN, 2016, p. 75).⁹ O Direito Internacional do Investimento deve também atribuir ao investidor estrangeiro a sua qualificação como sujeito no plano internacional, dotado de direitos e deveres no plano internacional (CHENG, 2005, p. 470).

Esse entendimento se destina também a reconhecer comunidades e indivíduos afetados direta ou indiretamente por investimentos estrangeiros (MILES, 2013, p. 2-4), cabendo-lhes o seu exercício legítimo no plano internacional e como partes propositivas em arbitragem Investidor-Estado (MUCKLINSKI, 2010, p. 190-191). Além disso, deve-se reconhecer abusos por parte do investidor estrangeiro, como o *forum shopping*, em que este se vale de diversas instâncias jurisdicionais a demandar reparações (HERDEGEN, 2016, p. 186-187; YANNACA-SMALL, 2006, p. 20-21).¹⁰

⁹ Em especial, a insatisfação dos Estados importadores de capital é observada frente a decisões arbitrais que decidem contra o direito estatal de regular o interesse público, o meio ambiente e a proteger as suas comunidades locais. A exemplo, citam-se os casos entre Equador e as empresas norte-americanas Occidental Exploration e Chevron (Caso Lago Agrio), a canadense Chevron Corp e a Texaco, adquirida pela Chevron (ITALAW, 2008; ITALAW; 2009).

¹⁰ No caso *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, de 2012, a decisão da corte constitucional não alterou o andamento do processo arbitral (ainda em julgamento). Já no caso *CME/Lauder v. República Tcheca*, o governo tcheco foi réu em dois

A proteção internacional convencional é exclusiva para os investidores estrangeiros que, mesmo submetidos às disposições domésticas do Estado importador de capital, utilizam-se de interpretações extensivas, como o uso da Cláusula Guarda-Chuva” ou *Umbrella Clause*. Trata-se do entendimento arbitral extensivo de uma obrigação em um contrato de concessão (por exemplo, exploração de petróleo), em que se considera como obrigação decorrente de acordo internacional de investimento existente. Dessa forma, o contrato é elevado à condição de tratado internacional e, portanto, a alegada violação contratual submete-se à arbitragem internacional (SORNARAJAH, 2015, p. 131; YANNACA-SMALL, 2006, p. 31-32; DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 153-155).¹¹

Já dentro de uma posição terceiro mundista, reconhece-se que o Direito Internacional é um sistema unilateral a garantir a proteção do investidor estrangeiro. A Cláusula Guarda-Chuva e o *forum shopping* demonstram uma extensão das competências dos árbitros internacionais e o descaso com o sistema jurídico do Estado importador de capital. Essa constatação é evidenciada no caso arbitral Dabhol contra a Índia, na Câmara de Comércio Internacional (ICC), de 2005 (VAN HARTEN, 2011, p. 1-2, 25).

A crise financeira da Argentina de 2001 é emblemática a caracterizar o uso indiscriminado de institutos, como Cláusula Guarda-Chuva e tratamento justo e equânime (FET), em arbitragens Investidor-Estado, em um momento em que o Estado argentino se valia de medidas de interesse público a reestabelecer a sua economia. As medidas argentinas de 2001 (*corralito*) e de 2002 (*pesificação* da moeda) levaram a constituição de 40 casos arbitrais Investido-Estado. Trata-se do maior número de casos arbitrais contra um único Estado em toda a história, cujos valores de

procedimentos arbitrais Investidor-Estado quase simultâneos, solicitados pela mesma empresa emissora de televisão norte-americana (ITALAW, 2001b).

¹¹ A interpretação extensiva pela Cláusula Guarda-Chuva é observada nos seguintes casos: ITALAW, 2007; ITALAW; 2006.

indenização excedem a 80 bilhões de dólares. Os quatro maiores casos envolvem investidores de empresas americanas de concessão de transporte e distribuição de gás (CMS, LG&E, Enron e Sempra) (ITALAW, 2003; ITALAW, 2004a; ITALAW, 2004b; ITALAW, 2007), cujas indenizações totalizam quase meio bilhão de dólares (ALVAREZ, 2011, p. 247-250; KARL, 2008, p. 228).

Já no contexto europeu, o Tratado de Lisboa de 2008, no contexto da União Europeia, estabeleceu que os investimentos estrangeiros diretos compõem a competência exclusiva da Política Comercial Comum europeia¹². No que se refere aos BITs já celebrados entre Estados-membros (*intra*-UE) e terceiros Estados (*extra*-UE), o Tratado de Lisboa não apresentou normas de transição. Para tanto, o Regulamento UE n° 1219, de 2012, estabeleceu disposições transitórias para os BITs em vigor (UNIÃO EUROPEIA, 2012). Já o art. 351, TFUE, dispõe que os direitos e obrigações de acordos concluídos antes da adesão à UE dos Estados europeus com terceiros países não estariam afetados pelos dispositivos da UE, salvo se incompatíveis.^{13 14}

No que se refere aos BITs *intra*-UE, os países-membros celebraram o Acordo de Denúncia de BITs *intra*-EU em 5 de maio de 2020, em que as partes confirmam que as cláusulas de arbitragem nos BITs são contrárias aos tratados da UE e, portanto, inaplicáveis (art. 4º) (UNIÃO EUROPEIA, 2020). Cita-se o o Caso *Achmea* de 2018, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu que eventual decisão arbitral decorrente de BIT *intra*-UE viola a autonomia da UE (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2018).

A prevalência da competência comunitária europeia demonstra uma centralização do tema dos investimentos para uma seara doméstica,

¹² Artigo 207, ex-artigo 133. TCE (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

¹³ Artigo 351, ex-artigo 307. TCE (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

¹⁴ O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu em três diferentes casos com a Áustria, Suécia e Finlândia, que estes países falharam em promover medidas necessárias de adequação dos BITs celebrados anteriormente à adesão na comunidade europeia. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009a; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009b; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009c).

exclusiva da UE. Essa estrutura pode ser explicada pela teoria pluralista, ao reconhecer um paralelismo de sistemas jurídicos que se coexistem em uma realidade globalizada e contemporânea, que ultrapassa o entendimento dualista centrado na divisão entre as esferas internacional e estatal (DE WITTE, 2012 p. 37; DE BÚRCA, 2012, p. 130; HALBERSTAM, 2012, p. 152; KRISCH, 2012, p. 220; CELESTE, 2020, p. 99-100; MUÑOZ, 2016, p. 136-137).¹⁵

No contexto asiático, destaca-se que a China apresenta comportamento diferenciado no fluxo internacional de investimentos. Ao contrário do Brasil que se posicionou alheio à assinatura dos tradicionais acordos bilaterais de investimento (*Bilateral Investment Treaties* - BITs), a China é o país emergente que mais celebrou BITs. Quanto à aplicação do sistema de solução de controvérsias pela arbitragem Investidor-Estado, a China apresta poucos litígios de investidores estrangeiros, devido à oposição chinesa em executar casos arbitrais contra propriedades estatais. Outra justificativa seria a sub-rogação de direitos de uma empresa estatal chinesa a uma entidade seguradora, como a citada Sinosure (*China Export & Credit Insurance Corporation*) que, em caso de perda de investimentos, esta garante o prejuízo à empresa e torna-se parte em eventual litígio arbitral (SAUVANT; NOLAN, 2015, p. 40-41).

6. Os bancos multilaterais e a promoção do desenvolvimento

No tema da contribuição ao desenvolvimento e os investimentos internacionais, questiona-se o pressuposto da assinatura de BITs como elemento automático na geração de aumento de investimento e de desenvolvimento, uma vez que a ratificação restringiria a atuação do Estado

¹⁵ Os casos Kadi contra o Conselho e Comissão europeus, em sede do TJUE, tratam do debate sobre um pluralismo constitucional da UE (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2008a; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2008b; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2010).

no exercício de suas políticas domésticas. Lauterpacht (1997, p. 266-267) e Yackee (2014, p. 491-493, 499) entendem que os países em desenvolvimento estariam desejosos de assinarem BITs, uma vez que haveria uma redução do risco político e maior entrada de capital, apesar de reconhecerem a ausência de estudo empírico a comprovar sua posição. Essas afirmações evidenciam uma simplificação das relações entre exportadores e importadores de capital, bem como perpetua o entendimento de que os importadores de capital devem se submeter a um sistema historicamente desigual. Reconhece-se uma falta de estudos sistematizados a justificar a correlação entre celebração de acordos de investimento e a promoção ao desenvolvimento (SORNARAJAH, 2017, p. 205; CHENG, 2005, p. 500-501; HALLWARD-DRIEMEIER, 2003, p. 11, 22-23).

Estima-se a existência de mais de 20 MDBs em funcionamento no mundo. Dentre eles, o NDB foi criado a partir do reconhecimento da baixa representatividade dos países do BRICS¹⁶ e demais emergentes nas atuais organizações integrantes do sistema financeiro internacional, da falta de comprometimento das instituições tradicionais econômicas em se adaptarem ao novo contexto global de maior presença dos países emergentes e em virtude da necessidade de investimentos em infraestrutura e em desenvolvimento sustentável (SUCHODOLSKI; DEMEULEMEESTER, 2018, p. 2). O NDB, assim como outros MDBs de criação dos emergentes, como AIIB e CAF, são resultado da frustração com a falta de reformas do Grupo Banco Mundial e do FMI.

Apesar da aprovação da reforma da divisão percentual do poder de voto do FMI ocorrer em 2010, no contexto da crise de 2008, A sua efetivação deu-se somente no ano de 2016, após a aprovação no congresso dos Estados

¹⁶ O acrônimo BRIC – Brasil, Rússia, Índia e China – é um conceito criado em 2001 por Jim O'Neill, do Goldman Sachs, que afirmou que esses quatro países juntos poderiam superar as seis maiores economias ocidentais no mundo em 30 anos. Em 2010, o grupo aprovou a entrada da África do Sul, formando o acrônimo BRICS (O'NEIL, 2001; JONES, 2012; STUENKEL, 2015; COOPER, 2016; ALMEIDA; SILVA, 2018).

Unidos. Com a reforma, a China tornou-se o terceiro maior país com poder de voto e o BRIC se inseriu dentro dos dez maiores membros com poder de voto. A China aumentou o seu percentual de 3,8% a 6,08%. Após 2016, o Brasil possui 2,22%, a Índia, 2,63% e a Rússia, 2,59%. A reforma significou um crescimento marginal das economias emergentes, principalmente da China. Juntos, os BRIC somam 13,52%. Incluindo o percentual do poder de voto da África do Sul no FMI (0,64%), apesar de não ter sido contemplada na reforma, os BRICS correspondem a 14,16% (INTERNATIONAL MONETARY FUND, s.d.).

Na reforma de 2010, os Estados Unidos reduziram o seu percentual de 16,7% a 16,5%, mantendo uma cota superior a qualquer outro país membro do Fundo e seu poder de veto em decisões importantes, que exigem 85%. A título de comparação, a China possui um percentual um pouco superior ao da Itália, apesar de ser a segunda maior economia mundial. Os 27 países da União Europeia e o Reino Unido correspondem a 29,6% do poder de voto no FMI, apesar de apresentarem 16,7% do PIB mundial, enquanto que os BRICS respondem por 31,4% do PIB no mundo, conforme dados de 2017.

No Banco Mundial, em que não houveram reformas, os BRICS correspondem a 12,9% do poder de voto (CHITENDERU, 2018, p. 120, 126; SUCHODOLSKI; DEMEULEMEESTER, 2018, p. 3-4). Já a divisão do percentual do poder de voto no Banco dos BRICS é equânime para os cinco membros fundadores. Caso outros Estados desejem integrar o banco, os cinco países fundadores manterão uma quota de, no mínimo, 55%. Já o percentual de votos para países desenvolvidos corresponde a, no máximo, 20% e somente participam na qualidade de não-mutuários.¹⁷ (CHITENDERU, 2018, p. 129; SUCHODOLSKI; DEMEULEMEESTER, 2018, p. 2).

¹⁷ Artigo 8 do Tratado de Constituição do NDB (NEW DEVELOPMENT BANK, 2014).

Dentre inovações financeiras, ressalta-se a emissão de títulos verdes na China pelo NDB em 2016, a utilização de empréstimos com moeda local, sendo que o NDB já utiliza o Renminbi em quatro de três projetos aprovados na China em 2017. Outra inovação corresponde à aprovação de projetos de infraestrutura a partir de critérios econômicos, sociais e ambientais e o comprometimento do NDB em utilizar sistemas domésticos dos países mutuários, afastando-se da tradicional posição dos MDBs em impor condicionalidades e a aplicação de regras próprias. A atuação do NDB fundamenta-se pela cooperação, o que se observa pelas parcerias firmadas com outras 20 instituições internacionais, como a ADB. Além disso, o NDB pode configurar no futuro em uma menor dependência dos países-membros sobre o dólar nas transações internacionais (CHITENDERU, 2018, p. 132-135; SUCHODOLSKI; DEMEULEMEESTER, 2018, p. 5-7).

A questão do desenvolvimento envolve investimentos de longo prazo em infraestrutura, apesar dos investimentos dos MDBs ainda serem marginais frente à grande necessidade atual. Estima-se uma demanda anual por infraestrutura aos países em desenvolvimento de 1,1 trilhões de dólares (1,3% do produto nacional bruto mundial - PNB), além da necessidade de reinvestimentos nas infraestruturas existentes na ordem de 1,2% do PNB mundial. Frente a esse contexto, a criação do NDB, e de outros recentes MDBs, representam importantes instituições a complementar a oferta de capital externo (CHITENDERU, 2018, p. 125-126; WEBER, 2016, p. 2-3; SUCHODOLSKI; DEMEULEMEESTER, 2018, p. 5).

Além dos MDBs, destaca-se a contribuição dos bancos nacionais de desenvolvimento dos países do BRICS na promoção de investimentos de longo prazo, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), do Brasil, criado pela Lei Federal nº 1.628/1952, (BRASIL, 1952) o Banco para Desenvolvimento e Relações Econômicas Externas (*Vnesheconombank* – VEB, s.d.), da Rússia de 2007, o Export-Import Bank

da Índia (*Eximbank*) (s.d.), de 1982, o Banco de Desenvolvimento da África do Sul (*Development Bank of Southern Africa – DBSA*, s.d.) de 1983, e o Banco de Desenvolvimento da China (*China Development Bank – CDB*, s.d.) de 1994 (CHITENDERU, 2018, p. 136).

7. Conclusão

O presente artigo, portanto, apresentou os debates contemporâneos do Direito Internacional do Investimento, pautando-se pela sua inserção como ramo jurídico do Direito Internacional Público, reconhecendo a sua origem histórica decorrente de um sistema hegemônico e de perpetuação de práticas coloniais danosas aos países do terceiro mundo. Além disso, a análise do seu sistema fragmentário concentra críticas dos seus principais institutos jurídicos, evidenciando a necessidade de se alcançar um sistema mais coeso e equilibrado entre investidores externos e Estados importadores de capital.

Além disso, o presente trabalho ressaltou as inovações decorrentes dos investimentos internacionais na promoção do desenvolvimento, por meio das reformas das organizações internacionais e criação de novos bancos multilaterais, por iniciativa dos países emergentes.

A contextualização do Direito Internacional do Investimento teve por perspectiva os países emergentes que se configuram como recentes exportadores e tradicionais importadores de capital estrangeiro. A sua maior participação no sistema financeiro internacional demanda que o sistema internacional se adeque a essa nova realidade, demonstrando as suas incongruências e promovendo o debate salutar no sentido de um maior equilíbrio de seus institutos jurídicos.

Referências

- ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A. **Why Nations Fail**. The Origins of Power, Prosperity and Poverty. London: Profile Books, 2012.
- ALMEIDA, Thiago Ferreira; SILVA, Roberto Luiz. The Development Bank of BRICS. **BRICS Law Jornal**, Tyumen, v. 5, n. 4, 2018.

- ALVAREZ, Jose E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. The Hague Academy of International Law. The Hague: AIL-Pocket, 2011.
- ANDRADE, Thiago Pedroso de. **Aspectos Metodológicos do Direito Internacional do Investimento**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Dr. José Augusto Fontoura Costa (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2015.
- ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ANGHIE, Antony. **LatCrit and Twail**. V. 42. Published by California Western International Law Journal - CWSL Scholarly Commons, 2012.
- BRASIL. **Decreto Federal nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 23 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei Federal nº 1.628, de 20 de junho de 1952**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1628.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.
- CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights**. University College Dublin. Orientador: Professor TJ McIntyre (Doutorado) - University College Dublin, 2020.
- CHENG, Tai-Heng. Power, Authority and International Investment Law. **American University International Law Review**, Washington D.C., v. 20, n. 3, 2005.
- CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. **International Community Law Review**, v. 8, n. 3, p. 3–27, 2006.
- CHINA DEVELOPMENT BANK – CDB. **About**. Disponível em: www.cdb.com.cn. Acesso em: 28 mar. 2021.
- CHITENDERU, Tafadzwa Thelma. **Integration of the New Development Bank into the International Financial Architecture**. Faculdade de Negócios e Ciências Econômicas da Universidade Nelson Mandela. Orientador Professor R. Ncwadi (Doutorado) - Universidade Nelson Mandela, 2018.
- COOPER, Andrew F. **The BRICS: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- DE BÚRCA, Gráinee. The ECJ and the international legal order: a re-evaluation. Chapter 3. *In*: DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H. (eds.). **The Worlds of European Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- DE WITTE, Bruno. The European Union as an international legal experiment. Chapter 1. *In*: DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H. (eds.). **The Worlds of European Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- DEL NEGRO, Guilherme. The validity of treaties concluded under coercion of the state: sketching a TWAIL critique. **European Legal Studies**, v. 10, n. 1, 2017.
- DEVELOPMENT BANK OF SOUTHERN AFRICA – DBSA. **Governance**. Disponível em: www.dbsa.org. Acesso em: 28 mar. 2021.
- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ERGUNGOR, O. Emre. **Legal Systems and Bank Development**. Federal Reserve Bank of Cleveland. February 1st, 2002.
- ESLAVA, Luis. PAHUJA, Sundhya. Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law. **Trade, Law and Development**, v. III, n. 1, Spring 2011.
- EXPORT-IMPORT BANK OF INDIA – EXIMBANK. **About**. Disponível em: www.eximbankindia.in. Acesso em: 28 mar. 2021.

- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.
- FIDLER, David P. *Revolt Against or From Within the West: TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law*. **Chinese Journal of International Law**, 2003. Articles by Maurer Faculty. Paper 2126.
- FRIEDMAN, Thomas L. **The World is Flat**. 1st Edition. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005.
- GOVERNMENT OF INDIA. **Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty**. 2015. Disponível em: https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.
- GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty**. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA. **United States-Mexico-Canada Agreement**. Chapter 14. July 7, 2020, Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- HALBERSTAM, Daniel. Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world. Chapter 4. *In*: DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H. (eds.). **The Worlds of European Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. **Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit - and They Could Bite**. Policy Research Paper n. 3121. The World Bank Development Research Group. Washington, D.C.: World Bank Group, 2003.
- HERDEGEN, Matthias. **Principles of International Economic Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- HSU, Locknie. **Rule of Law and Foreign Investment**. Rule of Law Symposium 2014: The importance of the rule of law in promoting development. Research Collection School Of Law, Singapore Management University, 2015.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE - ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE - ICJ. **Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)**. 1953. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/18>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND - IMF. **IMF Members' Quotas and Voting Power, and IMF Board of Governors**. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/sec/memdir/members.aspx#S>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- ITALAW. **Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador**. 2008. UNCITRAL, PCA Case n. 34877. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/251>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- ITALAW. **Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)**. 2009. PCA Case n. 2009-23. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/257>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ITALAW. **CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina**. 2003. ICSID Case n. ARB/01/8. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/288>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ITALAW. **Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic**. 2004. ICSID Case n. ARB/01/3. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/401>. Acesso em 22 mar. 2021.

ITALAW. **LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic**. 2004. ICSID Case n. ARB/02/1. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/621>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ITALAW. **Metalclad Corporation v. The United Mexican States**. 1997. ICSID Case n. ARB(AF)/97/1. Disponível em: Acesso em: <https://www.italaw.com/cases/671>. 24 mar. 2021.

ITALAW. **Methanex Corporation v. United States of America**. 1999. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/683>. Acesso em: 24 mar. 2021.

ITALAW. **Noble Ventures, Inc. v. Romania**. 2006. ICSID Case n. ARB/01/11. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/747>. Acesso em 22. mar. 2021.

ITALAW. **Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia**. UNCITRAL. 2011. PCA Case n. 2012-12. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/851>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ITALAW. **Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay**. 2010. ICSID Case n. ARB/10/7. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/460>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ITALAW. **Ronald S. Lauder v. The Czech Republic**. 2001. UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/610>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ITALAW. **Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco**. 2001. ICSID Case n. ARB/00/4. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/958>. Acesso em 23 mar. 2021.

ITALAW. **Sempra Energy International v. The Argentine Republic**. 2007. ICSID Case n. ARB/02/16. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1002>. Acesso em 22. mar. 2021.

ITALAW. **Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany**. 2012. ICSID Case n. ARB/12/12. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1654>. Acesso em: 22 mar. 2021.

JACKSON, H. John. Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches. *In*: SHAN, Wenshua; SIMONS, Penelope; SINGH, Dalvinder (eds.). **Redefining Sovereignty in International Economic Law**. Portland: Hart Publishing, 2008).

JONES, Stephanie. **BRICS and Beyond. Executive Lessons on Emerging Markets**. Chichester, John Wiley & Sons, 2012.

KRISCH, Nico. The case for pluralism in postnational law. Chapter 5. *In*: DE BÚRCA, Gráinne; WEILER, J. H. H. (eds.). **The Worlds of European Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LAUTERPACHT, Elihu. International Law and Private Foreign Investment. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 4, n. 2, Article 2, 1997.

LIBRARY OF CONGRESS. **Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts (Hague II)**. II Conferência de Haia. 18 de outubro de 1907. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MUCKLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. Chapter 9. *In: FAUDEZ, Julio; TAN, Celine (eds.) International Economic Law, Globalization and Developing Countries*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

MUÑOZ, José Gustavo Prieto. International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism. Chapter 4. *In: TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; LAZO, Rodrigo Polanco; TURRINI, Paolo (eds.) International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Nijhoff International Investment Law Series. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.

MUTUA, Makau. **What is TWAIL?** Proceedings of the ASIL Annual Meeting 31. 94. 2000.

NATARAJAN, Usha. *et al.* **Introduction: TWAIL - on praxis and the intellectual**. Third World Quarterly, 37:11, 2016.

NEW DEVELOPMENT BANK - NDB. **Agreement on the New Development Bank**. 2014. Disponível em: <https://www.ndb.int/wp-content/themes/ndb/pdf/Agreement-on-the-New-Development-Bank.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

O'NEIL, Jim. **Building Better Global Economic BRICs**. nº 66. Goldman Sachs, 2001.

PAPARINSKIS, Martins. Analogies and Other Regimes of International Law. Chapter 3. *In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.) The Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory Into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014.

RINALDI, Augusto. The New Development Bank: challenges and interests. **Revista de Estudos Internacionais (REI)**. v. 9 (1), 2018.

ROUGIER, Eric. Analysing the Capitalisms of Developing Countries: What's the Point? Chapter 1. *In: ROUGIER, Eric; COMBARNOUS, François (eds.) The Diversity of Emerging Capitalisms in Developing Countries. Globalization, Institutional Convergence and Experimentation*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017.

SARAIVA, José Flávio Sombra (org). **História das Relações Internacionais Contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAUVANT, Karl P.; NOLAN, Michael D. **China's Outward FDI and International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCHILL, Stephan W. Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado en una perspectiva latino-americana. Chapter 1. *In: TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; LAZO, Rodrigo Polanco; TURRINI, Paolo (eds.) International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Nijhoff International Investment Law Series. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.

SCHILL, Stephan W. Ordering Paradigms in International Investment Law: Bilateralism - Multilateralism - Multilateralization. Chapter 4. *In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.) The Foundations of International Investment Law*. Bringing Theory Into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SCHILL, Stephan W.; DJANIC, Vladislav. International Investment Law and Community Interests. *In: BENVENISTI, E.; SCHILL, G (eds.) Community Interests Across International Law*. University of Amsterdam. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SHAN, Wenhua. **The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal**. Portland: Hart Publishing, 2005.

SORNARAJAH, M. **Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

STUENKEL, Oliver. **The BRICS and the future of global order**. Lanham: Lexington Books, 2015.

SUCHODOLSKI, Sergio Gusmão; DEMEULEMEESTER, Julien Marcel. **The BRICS Coming of Age and the New Development Bank**. v. 9, issue 4. Global Policy. University of Durham e John Wiley & Sons, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **C-118/07 Commission v. Finland [2009]**. Acórdão de 19 de novembro de 2009. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-118/07>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **C-205/06 Commission v. Austria [2009]**. Acórdão de 3 de março de 2009. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-205/06>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **C-249/06 Commission v. Sweden [2009]**. Acórdão de 3 de março de 2009. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-249/06>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **C-284/16. Achmea BV v. Slowakische Republik**. Acórdão de 20 de abril de 2018. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **C-402/05 P - Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão**. Acórdão de 3 de Setembro de 2008. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-402/05>. Acesso em: 26 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **C-415/05 P - Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission**. 2008. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-415/05%20P>. Acesso em: 26 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - TJUE. **T-85/09 - Kadi v. Commission**. Acórdão de 30 de Setembro de 2010. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-85/09>. Acesso em: 26 mar. 2021.

TUNG, Ko-Yung. Foreign investors vs sovereign states: towards a global framework, BIT by BIT. In: FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith Kolsly (eds.). **International Economic Law and National Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFEU**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>. Acesso em: 22 mar. 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **2008 UK BIT Model**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2847/download>. Acesso em: 22 mar. 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **Brazil - India Investment Cooperation and Facilitation Agreement**. Assinado em 25 de Janeiro de 2020. Investment Policy Hub. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>. Acesso em: 22 mar. 2021.

VAN HARTEN, Gus. TWAIL and the Dabhol Arbitration. **Comparative Research in Law & Political Economy**, 2011. Research Paper N. 19/2011.

VNESHECONOMBANK - VEB. **Regulatory and Legal Framework**. Disponível em: <https://v36.pf/en/about-us/legal>. Acesso em: 28 mar. 2021.

WEBER, Barbara; STAUB-BISANG, Mirjam; ALFEN, Hans Wilhelm. **Infrastructure as an Asset Class**. Investment Strategy, Sustainability, Project Finance and PPP. 2. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2016.

WORLD BANK GROUP. **ICSID Convention, Regulations and Rules**. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>. Acesso em: 22 fev. 2020.

XU, Fan. Opportunities and Risk Assessment of BRICs New Development Bank. **Macro Management & Public Policies**, v. 1, n. 1, mar. 2019.

YACKEE, Jason Webb. Political Risk and International Investment Law. **Duke Journal for Comparative and International Law**, v. 24, p. 477, 2014.

YANNACA-SMALL, Katia. **Improving the System of Investor-State Dispute Settlement**. OECD Working Papers on International Investment, 2006/01. OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/china/WP-2006_1.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

Artigo recebido em: 20/01/2022

Aceito para publicação em: 24/03/2022

Presentación del Dossier

“Vulnerabilidades y Cuestiones Sociales durante la Pandemia”

Para quienes firman la presentación de este dossier académico, es un honor poder ser considerados por la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Uberlândia respecto al encuentro y análisis por medio de diferentes artículos relacionados a la pandemia por SARS-COV-2 (COVID-19). Es evidente que la propagación de dicho patógeno ha dado lugar al cambio de las relaciones sociales de la comunidad; la sociedad ha tenido que adaptarse a la convivencia con las medidas restrictivas dictadas por el Estado y este segundo ha tenido que reformular y/o crear políticas públicas para garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Es innegable que el Estado ha tenido que redoblar esfuerzos para poder garantizar los derechos fundamentales de las personas. En el caso concreto de América Latina la situación fue diferente a la de otros continentes, toda vez que estamos ante una región con una marcada línea de desigualdad social o como lo había manifestado la Comisión IDH por medio de Resolución 01/2020: “Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región”. A todos los problemas que mencionaba la Comisión IDH en dicha resolución llamaba la atención la desprotección por parte del Estado hacia los grupos en estado de vulnerabilidad y la propagación de la pandemia dejó develado esos conflictos con los cuales América se relaciona todos los días; la desigualdad social. Pero aparte de los problemas de informalidad económica, desigualdad social, pobreza y otros, había un problema que resaltaba y es la violencia de género.

Durante los últimos años, los Estados vienen trabajando en políticas públicas para prevenir, atender y sancionar aquellas acciones en contra de las mujeres; sin embargo, la propagación de la pandemia seguida por las medidas restrictivas llevó a que el trabajo que se había avanzado en primera instancia retroceda debido a que en varios casos los índices de violencia incrementaron en número a razón del encierro de la mujer junto a su agresor o por el estrés del confinamiento, así lo manifestaba ONU Mujeres, en su nota titulada La pandemia en la sombra: violencia contra las mujeres durante el confinamiento.

Es en tal sentido que el objetivo de este dossier ha sido el de reunir las más amplias experiencias sobre el efecto del COVID-19 respecto a la violencia de género, contando con amplios trabajos que abordan el tema desde diferentes ópticas e idiomas que exteriorizan las vulnerabilidades y cuestiones sociales durante la pandemia: Así por ejemplo, Manuella de Oliveira Soares y Fabiola Módena Carlos, presentan el artículo “O cumprimento da pena por idosos em tempos de pandemia: um debate à luz da tutela dos Direitos Humanos” texto en el cual plantea un análisis respecto a la realidad de la población de la tercera edad que es encarcelada en Brasil advirtiendo la falta de políticas públicas de prevención y de atención al respeto de los derechos humanos. Este problema es otro de los puntos que también había sido analizado por la Comisión IDH a momento de emitir la Resolución 01/2020, al manifestar que respecto a los privados de libertad el Estado tendría que adoptar medidas para enfrentar no solo el hacinamiento de los centros carcelarios sino que también el de asegurar los mecanismos para garantizar los derechos fundamentales de su población.

Por otra parte, Ana Cecilia de Oliveira y Maria Cecília Máximo Teodoro; firman el artículo denominado “Mulheres e pandemia: a insustentabilidade produtiva, reprodutiva e ecológica do modelo atual”

mediante el cual hacen conocer la existencia de una estructura de opresión de género. Las autoras, por medio de un análisis bibliográfico realizan un análisis general sobre la situación de las mujeres en los espacios laborales en medio de la pandemia. Bajo la misma línea de género, Rosângela Aparecida da Silva Franchi, Naiara Diniz Garcia y, Wanessa Goncalves Caldeira, presentan el artículo “a violência doméstica contra a mulher: uma análise das ocorrências no estado de Minas Gerais e o atual cenário diante da pandemia provocada pela Covid -19. Texto por el cual exponen la situación que vive la mujer que se encuentra en estado de violencia a partir de los casos presentados dentro del estado de Minas Gerais, en Brasil. Las autoras plantean una introducción bastante interesante, partiendo desde el problema como base histórica y social de la comunidad.

En el artículo “Igualdad de Género como Responsabilidad de Garantía por parte del Estado”, Esmeralda Carol Ancieta Rodríguez parte de la premisa de la necesaria responsabilización de los poderes públicos para con medidas que favorezcan la igualdad y trabajen por el destierro de la subordinación de las mujeres, especialmente en contextos que, como el de la crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, contribuyen a que las desigualdades por razón de sexo se agudicen. La autora comienza su trabajo haciendo un recorrido por el desarrollo de las normas y pactos internacionales que obligan a los Estados a cumplir con los compromisos jurídicamente adquiridos en materia de igualdad de género y promoción de las mujeres y analiza un mecanismo clave a este respecto, como es el control de convencionalidad aplicable en caso de confrontación de normas nacionales internas con tratados en materia de derechos humanos. A continuación, pasa a estudiar detenidamente las distintas herramientas jurídicas de promoción de la igualdad de género de las que se dota el Estado de Bolivia en su ordenamiento jurídico, empezando por su Constitución, que

reconoce la igualdad de género como derecho fundamental. Finalmente, la autora propone que estos mecanismos de intervención pública han de incidir principalmente sobre tres ejes especialmente significativos, como son las desventajas sociales, la violencia de género y la participación política y el empoderamiento y dedica esta última parte del trabajo a analizar la posición subordinada que ocupan las mujeres en los sectores aludidos para concluir la necesidad de articulación de políticas públicas por parte de las instituciones bolivianas en estos tres ámbitos clave.

Oscar Canales y Kathya Fernández firman el artículo “La protección en el sistema legal peruano para erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar”. Los autores abordan en su estudio el desarrollo legislativo originado en Perú que se inicia desde mediados de los años 50 del siglo pasado hasta la actualidad. El trabajo presenta los importantes avances normativos como la Ley de 1955, la reforma del Código Civil de 1984, las reformas del Código Penal y la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. En él los autores hacen especial hincapié en los progresos que el Estado peruano ha realizado para consagrar y garantizar la igualdad jurídica de la mujer respecto al hombre. En tal sentido, la mujer peruana ha pasado de tener un rol eminentemente doméstico a poder ejercer derechos en condiciones de igualdad, no solo siendo titular del derecho de sufragio, sino también se ha producido el reconocimiento de la igualdad de ambos cónyuges dentro del matrimonio. No obstante, el más importante aporte del trabajo se centra en el análisis de los delitos contra las mujeres, como son: feminicidio, acoso sexual, discriminación, lesiones graves, trata de personas, explotación sexual, entre otros. Para concluir que, si bien se ha avanzado mucho para atajar la desigualdad y violencias contra las mujeres, aún queda mucho camino por recorrer para garantizar la plena igualdad y poner fin a

los crímenes que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo y la violencia contra los miembros de la familia.

Luan Amaral de Souza aborda en su trabajo “Saúde e segurança do trabalho: Insalubridade por exposição a agentes biológicos durante a pandemia do Covid-19 no Brasil” las consecuencias derivadas de la declaración por la OMS de la pandemia de Covid-19 y la “Portaria N° 188/2020” del Gobierno Federal que declaró la Emergencia de Salud Pública de Importancia Nacional (ESPIN) como consecuencia de la Infección humana por el nuevo Coronavirus (2019-nCoV). En primer lugar, se realiza un estudio exhaustivo de la alta incidencia de contagio y mortalidad que ha causado el virus en los primeros meses desde su expansión en territorio brasileño. En segundo lugar, procede a analizar la adopción de las medidas vigentes para evitar el contagio por Covid-19 en el ámbito laboral. Por último, siendo este el núcleo del trabajo, se desarrolla la alta litigiosidad producida dentro de la jurisdicción laboral, no solo por incumplimientos de las medidas de salud y seguridad frente al Covid-19 en los espacios de trabajo, con especial atención a los trabajadores sanitarios en contacto con personas contagiadas, sino debido también a otras enfermedades asociadas con la pandemia.

Así, fue posible percibir un diálogo compartido, entendible y ecuánime respecto a los problemas sociales por los cuales atraviesa América Latina, percibiendo la formación de grandes profesionales investigadores capaces no sólo de analizar la situación actual, sino de hacerlo de manera crítica y buscando la protección y garantía de los derechos fundamentales principalmente de las personas miembros de los grupos desaventajados. Es por tal razón, que recomendamos la lectura de cada uno de los artículos presentados en presente dossier académico.

Finalmente, queremos nuevamente agradecer a la Universidad Federal de Uberlândia, a la Facultad de Derecho y a su revista por esta oportunidad que nos acerca aún más en el proceso de internacionalización de la ciencia jurídica.



Sevilla/Cochabamba, 21 de abril de 2022

Alex Cabello Ayzama
Universidad Privada del Valle (UNIVALLE - Bolivia)

Laura Flores Anarte
Universidad de Sevilla (España)

Rosario Naranjo Román
Universidad de Sevilla (España)

O cumprimento da pena por idosos em tempos de pandemia: um debate à luz da tutela dos Direitos Humanos

The fulfillment of sentences by elderly people in times of pandemic: a debate in light of the protection of humans

Manuella de Oliveira Soares¹

Fabiola Módena Carlos²

Resumo: A presente pesquisa discorre sobre a realidade da população idosa encarcerada, quanto aos seus direitos constitucionais garantidores de dignidade humana, diplomas normativos internos e externos de proteção; a condição do preso nessa faixa etária dentro do sistema penitenciário e o significado desse envelhecimento. Tem como objetivo investigar as condições das prisões brasileiras para abrigar grupo de idosos e se as normas protetivas do idoso conseguem ser aplicadas em sede prisional, principalmente durante a pandemia do COVID-19. Para o desenvolvimento desta pesquisa, foi usada uma abordagem indutiva diante de um cenário com poucos censos demográficos, elaborando de forma qualitativa uma revisão de literatura descritiva a partir de fontes primárias e secundárias, com base na técnica monográfica. Como resultados, este estudo evidenciou que, apesar do envelhecimento da população brasileira ser notório, ainda não há a preocupação necessária em relação a esse grupo etário dentro dos estabelecimentos prisionais. Faltam políticas públicas de prevenção, manutenção e ressocialização de grupo. Além disso, restou concluído que há necessidade de maiores estudos sobre o assunto, com uma visão interdisciplinar e igualitária, principalmente nesse momento de pandemia, onde estão sendo desrespeitados vários direitos das pessoas idosas.

Palavras-chave: Direitos humanos. Idoso encarcerado. Vulnerabilidade.

Abstract: This research discusses the reality of the incarcerated elderly population, regarding their constitutional rights that guarantee human dignity, internal and external normative diplomas of protection; the condition of the prisoner in this age group within the penitentiary system and the meaning of this aging process. It aims to investigate the conditions of Brazilian prisons to house a group of elderly people and

¹ Doutora em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru; Mestre em Direito Processual Civil pela UNIPAR; Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; Graduada pela Universidade Estadual de Maringá, Professora do curso de graduação de Direito e da Pós-graduação “Direito e Vulnerabilidade” da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul; Advogada. E-mail: manuellasoaressuems@gmail.com. ORCID: 0000-0002-5425-6867.

² Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados, acadêmica da Pós-Graduação “latu sensu” em Direito e vulnerabilidade da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, advogada. E-mail: famodena@gmail.com

whether the protective rules for the elderly can be applied in prisons, especially during the COVID-19 pandemic. For the development of this research, an inductive approach was used in a scenario with few demographic censuses, qualitatively elaborating a descriptive literature review from primary and secondary sources, based on the monographic technique. As a result, this study showed that, despite the aging of the Brazilian population being notorious, there is still not the necessary concern regarding this age group within prison establishments. There is a lack of public policies for the prevention, maintenance and rehabilitation of groups. Furthermore, it was concluded that there is a need for further studies on the subject, with an interdisciplinary and egalitarian view, especially at this time of pandemic, where various rights of the elderly are being disrespected.

Keywords: Human rights. Elderly incarcerated. Vulnerability.

1. Introdução

O Brasil está envelhecendo. Uma condição natural com o passar do tempo, pois a expectativa de vida aumenta com o acesso a melhores instrumentos da saúde, prevenindo doenças quando ainda jovens e amparo médico mais igualitário a todas as pessoas. As normativas nacionais contribuem para a proteção integral e prioritária dessa parcela da população, no entanto ainda há segmentos não muito explorados e apáticos quanto a sua proteção, e aqui estão os idosos encarcerados.

Não se sabe ao certo seus percentuais de homens e mulheres, doentes ou não. Ainda há uma escuridão sobre o tema, o que dificulta muito a pesquisa. Muito embora a incerteza com números precisos, é sabido que naturalmente os idosos ocuparão cada vez mais o sistema prisional e por isso deve haver a implementação de políticas públicas que os recebam de forma digna e humana.

O trabalho se inicia tratando das normativas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos dos idosos, inclusive em sede internacional. Após, aborda a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional e fundamento da República, servindo como base

estrutural de toda Constituição e legislação infraconstitucional, o comportamento da sociedade e a conduta do Estado.

Adiante, trata do costumeiro quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura do sistema prisional, havendo necessidade de transformações estruturais da atuação do Poder Público e de uma pluralidade de autoridades para alterar a situação de inconstitucionalidade. E, por fim, cuida de estudar o cenário dos idosos no sistema prisional apresentado, inclusive com a abordagem sobre a pandemia do COVID-19.

2. Proteção constitucional e infralegal da pessoa idosa

A Constituição Federal de 1988, no art. 230³, prevê expressamente em seu capítulo da Ordem Social, a proteção da dignidade da pessoa humana. A proteção constitucional aos idosos dada pela Constituição Federal de 1988, percebendo o envelhecimento da nossa população, tomou uma atitude proativa com o intuito de salvaguardar as pessoas idosas e seus direitos, impondo a família, a sociedade e ao Estado a responsabilidade no tocante a sua proteção (MAZZUOLI, 2020).

Além disso, também cuida da dignidade da pessoa humana em outros títulos, capítulos e artigos, como no art. 1º, inciso III, que traz como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, configurando-se como um princípio norteador das políticas

³ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

públicas. Tais políticas, portanto, devem ser elaboradas com observância ao referido princípio, uma vez que é o homem na configuração constitucional atual o centro e o fim da atividade estatal (MAZZUOLI, 2020).

Por certo que a dignidade da pessoa humana por ser qualidade intrínseca a todas as pessoas, independentemente de sua raça, credo ou condição social, apresentando uma estreita ligação com o princípio da igualdade. Assim, todos são iguais e possuem a mesma dignidade, não se admitindo preconceitos e discriminações.

Dentro deste contexto, o homem e o respeito à sua dignidade tornaram-se o foco de todo o sistema jurídico, pois “a dignidade da pessoa humana é um super princípio do sistema jurídico [...], valor supremo consagrado no texto constitucional e que informa todo o sistema jurídico” (SIQUEIRA, 2009, p. 253).

No mesmo sentido, com fundamento na atividade estatal, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa, mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública. O princípio democrático do poder exige que a pessoa humana, na inteireza da sua dignidade e cidadania, se volte toda a atividade estatal. Neste aspecto, na interpretação axiológica, que leva em conta os valores protegidos pela norma jurídica, pode-se dizer que o valor supremo da Constituição é o referente à dignidade da pessoa humana (SLAIBI, 2006).

Para tanto, tal princípio aduz que as ações estatais preservem as condições de dignidade da pessoa humana já existentes e as que ainda devem ser conquistadas, tornando possível o pleno exercício e fruição pelos indivíduos em geral, em especial os idosos. Não se pode deixar de observar o fato que a expectativa de vida aumenta dia a dia e as condições necessárias para que os direitos dos idosos sejam garantidos e preservados são cada vez mais imprescindíveis.

Dessa forma, a família, a sociedade e o Estado, com base nos princípios da solidariedade e proteção, têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (LENZA, 2016).

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida, à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitem um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. Os programas de amparo aos idosos são executados preferencialmente em seus lares (LENZA, 2016), o que corrobora com inúmeros pedidos, em especial da defensoria pública dos estados na conversão de prisões temporárias ou preventivas de liberdade em prisões domiciliares.

Por outro lado, não se pode subjuguar que há segregação entre aqueles que atingiram a melhor idade pelo decorrer de uma vida normal, como também aqueles que a atingiram de forma marginalizada, incluindo aqui em especial os presos idosos ou mesmo os egressos idosos. Haveria aqui a sobreposição de seus direitos constitucionais de proteção a sua dignidade humana? Seriam eles, mesmo que idosos detentos, vistos como parcela especial de proteção, diante de suas vulnerabilidades naturais?

Em tempos comuns, o estudo sobre a proteção dessa população encarcerada não trouxe grandes adeptos, contudo diante do atual cenário, em que o mundo assiste atônito a maior pandemia vista em gerações, o tema vem à tona sobre enorme relevância.

Muito embora, normas infraconstitucionais tratam do direito do idosos, como a Lei nº 10.741/2003, marco significativo dos direitos sociais no Brasil, acolhendo além da garantia de prioridade, outros direitos como envelhecimento sadio e livre de quaisquer formas de violência e discriminação, com significativos julgados que estão atentos aos direitos e

sua indisponibilidade dos direitos humanos e fundamentais dos idosos, há ainda muito o que proteger (MAZZUOLI, 2020).

O Estatuto do Idoso adotou o critério cronológico (idade de 60 anos) para regular os direitos das pessoas idosas, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Ademais, o Estatuto do Idoso protege ainda mais os direitos fundamentais em seu art. 2⁴ e constitui parte de um microssistema jurídico, porque possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do idoso. Além disso, o Estatuto do Idoso conta com temas interdisciplinares, abrangendo temas do Direito Civil, Constitucional, Administrativo, Penal, Processual Penal, os que se conectam com outras normas jurídicas, formando um “bloco normativo” (BRANCO *et al.*, 2020, p. 42).

Contudo, o Estatuto do Idoso não faz menção aos idosos presos. Todavia, mesmo sendo omissivo, podemos interpretá-lo da seguinte forma: que os direitos destinados aos idosos abrigados em instituições sejam estendidos a idosos presos e assim, como para aqueles, deveriam ter prioridade de atendimento na pandemia e serem protegidos em relação ao abandono afetivo, entre outros direitos previstos no Estatuto.

Afirma o secretário Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, Antônio Costa, que “é preciso despertar um novo olhar da população, dos gestores e das próprias políticas públicas sobre a necessidade de abraçarmos as ações e cuidados com a população idosa, que é a mais crescente no Brasil” (GOVERNO, 2020).

Mas não é o que acontece em relação aos presos idosos, que não recebem a proteção do Estatuto.

⁴ Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através de projeção feita pela Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica da Diretoria de Pesquisas, o Brasil tem para o ano de 2020 população em 211.755.692 (duzentos e onze milhões e setecentos e cinquenta e cinco mil e seiscentos e noventa e dois) habitantes, sendo pouco mais de 30 milhões de pessoas idosas. Entretanto, o percentual de população presa com mais de 60 anos no país é menor do que o quantitativo de habitantes em território nacional, conforme demonstra os dados a seguir: População Idosa Nacional 30.197.077 pessoas, o que representa 14,26% da População Nacional. Já a População Idosa Presa é de 11.374 pessoas (Infopen de dezembro de 2019), representando apenas 1,52% da População Prisional (DEPEN, 2020).

Como o Estatuto do Idoso traz previsão do princípio da prioridade absoluta em favor da pessoa idosa, a mesma deve se estender a todos os idosos do país, inclusive os presos. Todas as preferencias na formulação e execução de políticas públicas para esse grupo etário devem incluir também os encarcerados idosos.

3. Direitos Humanos fundamentais dos idosos

Curiosamente os direitos humanos dos Idosos é o tema menos tratado no direito internacional público. Antes era previsto praticamente somente na legislação interna e normas de *soft law*. O foco da proteção jurídica a esse grupo de pessoas não se faz totalmente presente no sistema global de direitos humanos, como defende Mazzuoli (2020) e complementa dizendo que de fato não há no plano global de proteção instrumentos jurídicos de *hard law* que padronizem os direitos dos idosos, o que leva a crer que tal categoria não tem sido destaque no plano internacional de direito público.

No entanto, alguns princípios tem sido vetores capazes de conduzir as atividades dos Estados no que tange a implementação e proteção dos direitos dos idosos, são eles os chamados Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas da ONU. Divididos em quatro eixos, tais Princípios reconhecem às pessoas idosas os núcleos de proteção relativos à independência, a participação, à assistência e à realização pessoal (MAZZUOLI, 2020).

No plano internacional, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou em 28 de setembro de 2012 uma resolução proposta pelo Brasil e Argentina de reconhecimento dos direitos humanos dos idosos. O texto compreende as dificuldades de implementação dos direitos dos idosos em plano global, determina a realização de consultas públicas sobre a matéria e solicita aos Estados que efetivem tais direitos por meio de políticas públicas antidiscriminatórias em razão da idade (MAZZUOLI, 2020). Com o intuito de efetivar urgentemente os direitos dos idosos, o sistema interamericano trouxe no art. 17⁵ do Protocolo de San Salvador a previsão do chamado “direito a proteção especial na velhice”.

Em verdade, em que pese alguns documentos internacionais sobre o tema, todos em caráter *soft law*, ou seja, não cogentes para os Estados que os incluem, como a Carta de San José sobre Direitos dos idosos de América Latina e Caribe (11 de maio de 2012), argumenta Mazzuoli (2020), que há um desinteresse em tratar sobre os idosos, o que reconhece que a idade

⁵Art. 17. Proteção das pessoas Idosas

Toda pessoa tem direito a proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de maneira progressiva, as medidas necessárias a fim de por em prática este direito e, especialmente, a:

- a) proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que não disponham delas e que não estejam em condições de adquiri-las por seus próprios meios;
- b) executar programas de trabalho específicos, destinados a proporcionar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividades produtivas adequadas às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos;
- c) promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

continua a ser motivo explícito e simbólico de discriminação que afeta o exercício de todos os direitos humanos na velhice e que as pessoas idosas necessitam de especial atenção do Estado.

Por fim, felizmente em 2015, o continente americano destacou-se como a primeira de todas as regiões a organizar uma normativa própria de proteção dos Direitos Humanos, a chamada Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos Humanos dos idosos, “essa aprovação representa um importante passo para sedimentar as conquistas dos idosos e certamente um passo fundamental para se conseguir uma Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa Idosa, no âmbito da ONU” (PORTAL DO ENVELHECIMENTO, 2021). A Convenção dispõe a idade de 60 anos ou mais, com exceção se a lei interna determinar uma idade base menor ou maior⁶.

Notadamente, em dezembro de 2020, com a alta incidência de mortalidade na população idosa, o Conselho Nacional Dos Direitos Humanos apresentou Recomendação nº 22 para que os trâmites para a internalização da citada Convenção sobre a Proteção dos Idosos desse seguimento no Brasil. Tal Recomendação se baseou no fato de que está havendo a inversão da pirâmide etária brasileira, o crescimento constante da população idosa e a subsequente necessidade de sua proteção e sua especial vulnerabilidade da população idosa frente ao COVID-19.

O envelhecimento da população brasileira segue a tendência percebida em diversos lugares do mundo. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), já são 30,2 milhões de idosos, 4,8 milhões a mais do que em 2012. Isso representa um aumento de 18% na quantidade de pessoas acima dos 60 anos (IPEMED, 2019).

⁶ Art. 2º Definições. Para os fins da presente Convenção, entende-se por: (...)

“Idoso”: Pessoa com 60 anos ou mais, exceto se a lei interna determinar uma idade base menor ou maior, desde que esta não seja superior a 65 anos. Este conceito inclui, entre outros, o de pessoa idosa.

Dentro desse grupo de idosos, estão os idosos encarcerados. No item seguinte, será abordada essa questão do idoso quando se encontra encarcerado.

4. A vulnerabilidade dos presos acima de 60 anos

Em 2015 foram atualizadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos (Regras de Nelson Mandela), depois da constatação da existência de mais de 10 milhões de pessoas encarceradas no mundo (RAMOS, 2016). Tais regras não tem pretensão de descrever um sistema penitenciário uno, mas sim de trazer princípios e regras básicas para a organização penitenciária e o tratamento de reclusos que devem servir de estímulos e esforços no sentido de promover sua aplicação (RAMOS, 2016). Essas regras defendem que o sistema prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade.

Muito embora haja a previsão de regras mínimas a serem cumpridas para dignificar o ser humano encarcerado e para restaura-lo a sociedade, sabe-se que a realidade brasileira é de total inaplicabilidade das normas. Sobre o assunto, exemplifica Ramos (2016) com a superlotação em presídios, reclusão de presos em celas não separadas de outra categoria, as péssimas condições de higiene e salubridade, abusos físicos e sexuais das mais variadas formas, bem como o controle de presídios por organizações criminosas.

O Estatuto do Idoso define a pessoa idosa como aquela com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do art. 1º e respeitando a referida Convenção Interamericana. Neste viés é importante destacar também que em 16 de abril de 2020, Ministério da Justiça, emitiu Nota Técnica sob o n.º

16/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, esclarecendo a necessidade de os encarcerados serem separados por grupos:



O cidadão preso à sociedade, com base em normativos nacionais e internacionais, designou, em atenção aos procedimentos de custódia de pessoas idosas, destaca se o que enuncia o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODOC), através das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos - Regras de Mandela -, sobre classificação e individualização: Regra 93 1. As finalidades da classificação devem ser: (a) De separar os reclusos que, pelo seu passado criminal ou pela sua personalidade, possam vir a exercer uma influência negativa sobre os outros reclusos; (b) De separar os reclusos por grupos tendo em vista facilitar o seu tratamento para a sua reinserção social. 2. Há que dispor, na medida do possível, de estabelecimentos separados ou de secções distintas dentro de um estabelecimento para o tratamento das diferentes categorias de reclusos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2020)

Tema foi abordado na tese da pesquisadora Marina Portela Ghiggi (2012), intitulada “Vulnerabilidade etária no cárcere: ausência de reconhecimento do idoso nas políticas públicas penitenciárias brasileiras”, do Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Direitos Humanos (PPGPSDH) da Universidade Católica de Pelotas (UCPel), onde o foco de estudo é a ausência de políticas públicas para um grupo praticamente esquecido e salientou que “há garantias destinadas para outras minorias, como as mulheres e os LGBT, mas no idoso na cadeia não se pensa”.

A pesquisadora cruzou dados de pesquisas estrangeiras que abordavam o contexto de idosos em prisões da Inglaterra, do País de Gales e dos Estados Unidos. Tal análise levantou algumas particularidades, como a inaptidão dos presos com mais idade aos trabalhos prisionais disponíveis e, também, ao sentimento que possuem de solidão, uma vez que não recebem visitas.

Pesquisas como essas e outras tendem a ser mais frequentes, uma vez que com o aumento da população idosa no Brasil, haverá aumento carcerário nessa faixa etária. Nesse ponto torna uma grande retórica a proteção dos direitos fundamentais estruturais aos grupos vulneráveis em

especial os idosos em relação a dignidade humana como formalmente contemplado pela Constituição Federal e exposto por Sarmiento em sua obra,

Além dos direitos universais, a Constituição também voltou os seus olhos para a proteção dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, instituindo normas voltadas à defesa de mulheres, consumidores, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, afrodescendentes, quilombolas, pessoas com deficiência e presidiários. Ela não se contentou com a proclamação retórica da igualdade formal, direcionando-se também à promoção da igualdade material, sem prejuízo da preocupação com o reconhecimento e com o respeito à diferença. Nesse sentido, tratou-se da primeira de nossas constituições a contemplar alguma abertura para o multiculturalismo, ao incumbir-se da proteção das diferentes identidades culturais e étnicas que compõem a Nação brasileira. (SARMENTO, 2012, p.138).

Com fundamento, norteia a premissa que pessoas idosas que vivem em privação de liberdade tendem a ter dificuldade de locomoção e diversas comorbidades, consequência também do tipo de vida que levaram até então. Normalmente os presos idosos são amparados pela solidariedade de pessoas mais jovens que, voluntariamente, os assistem sem nenhum compromisso formal, já que o sistema prisional não tem cuidadores em sua estrutura funcional. Ademais, os presídios, que sempre estão em grande lotação, não possuem estruturas e nem arquitetura apropriada para receber pessoas com dificuldade de acessibilidade, o que mostra um verdadeiro caos e omissões a dignidade do preso idoso, verdadeiro desrespeito a esse grupo encarcerado.

A precariedade do sistema prisional se acentua quando tratamos dos encarcerados idosos. O adoecimento, especificamente, modifica a rotina dos indivíduos e corrobora a perda da qualidade de vida. Para os idosos encarcerado há forte associação entre envelhecimento e enfermidades, não se concebendo a possibilidade de um envelhecimento saudável, havendo lacunas singulares na proteção integral da saúde, reconhecendo as particularidades desse grupo. Atente-se ainda que o ambiente prisional se

torna insalubre por dificultar o convívio familiar, visto que é consenso na comunidade científica que a permanência do idoso em seus núcleos familiares e comunitários contribui para seu bem-estar (CAMARANO; PASINATO, 2004).

Com relação a função da prisão, é importante citar Zaffaroni que faz a seguinte observação “[...] cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo” (ZAFFARONI, 1991, p. 57).

Outra importante arguição é quanto ao trabalho nas prisões, uma vez que este permite manter a autonomia, além de garantir remissão de pena e afastar a inércia, favorecendo também o convívio social (SHIKIDA; BROGLIATTO, 2008), sobretudo em indivíduos idosos que sentem a necessidade de manter sua autonomia e capacidade de decisão sobre as situações do cotidiano, sendo esta condição primordial para a manutenção da qualidade de vida (OLIVEIRA, 2006).

Nessa perspectiva, acredita-se que os idosos inseridos no âmbito prisional são privados não apenas da liberdade, mas, também, de parte da sua autonomia, na medida em que a eles quase nunca é permitido exercer uma atividade laboral. Esse é um fator a ser considerado, pois saúde não se restringe ao controle e à prevenção de agravos e doenças, mas à interação entre a saúde física, a saúde mental, a independência financeira, a capacidade funcional e o suporte social (RAMOS, 2000).

Marina Portella Ghiggi (2012), em seu artigo sobre Envelhecimento e Cárcere argumentou que apesar de a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) considerar idosa a pessoa a partir de 60 anos de idade, isso não alterou o Código Penal Brasileiro, que em seu art. 115, prevê a redução de metade dos

prazos de prescrição quando o criminoso for, na data da sentença, maior de 70 anos.

O impacto do Estatuto do Idoso para o estabelecimento do conceito de idoso para fins penais, refere que o Código Penal faz diferenciação inconstitucional, por violação da igualdade, entre o idoso vítima e réu (MARTY, 2007). No mesmo sentido, Prado é categórico ao referir que: “[...] no que se refere ao marco etário de 70 (setenta) anos, com a edição da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) passa a ser ele de 60 (sessenta) anos, para efeitos de prescrição da pretensão punitiva, numa interpretação favorável constitucionalmente assegurada (art.5º, XL, CF)” (PRADO, 2004, p. 731). O mesmo ocorre com o Código de Processo Penal, como por exemplo, a possibilidade de prisão cautelar domiciliar só abrange as pessoas com idade de 80 anos ou mais.

As diferenciações legislativas que permeiam o idoso não se respaldam em estudos que possam coadunar com tais diferenciações e são apenas aduzidas pelo bom senso do legislador, não podendo falar em realidade absoluta. Chama atenção, muitas vezes, essa possibilidade de envolvimento do idoso com o sistema penal e prisional não é lembrada pela sociedade, principalmente em virtude da ênfase que a mídia concede à violência cometida contra o idoso, gerando a sensação de que os idosos são frágeis e incapazes de cometer delitos, e isso prejudica o estudo pela outra ótica, disponibilizando reflexões acerca dos direitos humanos concedidos aos idosos criminosos encarcerados (GHIGGI, 2012).

A mesma autora cita como forma de contensão o estudo da Criminologia e a Gerontologia, que é o estudo do envelhecimento, e o que fazer para se ter uma melhor qualidade de vida ao longo dos anos. O autor destacou que a Geronto-Criminologia: a anti-socialidade na velhice, de autoria de Heber Soares Vargas foi a única obra brasileira localizada que tem por objeto a junção das duas disciplinas. Vargas explica que a Geronto-

criminologia, como disciplina científica, “é o estudo sistemático do homem velho, considerado no âmbito das infrações penais e outras reações antissociais, tendo em vista o aumento progressivo da criminalidade geriátrica” (GHIGGI, 2012).

Acredita-se que por intermédio da Geronto-criminologia é possível que se analise com maior propriedade alternativas à questão do idoso envolvido com o sistema penal. Primeiramente, urge que sejam exploradas formas de evitar que esse envolvimento ocorra, a partir de políticas públicas de inclusão social de idosos e finalmente, maneiras de como afastar a prisão, sempre que possível, quando as medidas preventivas tiverem falhado e o idoso já estiver envolvido com a criminalidade também são pontos a serem implementados (GHIGGI, 2012).

Por exemplo, há previsão de muitas condutas criminais para àqueles que atentarem, de alguma forma, contra o idoso. Uma das hipótese é o tipo penal especificamente destinado a punir a discriminação de pessoa idosa e seu abandono em casas de saúde e instituições de longa permanência (art. 96 e 98). Poderíamos interpretar que tal abandono além de familiar, também seria estatal e em relação aos idosos encarcerados? Essas e muitas outras dúvidas existem no estudo do preso idoso.

Sendo assim, o que fica explícito é que a necessidade de reconhecimento das peculiaridades do envelhecimento é também medida que se impõe em um estado que se pretende democrático de Direito.

5. A presunção legal da situação de risco das pessoas idosas com relação ao Covid-19

À medida que a pandemia foi avançando, tornou-se indiscutível que se deve evitar aglomerações para conter a disseminação do vírus, principalmente em locais fechados. Em divulgação, a UNODC argumentou que o terrível risco que a Covid-19 está colocando no cenário prisional, traz

de volta aos holofotes os apelos de longa data do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e das Nações Unidas (ONU) para enfrentar a superlotação prisional, para limitar a prisão a uma medida de último recurso e para cumprir plenamente o dever de cuidado que os Estados assumem ao privar os indivíduos de sua liberdade.

Constatou-se que a incidência maior dos casos graves e mortes são nos portadores de doenças crônicas (diabetes, hipertensão, doenças cardíacas, doenças pulmonares), portadores de doenças respiratórias, de doenças renais, imunodeprimidos, pessoas com deficiência, pessoas com doenças autoimunes, gestantes e lactantes, pessoas com cirrose hepática e idosos. Os idosos conjugam a idade com uma série de possíveis doenças de risco. Dados da OMS apontam que esse fatores, até 2 de janeiro de 2021, foram responsáveis por 74,2% das 191 mortes analisadas (PODER 360, 2021).

O Brasil tem, proporcionalmente, menos idosos do que países que lideram a lista de casos registrados de covid-19 no início da pandemia. Apesar disso, são 28,7 milhões de brasileiros nessa faixa etária, contra 17,8 milhões de italianos, por exemplo. Ou seja: há no Brasil vasta população em idade de maior risco para a doença (PODER 360, 2021).

Dados de janeiro a junho de 2020 apontam que aumentou de 755 mil para 759 mil o número de presos no Brasil em diferentes regimes prisionais (PODER 360, 2021). O Conselho Nacional de Justiça apresentou, em 17 de março de 2020, recomendações aos Tribunais e Magistrados sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo referente aos grupos de risco e inclusive idosos⁷.

⁷ Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a)

A Portaria nº 454, de 20 de março de 2020, declarou em todo o território nacional o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19), trouxe especificamente que as pessoas idosas deveriam observar o distanciamento social, restringindo seus deslocamentos para realização de atividades estritamente necessárias, evitando transporte de utilização coletiva, viagens e eventos esportivos, artísticos, culturais, científicos, comerciais, religiosos e outros com concentração próxima de pessoas.

Se há contaminação comunitária e os idosos fazem parte do grupo de risco, não há dúvida de que a população idosa encarcerada se encontra em ainda maior situação de risco (Estado de Coisas Inconstitucional já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347).

Como é notório, o sistema carcerário está distante do que foi idealizado na legislação e o que determinam os diplomas internacionais, conforme inclusive o julgado divulgado no INFO 798 do STF⁸.

mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

⁸ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e

Posto isso, o Habeas Corpus coletivo foi impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo ao TJSP, logo depois por outros estados, que pediu o relaxamento ou revogação das prisões das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sob alegação de que esses presos faziam parte do grupo de risco de contágio da doença entre outras:

Liminarmente, o imediato RELAXAMENTO ou, alternativamente, a REVOGAÇÃO de todas as PRISÕES PREVENTIVAS e TEMPORÁRIAS decretadas contra pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos por decisões de primeira instância com extensão ex officio às decisões dos órgãos fracionários desse Tribunal de Justiça, expedindo-se o competente ALVARÁ DE SOLTURA; b) Liminarmente, a concessão da saída antecipada para todas as pessoas idosas presas dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal; c) Na eventualidade de não concessão de nenhum dos pleitos formulados no item anterior, a concessão da ordem para determinar a concessão de PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR por motivos humanitários a todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos presas provisoriamente por decisões de primeira instância, ou com direito a saída antecipada, com extensão ex officio às decisões dos órgãos fracionários desse Tribunal de Justiça, expedindo-se os competentes ALVARÁ DE SOLTURA; d) Subsidiariamente, o imediato RELAXAMENTO ou, alternativamente, a REVOGAÇÃO de todas as PRISÕES PREVENTIVAS e TEMPORÁRIAS decretadas contra pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, por decisões de primeira instância com extensão ex officio às decisões dos órgãos fracionários desse Tribunal de Justiça, expedindo-se o competente ALVARÁ DE SOLTURA; e) ao menos aquelas acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça contra a pessoa por, com extensão ex officio às decisões desse Tribunal de Justiça, sejam colocadas, aquelas presas preventivamente, em liberdade provisória ou, ao menos, em prisão domiciliar e aquelas presas cumprindo pena seja substituída pela prisão domiciliar. f) após regular trâmite do feito, no mérito, que seja concedida a ordem para confirmar a liminar requerida, ou, em caso de não concessão de liminar, que seja concedida a ordem da mesma forma, conforme pedidos principais e subsidiários detalhados acima. (fls. 1/53). (CONJUR, 2020).

Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015 e Publicado no Dje 19/02/2016) (DIZERODIREITO).

No entanto, em sede de liminar o TJSP negou Habeas Corpus coletivo para todos os presos, o que foi seguido por outros Tribunais⁹. No mesmo sentido, o ministro Rogério Schietti Cruz indeferiu *Habeas Corpus* coletivo no qual a Defensoria Pública do Amazonas pedia a concessão de prisão domiciliar para todos os presos do regime fechado do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, que fossem integrantes do grupo de risco¹⁰.

Segundo Schietti, o surgimento da pandemia não pode ser utilizado como "passe livre" para impor ao juiz das execuções a soltura geral de todos os encarcerados, sem o conhecimento da realidade de cada situação específica (HC 572.292). O entendimento é no sentido de que o pedido não deve ser feito e nem analisado de forma genérica, mas de forma individualizada, constatando caso a caso a situação de risco e comorbidade.

Os idosos presos são abandonados de todas as formas, desde seu esquecimento pela própria família, como também pelas políticas públicas. São invalidados e esquecidos inclusive quanto aos seus direitos fundamentais estruturantes e consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Um exemplo recente foi o ofício da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina cobrando da Secretaria de Estado da Saúde a vacinação de detentos com mais de 60 anos (grupo com cerca de 330 pessoas no Estado), que despretensiosamente foram esquecidos de serem vacinados prioritariamente por estarem na condição de presos, noticiado pelo G1:

Esses idosos e deficientes não perdem essas características pelo fato de estarem presos, pelo contrário. O risco que eles correm é

⁹ “[...] não há, na petição inicial, a qualificação e especificação de pacientes que estejam sob suspeita ou, de fato, infectados pelo coronavírus, que justifiquem eventual colocação em liberdade ou em prisão albergue domiciliar, sem prévia observância dos ritos legais e das medidas indicadas pela Recomendação nº 62/2020.”

¹⁰ “O temor demonstrado pela impetrante é louvável, mas deve ser analisado em cotejo com a missão do direito penal”, declarou o ministro, acentuando o risco da liberação de presos perigosos e a necessidade de uma avaliação individualizada dos pedidos.”

ainda mais acentuado por isso, por estarem em um ambiente sem distanciamento, sem equipamentos de segurança. Se não houver uma reserva de doses agora, eles vão ser vacinados somente lá na frente com o restante da população carcerária, mas eles têm um grau maior de risco", explica a defensora. (G1, 2021).

“Estar preso não significa deixar de ser idoso” foi o argumento do Juiz de Joinville ao decidir que incluísse todos os presos idosos na vacinação de primeira etapa e não apenas no grupo de carcerários.

Em contato com o Presídio de Segurança Máxima de Naviraí-MS, verificou-se que há 10 idosos com mais de 60 anos presos, de um total de 684 presos (2021), e que na estrutura construída no ano de 2005/2006 não há local apropriado para receber internos idosos. Não há sequer uma cela com acessibilidade. Assim, confirma-se que não há cuidados especiais, seja de mobilidade ou acessibilidade.

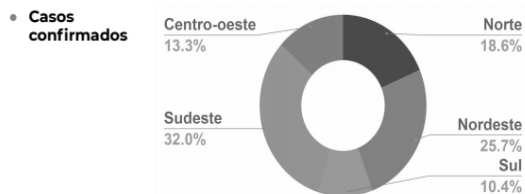
O informante salientou que apenas um enfermeiro faz monitoramento de remédios prescritos e de uso controlado de uma forma geral utilizado pelos idosos (informação verbal).¹¹ Também informou que assim como os Presídios de Joinville, conforme noticiado acima, nenhum preso foi vacinado, nem mesmo os idosos em sua prioritária faixa etária de vacinação. Mais um flagrante de violação dos direitos humanos desse grupo de vulneráveis.

Pois bem, dados estatísticos chocam com informações e decisões como essas, uma vez que, segundo o departamento de monitoramento e fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) (único em escala nacional que traz dados sobre contágios e óbitos também de servidores e sobre a situação de pandemia), os estabelecimentos prisionais brasileiros registraram um crescimento de 99,3% nos casos de contaminação pelo novo coronavírus nos últimos 30 dias, contabilizando 13.778 ocorrências – crescimento de 80,2% ao longo do período, conforme tabelas abaixo demonstram, conforme censo realizado em abril de 2021 que segue:

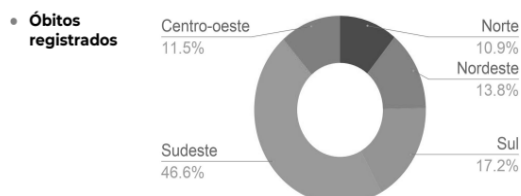
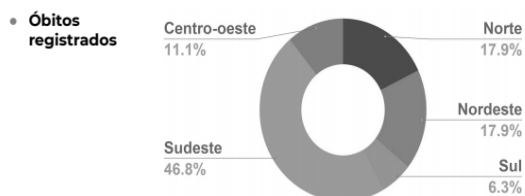
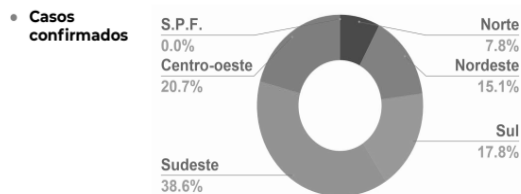
¹¹ Informação fornecida por agente penitenciário do setor jurídico do Presídio de Segurança Máxima de Naviraí-MS em 5 de maio de 2021.

Casos confirmados e óbitos por Região - Sistema Prisional

Servidores



Pessoas Presas



Fonte: CNJ

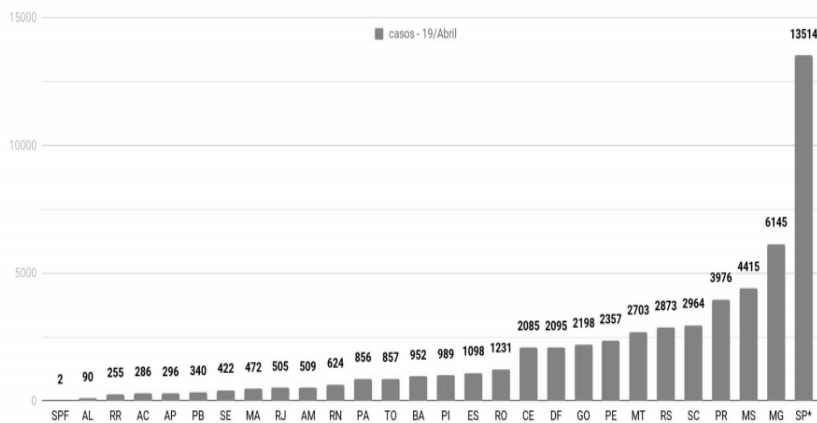
Número de casos e óbitos por UF - Sistema Prisional

Pessoas Presas

A incidência de casos deve ser analisada à luz dos contextos locais, com especial atenção para:

- o tamanho das populações privadas de liberdade nesses estabelecimentos e seus respectivos quadros de servidores;
- a política de testagem adotada por cada Unidade da Federação nessas instituições;
- a transparência e regularidade na divulgação dessa informação.

UFs que apresentam maior número absoluto de casos registrados não necessariamente são aquelas com situação mais alarmante, uma vez que esse número pode refletir aspectos como: maior quantitativo de indivíduos privados de liberdade; adoção de políticas de testagem em massa, capazes de diagnosticar casos mesmo entre assintomáticos; regularidade quanto à atualização e à divulgação desses dados.



UF	AP	PI	TO	AM	SE	RO	MA	PB	AC	DF	MS	MT	SC	CE	ES	GO	PE	RR	MG	PR	RS	RJ	*SP
ÓBITOS	1	1	1	2	2	2	3	3	4	4	4	4	5	6	6	8	9	9	12	12	13	19	44

*SP: Os dados incluem 2.175 confirmados com exame PCR e 11.295 testes rápidos com resultados positivos, além de 44 óbitos



Fonte: CNJ

Os índices apresentados não deixam claro qual a incidência de mortes entre grupos vulneráveis, contudo já se sabe que estes são os que mais

sofrem com o vírus. Notadamente sabe-se que por atrás das grades, a população dos idosos vive em condições ainda mais degradantes que o restante dos apenados, uma vez que têm muitas doenças e quase sempre se encontram no esquecimento.

O Ministério da Justiça destacou na Nota Técnica n.º 16/2020 que é necessário que se garanta a oferta e atenção integral na rede de serviços do SUS para a população idosa presa, destacando a responsabilidade dos gestores da segurança pública em relação a intermediação aos serviços de saúde, em atenção ao disposto no art. 14 da Lei nº 7.210 (BRASIL, 1984)¹².

Nesses termos, percebe-se que muito embora há legislação e comandos do Ministério da Justiça determinado que se garanta ao idoso preso todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, esse grupo ainda vive preso em situações degradantes que nada ajudam a sua ressocialização. Em diapasão a esses fatos, traz à tona a discussão quanto ao fato de que o Direito Penal não é capaz de cultivar igualdades, uma vez que para o acusado há exclusão, estigma e infortúnio (BARRETO, 2016).

Barreto (2016) diz que há um equívoco buscar igualdade e proteção por meio do Direito Penal, salientando que a própria associação crime, violação dos direitos humanos, utilizada como justificador dos movimentos de criminalização, aqui chamado Direito Penal dos Miseráveis, carrega uma contradição: como defender os direitos mais fundamentais de cada homem se valendo do poder estatal autorizado a suprimir uma parcela deles em nome da ameaça utilitarista da pena?

No entanto, a teoria adotada pelo nosso Código Penal em seu artigo 59 é chamada de teoria mista ou unificadora da pena, pois tem como finalidade da sanção penal tanto a retribuição, quanto a prevenção. Nesse

¹² Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

sentido, observe que o art. 59 do CP utiliza os verbos reprovar e prevenir o crime.

Contudo, pautada na teoria crítica da pena, Zaffaroni (1991) defende a teoria agnóstica, onde a ideia de que a pena teria funções de retribuição e prevenção (geral e especial) é vista com descrença. Para essa teoria, há grande dificuldade em acreditar que a pena possa cumprir as funções manifestas atribuídas a ela, expressas no discurso oficial. Ou seja, as finalidades retributiva e preventiva seriam uma falácia que serve apenas para mascarar e ocultar finalidades e objetivos que seriam as reais funções da pena.

A partir dessa teoria, a pena passa a ser encarada como um ato de poder político e tem como principal função cumprir o papel degenerado de neutralização do sujeito rotulado como criminoso. Ante a identificação da pena como ato do poder político, Zaffaroni (1991) potencializa a possibilidade de restrição do exercício do poder punitivo do Estado de polícia pela ampliação do Estado de Direito.

Nesse sentido, a teoria agnóstica da pena estabelece como objetivo a contenção máxima do poder punitivo pela maximização do Estado Democrático de Direito a partir da realização de políticas criminais voltadas ao humanismo democrático. Assim, busca-se reduzir a violência e a dor provocadas pela pena, por meio da busca de outros meios de punição que não a privação de liberdade e ou sua aplicação somente em casos excepcionais.

Portanto, partindo do reconhecimento da seletividade do sistema penal, propõe-se a reconstrução do direito penal com a finalidade de reduzir a violência do exercício do poder punitivo. Dessa forma, a reintegração social daquele que delinuiu não deve ser perseguida a partir da pena, mas sim apesar dela. Ou seja, a reintegração social deve ocorrer por outros meios que não a própria pena (ZAFFARONI, 1991).

Conquanto, a falta de viabilidade de políticas públicas que evitariam tal aprisionamento e o sobrecarregamento de situações que desfavorecem a saúde dessa população carcerária. Os gastos para essa categoria poderiam ser mais preventivos ou protetivos. Há algumas críticas nesse sentido em relação ao Estado Social, uma vez que alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir (CANOTILHO, 2010).

Decisões do STJ e STF garantem o direito a Saúde de presos, autorizando prisões domiciliares, considerando o estado crítico da saúde e a falta de estrutura básica do sistema penitenciário, pois, muitas vezes, quem administra os vários remédios que o preso tem que tomar é um colega de cela, já que o paciente não tem condições físicas e mentais de se automedicar.¹³

Algo transformador e otimizador deve ser adotado, uma vez que que o Estatuto do Idoso não diferencia idosos soltos ou presos, ações afirmativas a esse grupo devem salientar um possível direcionamento desse grupo para abrigos de idosos, com tratamento diferenciados, e sua reaproximação com a família, inclusive de sua colaboração.

Destarte ser um pensamento utópico da realidade atual, ele deve ser refletido, já que há um desinteresse nessa abordagem para esses grupos marginalizados, não havendo solidariedade da sociedade em geral com quem está lá, já que não esperam estar nesses locais algum dia, principalmente quando forem idosos. As pessoas preferem a omissão, deixar no esquecimento o envelhecer e morrer, caso não ocorra a morte em momento anterior.

Essas observações coadunam com a contradição apontada por Helena Singer, em relação a proteção dos direitos humanos por meio da punição afirmando que:

¹³ “Parece que isso está virando moda, pelo que vemos no noticiário, o Estado não dá [atendimento médico] e obriga um outro preso a prestar um trabalho, o que é vedado pela Constituição; trabalho obrigatório”, afirmou Toffoli. Processo: HC 152.265.

Se a demanda por punição é uma demanda fundamentalmente conservadora, é pouco coerente associá-la a luta pelos Direitos Humanos, sobretudo em um país como o Brasil, em que todas as forças humanitárias tem que se voltar para a sua transformação. Ao demandar punição, os militantes dos Direitos Humanos estão também eles se furtando as questões éticas, e restringindo-se aos aspectos pragmáticos: penalizando-se, inibem-se as condutas que atentam contra os princípios universais da liberdade, igualdade e solidariedade. (SINGER, 1998, p. 10).

Desse modo, se reflexões como essa pudessem ocorrer frequentemente pelo Estado juntamente com a sociedade, mais decisões humanitárias rapidamente teriam acontecido nessa situação de atual pandemia pelo COVID-19, com oferecimento de vacinas prioritárias, prisões domiciliares ou até mesmo com a libertação dessa faixa etária sob a responsabilidade da família ou de abrigos, com o auxílio do Poder Público.

6. Conclusão

Ao desenvolver a pesquisa observou-se que ainda não há muitos estudos sobre o tema em sede nacional e internacional. O assunto é pouco estudado e quase sempre deixado no esquecimento, o que demonstrou a necessidade de implementação de políticas públicas que possam proteger e garantir dignidade ao idoso encarcerado. Conforme se extraiu do presente estudo, os idosos precisam que as leis já existentes sejam efetivas e também que se crie uma específica em relação aos encarcerados em idade avançada.

Os presos idosos, não menos importantes que outros grupos vulneráveis que podem estar no ambiente prisional, carecem de atendimento mais preciso e estudos relevantes de ressocialização e retorno familiar, pois as incapacidades próprias da idade são potencializadas no cárcere, junto com a desesperança.

Com a tendência de envelhecimento no Brasil, a população idosa será cada vez mais representativa e alcançará todos os setores, inclusive o da

criminalidade. É nesse sentido que há necessidade de um estudo mais interdisciplinar, a fim de se viabilizar uma vida com dignidade dentro e fora do encarceramento, uma efetiva ressocialização e reintegração com a família e sociedade.

Além disso, ainda no que se refere à atuação do Estado, como garantidor da ordem pública e dignidade da vida humana, deve ser de sua atribuição a criação de políticas capazes de modificar, ou, ao menos, diminuir o afastamento das pessoas idosas encarceradas de seus familiares, já que a família fortalece a esperança de uma maior expectativa de vida e uma melhora da dignidade nessa faixa etária.

O Poder Estatal deve ter suas políticas voltadas para o idoso, adequando suas normativas proporcionalmente a uma possível saída dessas pessoas do ambiente prisional com a maior brevidade possível, já que o distanciamento de gerações familiares acarreta o seu abandono em uma fase da vida que já não se oferecem muitas oportunidades.

Em tempos de pandemia, essa proteção ao idoso preso deve ser ainda maior, já que fazem parte do principal grupo de vulneráveis. O fato desses idosos não estarem em liberdade, não pode retirar-lhes o direito de serem protegidos, já que o direito à saúde é universal e irrestrito.

Portanto, diante desse estudo, entende-se haver a necessidade de um olhar mais atento ao complexo cenário dos idosos encarcerados, garantindo-lhes a efetividade de seus direitos constitucionais, normativas internacionais e infraconstitucionais, com a implementação de políticas públicas frente esse novo cenário de envelhecimento do Brasil, principalmente nesse período de pandemia.

Referências

BERZINS, Marília. **Aprovada a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas**. 2015. Disponível em:

<<https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/aprovada-convencao-interamericana-sobre-protecao-dos-direitos-humanos-das-pessoas-idosas/>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BORGES, Caroline. Covid-19: DPE de SC recomenda vacina de presos do grupo de risco e diz que pode responsabilizar governo por possíveis mortes. **G1**, 08 abr. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/04/08/covid-19-dpe-de-sc-recomenda-vacinacao-de-presos-do-grupo-de-risco-e-diz-que-governo-pode-ser-responsabilizado-por-mortes.ghtml>>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRANCO, P. G. G.; NETO, M. J. e S.; MOTA, H. M. C.; MONTENEGRO, C. R.; RIBEIRO, C. V. A. **Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Informativo 798 STF**. 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>. Acesso em 01 maio 2021.

CAMARANO, A. A.; PASINATO, M. T. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: CAMARANO, A. A. **Os novos idosos brasileiros muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA; 2004. p. 253-292.

CANOTILHO, J. J. G. **O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)**. Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva. 2010.

CIRNE, M. **Vulnerabilidade de idosos no cárcere é tema de tese da UCPel**. 2020. Disponível em: <<https://ucpel.edu.br/noticias/vulnerabilidade-de-idosos-no-carcere-e-tema-de-tese-da-ucpel>>. Acesso em: 01 maio 2021.

CONJUR. **Habeas Corpus Criminal Nº: 2056672-96.2020.8.26.0000**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-sp-hc-coletivo-idosos.pdf>>. Acesso em 03 maio 2021.

FELIX, R. P. **Estatuto do Idoso**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm., 2020.

GOVERNO. **Governo Federal anuncia recursos para abrigos de idosos**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/governo-federal-anuncia-recursos-para-abrigos-de-idosos>. Acesso em: 21 abr. 2021.

GOVERNO. **Recomendação nº 22, de 18 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/Recomendaon22.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

IBGE. **Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**. 2021. Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em: 02 maio 2021.

IPEMED. **Número de idosos cresce 18% no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://ipemed.com.br/numero-de-idosos-cresce-18-no-brasil/>. Acesso em: 02 maio 2021.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIGALHAS. **STF converte prisão preventiva de idoso em domiciliar por saúde precária**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276678/stf-converte-prisao-preventiva-de-idoso-em-domiciliar-por-saude-precaria>. Acesso em: 02 maio 2021.

MUNDIM, M. **Casos de Covid-19 no sistema prisional aumentam quase 100% em 30 dias**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/casos-de-covid-19-no-sistema-prisional-aumentam-quase-100-em-30-dias/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

OLIVEIRA, L. V. **Cabelos de neve na serra**: verificando os riscos para depressão no idoso [monografia]. Campina Grande: Universidade Estadual da Paraíba. 2006.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 1948. 2018. Disponível em: <http://www.nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

PARADELLA, R. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 02 maio 2021.

PARAIZO, L. **Grave violação aos direitos humanos**: juiz critica falta de vacinação a idosos em presídios de SC. 2021. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/grave-violacao-aos-direitos-humanos-juiz-critica-falta-de-vacinacao-a-idosos-em-presidios>. Acesso em: 30 abr. 2021.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

RAMOS, L. R. Epidemiologia do envelhecimento. In: FREITAS, E. V. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

RODRIGUES, F. **Coronavírus matou 142 mil idosos no Brasil**: conheça situação de 5 países. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/coronavirus-matou-142-mil-idosos-no-brasil-conheca-situacao-de-5-paises/>. Acesso em: 01 mai. 2021.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, D.; NETO, C. P. S. **Direito constitucional - teoria história e métodos de trabalho**: Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

SHIKIDA, P. F. A.; BROGLIATTO S. R. M. O trabalho atrás das grades: um estudo de caso na Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu – PEF (PR). **Revista brasileira de gestão e desenvolvimento regional**, 2008.

SINGER, H. Direitos Humanos e volúpia punitiva. **Revista USP**, São Paulo, n.37, 1998.

SIQUEIRA Jr., P. H. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, J.; SILVA, M. A. M. da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

UNODOC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos - Regras de Mandela**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/covid19/preveno-e-medidas-de-controle---prises.html>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ZAFFARONI, E. R. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Renavan, 2013.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do Direito Penal. Rio de Janeiro: Renavan. 1991.

Artigo recebido em: 13/07/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022

Mulheres e pandemia: a insustentabilidade produtiva, reprodutiva e ecológica do modelo atual

Women and pandemic: the productive, reproductive and ecological unsustainability of the current model

Ana Cecília de Oliveira Bitarães¹

Maria Cecília Máximo Teodoro²

Resumo: A pandemia do coronavírus veio ao mundo de forma abrupta e desmedida. A alta capacidade de transmissão do vírus e a necessidade de isolamento social, para os que puderam fazê-lo – visto a ausência de conhecimento de tratamento e prevenção adequados, colocou e coloca à mostra antigos problemas existentes mal resolvidos. Estruturas de opressão de gênero e do meio ambiente, antes mascaradas, hoje nos mostram como as dinâmicas sociais e produtivas devem ser repensadas. Nesse sentido, a partir de uma revisão bibliográfica propositiva, este artigo se propõe a fazer uma análise geral sobre a situação das mulheres e seus espaços de trabalho no contexto da pandemia, se propondo, ao final, formas paliativas e sistêmicas contra a situação.

Palavras-chave: Pandemia. Mulheres. Ecofeminismo. Opressão de gênero. Opressão do meio ambiente de trabalho.

Abstract: The pandemic of coronavirus came into the world abruptly and beyond measure. The high transmission capacity of the virus and the need for social isolation, for those who could do it - given the lack of knowledge of adequate treatment and prevention, has exposed and exposes old problems that have not been solved. Structures of gender and environmental oppression, previously masked, today show us how social and productive dynamics should be rethought. In this sense, from a propositional bibliographic review, this article proposes to make a general analysis about the situation of women and their work spaces in the context of the pandemic, proposing, in the end, palliative and systemic forms against the situation.

Keywords: Pandemic. Women. Ecofeminism. Gender oppression. Labour and environmental standards.

¹ Mestra em Direito Privado na linha "Trabalho, Democracia e Efetividade" com Distinção Magna Cum Laude pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela PUC/MG. Advogada. Analista Acadêmica do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF).

² Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES; Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP-Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Graduada em Direito pela PUC/MG; Professora de Direito do Trabalho do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da PUC/MG; Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidade Externado da Colômbia; Líder do grupo de pesquisa RED-Retrabalhando do Direito; Pesquisadora; Autora de livros e artigos; Advogada.

1. Introdução: Para além do coronavírus: diagnóstico pandêmico para mulheres

Os anos de 2020 e 2021 serão lembrados por muitos como os “anos que não existiram”. Com a pandemia do coronavírus, o isolamento social foi a medida de segurança mais eficaz para se prevenir do vírus, que conta com enorme potencial de contágio, alta mortalidade e de danos aos infectados.

Escolas, bares, creches, restaurantes, igrejas, academias, salões de beleza, praças, shoppings, praias e mais tantos outros espaços que nunca imaginávamos que pudessem ficar vazios, simplesmente fecharam por recomendação da Organização Mundial da Saúde e decretos municipais e estaduais. Assim, o cotidiano de muitas pessoas foi do público ao privado, das ruas às casas, transformando o ambiente residencial em espaço de todas as esferas da vida: a familiar; a de descanso e a de exercício de atividades produtivas – àqueles que puderam exercer seu trabalho remotamente.

O exercício de todas essas atividades em um mesmo ambiente não é fácil. Principalmente se reúne nesse ambiente várias esferas de atividades da qual se detém responsabilidade. Para muitos os “anos que não existiram” e para outros (talvez aqui “outras” fosse o melhor termo), os anos em que mais se trabalhou, centrando-se na mulher, por um histórico de divisão sexual do trabalho, os mais diversos papéis dentro do lar, para além do próprio trabalho: de cuidado com os filhos, de cuidado com a limpeza da casa, de cuidado com pessoas doentes, de cuidado com pessoas idosas e de cuidado inclusive com parceiros, que usufruem dos cuidados prestados, nos modelos de família patriarcais (ANGELES, 2014).

Enfatiza-se, portanto, o quanto todas as responsabilidades para além do trabalho circundam a noção de “cuidados”. Por mais que sejam também trabalhos e primordiais para manutenção da vida, observa-se injusta a “distribuição social dos cuidados” (ANGELES, 2014) ao se sobrecarregar o

gênero feminino a essas tarefas, quase sempre invisíveis, mormente por situarem em esfera privada.

Apesar do serviço de cuidados ser de extrema importância para a humanidade, é permeado de desvalorização, invisibilidade, menosprezo e sobrecarga às mulheres, como será apontado em tópico a seguir.

2. Na linha de frente do mundo, da pandemia e do caos

A divisão social dos cuidados romantiza as tarefas socialmente destinadas às mulheres como naturais, sob o estereótipo da mulher como a cuidadora, precursora da vida, esteio do mundo, protagonista do carinho, da caridade e do cuidado.

Dentro do trabalho de cuidados, dito por “*care*”, temos o *carework* e o próprio *care*, que, apesar de terem fronteiras bastante tênues, se diferenciam pelo primeiro não ser remunerado, ser aquele visto por amor, ajuda, executado dentro da própria casa por familiares, enquanto o segundo ser a profissionalização do *care* em trabalhos domésticos de cuidado principalmente com a casa, crianças, idosos, enfermos (HIRATA, 2010, p. 42). Ambos os trabalhos se caracterizam pela predominância de mulheres em sua execução e por serem pouco valorizados.

Essa injusta distribuição social dos cuidados acentua a denominada “divisão sexual do trabalho”, conceito em construção e aberto a discussões. Conforme Danièle Kergoat e Helena Hirata (2007, p. 599) nos ensinam, essa forma social de divisão dos trabalhos tem como característica “a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado”, o que abre a reflexão dos espaços ocupados por mulheres e a dificuldade de sua ascensão profissional.

A concepção da família patriarcal foi fundamental para estabilizar os conceitos da divisão social dos cuidados e a divisão sexual do trabalho. Essa

concepção tem talvez como maior referência o modelo familiar cristão e o modo de colonização no Brasil, implantado sobre a grande propriedade e, como apontado por Gilberto Freyre (1933, p. 42), repousado “sobre a instituição da família escravocrata; da casa-grande; da família patriarcal”, o que evidencia também a formação da família colonial lastreada pela escravidão, que classificava povos indígenas das américas e africanos escravizados como seres não humanos, animais e selvagens (LUGONES, 2014).

Vale salientar que cada mulher carrega consigo sua luta, a depender da sua renda mensal, da sua cor, das suas vivências, por onde passou sua vida e quais oportunidades teve. Além disso, a colonização traz marcas de opressão até hoje às mulheres. Nesse período, vale dizer, a mulher negra não era tida por mulher, mas sim como animal para se escravizar e reproduzir crianças instrumento de mão de obra, na mais nefasta interpretação do termo “não humano”. Já a mulher branca, entendida por mulher por ser considerada “civilizada”, era vista como “alguém que reproduzia raça e capital por meio de sua pureza sexual, sua passividade, e por estar atada ao lar a serviço do homem branco europeu burguês” (LUGONES, 2014, p. 936), o que demonstra o complexo e infeliz histórico de submissão da mulher ao homem, carregando por todo esse percurso as mais diferentes consequências.

Os reflexos da divisão sexual do trabalho e divisão social dos cuidados têm e tiveram inúmeras implicações, principalmente nos “territórios”³ profissionais hoje existentes, a depender de diversas características, principalmente do gênero e da cor do trabalhador em questão. Esses

³Posição defendida pela Professora Laís Abramo em sua tese de doutorado, que acredita que percepções socialmente construídas de gênero culminam em dividir os espaços de trabalho em territórios de mulheres e territórios de homens. Em suas palavras: “As imagens de gênero são prévias à inserção de homens e mulheres no trabalho, ou seja, são produzidas e reproduzidas desde as etapas iniciais da socialização dos indivíduos e estão baseadas na separação entre o privado e o público, o mundo familiar e o mundo produtivo, e na definição de uns *como territórios de mulheres* e outros como *territórios de homens*. Por sua vez, essas imagens condicionam fortemente as formas (diferenciadas e desiguais) de inserção de homens e mulheres no mundo do trabalho: tanto as oportunidades de emprego quanto as condições em que este se desenvolve.”

territórios profissionais são ligados a “imagens de gênero” (ABRAMO, 2011, p. 10-11) ante homens e mulheres, formadas a partir de estereótipos presentes desde etapas iniciais da socialização até a inserção dos indivíduos no mercado de trabalho (MOLINIER, 2014, p. 24). Infelizmente, talvez devido a cultura patriarcal e machista até hoje existente, as imagens associadas às mulheres vinculam-na muito a cultura de cuidados – como as responsáveis pelo cuidado com o ambiente doméstico, com a maternidade, com enfermos, dificultando a entrada, permanência e ascensão no mercado de trabalho de muitas (ABRAMO, 2010).

As consequências, portanto, dessa disparidade estão apostas. Implicam em desvantagem na entrada do mercado de trabalho pelas mulheres, formando territórios profissionais femininos quase sempre pouco valorizados. A exemplo de territórios femininos, temos hoje categorias, principalmente as aglutinadas dentro do trabalho dos cuidados, sendo elas as das empregadas domésticas, as diaristas, as babás, as cuidadoras (auxiliares de enfermagem), as cuidadoras (técnicas de enfermagem) e as cuidadoras (nível superior Enfermagem), devendo salientar que há diferença entre o cuidador(a) que atua como auxiliar de saúde e o que atua como prestador de serviços relacionados às atividades domésticas (FARIA, 2019, p. 30).

A cultural destinação desses trabalhos de cuidados às mulheres implica em grandes consequências a elas, que se veem em dificuldades constantes de ascensão profissional, como se houvesse uma espécie de “teto de vidro” nessa escalada, com “a barreira que, de tão sutil, é transparente, mas forte o suficiente para impossibilitar a ascensão das mulheres” aos altos escalões hierárquicos empresariais” (TEODORO, 2017 apud STEIL, 1997). Apesar da maioria dos trabalhos de cuidados serem quase sempre mal remunerados, invisíveis e imperceptíveis, essas atividades guardam consigo toda a sustentação do modelo capitalista. É por existir pessoas que façam esses cuidados que outras conseguem lançar-se exclusivamente ao

trabalho valorizado, quase como corpo e sombra ou como foco e fundo de um mesmo cenário.

Hoje em contexto pandêmico, o trabalho de profissionais de saúde mostra-se de suma importância a ser valorizado. Situado em “território feminino”, o setor conta por ter em média 70% de mulheres, chegando a 80% em áreas como enfermagem. Vistas como anjos, caridosas, mascara-se conflitos e condições de trabalho não adequadas (FERREIRA, 2020)⁴.

Até a data de 07 de setembro de 2020, aponta estatística do Conselho Federal de Enfermagem que 38.213 profissionais de saúde foram infectados pelo coronavírus, sendo, dentre eles, 32.488 mulheres. Dos 362 casos reportados de óbitos desses profissionais, 229 eram mulheres, o que evidencia como este “território feminino” caracterizado pelo cuidado com o enfermo, também carece de cuidados, mormente no meio ambiente de trabalho.

O cuidado não deve ser romantizado, heroicizado, mas sim verdadeiramente estudado e protegido. A exemplo disso temos, na tese de doutorado de Denise Pimenta (2019), intitulada “O cuidado perigoso – tramas de afeto e risco na Serra Leoa”, a respeito da epidemia do Ebola, o levantamento de estatísticas relacionando como mais mulheres morreram e foram afetadas pelo contágio do vírus, muito pela responsabilização cultural das mulheres como cuidadoras dos enfermos. Na tese, trouxe a reflexão de como o cuidado, ligado culturalmente a “amor”, é o meio pelo qual na etnografia da Serra Leoa torna-se socialmente mulher⁵, suportando uma construção social que destina tarefas arriscadas e inseguras a mulheres por discursos de que elas sejam naturalmente destinadas aos cuidados, seja

⁴ A ilustrar, em entrevista, a jornalista Letícia Ferreira ao Jornal “azmina” colheu simbólico depoimento da enfermeira Tatiane Araújo: “Infelizmente, a questão do gênero influencia no reconhecimento, porque o trabalho da mulher é visto com menos valor que o do homem. Há ainda aquele ideal culturalmente construído de que a mulher nasceu para cuidar, para ser mãe, para dar carinho. No Dia Internacional da Enfermeira, você vê homenagens associando a enfermeira ao anjo, amor, caridade, mas nunca à profissão, ao trabalho, à qualidade técnica.”

⁵ Na tese, há ainda uma interessante resposta colhida de uma mulher sobre seu posicionamento frente à epidemia, tal qual: “*I am a woman. How can I not help?*”

pela dedicação, seja pelo sacrifício, seja pelo amor incondicional, em romantização perigosa, que se instaura nas experiências relacionadas ao “adoecer”.

A redução das mulheres ao trabalho de cuidados pode ser também tida na legislação trabalhista, que confunde os direitos da mulher aos direitos à maternidade, inclusive estando a seção V, que trata “da proteção à maternidade” inserida dentro do capítulo III, que dispõe a respeito “Da proteção do trabalho da mulher”. Embora muito positivo o direito a licença maternidade, interessante seria se esse também fosse estendido a figura paterna da criança, para que se abrissem espaços para uma divisão mais adequada das responsabilidades nessa fase da vida da criança (TEODORO, 2017, p. 77).

Essa situação ainda pode ser lida no contexto da pandemia do coronavírus no Brasil. A valorização dos profissionais de saúde foi observada por aplausos coletivos (CIDADES, 2020), manifestações públicas, homenagens. Porém, nota-se que no setor houve desprovimento no fornecimento de equipamentos de saúde e segurança, havendo, até junho de 2020, mais de quatro mil denúncias nesse sentido (BRITO, 2020), obtidas por canais de denúncia da Associação Médica Brasileira, colocando em risco a própria saúde da maioria dos trabalhadores do setor, que como apontado acima, é composto em grande parte por mulheres.

Já as trabalhadoras que permanecem em casa, seja por terem tido a oportunidade de adaptar seus trabalhos ao teletrabalho, seja até mesmo por terem perdido suas ocupações, carregam consigo solitariamente, na maior parte das vezes, a manutenção da casa, a educação dos filhos, o trato com roupas, a alimentação de todos que coabitam com ela, dividindo espaços de trabalho e não-trabalho com tarefas domésticas, dificultando o rendimento no trabalho produtivo (MYERS, 2020; PINHEIRO, 2020)⁶, a manutenção da

⁶ Já no meio científico, em estudo feito por Kyle R. Myers à Revista *Nature Human Behaviour* com participação de pesquisadores da Europa e dos Estados Unidos, observou-se que a queda da produtividade das mulheres foi 5% maior que dos homens. Dentre aquelas

sanidade mental e ainda tendo algumas que enfrentar o árduo e alarmante quadro de violência doméstica contra a mulher, que aumentou em monta com a pandemia (LIGUE, 2020).

Vale ressaltar que essas obrigações não se limitam apenas ao atual contexto pandêmico nem também a apenas àquelas que ficam em casa, já que a distribuição desigual de tarefas também abrange mulheres com ocupações fora do ambiente doméstico. Em pesquisa da Pnad Contínua, observa-se que em 2019 a média da jornada semanal feminina se computava em 53,3 horas semanais de trabalho em 2019, sendo 34,8 horas dedicadas ao trabalho produtivo e 18,5 horas de cuidados da casa e das pessoas. Já quanto aos homens, esses laboram em média 50,3 horas mensais, sendo 10,4 horas de cuidados em casa. (VILLAS BÔAS, 2020)

Esse “trabalho do amor” (BLANCHETTE, 2017) resulta nas mais diversas consequências negativas às mulheres, que absorvem toda responsabilidade do trabalho de cuidados, para além do seu próprio trabalho produtivo.

Há, contudo, quem se beneficie dessa situação, ou melhor: opressão. São elas que mantêm estruturas do capitalismo e fomentam a economia, na medida que contribuem para que outros, a quem dedicam seus cuidados, se lancem exclusivamente ao mercado de trabalho no momento presente, como por exemplo de seus companheiros, ou tenham condições futuras de se lançarem, no caso dos filhos.

Além disso, seguindo esse fluxo, o próprio Estado é beneficiado por essa situação, já que por ela se promove a ampliação da produção pelas outras pessoas e se atribui a responsabilidade dos cuidados e manutenção da vida às mulheres, que acabam absorvendo o grande peso de serem responsáveis pelo “bem de todos”, objetivo que, na verdade, seria da República, conforme Art. 3º, inciso IV da Constituição Federal.

com filhos, a queda da produtividade chegou a ser 17% maior do que para homens nas mesmas condições porém sem filhos.

Nesse sentido, observa-se como a dinâmica social hoje deve valorizar e repensar melhor o trabalho da mulher e a divisão social dos cuidados, mormente a sua proteção, seja no âmbito externo, seja no âmbito familiar. O exercício pelas mulheres dos mais diversos papéis – profissionais e de cuidados, para além do pessoal, implica em colocar todos os dias à prova a imunidade, sanidade, desempenho profissional e saúde das trabalhadoras.

3. Da insustentabilidade das dinâmicas sociais

O coronavírus, apresentado ao mundo sem aviso prévio, trouxe como vertente a insustentabilidade do sistema social e capital nos moldes atuais. A ineficácia de medidas de contenção do vírus, a alta transmissão por meios ambientes de trabalho não adequados e a sobrecarga das mulheres, demonstram verdadeira degradação da humanidade neste evento da pandemia, contabilizando, ainda hoje mais de 140 mil mortos no Brasil (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020). Em sendo o ser humano parte do meio ambiente, observa-se a grande degradação ecológica do mundo.

O suposto surgimento do coronavírus pelo mercado úmido na cidade chinesa de Wuhan, é uma pequena amostra da fragilidade dos espaços de produção de carne. Diferentes doenças zoonóticas surgem desses espaços, como influenzas aviárias, suínas, a própria Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS) e também a encefalite espongiforme bovina (Doença da Vaca Louca), que se manifestam principalmente pelo processo de intensificação da produção animal, com espaços inadequados de confinamento e abate, bem como com grande exposição dos animais a condições estressantes (PERROTA, 2020, p. 3).

Mike Davis já adiantava, em “O monstro bate à nossa porta”, no ano de 2005, em como se estava próximo a uma grande pandemia viral, advindas das mudanças na criação e abate de animais, que se industrializaram sem respeitar os devidos limites do meio ambiente. Agora, já em 2020, Mike

Davis acrescentou a obra capítulos da pandemia do coronavírus de 2020, mudando o título, ainda não traduzido para o português, para “*Llega el monstruo: COVID-19, gripe aviar y las plagas del capitalismo*”, atualizando a história viral da humanidade. Nas palavras do historiador e economista (2020, p. 8), as estruturas de produção para consumo de carne são muito inadequadas, destroem o sistema imunológico dos animais e podem ser vetor de surgimento de várias doenças, tal como:

la presión del confinamiento extremo em los corrales de engorde industriales y em la ganadería porcina intensiva destrazan el sistema inmunitario de los animales y sin duda aceleran la aparición de nuevos tipos de coronavirus, así como su creciente capacidad de transmisión entre especies.

Não só se associam a essas indústrias o surgimento de novas zoonoses, como elas podem tornar-se um grande foco de transmissão de doenças, pelos ambientes frios e apertados, tendo havido durante a pandemia grandes bojos de contaminação nesses espaços (ROCHA, 2020). Em 26 de maio de 2020 os frigoríficos concentravam um terço dos casos de covid-19 no Rio Grande do Sul, pela dinâmica do espaço de produção e irregularidades no transporte (ARAUJO, 2020; SPERB, 2020).

Observa-se que a indústria da carne é apenas um exemplo de como a apropriação dos animais e da natureza foram se desenvolvendo sem pensar nas capacidades e limitações do meio ambiente, trazendo consigo grandes problemas, inclusive virais a humanidade. Assim, deve-se repensar a produção de forma a abranger também uma nova sistemática ambiental, minimizando propagação de doenças principalmente nos ambientes de trabalho, pois, em se pensando como o trabalho corresponde a grande parte da vida das pessoas e da produção, os esforços para trazer saúde, segurança, proteção social e igualdade de gênero no trabalho, devem ser reconsiderados.

O motivo pelo qual se coloca aqui esses vértices juntos, tais quais saúde, segurança, proteção social e igualdade de gênero se justifica porque à natureza, nela compreendida também o ambiente de trabalho, bem como à mulher são exercidas as mais diversas formas de exploração e dominação.

Ynestra King inclusive retrata como o processo de objetificação da mulher e da natureza foram aos poucos colocando-as em dimensões como “outros” e seres a serem utilizados, usufruídos e dominados (RESENDO; KUHNE, 2020).

Para se retomar a normalidade das atividades em contexto pós pandemia de forma sustentável, é preciso se pensar, além de formas de prevenção a proliferação de vírus e de reorganização da dinâmica ambiental, como ficam as outras formas de opressão existentes, que ficaram ainda mais acentuadas na pandemia, principalmente as contra as mulheres, objeto deste estudo.

Desse modo, em tendo a ecologia objetivo de harmonizar a natureza, o humano e o não humano, observa-se a necessidade de se pensar em uma reorganização ecológica social. Em um mundo com milhões de espécies de seres, sendo o ser humano apenas uma delas, a natureza, em si, não propõe hierarquias, propõe o equilíbrio entre os seres de forma harmonizada, diferenciando-se da perspectiva imposta socialmente de submissão e realização de tarefas de cuidados pela mulher por sua condição de maternidade.

E assim emerge-se a concepção de ecofeminismo, calcada na percepção que a organização da sociedade de forma opressora afeta paralelamente mulheres, animais e o meio ambiente, principalmente pela dinâmica produtiva, patriarcal, predatória, extrativista e exploradora (RESENDO; KUHNE, 2020).

As ecofeministas, nesse sentido, ao questionarem as dinâmicas sociais, propõem novas formas de se pensar a produção. Para isso, o “bem viver” torna-se uma alternativa sistêmica interessante, mormente por ter objetivo de se buscar harmonia “não apenas entre seres humanos, mas também entre os humanos e a natureza, entre o material e o espiritual, entre o conhecimento e a sabedoria, entre diversas culturas e entre diferentes identidades e realidades” (SOLÓN, 2019).

As estruturas de opressão às mulheres e ao meio ambiente marcam um curso longo na história, que refletem na dificuldade em encontrar formas de trazer uma maior harmonia ao trabalho da mulher no contexto de uma economia capitalista predatória e patriarcal.

No entanto, em se tratando da emergência do assunto, é urgente e necessário se buscar alternativas para além das sistêmicas contra a ordem econômica atual, principalmente em contexto de pandemia, visto a nítida desigualdade de gênero, tal como será narrado em tópico a seguir.

4. Alternativas paliativas

O contexto da pandemia revelou a ineficiência do modelo de organização produtiva atual, avançado na escala de produção, porém despreocupado e pouco desenvolvido nas questões de prevenção e saúde e segurança do trabalhador. Meios ambientes de trabalho tornaram-se espaços de difusão do coronavírus, o que mostrou como o meio ambiente de trabalho é grande parte do meio ambiente global.

Como apontado, os trabalhos de cuidados, tais como de profissionais de saúde, cuidadores de idosos, dentre outros, são caracterizados por situarem em territórios “femininos”, devido ao grande contingente de mulheres que laboram nessa esfera. São esses mesmos espaços, entretanto, que se veem marginalizados, mal valorizados e mal protegidos, embora estejam sendo essenciais para manutenção da vida.

Do ponto de vista do meio ambiente, os custos empregados na prevenção de acidentes de trabalho em territórios “femininos”, tais como serviços, comércio e atividades financeiras, tem histórico de serem menores que os empregados em territórios “masculinos”, tais como construção, agricultura, mineração e transporte (ABRAMO, 2011, p. 131). Nesse sentido, necessário se faz pensar em trazer melhores condições de trabalho

nesses territórios “femininos”, pensando-se na perspectiva salarial, na segurança e saúde do trabalho e em outros complexos de proteções jurídicas.

Além disso, é importante pensar no mencionado cenário de responsabilização total das mulheres na pandemia a cuidar dos filhos, enfermos, companheiros, que assim se instaurou, seja por um histórico de estrutura patriarcal existente na sociedade, seja até mesmo pelas circunstâncias introduzidas pelo poder público, que fecharam escolas e creches.

Como alternativa interessante a essa questão, a possibilidade de se licenciar nesse período é colocada em debate. Rogério Nafamine Costanzi (2020), em “Respostas da Seguridade Social à Crise da Pandemia de Coronavírus/COVID-19”, traz um resumo de medidas tomadas por vários países em meio a pandemia. Nele se aponta que tanto a Áustria como os Estados Unidos adotaram a possibilidade de licença àqueles que necessitarem, sendo na Áustria para “trabalhadores com crianças menores de 14 anos podem obter licença adicional por até três semanas, sendo reembolsadas aos empregadores pelo governo em 1/3” e, já nos Estados Unidos, “a lei de combate ao coronavírus permite que os pais que cuidam de crianças que estudam em escolas que foram fechadas tenham 12 semanas de licença familiar remunerada”.

Considerando a injusta responsabilização histórica das mulheres a todo trabalho de cuidados, que embora invisível, é intensamente dispendioso de tempo de vida, energia e oportunidades, faz sentido se repensar as garantias concedidas às mulheres durante a pandemia, com fins de se alastrar possibilidades que venham a trazer um quadro mais equilibrado de responsabilidades e proteção social.

A concessão de auxílio emergencial em dobro às mães solteiras, viúvas ou divorciadas foi importante medida do Governo Federal, uma vez que correspondem a grande parte do contingente populacional do Brasil. Segundo dados do IBGE havia 11,6 milhões de arranjos familiares

monoparentais chefiados por mulheres em 2015 (LIMA, 2020). Desse modo, o benefício é um alento importante para as mães solo na pandemia, visto a necessidade de se desdobrarem para conciliar o trabalho, os filhos e a falta de dinheiro (SILVA, 2020).

A ampliação das garantias sociais e a melhoria das condições de trabalho das mulheres são alternativas paliativas necessárias a se minimizar as opressões no cenário feminino. A escolha do termo “paliativa” se justifica pelo próprio conceito no posto no dicionário Aurélio: “aquilo que serve como solução imediata (ou atenuante), mas não definitiva, para um problema”, uma vez que uma verdadeira garantia de direitos harmoniosa e uma verdadeira divisão social dos cuidados dependeria de uma ruptura sistêmica talvez mais drástica, em uma ordem econômica e social que se centrasse na natureza e na manutenção da vida, com dignidade, solidariedade e distribuição equânime dos bens naturais.

Desse modo, cabe trazer outra dimensão de cuidados a nossa sociedade: por um cuidado que se estenda a natureza, em sentido amplo, envolvendo trabalhadoras e trabalhadores, espécies naturais da flora e da fauna e um meio ambiente equilibrado, protegendo-se esferas de trabalho sob o princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho (OLIVEIRA, 2010, p. 120).

5. Conclusão

A pandemia do coronavírus veio desestabilizar estruturas, paradigmas e se repensar sobre o que sustenta a sociedade. A divisão social dos cuidados se mostra cada vez mais injusta às mulheres, que se veem impedidas de alcançarem sucesso profissional seja por não lhe serem dadas oportunidades pelo estigma que carregarão responsabilidades domiciliares ou seja, mesmo, por efetivamente serem sobrecarregadas nas mais diversas tarefas.

Como mencionado ao longo do texto, embora o trabalho de cuidados seja de extrema importância para a humanidade, é permeado de desvalorização, invisibilidade, menosprezo e sobrecarga às mulheres, o que levanta a necessidade de se repensar e valorizar a dinâmica social do trabalho da mulher e da divisão social dos cuidados, mormente a sua proteção, seja no âmbito externo, seja no âmbito familiar. O exercício pelas mulheres dos mais diversos papéis – profissionais e de cuidados, para além do pessoal, implica em colocar todos os dias à prova a imunidade, sanidade, desempenho profissional e saúde das trabalhadoras.

O coronavírus trouxe a mensagem da insustentabilidade da ordem produtiva atual, que oprime o meio ambiente e as mulheres, trazendo consigo grandes consequências a toda humanidade, exigindo-se que sejam pensadas medidas paliativas e também sistêmicas.

Desse modo, cabe trazer outra dimensão de cuidados a nossa sociedade: por um cuidado com quem cuida, reduzindo os riscos à saúde, com proteção adequada, justa distribuição de tarefas e também se estendendo à natureza em sentido amplo, envolvendo trabalhadoras e trabalhadores, a flora e a fauna e um meio ambiente equilibrado, incluindo-se as esferas de trabalho.

Referências

ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?** 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 20 de agosto de 2007.

ÁNGELES, Roberta Liliana Flores; GUERRERO, Olivia Tena. Maternalismo y discursos feministas latinoamericanos sobre el trabajo de cuidados: un tejido en tensión. **Iconos. Revista de Ciencias Sociales**, n. 50, 2014.

ARAUJO, Luiz Antônio. Coronavírus: frigoríficos concentram um terço dos casos de covid-19 no RS, diz Ministério Público do Trabalho. **BBC Brasil**, Porto Alegre, 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52802100>. Acesso em: 11 out. 2020.

BELTRÁN, Elizabeth Peredo. Ecofeminismo. In: **Alternativas sistêmicas: Bem viver, decrescimento, comuns, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra e desglobalização**. São Paulo: Elefante, 2019.

BÔAS, Bruno Villas. IBGE: Mesmo empregadas, mulheres dedicam 8 horas a mais do que homens nos afazeres da casa. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 04 jun. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/04/ibge-mesmo-empregadas-mulheres->

dedicam-8-horas-a-mais-do-que-homens-nos-afazeres-da-casa.ghtml. Acesso em: 11 out. 2020.

BRITES, Jurema; FONSECA, Claudia. Cuidados profissionais en el espacio doméstico: algunas reflexiones desde Brasil. Diálogo entre Jurema Brites y Claudia Fonseca. **Íconos. Revista de Ciencias Sociales**, Quito, n. 50, p. 163-174, set. 2014.

BRITO, José. Associação recebe quase 4 mil denúncias de falta de EPIs para combate a Covid-19. **CNN**, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/06/19/amb-recebe-quase-4-mil-denuncias-de-falta-de-epis-para-combate-a-covid-19>. Acesso em: 04 out. 2020.

CIDADES registram aplausos a favor dos profissionais de saúde que atuam no combate ao coronavírus. **G1**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/19/cidades-registram-aplausos-a-favor-dos-profissionais-de-saude-que-atuam-no-combate-ao-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 04 out. 2020.

COFEN, Observatório da Enfermagem. **Profissionais infectados com Covid-19 informado pelo serviço de saúde**. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

COMAS D'ARGEMIR, D. Los cuidados y sus máscaras. Retos para la antropología feminista. **Mora**, n. 20, p. 167-182, 11.

CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. **Cad. Pesq.**, São Paulo, v. 37, p. 5-16, maio 1981.

COSTANZI, Rogério Nagamine. Respostas da Seguridade Social à Crise da Pandemia de Coronavírus/COVID-19. **Revista FIPE**. Temas de Economia Aplicada. 2020.

ESTEBAN, Mari Luz. Los cuidados, un concepto central en la teoría feminista: aportaciones, riesgos y diálogos con la antropología. **Quaderns-e**. Instituto Catalá d' Antropologia, n. 22, 2017.

FALTAM EPIS em todo país. 2020. Disponível em: <https://amb.org.br/epi/>. Acesso em: 04 out. 2020.

FARIA, Guélmir Júnior Almeida de. Feminização dos Circuitos Migratórios: Um Diálogo entre o Trabalho do Care, Redes Sociais e Processos de Desenvolvimento Social. **Revista Latino Americana de Geografia e Gênero**, v. 10, n. 2, p. 24 41, 2019.

FERREIRA, Leticia; FERREIRA, Lola. Enfermeiras na linha de frente contra o coronavírus. **Revista Az Mina**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/enfermeiras-na-linha-de-frente-contra-o-coronavirus/>. Acesso em: 14 set. 2020.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

HIRATA, Helena. Teorias e práticas do care: estado sucinto da arte, dados de pesquisa e pontos em debate. IN: FARIA, Nalu; MORENO, Renata (Org) **Cuidado, trabalho e autonomia das mulheres**. Coleção Cadernos Sempreviva. Série Economia e Feminismo. São Paulo: SOF, 2010.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Whitin school of engineering. **COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)**. Baltimore, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 14 set. 2020.

KERGOAT, Danièle; HIRATA, Helena. Novas Configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

LIGUE 180 registra aumento de 36% em casos de violência contra mulher: Isolamento social e quarentena podem ser responsáveis por aumento. **Repórter Agência Brasil**, Brasília, 30 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/ligue-180-registra-aumento-de-36-em-casos-de-violencia-contra-mulher>. Acesso em: 04 out. 2020.

- LIMA, Juliana Domingos. Como a realidade da pandemia pressiona as mães solo: Mulheres que são as únicas responsáveis pelos filhos estão frequentemente sobrecarregadas, com dificuldades financeiras e têm problemas para acessar o auxílio emergencial. **Nexo Jornal**, São Paulo, 21 jul. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/07/21/Como-a-realidade-da-pandemia-pressiona-as-m%C3%A3es-solo>. Acesso em: 11 out. 2020.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/%x>.
- MOLINIER, Pascale. Cuidado, interseccionalidade e feminismo. **Tempo social**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 17-33, jun. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702014000100002>.
- MORAES, Maria Lygia Quartim de. Família e feminismo. **Cad. Pesq.**, São Paulo, v. 37, p. 44-51, maio 1981.
- MYERS, Kyle R. Unequal effects of the COVID-19 pandemic on scientists. **Nature Human Behaviour** 4, p. 880-883, 2020.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. São Paulo, LTr, 2010.
- PERROTA, Ana Paula. Serpentes, morcegos, pangolins e ‘mercados úmidos’ chineses: Uma crítica da construção de vilões epidêmicos no combate à Covid-19. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Reflexões na Pandemia, 2020.
- PIMENTA, Denise Moraes. **O cuidado perigoso: tramas de afeto e risco na Serra Leoa** (a epidemia de Ebola contada pelas mulheres, vivas e mortas). 2019. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, University of São Paulo, São Paulo, 2019. DOI:10.11606/T.8.2019.tde-17062019-142750.
- PROFISSIONAIS infectados com Covid-19 informado pelo serviço de saúde. 2020. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.
- RESENDO, Daniela; KUHNE, Tânia A. **MINICURSO “Ecofeminismos: teoria e prática”**. Rede Brasileira de Mulheres Filósofas. Agosto. 2020.
- ROCHA, Camilo. Por que os frigoríficos são foco de disseminação do coronavírus. **Nexo Jornal**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/05/15/Por-que-os-frigor%C3%ADficos-s%C3%A3o-foco-de-dissemina%C3%A7%C3%A3o-do-coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 11 de out de 2020.
- SILVA, Ana Paula da; BLANCHETTE, Thaddeus Gregory. Por amor, por dinheiro? Trabalho (re)produtivo, trabalho sexual e a transformação da mão de obra feminina. **Cad. Pagu** [online], n. 50, 2017.
- SILVA, Vitória Régia da. Um retrato das mães solo na pandemia: Mais de 11 milhões no Brasil, mulheres chefes de família se desdobram para conciliar trabalho, filhos, falta de dinheiro e sanidade mental; dados mostram que mães solo negras são maioria e que enfrentam restrições severas no acesso à internet, moradia, educação e saneamento. **Revista Az Mina**, São Paulo, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/um-retrato-das-maes-solo-na-pandemia/>. Acesso em: 11 de out de 2020.
- SOLÓN, Pablo. Bem Viver. In: **Alternativas sistêmicas: Bem viver, decrescimento, comuns, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra e desglobalização**. São Paulo: Elefante, 2019.
- SPERB, Paula; BARAN, Katna; TOLEDO, Marcelo. Ao menos 104 frigoríficos no Sul do país registram contaminação de funcionários por Covid: Setor adota pacote de proteção a empregados e diz que cenário não difere do de outras atividades. **Folha de São Paulo**, Porto Alegre, Curitiba e Ribeirão Preto. 24 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/08/ao-menos-104-frigorificos-no-sul-do-pais-registram-contaminacao-de-funcionarios-por-covid.shtml> Acesso em: 11 out. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; VIANA, Márcio Túlio; ALMEIDA, Cleber Lúcio de; NOGUEIRA, Sabrina Colares. (Org.). **V Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017, v. 1.

Artigo recebido em: 18/08/2021.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

A violência doméstica contra a mulher: uma análise das ocorrências no estado de Minas Gerais e o atual cenário diante da pandemia provocada pela Covid-19

Domestic violence against women: an analysis of the cases in the state of Minas Gerais and the current scenario in face of the pandemic caused by Covid-19

*Rosângela Aparecida da Silva Franchi¹
Naiara Diniz Garcia²
Wanessa Gonçalves Caldeira³*

Resumo: Este trabalho tem como objetivo expor a situação vivenciada pela mulher em seu ambiente doméstico, no que se refere às inúmeras e constantes agressões provocadas pelo parceiro (a) íntimo (a), analisando-se, em especial, os casos ocorridos no estado de Minas Gerais, no Brasil. Com o advento da pandemia provocada pela COVID-19, percebeu-se um aumento significativo nos casos de violência doméstica contra a mulher, o que também se tornou tema do presente estudo. Trata-se de um problema histórico, social e arraigado na cultura brasileira, em que, por muitas vezes, a mulher, vítima de tal fato, sofre calada, sem realizar a devida denúncia por medo, vergonha, submissão, dependência, entre outros fatores, o que gera uma considerável subnotificação nos casos. A Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, foi consagrada como um verdadeiro marco de proteção à mulher, apresentando diversos mecanismos na tentativa de coibir tal ato. Várias são as formas de violência enfrentada pela mulher, o que resulta em consequências de ordem física, psicológica e moral. As causas de tal submissão também são diversas, o que abrange muitas vezes, o medo, a dependência financeira e a esperança de uma prometida mudança. Tal estudo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica, justifica-se devido à importância de se conhecer os reais números da violência contra a mulher, e entender os seus motivos, as causas e as consequências desse inaceitável ato.

Palavras-chave: Violência doméstica; Lei Maria da Penha; estado de Minas Gerais; Brasil; COVID-19.

¹ Professora da Faculdade de Direito do IMES/FUMESC, Machado/MG. Doutoranda no Programa de Ciências Ambientais da Universidade Federal de Alfenas/MG – Unifal. Advogada. E-mail: prof.rosangelasilva@gmail.com.

² Doutoranda no Programa de Ciências Ambientais da Universidade Federal de Alfenas/MG – Unifal. Advogada. E-mail: naidiniz@hotmail.com.

³ Acadêmica do 9º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC) – Machado/MG. E-mail: walovestar@hotmail.com.

Abstract: This purpose is aimed to expose the current situation of women, in your home, in relation to numerous and constant aggressions caused by an intimate male, analyzing, in particularly, the cases that occurred in the Minas Gerais state, in Brazil. With the advent of the pandemic caused by COVID-19, there was a significant increase in cases of domestic violence against women, which also became the subject of the present study. It is an historical, social and rooted problem in Brazilian culture, in which, in many moments, the woman, victim of such fact, suffers silently, without making the appropriate denunciation, for fear, shame, submission, dependence, among other factors, generating considerable underreporting in the cases. The Law no. 11,340, of August 7, 2006, popularly known as the Maria da Penha Law, was consecrated as a true milestone for the women protection, presenting several mechanisms in an attempt to curb such an act. There are several forms of violence faced by women, which results in physical, psychological and moral consequences. The causes of such submission are also diverse, often encompassing fear, financial dependence and the hope of promised change. Such a study, carried out through bibliographic research, is justified due to the importance of knowing the real numbers of violence against women, and understanding the reasons, causes and consequences of this unacceptable act.

Keywords: Domestic violence. Maria da Penha Law. Minas Gerais State. Brazil. COVID-19.

1. Introdução

Durante os mais diversos períodos da história da humanidade, a figura da mulher sempre esteve relacionada de maneira submissa ao gênero oposto e tal questão infelizmente se apresenta como uma normalidade cultural e social. Essa situação de inferioridade sempre culminou em diversos outros aspectos sociais, seja em relação a simples direitos, seja em relação a pontos mais delicados, como a violência enfrentada pela mulher, tema do presente trabalho.

Por muito tempo, a violência vivida pelo gênero feminino, em âmbito doméstico e provocada por seu parceiro próximo, foi tratada sem a devida e merecida importância, e não possuía uma lei específica para tratar sobre o assunto. Apenas no ano de 2006, a partir da ocorrência de mais um caso de violência doméstica em desfavor de Maria da Penha Maia Fernandes, e após uma injustificável omissão do Estado brasileiro, que fora responsabilizado após intensa mobilização internacional, surgiu a Lei n. 11.340, em 07 de

agosto daquele ano. Tal instituto criou diversos mecanismos para coibir a prática de violência contra a mulher. E a análise desse diploma legal é o tema do primeiro capítulo deste estudo.

Como é sabido, a violência contra a mulher se materializa de diversas formas, quais sejam: física, sexual, psicológica, patrimonial e moral; tema esse que será tratado no segundo capítulo deste trabalho. Fato é que, independentemente da forma em que a violência é concretizada, as consequências geradas à mulher são inúmeras e avassaladoras. Quando se há marcas físicas concebidas pelos atos violentos, a percepção do que, de fato, ocorrera, é, na maioria das vezes, mais fácil e perceptível, o que colabora com a evidência no momento da denúncia. Entretanto, as marcas não visíveis deixadas pelas outras formas de violência, como, por exemplo, a violência psicológica, causam um reflexo, talvez, consideravelmente pior à vítima, que encontra dificuldades em relatar o que sofrera, por ausência de vestígios físicos.

Logo no terceiro capítulo, o tema enfrentado é a violência doméstica contra a mulher no Estado de Minas Gerais. Após a análise de diversos estudos e pesquisas, foi constatado que, anualmente, os casos de violência doméstica contra a mulher no referido estado atingem patamares consideráveis, o que tem se tornado motivo de mobilização por parte dos órgãos públicos, no sentido de se encontrar meios para minimizar tais índices, o que, muitas vezes, não atinge resultados eficazes. Através das pesquisas realizadas em Minas Gerais, percebeu-se que a violência doméstica contra a mulher é mais incidente nas periferias e durante o período noturno, o que se reforça a ideia da necessidade de criação de projetos que atinjam essa classe social, para coibir tal prática.

O quarto e último capítulo aborda um assunto extremamente importante e atual: a situação dos casos de violência doméstica contra a mulher em tempos de pandemia. Tem se tornado público e notório o

aumento nos casos da violência aqui mencionada em decorrência do período de quarentena social vivido atualmente, porém, a subnotificação tem dificultado os registros oficiais. Nessa situação de anormalidade, as mulheres têm convivido a maior parte do tempo com seus companheiros em casa devido ao isolamento social, e assim, houve o incontestável aumento dos casos de violência doméstica contra a mulher, porém, os números das notificações escapam das estatísticas dos órgãos de Segurança Pública pelo fato de que a mulher, isolada, encontra grandes dificuldades na realização da denúncia.

A aproximação diária tem sido uma das causas do aumento da violência doméstica contra a mulher, e, segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, apresentou um salto de 40% nas denúncias em relação ao mesmo período de 2019. Porém, há ainda de ressaltar que esse período tem dificultado as denúncias, uma vez que, a mulher, isolada do convívio social, acaba se tornando refém do agressor, impossibilitando-a de comparecer à delegacia para registrar a ocorrência.

Busca-se, portanto, na presente pesquisa, analisar os casos de violência doméstica contra a mulher, em especial, no estado de Minas Gerais, apontando as suas variadas formas, as possíveis causas e as prováveis consequências desse crime, sempre à luz da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.

Para a elaboração deste artigo, buscou-se uma compilação minuciosa e sistêmica de material bibliográfico, através do levantamento de dados oficiais, análise de doutrinas, artigos, e normas do sistema jurídico brasileiro. A forma de realização da abordagem é a qualitativa, composta através de vasta leitura. O método de abordagem, quanto à sistemática do raciocínio utilizado, é o hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisa se iniciou a partir de uma lacuna do conhecimento, formulando-se hipóteses.

2. Maria da Penha e a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006

A Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida popularmente como a “Lei Maria da Penha”, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que alterou também, o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. A Lei Maria da Penha é uma lei composta por 46 artigos, distribuídos em 07 (sete) títulos. Vejamos o porquê da nomenclatura dessa tão importante legislação.

Maria da Penha Maia Fernandes nasceu em Fortaleza, em 1º de fevereiro de 1945, onde conheceu o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros, com o qual se casou no ano de 1976. Segundo o Instituto Maria da Penha (2020):

Inicialmente, Marco Antonio demonstrava ser muito amável, educado e solidário com todos à sua volta; porém, neste mesmo ano, após o nascimento das filhas, essa história começou a mudar. As agressões começaram a acontecer quando ele conseguiu a cidadania brasileira e se estabilizou profissional e economicamente. Agia sempre com intolerância, exaltava-se com facilidade e tinha comportamentos explosivos não só com a esposa, mas também, com as próprias filhas. O medo constante, a tensão diária e as atitudes violentas tornaram-se cada vez mais frequentes. Formou-se, assim, o ciclo da violência: aumento da tensão, ato de violência, arrependimento e comportamento carinhoso.

No ano de 1983, a personagem Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio, cometido por Marco Antonio Heredia Viveros. E segundo levantamento e pesquisas biográficas, “primeiro ele deu um tiro, enquanto ela dormia. Como resultado, Maria da Penha ficara paraplégica, sofrendo, ainda, outras complicações físicas e traumas psicológicos.”.

(INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2020). Todavia, Marco Antonio declarou à polícia que tudo não havia passado de uma tentativa de assalto, versão posteriormente desmentida pela perícia. Após quatro meses, quando Maria da Penha retornou para casa, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho.

O primeiro julgamento de Marco Antonio aconteceu somente no ano de 1991, sendo o agressor sentenciado a 15 anos de prisão. No entanto, devido a recursos da defesa, o agressor saiu do fórum em liberdade. Embora tenha sofrido enormes traumas e diante de uma imensa fragilidade, Maria da Penha não desistiu de lutar por justiça. O segundo julgamento foi realizado no ano de 1996, no qual Marco Antonio foi condenado a 10 anos e 6 meses de prisão. Contudo, mais uma vez, sob a alegação de irregularidades processuais por parte da defesa, a sentença não fora cumprida. De acordo com o Instituto Maria da Penha (2020),

O ano de 1998 foi muito importante para o caso, que ganhou uma dimensão internacional. Maria da Penha, o Centro para Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Segundo os apontamentos feitos pelo Instituto, mesmo diante de um litígio internacional que trazia uma grave questão de violação de direitos humanos, o Estado brasileiro permaneceu omissos e não se pronunciou durante o processo. No ano de 2001, após receber quatro ofícios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - CIDH/OEA (1998 a 2001), o Brasil foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.

A história de Maria da Penha significava mais do que um caso isolado: era um exemplo do que acontecia no Brasil sistematicamente, sem que os agressores fossem punidos. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2020).

Diante de tamanha gravidade e repercussão internacional em relação à maneira com que o Brasil vinha tratando os casos de violência doméstica contra a mulher, de maneira omissa, na maior parte das vezes, tornou-se indubitavelmente necessário tratar o caso de Maria da Penha como uma violência contra a mulher em virtude do gênero, ou seja, o fato de ser mulher é um reforço do padrão recorrente desse tipo de violência, o que acentua assim, a impunidade dos agressores.

Após muitos debates com o Legislativo, o Executivo e a sociedade, o Projeto de Lei n. 4.559/2004 da Câmara dos Deputados chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei de Câmara n. 37/2006) e foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas. Assim, em 7 de agosto de 2006, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei n. 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Considerando que uma das recomendações da CIDH foi reparar Maria da Penha tanto material como simbolicamente, o Estado do Ceará pagou a ela uma indenização e o Governo Federal batizou a lei com o seu nome, como reconhecimento de sua luta contra as violações dos direitos humanos das mulheres. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2020).

De acordo com Meneghel et al (2013), a violência contra a mulher decorre da estrutura de dominação masculina, configurando-se em uma interpretação que não estava presente nas práticas jurídicas e judiciárias de enfrentamento às violências perpetradas contra as mulheres.

Correto afirmar que foi necessária a criação de uma lei para que o Brasil, após inúmeros e recorrentes casos de violência doméstica contra a mulher, e somente após iniciativas de órgãos internacionais, pudesse estipular políticas públicas voltadas à defesa do gênero feminino, na tentativa de minimizar os casos há muito tempo presentes na sociedade brasileira. Meneghel et al (2013) nos ensinam que:

A elaboração de uma lei específica para a violência de gênero foi resultado do trabalho e da mobilização dos movimentos de mulheres, potencializado pela criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. [...] Um dos objetivos do movimento de mulheres foi caracterizar a violência de gênero como violação dos direitos humanos e elaborar uma lei que garantisse proteção e procedimentos humanizados para as vítimas. A Lei é um acontecimento que demanda um novo regime de verdade, dizem estudiosos do discurso baseados em

Foucault, já que visibiliza o ato violento como uma infração de direitos humanos. Desta forma, a Lei visa transformar a relação entre vítimas e agressores, assim como o processamento desses crimes, o atendimento policial e a assistência do ministério público nos processos judiciais. A Lei enfrenta a violência enraizada em uma cultura sexista secular que mantém a desigualdade de poder presente nas relações entre os gêneros, cuja origem não está na vida familiar, mas faz parte das estruturas sociais mais amplas.

É inegável que a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, representou um considerável avanço político, social e cultural em relação à forma com que a violência doméstica contra a mulher era vista e tratada no cenário brasileiro. Após completar 14 anos de sua sanção, várias foram as conquistas oriundas de seu texto, porém, sabe-se que ainda há muito a se fazer no combate à violência de gênero, tão enraizada cultural, social e historicamente em todas as regiões do país, com foco, aqui, especificamente, para os atos de violência praticados no estado de Minas Gerais, que conforme a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, por meio da Superintendência de Informações e Inteligência Policial - Polícia Civil de Minas Gerais (Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – SEJUSP – MG, Superintendência de Informações e Inteligência Policial, Polícia Civil de Minas Gerais, 2020), no ano de 2019, foram registrados mais de 150 mil casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

3. As formas de violência doméstica contra a mulher

A violência doméstica contra a mulher tem-se mostrado sempre presente em nosso meio, em diferentes contextos e épocas históricas. Muitas vezes, é vista como algo cultural, enraizado na nossa sociedade, cuja total erradicação se mostra bem distante de ser atingida.

As mulheres vítimas de violência doméstica muitas vezes se calam por vários motivos, seja por medo, por dependência financeira, por sentimento e afeto que ainda são nutridos pelo parceiro, ou ainda, pela

esperança de um novo comportamento por parte do agressor, promessa essa existente na maioria dos casos. Devem-se considerar as diferentes formas de materialização da violência doméstica, que se concretizam constantemente em diferentes vertentes, em que não deixa apenas marcas físicas, mas também, profundas marcas psicológicas na vítima.

A Assembleia Geral das Nações Unidas (1993) definiu oficialmente a violência doméstica contra as mulheres como:

[...] qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em dano físico, sexual, psicológico ou sofrimento para a mulher, inclusive ameaça de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, que ocorra em público ou na vida privada.

Nesse tipo de violência contra a mulher, que ocorre em âmbito domiciliar, a agressão cometida pelo parceiro, namorado, marido, ou seja, por quem é próximo intimamente da vítima, faz parte de um padrão constante de agressão, e não se trata de um único ato isolado; é algo repetitivo, manifestado em um excessivo controle e dominação. Tal abuso pode se efetivar de diferentes formas, quais sejam: a violência física, a violência sexual, a violência psicológica, a violência patrimonial, e a violência moral. (Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha).

Segundo Casique e Furegato (2006, p.5), a agressão física se caracteriza da seguinte forma:

Este tipo de violência contra a mulher é a mais evidente e difícil de esconder dado que se reflete no seu aspecto físico. As mulheres que sofrem alguma agressão física, na maioria das vezes, experimentam numerosos atos de violência ao longo do tempo. A violência física é entendida como toda ação que implica o uso da força contra a mulher em qualquer idade e circunstância, podendo manifestar-se por pancadas, chutes, beliscões, mordidas, lançamento de objetos, empurrões, bofetadas, surras, lesões com arma branca, arranhões, socos na cabeça, surras, feridas, queimaduras, fraturas, lesões abdominais e qualquer outro ato que atente contra a integridade física, produzindo marcas ou não no corpo [...].

No cenário de múltiplas violências sofridas pelas vítimas em âmbito doméstico, a violência física é a mais comum e a mais clara, uma vez que as

marcas deixadas pelo agressor no corpo da vítima são geralmente difíceis de serem escondidas por se tratarem de vergões, roxos, arranhados e hematomas. As mesmas autoras descrevem uma outra forma de violência doméstica contra a mulher, qual seja, a agressão psicológica:

Este tipo de violência é detectado com maior dificuldade, uma vez que as vítimas apresentam cicatrizes de tipo psicológicas, mais difíceis de se observar e comprovar. A violência psicológica ou violência emocional ocorre através da rejeição de carinho, ameaças de espancamento à mulher e seus filhos, impedimentos à mulher de trabalhar, ter amizades ou sair; por sua vez, o parceiro lhe conta suas aventuras amorosas e, ao mesmo tempo, a acusa de ter amantes. (CASIQUE; FUREGATO, 2006, p. 5).

No âmbito da violência psicológica, a vítima enfrenta diversos e constantes atos de agressão, tais como ameaças, desprezo, intimidação, humilhação, abuso verbal, isolamento e abuso econômico. Importante destacar que, na maioria das vezes, as mulheres que sofrem agressão psicológica não encaram tal ato como algo suficientemente grave a ponto de realizarem uma denúncia, pois acreditam que serão menosprezadas ou ridicularizadas caso levem a conhecimento das autoridades competentes tal fato. Nesse sentido, as agressões continuam, e o sofrimento da vítima parece nunca ter fim.

Segundo Azevedo & Guerra (2001, p.25),

[...] o termo violência psicológica doméstica foi cunhado no seio da literatura feminista como parte da luta das mulheres para tornar pública a violência cotidianamente sofrida por elas na vida familiar privada. O movimento político-social que, pela primeira vez, chamou a atenção para o fenômeno da violência contra a mulher praticada por seu parceiro, iniciou-se em 1971, na Inglaterra, tendo sido seu marco fundamental a criação da primeira "CASA ABRIGO" para mulheres espancadas, iniciativa essa que se espalhou por toda a Europa e Estados Unidos (meados da década de 1970), alcançando o Brasil na década de 1980.

É possível depreender que a principal diferença entre a violência física e a violência psicológica é que a primeira consiste em atos de lesão corporal em desfavor da vítima, concretizados por meio de contatos agressivos físicos, enquanto que a segunda caracteriza-se pela violência que se dá por meio de

palavras ofensivas, atitudes intimidadoras, atos de humilhação, constrangimento e outros. Segundo estudos realizados por Silva, Coelho e Caponi (2006):

Ainda assim, pode-se considerar a violência doméstica psicológica como uma categoria de violência que é negligenciada. Esta afirmação tem como base dois pilares. O primeiro refere-se ao que é denunciado nas manchetes dos jornais, que destacam a violência doméstica somente quando esta se manifesta de forma aguda, ou seja, quando ocorrem danos físicos importantes ou, mesmo, quando a vítima vai a óbito. Outro mito, apresentado reiteradamente pela mídia, é o de que a violência urbana é superior à violência doméstica, em quantidade e gravidade. Embora seja difícil entender a ocorrência da violência física sem a presença da violência psicológica, que é tão ou mais grave que a primeira, muitos artigos nem sequer citam a sua existência. Vale ressaltar que não está sendo, aqui, descartada a possibilidade da ocorrência da violência física sem que a violência psicológica a preceda, mesmo se constatando que a maioria dos casos demonstre o contrário.

Em relação à forma de violência sexual, no âmbito doméstico, contra as mulheres, sinteticamente descrevem Lucas e Fonseca (2006, p. 9):

Outra forma de violência praticada contra a mulher é a sexual, que corresponde a qualquer forma de atividade e prática sexual sem seu consentimento, com uso de força, intimidações, chantagens, manipulações, ameaças ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal, como, por exemplo, forçar a prática de atos sexuais que lhe desagradem ou criticar seu desempenho sexual, e até obrigá-la a ter relações sexuais com outras pessoas.

Percebe-se que a violência sexual, na maioria dos casos, também se torna de difícil elucidação e constatação, uma vez que as mulheres submetidas a tais atos violentos se sentem na prática do dever como esposas, namoradas, companheiras, julgando, muitas vezes, estarem sendo submetidas a algo normal frente ao papel que exercem intimamente com seus parceiros. Também se faz importante ressaltar que a violência sexual, muitas das vezes, envolve os outros tipos de violência, como a psicológica e, até mesmo, a física.

Segundo o disposto no art. 7º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

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; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

De acordo com Carvalho, Ferreira e Santos (2010, p. 51), a prática do tipo de violência descrito acima, deve ser considerado como um problema de saúde pública, uma vez que traz inúmeras consequências como a gravidez indesejada, os problemas de saúde física, as doenças venéreas, os transtornos mentais etc.

A Lei n. 11.340/2006 ainda traz em seu artigo 7º, inciso IV, a violência patrimonial; e, no inciso V, a violência moral. E segundo essa lei, a violência patrimonial é entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, o que inclui os destinados a satisfazer as suas necessidades.

E violência moral pode ser entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Lucas e Fonseca (2006, p.9) afirmam que:

Outro tipo de violência é a patrimonial, que resulta em danos, perdas, subtração ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores da mulher. Esta forma de violência pode ser visualizada através de situações como quebrar móveis ou eletrodomésticos, rasgar roupas e documentos, ferir ou matar animais de estimação, tomar imóveis e dinheiro, ou, até, não pagar pensão alimentícia.

Acerca das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, Porto (2014, p.26-27) assegura que:

Os dispositivos especializantes são os artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06, que, em conceituando as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, fazem incidir seus efeitos sobre tipos penais genéricos do Código Penal. A configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, todavia, não

prescinde da presença simultânea e cumulativa de qualquer dos requisitos do art. 7º em combinação com algum dos pressupostos do art. 5º da mencionada lei. Assim, somente será violência doméstica ou familiar contra a mulher aquela que constitua alguma das formas dos incisos do art. 7º, cometida em qualquer das situações do art. 5º.

Dessa forma, é inegável que qualquer das formas de violência sofridas pela mulher é um verdadeiro afronte aos seus direitos constitucionais, e devem a cada dia mais, se tornarem inadmissíveis em meio à sociedade contemporânea, onde não há mais espaço para o pensamento ultrapassado e errôneo da submissão da figura feminina frente à masculina como sendo algo normal e comum.

4. Registros da violência doméstica contra a mulher no estado de Minas Gerais

É fato que, em todo o país, com o passar do tempo, os casos de violência doméstica contra a mulher vêm sendo cada vez mais recorrentes e no estado de Minas Gerais, essa realidade não se mostra diferente. Somente no ano de 2019, de acordo com a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – SEJUSP – MG, Superintendência de Informações e Inteligência Policial, Polícia Civil de Minas Gerais, 2020, foram registrados mais de 150 mil casos de violência doméstica e familiar contra a mulher; índice esse que causa grande preocupação social e reforça a necessidade de políticas públicas estatais para minimizar tamanho problema e os impactos sociais causados por ele.

Através de vários estudos realizados e ao se analisar os dados de maneira cronológica sucessiva, torna-se perceptível um considerável aumento nos índices de violência doméstica contra as mulheres mineiras.

Segundo os estudos realizados por Andrade et al (2011-2012), entre os anos de 2011 e 2012, houve mais de 19 mil casos notificados em Minas Gerais de violência contra a mulher, sendo mais de 7 mil em 2011, o que

resulta em uma incidência de 111,61 casos por 100.000 mulheres, e mais de 11 mil em 2012, com incidência de 155,61 casos por 100.000 mulheres, o que demonstra um aumento de, aproximadamente, 41% de um ano para o outro.

As pesquisas realizadas por Andrade et al (2011-2012) ainda concluíram que:

Dos 853 municípios do Estado de Minas Gerais, 336 (39,3%) realizaram notificações de violência contra a mulher em 2011, sendo maior o número de registros observados nos municípios de Viçosa (10,5%) e Belo Horizonte (5,7%). Em 2012, o município que mais notificou foi Belo Horizonte (8,2%), seguido por Viçosa (3,8%), sendo 591 municípios notificantes neste ano, representando 56,8% a mais que no ano de 2011. A maioria das mulheres que sofreram violência tinha entre 20 e 29 anos (36,9%), cor da pele branca (37,9%) e era casada (40,2%). O cônjuge foi o agressor mais frequentemente notificado (27,9%), seguido da autoagressão (14,5%). A residência da mulher foi o local de maior ocorrência da agressão (62,2%), a parte do corpo mais atingida foi cabeça/face (27,6%), e a maioria dos casos evoluiu para alta (87,1%). Contudo, destaca-se que foram registrados no período 193 óbitos por violência.

Tomando a cidade mineira de Uberlândia como exemplo, foi realizado um estudo onde se apresentou os aspectos epidemiológicos e clínicos da violência contra a mulher. Para isso, foram utilizados como fontes de dados, prontuários médicos do Hospital de Clínicas de Uberlândia, fichas de atendimento da ONG SOS Ação Mulher Família (ONG SOS Mulher), laudos de perícias de lesões corporais e de necrópsias do Posto Médico Legal (PML).

De acordo com Garcia et al (2008), no Hospital de Clínicas e no Posto Médico Legal, a maioria dos atendimentos foi decorrente de agressões físicas, sem alusão à violência psicológica, o que revela que, em serviços de atenção primária à saúde, esta violência evidencia-se apenas em entrevistas posteriores com as vítimas.

Já na ONG SOS Mulher, as violências psicológica e física tiveram destaque. Importante ressaltar que nas três fontes pesquisadas, houve baixa ocorrência da violência sexual, o que corrobora com os dados da

literatura que denotam a invisibilidade desta questão, principalmente em relação à violência sexual conjugal sofrida pelas mulheres.

O resultado obtido através da pesquisa realizada por Garcia et al (2008) foi o seguinte:

Nos atendimentos do HCU e PML, a maioria dos episódios de violência contra as mulheres foi agressões físicas, enquanto que, naquelas atendidas na ONG SOS Mulher predominou tanto este tipo de agressão (35,9%) quanto a violência psicológica (36,2%). Nos casos atendidos na ONG SOS Mulher, 70% das vítimas encontram-se na faixa etária de 18 a 39 anos, a metade declarou-se amasiada, e entre as que informaram o nível de escolaridade, mais da metade referiu ter cursado o ensino fundamental incompleto (52,6%). daquelas em que se obteve informação sobre a profissão, 41% eram domésticas ou do lar. Os agressores eram predominantemente do sexo masculino (97,6%), tinham de 20 a 49 anos de idade (87,8%), e dos casos em que se conseguiu a informação, 57,7% não haviam concluído o primeiro grau. Suas principais profissões/ocupações eram pedreiros/serventes (14,2%) e motoristas (9,2%). As agressões ocorreram com maior frequência no lar (85%) e foram perpetradas, sobretudo, pelos amásios/ex-amásios (50,2%). As causas de agressão, segundo as vítimas, foram principalmente os vícios e o ciúme (36,9% e 19,9%, respectivamente) e a esperança de melhorar o relacionamento conjugal foi o principal motivo (33,8%) referido pelas mulheres para continuarem convivendo com seus companheiros após as agressões sofridas. Nos atendimentos realizados no HCU e no PML as lesões foram provocadas principalmente por agentes mecânicos (96,9% e 90,4%, respectivamente), causando, sobretudo, feridas contusas (62,3% e 74,8%, respectivamente), atingindo, em especial, cabeça/pescoço (39,1%) nos atendimentos do HCU, e membros superiores (35,1%) nos do PML. [...] Foram registrados 11 óbitos no HCU e 25 no PML, decorrentes principalmente de ferimentos por arma branca (36,4% e 44%, respectivamente) e por arma de fogo (36,4% e 20%, respectivamente). Além disso, com base nos dados, em diversos casos de agressão nota-se provável intenção do homicídio, por exemplo, nas tentativas de esganadura e sufocação.

Também no município mineiro de Montes Claros foi realizada uma pesquisa durante o período de agosto de 2007 a agosto de 2009, intitulada por “Violência Doméstica perpetrada contra a mulher no município de Montes Claros: um recorte possível”, com o objetivo de investigar quantitativamente e qualitativamente os atos violentos contra as mulheres naquela cidade.

E para instruir essa pesquisa, que foi realizada por Romagnoli (2007-2009), foram coletados dados no 10º Batalhão da Polícia Militar, por meio da análise de 1.315 boletins de ocorrência, no período de agosto de 2007 a agosto de 2009. De acordo com essas pesquisas conclui-se que:

Os resultados apontam para a maior prevalência do fenômeno nos bairros de periferia e seu turno de maior ocorrência é o noturno. As vítimas e o agressor em sua maioria têm entre 26 e 35 anos e mais da metade das mulheres já sofreu agressões anteriores. Os tipos de violência mais encontrados são a agressão física e o abuso moral. Os principais motivos atribuídos são discussão doméstica e ingestão de álcool. Concluímos que a intervenção judicial não é suficiente para a inibição da violência contra a mulher, pois em certos casos afasta da delegacia mulheres com outras demandas acerca da violência, que sofrem e que não podem contar com a ajuda policial para a resolução dos seus conflitos.

Diante dos inúmeros dados levantados em relação à violência doméstica contra a mulher, é possível observar que os casos no estado de Minas Gerais, apresentam uma crescente a cada ano, com predominância para os casos de agressão física praticados principalmente pelo cônjuge no ambiente familiar.

A Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – SEJUSP – MG, Superintendência de Informações e Inteligência Policial, Polícia Civil de Minas Gerais, 2020, elabora, anualmente, o diagnóstico de violência doméstica e familiar contra a mulher nas regiões integradas de segurança pública de Minas Gerais. E esse relatório tem o intuito de apresentar um breve diagnóstico da violência doméstica e familiar contra a mulher nas dezenove Regiões Integradas de Segurança Pública do estado mineiro.

Tal documento inicia-se com a definição dos tipos de violência abordados na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), e apresenta em seguida, os dados de violência doméstica e familiar nas dezenove Regiões Integradas de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais - RISP's, e aborda os tipos de violência praticados, o perfil das mulheres vítimas, a

comparação da violência doméstica e familiar entre Belo Horizonte (BH), Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH) e Minas Gerais (MG), e, analisa ainda o crime de feminicídio. Ressalta-se que essa pesquisa foi realizada no dia de 07/01/2020 às 14h20min. Para a elaboração desse relatório, foram consideradas as violências físicas, psicológicas, patrimoniais, morais e sexuais.

Quanto ao quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher nas Regiões Integradas de Segurança Pública – nos 1º e 2º semestres de 2017 a 2019, é possível verificar que a RISP 01, com sede em Belo Horizonte, é a que apresentou maior número de registro de vítimas de violência doméstica contra a mulher: 55.430 casos; o que representa 12% do total geral entre todas as RISP's. Logo em seguida, está a RISP 02, com sede em Contagem: 38.428 casos, o que representa 8% do total de vítimas durante os anos de 2017 e 2018, e 9% no ano de 2019; seguida da RISP 04, com sede em Juiz de Fora, que somou 36.528 casos, o que representa 8% das vítimas em todo o período observado (2017, 2018 e 2019).

A RISP com menor incidência de casos é a RISP 19, com sede em Sete Lagoas, que registrou 10.892 casos.

Logo, torna-se um fato preocupante e merece especial observação o número total de casos de violência doméstica e familiar praticadas contra a mulher em todas as regiões de Minas Gerais analisadas (RISP 01 – Belo Horizonte; RISP 02 – Contagem; RISP 03 – Vespasiano; RISP 04 – Juiz de Fora; RISP 05 – Uberaba; RISP 06 – Lavras; RISP 07 – Divinópolis; RISP 08 – Governador Valadares; RISP 09 – Uberlândia; RISP 10 – Patos de Minas; RISP 11 – Montes Claros; RISP 12 – Ipatinga; RISP 13 – Barbacena; RISP 14 – Curvelo; RISP 15 – Teófilo Otoni; RISP 16 – Unaí; RISP 17 – Pouso Alegre; RISP 18 – Poços de Caldas; RISP 19 – Sete Lagoas). Somadas todas as RISP's, elas perfazem a soma de 446.473 casos, sendo 148.563 no ano de

2017, 147.240 no ano de 2018 e 150.670 no ano de 2019, dados esses que indicam um considerável crescimento anual.

5. Os casos de violência doméstica contra a mulher em tempos de pandemia (Covid-19)

A Organização Mundial de Saúde declarou em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença, causado pelo novo Coronavírus (COVID-19), constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional, constituindo-se no mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional (Organização Mundial de Saúde, 2020). Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.

Tal vírus, de caráter avassalador, cujo nome científico é Corona Virus Disease (Doença do Coronavírus), chamado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) de COVID-19, provocou uma catastrófica pandemia e forçou a população a se manter isolada em suas casas, de modo a evitar o convívio social e, conseqüentemente, a propagação da doença.

Segundo apontamentos realizados pela OMS, o termo pandemia é usado para descrever uma situação em que uma doença infecciosa ameaça várias pessoas pelo mundo todo, de maneira simultânea. Percebe-se, portanto, que não é o fator quantitativo relacionado ao número de mortes que caracteriza uma pandemia, mas sim, o fato geográfico, quando várias pessoas, espalhadas pelo mundo todo, sofrem o risco de se contaminar. De acordo, ainda, com a OMS (2020):

Desde o início de fevereiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a chamar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus de Covid-19. COVID significa CORona VIRus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças.

Em relação à etimologia da palavra COVID-19, explica a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ, 2020) que, desde o início de fevereiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a chamar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus de Covid-19.

COVID significa COrona Virus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final do mês de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças. A FIOCRUZ (2020) ainda explica que:

Os coronavírus causam infecções respiratórias em seres humanos e em animais. Geralmente, são doenças respiratórias leves a moderadas, semelhantes a um resfriado comum. Já o novo coronavírus é uma nova cepa do vírus (2019-nCoV) que foi notificada em humanos pela primeira vez na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China.

No Brasil, e em especial, no estado de Minas Gerais, a realidade não é diferente. Desde os primeiros meses do ano de 2020, os brasileiros e, conseqüentemente, os mineiros, foram obrigados a adotar novos padrões de vida: isolamento social, permanência de grande parte do dia, se não integralmente, dentro de seus lares, em atendimento aos apelos sociais e às campanhas governamentais, na tentativa de se minimizar a propagação de tal poderoso vírus.

Essa situação de anormalidade, enfrentada pela sociedade, mudou totalmente a rotina das pessoas do mundo todo e gerou impactos nas mais diversas esferas, sejam elas, social, econômica, cultural, política e, especialmente, em relação ao convívio interpessoal. As famílias se aproximaram e seus membros passaram a desfrutar de vários momentos próximos e em conjunto, “trancafiados” em seus lares. Essa aproximação, contudo, nem sempre se mostrou harmoniosa e benéfica, afinal, houve um aumento disparado nos casos de divórcio, brigas entre os casais, problemas

psicológicos e, sobretudo, tema do presente trabalho, o aumento assustador nos dados de violência doméstica praticada contra as mulheres.

Marques, Moraes, Hasselmann, Deslandes e Reichenheim apontam que (2020):

No âmbito relacional, o maior tempo de convivência com o agressor é crucial. Ademais, ao se reduzir o contato social da vítima com amigos e familiares, reduzem-se as possibilidades de a mulher criar e/ou fortalecer uma rede social de apoio, buscar ajuda e sair da situação de violência. A convivência ao longo de todo o dia, especialmente entre famílias de baixa renda vivendo em domicílios de poucos cômodos e grande aglomeração, reduzem a possibilidade de denúncia com segurança, desencorajando a mulher a tomar esta decisão.

Fato é que a maior parte do tempo da vítima em convívio com o agressor, especialmente entre as famílias de baixa renda, que dividem residências de poucos cômodos e com grande aglomeração, tem sido um estopim no desencadeamento da violência cometida por seu parceiro íntimo. A mulher se vê acuada e sem qualquer chance de realizar a devida denúncia, uma vez que se torna refém do seu parceiro, e o seu lar vira o mais completo cativoiro.

Conceição de Andrade (2020), Superintendente Geral do Instituto Maria da Penha, afirma que a violência doméstica não diminuiu, ela está mais privada do que nunca. A mulher que vive com um agressor já vivia isolada; agora, ela está praticamente em cárcere privado.

É inaceitável e muito difícil pensar que, enquanto para alguns, o isolamento social representa uma forma de proteção do Coronavírus, para várias mulheres, o confinamento tem representado perigo e pânico. De acordo com a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, a violência doméstica contra a mulher cresceu em torno de 28%, no mês de abril do corrente ano, em relação ao mesmo mês de 2019. De acordo com os dados, entre os estados com mais registros, está São Paulo, com um aumento de 44,9%; Acre, Rio Grande do Sul, Pará e Mato Grosso.

Segundo a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (2020), de março a junho deste ano, foram registrados 44.413 casos de violência doméstica contra a mulher, o que corresponde a 364 mulheres violentadas por dia, no estado mineiro. Paradoxalmente e de maneira contraditória, no mesmo período do ano passado, em Minas Gerais, os casos atingiram o número de 48.956, e, em 2018, 47.682. E de acordo com os dados levantados na capital mineira, Belo Horizonte, também apresentou redução nos casos relatados de violência doméstica contra a mulher, pois foram notificados 5.291 casos registrados no ano de 2020, até a data de 09/07/2020; 6.009 casos registrados no ano de 2019; 6.005 casos registrados no ano de 2018, dados levantados em igual período.

A diminuição nos registros mineiros de ocorrência de atos violentos contra a mulher em âmbito doméstico causa grandes preocupações nos órgãos de segurança pública, uma vez que, certamente, tem-se constatado inúmeros casos de subnotificação da violência gerada pela dificuldade/impossibilidade de realização da denúncia por parte das vítimas, que se encontram isoladas socialmente, sob a atenta vigilância dos agressores.

Diante de tamanha preocupação, em 07 de julho de 2020, foi sancionada a Lei n. 14.022 que alterou a Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência, durante a emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019. (Brasil, 2020).

Essa norma determina que enquanto perdurar o estado de emergência, em virtude do coronavírus, os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas, relacionados com atos de violência doméstica cometidos contra as mulheres,

crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, serão mantidos, sem suspensão. O texto legal trouxe, ainda, vários outros mecanismos para auxiliar o combate à violência doméstica, como, por exemplo, a possibilidade de se realizar o registro da ocorrência por meio eletrônico, ou por meio de um número de telefone de emergência designado para esta finalidade pelos órgãos de segurança pública.

Também é importante ressaltar que se encontra em tramitação no Senado Federal, o Projeto de Lei – PL 3.374/2020, que altera a Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, com o intuito de aumentar, em um terço, todas as penas relativas a crimes de violência doméstica ou familiar praticados contra mulheres, crianças, idosos ou pessoas com deficiência, durante os períodos de calamidade pública. A autora da referida proposta é a senadora Rose de Freitas (Podemos – ES). Como forma de apoio ao combate à violência doméstica contra a mulher, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou a campanha “Sinal Vermelho”, cujo objetivo é oferecer ajuda às vítimas de violência doméstica na pandemia nas farmácias espalhadas pelo país.

Segundo a coordenadora do Movimento Permanente de Combate à Violência Doméstica do CNJ, a conselheira Maria Cristiana Ziouva aduziu que o objetivo da campanha é oferecer um canal silencioso, permitindo que essas mulheres se identifiquem nas farmácias e, a partir daí, sejam ajudadas e tomadas as devidas soluções. Trata-se de uma atitude relativamente simples, que exige dois gestos apenas: para a vítima, fazer um X nas mãos; para a farmácia, uma ligação.

A campanha do CNJ alcançou tamanha proporção e, inúmeras pessoas têm compartilhado em suas redes sociais, imagens de mãos femininas com o desenho de um X vermelho desenhado na palma, feito à caneta ou até mesmo com batom, incentivando a denúncia segura por parte das vítimas. De acordo com Cristiana Ziouva (2020):

A ideia de uma campanha que priorizasse a denúncia silenciosa surgiu para ajudar justamente aquela mulher que está presa em casa e que não tem como pedir socorro, seja porque o companheiro quebrou o celular dela, ou escondeu o telefone, ela não tem um computador, não tem como se comunicar com a família, enfim, não consegue chamar ninguém para auxiliá-la e não consegue fazer a denúncia pela forma virtual. Mas, muitas vezes, ela consegue ir a uma farmácia, e esse é o momento.

6. Conclusão

A Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a uma das vítimas da violência doméstica, foi, indubitavelmente, um marco exponencial na luta contra a violência doméstica em desfavor da mulher no Brasil. Após grande mobilização dos organismos internacionais, e mediante a omissão brasileira, esse diploma legal foi sancionado e gerou consideráveis impactos na seara criminal em relação às vítimas da violência doméstica. Todavia, é preciso reconhecer que ainda há muito a ser feito, ao considerar que os números de mulheres violentadas aumentam cada vez mais com o decorrer dos anos.

Diante do quadro de violência doméstica que assombra o universo feminino, ressalta-se que na maior parte dos casos, as vítimas são mulheres submissas ao companheiro, que se sentem inferiores a eles por consciência própria ou por imposição contrária. São mulheres que possuem total dependência econômica e afetiva do agente agressor, não possuem emprego e nem escolaridade, e assim, não têm meios de prover a própria subsistência e a de seus filhos, e, por conseguinte, não colocam fim ao relacionamento abusivo, mantêm-se quietas e caladas e sofrem em silêncio.

Frise-se que a violência doméstica existe na sociedade há muito tempo, desde os mais diversos períodos históricos. Durante muito tempo, as mulheres foram levadas a acreditar que eram inferiores aos homens, que deveriam ser submissas aos companheiros e que deveriam aceitar

inteiramente o que lhes era imposto, afinal, só dessa forma, seriam boas esposas e alcançariam a harmonia no lar.

Ocorre que hodiernamente, com a evolução dos tempos, com tantas transformações sociais vividas, com a existência da luta pela igualdade entre os gêneros, com a mulher com papel de destaque na sociedade, a violência em âmbito doméstico enfrentada pela classe feminina não merecia prosperar. No entanto, infelizmente, o que se vê é uma realidade distorcida, marcada por altos índices e números de casos e de processos com tema de violência doméstica contra a mulher. E no estado mineiro a realidade não é diferente, pois, constantemente, têm-se relatos de crimes praticados contra as mulheres no próprio ambiente domiciliar, o que culmina, muitas vezes, no pior resultado possível: o óbito da vítima.

Dessa maneira, em pleno ano de 2020, as mulheres vítimas das agressões, ainda se encontram desamparadas, vivem com receio e com muito medo da parte agressora, devido à sua própria omissão, e também, por tamanho despreparo por parte das autoridades públicas que muitas das vezes, não sabem e não conseguem se posicionar mediante tamanho problema.

A pandemia provocada pela COVID-19 gerou inúmeros impactos sociais e quanto aos casos de violência doméstica contra a mulher, estes aumentaram consideravelmente em todo o país, conforme o supracitado. Entretanto, em Minas Gerais, os números das denúncias diminuíram em relação ao mesmo período dos anos anteriores, 2018 e 2019. Isso pode ser justificado pela existência de uma grande subnotificação no estado mineiro, em virtude da impossibilidade gerada à vítima pelo agressor de realizar a denúncia. Afinal, a vítima se encontra em “cativeiro domiciliar”, torna-se refém do parceiro e, conseqüentemente, resta impossibilitada de denunciá-lo pelas agressões.

Por fim, é imperioso ressaltar, no presente trabalho, que vários foram os avanços e conquistas em relação ao tratamento destinado às vítimas de agressões em âmbito doméstico, bem como, em relação à punição atribuída aos agressores. Porém, há que se falar que o Brasil caminha em passos lentos e que ainda há muito a se fazer, tendo em vista as inúmeras vidas femininas ceifadas por aqueles que, um dia, lhes prometeram afeto, proteção e cuidado, oferecendo-lhes, na verdade, pânico, medo, pavor e violência.

Referências

- ANDRADE, Júlia de Oliveira et al. **Indicadores da violência contra a mulher provenientes das notificações dos serviços de saúde de Minas Gerais-Brasil. Texto contexto - Enfermagem**, Florianópolis, v. 25, n. 3, e2880015, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072016000300318&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2020.
- AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. **Violência psicológica doméstica: vozes da juventude**. São Paulo: Lacri - Laboratório de Estudos da Criança/PSA/IPUSP, 2001.
- BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.
- CARVALHO, Carina Suelen de; FERREIRA, Débora Nayara; SANTOS, Moara Karla Rodrigues dos. **Analisando a Lei Maria da Penha: a violência sexual contra a mulher cometida por seu companheiro**. Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, Londrina, 2010.
- CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem** [online], v. 14, n. 6, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?is=281421865018>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- DAY, Vivian Peres *et al.* Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 25, supl. 1, p. 9-21, abr. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-81082003000400003>.
- FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. 2006.
- GARCIA, Marilúcia Vieira *et al.* Caracterização dos casos de violência contra a mulher atendidos em três serviços na cidade de Uberlândia, Minas Gerais, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 24, p. 2551-2563, 2008.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- MARQUES, Emanuele Souza *et al.* A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00074420, 2020.

MENEGHEL, Stela Nazareth *et al.* Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência & Saúde Coletiva** [online], v. 18, n. 3, mar. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000300015>.

ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 23 nov. 2020.

PORTAL FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Por que a doença causada pelo novo coronavírus recebeu o nome de Covid-19?** 17 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-covid-19>. Acesso em: 23 nov. 2020.

PORTAL CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia.** 10 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 23 nov. 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROMAGNOLI, Roberta Carvalho. A violência contra a mulher em Montes Claros. **Barbarói**, v. 43, p. 27-47, 2015. DOI: <https://doi.org/10.17058/barbaroi.v0i0.4815>.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Quantitativo de vítimas de violência doméstica e familiar contra mulher, por RISP, ano e semestre.** Belo Horizonte, mar. 2020. Disponível em: http://www.seguranca.mg.gov.br/images/2020/Maio/Diagnosticos/DIAGNOSTICO_-_VDFCM_nas_RISPs_-_2_semestre-2019.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

SILVA, Luciane Lemos; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica.** Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/icse/2007.v11n21/93-103/#ModalArticles>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Artigo recebido em: 08/11/2021.

Aceito para publicação em: 22/03/2022.

A Violência Doméstica Contra a Mulher durante a Pandemia do Novo Coronavírus no Estado do Rio Grande do Sul¹

Domestic Violence Against Women during the New Coronavirus Pandemic in the State of Rio Grande do Sul

Deisemara Turatti Langoski²

Anayara Fantinel Pedroso³

Francielen Medianeira Batista Toniolo⁴

Resumo: A organização Mundial da Saúde (OMS) em março de 2020 anunciou, mundialmente, a pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Com o objetivo de impedir a propagação e diminuir o impacto da crise na saúde, apresentou-se como indispensável o isolamento social. Desse modo, alerta-se para as consequências que as medidas necessárias de enfrentamento ao vírus e como afetariam a questão da violência doméstica, em especial, contra as mulheres. Em vista disso, é imputado aos governos a obrigação de proteger as vítimas, indicando e implementando medidas urgentes. Objetiva-se com este estudo, analisar o contexto dos registros oficiais apresentados no Estado do Rio Grande do Sul sobre os casos de violência contra a mulher durante o período de isolamento social, entre os meses de janeiro a junho de 2020 e, verificar quais as ações desenvolvidas pela Administração Pública do Rio Grande do Sul, para o combate e a prevenção dos casos de violência doméstica contra a mulher durante a pandemia. Nesse sentido, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Diante deste contexto, pode-se afirmar que a incongruência dos dados estaduais relativos aos crimes de violência doméstica contra a mulher demonstra a existência de subnotificação, provavelmente esta resposta é o resultado das dificuldades de acesso à justiça por parte das mulheres em face das circunstâncias na atual conjuntura provocada pela pandemia.

¹ Salienta-se que este texto já foi veiculado na obra “Direito e gênero: Avanços e desafios”, publicado pelo Centro de Estudos Interdisciplinares de São Borja/RS, em 2021 (pp. 35-52).

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2017). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2004), Especialista em Direito Público ênfase em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1998); Especialista em Direito de Família pela PUC Minas (2009), Especialista em Docência na Educação Superior pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (2012), Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1996). Professora Adjunta da Carreira do Magistério Superior da Universidade Federal do Pampa (Campus Santana do Livramento). E-mail: deisematuratti@unipampa.edu.br. ORCID: 0000-0002-3256-4164

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pampa. E-mail: anayarafantinelpedroso@gmail.com. ORCID: 0000-0002-8718-5794.

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pampa. E-mail: ftoniolo09@gmail.com. ORCID: 0000-0002-4713-6920

Palavras-Chave: Violência doméstica contra a mulher; Pandemia da COVID-19; Isolamento Social.

Abstract: The World Health Organization (WHO) in March 2020 announced, worldwide, the pandemic of the new coronavirus (COVID-19). In order to prevent the spread and reduce the impact of the crisis on health, social isolation was essential. Thus, it warns of the consequences that the necessary measures to face the virus and how they would affect the issue of domestic violence, in particular, against women. In view of this, governments are charged with the obligation to protect victims, indicating and implementing urgent measures. The objective of this study is to analyze the context of the official records presented in the State of Rio Grande do Sul on cases of violence against women during the period of social isolation, between the months of January to June 2020 and to verify which are the actions developed by the Public Administration of Rio Grande do Sul, to combat and prevent cases of domestic violence against women during the pandemic. In this sense, the deductive approach method and bibliographic and documentary research techniques are used. Given this context, it can be said that the inconsistency of state data on crimes of domestic violence against women demonstrates the existence of underreporting, this answer is probably the result of the difficulties of access to justice by women in the face of the circumstances in current situation caused by the pandemic.

Keywords: Domestic violence against women; COVID-19 pandemic; Social isolation.

1. Introdução

O presente artigo versa sobre a violência doméstica contra a mulher durante a pandemia da COVID-19 no Estado do Rio Grande do Sul e tem por objetivo analisar os registros oficiais apresentados no Estado do Rio Grande do Sul sobre os casos de violência doméstica contra a mulher no período de isolamento social, em especial, entre os meses de janeiro a junho de 2020 e, verificar quais as ações desenvolvidas pela Administração Pública do Rio Grande do Sul para o combate e a prevenção dos casos de violência contra a mulher.

Usando os tipos de pesquisa bibliográfica e documental, com o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, o interesse em estudar a questão da violência doméstica contra a mulher em tempos de pandemia, surge pela observação do aumento significativo dos casos no Brasil e, mais especificamente, no Estado do Rio

Grande do Sul, após as primeiras medidas para o enfrentamento da COVID-19, consistentes principalmente no isolamento social. Fato que, por si só corrobora para o aumento das tensões entre as pessoas que convivem no ambiente doméstico.

Desta forma, a análise dos casos de violência doméstica contra a mulher durante a crise do COVID-19 no Estado do Rio Grande do Sul, motiva as pesquisadoras a verificar se realmente houve um aumento potencial da violência doméstica contra as mulheres, durante as medidas de contingência como o isolamento domiciliar. Busca-se também, compreender o porquê as mulheres encontram-se na linha de frente e quais as medidas tomadas, enquanto resposta estatal do Rio Grande do Sul, até o momento, para fornecer proteção às mulheres vítimas de violência, para a confrontação desta difícil situação.

A violência doméstica contra a mulher é combatida diuturnamente e de forma incessante, visto que é fruto de uma sociedade calcada por ideais patriarcais, retrógrados, tradicionais e machistas. Circunstâncias que corroboram para o aumento dos índices de violência, já que a noção intrínseca, socialmente aceita, de propriedade da mulher ainda existe e deve ser repelida.

Há muitos anos que a violência doméstica faz inúmeras vítimas cotidianamente e, no contexto de uma pandemia, como a da COVID-19, em que entre as alternativas de enfrentamento está o isolamento social, muitas mulheres que estão salvaguardando-se do vírus, ao mesmo tempo, estão enfrentando o “vírus” da violência, ao estarem isoladas com os parceiros. De tal modo, urge debater acerca desta temática, levando-se em consideração a crise pandêmica, a fim de garantir mecanismos de acesso à justiça para as mulheres em situação de violência.

Para melhor exploração das ideias, o artigo está dividido em três momentos: inicialmente é feita uma breve contextualização acerca da

pandemia e das medidas direcionadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e Organização das Nações Unidas (ONU) de enfrentamento ao vírus *sars-cov-2*.

Em um segundo momento, é tratado sobre a violência doméstica, percorrendo a crise pandêmica, social e psicológica que corroboram para o aumento das tensões no ambiente doméstico. Em seguida, aborda-se acerca das propostas de medidas de combate à violência doméstica que deveriam ser adotadas pelas autoridades por meio das políticas públicas.

E, por fim, são feitas buscas comparativas entre os meses de janeiro a junho de 2020 sobre os índices de violência doméstica contra a mulher no Estado do Rio Grande do Sul e uma breve análise, para fins de comparação, dos dados do Brasil acerca dos indicadores referente aos boletins registrados e demais relatos acerca de brigas e discussões entre os casais. A partir de então, analisa-se a atuação dos órgãos estaduais frente a este contexto pandêmico.

2. Contextualização da Pandemia da COVID-19

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS), anunciou a pandemia, em razão da nova doença COVID-19, sendo uma nova cepa do coronavírus, relatada pela primeira vez em dezembro de 2019⁵. No mesmo ato, a OMS, alertou que deveria haver uma ação conjunta de esforços entre governos e sociedade civil para o enfrentamento, a partir de uma estratégia global adequada; visando, sobretudo, a prevenção da contaminação e a mitigação dos resultados causados por esta. De acordo com as diretrizes da OMS, objetivando impedir a propagação do coronavírus,

⁵ Segundo a OMS, uma pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença. Desse modo, sendo a principal agência de saúde mundial, a OMS é o órgão que primeiro declarar uma pandemia (AGÊNCIA BRASIL, 2020). Logo, Tedros Adhanom, reforçou que as medidas de isolamento social são a melhor alternativa para conter a propagação do vírus (G1 JORNAL NACIONAL, 2020).

foi considerada como essencial medida de segurança o isolamento social (FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020).

No que tange à América do Sul e do Norte, a diretora da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) Carissa Etienne, informou que as principais formas de propagação da doença a nível regional seriam por meio da importação de produtos, do aparecimento de casos em lugares fechados com aglomerações de pessoas e a própria transmissão comunitária. Com o intuito de combater estas situações, foram estabelecidas medidas como o isolamento social, bem como a proteção dos profissionais da saúde e reorganização dos serviços essenciais (OPAS, 2020).

Dubravka Šimonović, ressaltou a indispensabilidade que os governos mantenham a atenção contínua para a proteção das vítimas e apresentem programas/políticas públicas para a adoção de medidas urgentes com a finalidade de combater a violência doméstica contra a mulher em tempos da pandemia. Sugeriu ainda, que deve ser garantido o acesso à proteção das vítimas, através da implantação e manutenção dos abrigos, bem como sejam disponibilizadas linhas de denúncia. Com estas providências básicas, os órgãos de segurança pública precisam incrementar esforços humanos e estruturais para apresentar uma ação rápida nos casos de violência doméstica (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

Nessa perspectiva, relata-se o temerário cenário para que as vítimas utilizem as linhas telefônicas como forma principal de encontrar o caminho para a denúncia, na medida em que se encontram em contexto de confinamento domiciliar. Propôs-se como sugestão, a imperiosa necessidade de adoção pelos Estados de soluções novas e criativas para o atendimento das vítimas, utilizando por exemplo os recursos das novas mídias digitais, como chats online e serviços de texto. Šimonović, ressaltou que é responsabilidade dos Estados as circunstâncias extraordinárias e medidas restritivas adotadas durante a pandemia, e deste modo, devem

salvaguardar o direito das mulheres a uma vida livre de violência (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

Em decorrência do contexto histórico em que a sociedade se encontra inserida na atual conjuntura, busca-se, no decorrer dos próximos itens, abordar acerca das questões inerentes à violência doméstica contra a mulher, especialmente, levando em consideração a crise pandêmica e os principais gatilhos para o possível aumento nos índices de violência, além das medidas indicadas pelas instituições internacionais para combate.

3. A violência doméstica contra a mulher durante a pandemia de COVID-19

Dentre as violações dos direitos humanos, a violência contra a mulher é uma das formas mais difundidas atualmente. Uma a cada três mulheres já foram espancadas, obrigadas a ter relações sexuais ou sofreram alguma outra forma de abuso, normalmente praticada por pessoa que possua algum tipo de convivência com a vítima. A violência doméstica contra a mulher, é comumente cometida pelo parceiro mediante uma série de abusos, não necessariamente chegando à agressão física de pronto. As referidas violações, podem dar-se por intermédio do controle excessivo, abusos psicológicos como desprestígio e insultos, coerção sexual e a própria agressão física (DAY *et al.*, 2003).

A etiologia deste quadro de violação dos direitos humanos através da violência doméstica contra a mulher, está calcada em dois eixos: o primeiro, vertical, relacionado com o homem e a mulher enquanto a outra, diferente do homem e desvalorizada em relação àquele, remetendo à inferioridade e a expropriação. Enquanto que o segundo eixo é representado horizontalmente, demonstrando a competição entre iguais, entre homens. Esses eixos estão juntos de forma a complementarem-se, demonstrando o desequilíbrio dentro dessa estrutura social (DA COSTA, 2020).

A desigualdade social relacionada ao masculino e feminino não está relacionada com a natureza biológica, do sexo, mas com a construção social de gênero. Trata-se de um aspecto social, uma valoração construída por meio dos aspectos culturais inerentes a uma sociedade. A própria diferenciação sexual e biológica está diretamente relacionada com as qualidades atribuídas às mulheres e aos homens, o que por si só, perpetua a desigualdade de gênero, tornando um subordinado ao outro; um incapaz em relação ao outro, pois possui certas qualidades; atribuindo a um deveres que não são atribuídos ao outro. Há certas virtudes que não são atribuídas às mulheres, ou seja, trata-se de uma diferenciação deontológica, pois não é natural (DE CAMPOS *et al.*, 1999).

O vírus, principalmente pelas medidas de isolamento social adotadas, tem o poder de acentuar as desigualdades de gênero, que por sua vez refletem na seara econômica, social, estrutural e profissional, já existentes no mundo. Por essa órbita, faz-se mister uma (re)leitura dos acontecimentos na atualidade, a partir de uma questão de gênero, abrangendo breves aparatos históricos que refletem em tamanho abismo nas diferenças entre o masculino e o feminino com a ocorrência da pandemia do novo coronavírus.

Quanto à diferenciação das tarefas executadas entre homens e mulheres, segundo Engels (2009) com a origem da propriedade privada, houveram determinadas imposições à organização familiar, subalternizando a mulher em relação ao homem e, impondo a ela, os cuidados para com os membros do seio familiar. Essa concepção de subalternidade se expandiu para os setores sociais, profissionais, econômicas e culturais. Resultando em diferentes formas valorativas do labor feminino e masculino, acabando com a paridade de gênero no que tange ao trabalho e demais relações sociais.

Devido ao contexto patriarcal da sociedade e a predominância dos valores da Igreja Católica, a mulher sempre foi considerada a partir das

qualidades físicas, como a beleza, a capacidade reprodutiva e demais fatores que as relacionava para a aptidão de cuidados com os filhos, atribuindo-lhes as atividades domésticas. Enquanto que para o homem, eram atribuídas as características psicosociais como a inteligência e o dever de trabalhar, para sustentar o lar (BUGLIONE, 2000).

Isto posto, observa-se que os impactos do coronavírus afetam de maneira diferente homens e mulheres, sendo estas, as mais prejudicadas, dado que sofrem as consequências físicas e emocionais da pandemia. Segundo pesquisas, as mulheres assumem maioria em profissões específicas como cuidadoras, socorristas, enfermeiras, domésticas, além das trabalhadoras informais. Nessa órbita, a COVID-19 corroborou para uma precarização dos setores responsáveis por gerar emprego, em grande maioria, às mulheres; ao passo que houve a saturação dos sistemas de saúde, fechamento de escolas, de comércios, e empresas em geral. Diminuindo significativamente a capacidade de subsistência das mulheres (ONU MULHERES, 2020). Muitas tiveram os empregos afetados, passaram a depender economicamente dos companheiros e viver com uma maior precariedade, estando submissas financeiramente e também, emocionalmente, uma vez que o desemprego e as incertezas financeiras afetam diretamente a saúde psicológica.

Fatos estes, que tornaram as mulheres as mais afetadas em relação ao trabalho não-remunerado, uma vez que recai sobre elas os cuidados das pessoas inseridas no contexto familiar, além dos demais afazeres domésticos (ONU MULHERES, 2020). Pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) evidenciaram que a jornada semanal feminina é 3,1 horas maior que a jornada masculina. Vale ressaltar que essa pesquisa engloba a jornada formal e a jornada informal, relacionada aos labores não remunerados, caracterizando-se, portanto, como dupla jornada (BÔAS, 2019). Em se tratando de trabalhadoras informais e domésticas, a

situação é ainda mais complicada, pois no momento em que há a necessidade de afastamento das atividades laborais por questões de saúde, há também a perda da renda (ONU MULHERES, 2020).

Nessa perspectiva, o remédio do isolamento social, destinado a salvaguardar a saúde da população, pode funcionar como um veneno para as mulheres que precisam permanecer em quarentena com parceiros e familiares. Uma vez que as crises pandêmicas, econômicas e sociais aumentam as inseguranças e conseqüentemente as tensões no ambiente doméstico, corroborando para possíveis práticas de algum tipo de violência (MARQUES *et al.*, 2020).

É perceptível que há uma série de entraves a serem enfrentados por algumas mulheres que se encontram em situação de violência em tempos de pandemia, como a dependência financeira, emocional e social. Além disso, a restrição de locomoção e o isolamento, necessários para combater a COVID-19, dificultam a fuga do ambiente doméstico e o acesso aos serviços essenciais destinados à proteção (ONU MULHERES, 2020).

Ainda na perspectiva individual, as supracitadas crises corroboram para o aumento das angústias, uma vez que atingem o psicológico a partir do momento em que surgem as dúvidas acerca do futuro, da possibilidade de contaminação, da propensão às reduções salariais e desemprego durante a pandemia, especialmente no que tange às classes mais baixas da sociedade que ocupam em grande escala os trabalhos informais e subempregos, além da falta de contato com amigos e parentes em decorrência do isolamento. Situações que ficam ainda mais complicadas para as mulheres quando aliadas à dupla jornada, tornando-as mais propensas para os conflitos e também, mais vulneráveis frente à violência, especialmente, a psicológica (MARQUES *et al.*, 2020).

Essas violações aos direitos e garantias individuais das mulheres, ficam mais graves ainda no tocante às meninas, uma vez que, por exemplo,

na América Latina houve um aumento significativo e dissociado dos outros lugares do mundo, dos índices de meninas que engravidaram muito jovens. O que de fato, reflete os grandes números de violência sexual nos países latino-americanos, que muitas vezes são cometidos por parentes ou pessoas próximas do círculo familiar da vítima, corroborado pela dificuldade de acessar os serviços de saúde relacionados à saúde sexual e reprodutiva (ANISTIA, 2020). O isolamento social, apresenta-se como um ambiente propício para que violências desta ordem ocorram, uma vez que há uma maior convivência entre as meninas e possíveis violentadores no círculo familiar, bem como, a dificuldade no acesso aos serviços de saúde e aos métodos contraceptivos disponibilizados pelas políticas assistencialistas em meio a pandemia.

Observa-se que as mulheres, são as pessoas mais expostas às consequências físicas e emocionais da pandemia da Covid-19, em especial porque houve a pontencialização mundial de casos de violência doméstica.

3.1. Medidas orientadas frente à violência doméstica contra a mulher em tempos de crise pandêmica

É fato incontroverso que houve um aumento significativo da violência contra a mulher a nível global, desde o início do confinamento por conta da pandemia da COVID-19 neste ano de 2020.

Diante da preocupante situação enfrentada pelas mulheres em meio a COVID-19, António Guterres, secretário-geral da Organização das Nações Unidas, requereu aos governos, a inclusão no plano nacional de combate à pandemia, ações de proteção para as mulheres, a fim de evitar, ou ao menos minimizar, os prejuízos decorrentes da violência doméstica e familiar durante o período de quarentena. Orientou também, que fosse realizado o investimento em serviços online de assistência, bem como nas organizações da sociedade civil, além da garantia de que os sistemas jurídicos

permaneçam colocando os agressores frente à justiça, e programem a elaboração de alertas de emergência e demais modos seguros para que as mulheres consigam postular por assistência, sem chamar atenção dos agressores em farmácias, supermercados e demais estabelecimentos comerciais (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

Há a necessidade de criação de políticas públicas e tomadas de decisões, tanto nacionais quanto locais, que levem em consideração as desigualdades de gênero para o enfrentamento pandêmico. Primeiramente, através da produção de dados relacionados à pandemia que permitam a abordagem acerca da violência doméstica, dos impactos econômicos, dos quadros de saúde pública e das medidas assistenciais. Para então conceder uma resposta estatal que leve em consideração as necessidades da população, em específico, das mulheres e meninas, as quais são vítimas dos maiores impactos pandêmicos (ONU MULHERES, 2020).

Nessa acepção, é mister que sejam adotados planos de proteção para mulheres e meninas vítimas de violência durante o período de isolamento domiciliar. Dentre eles, solicita-se às autoridades judiciárias que prolonguem a vigência das medidas protetivas de mulheres e seus filhos vítimas de violência doméstica e familiar. Aos Estados e municípios e respectivas autoridades, compete garantir o pleno funcionamento das casas de acolhimento às mulheres vítimas de violência, fornecendo as condições necessárias para acolher quem necessita. Às autoridades policiais e ministeriais, solicita-se a celeridade na ativação dos protocolos de busca, quando comunicado o desaparecimento de mulheres e a salvaguarda dos procedimentos investigatórios instantâneos e imparciais, quando houver fundados motivos de violência por questões de gênero. E, que sejam estabelecidas prerrogativas para mulheres vítimas de violência que precisam buscar ajuda, em especial, aos toques de recolher e demais restrições de circulação, evitando a revitimização e as criminalizações

(ANISTIA, 2020).

Além disso, cabe às linhas de ajuda, desenvolver ferramentas tecnológicas que permitam o apoio psicossocial à distância, em tempos de pandemia, mas que também sejam alcançadas pelas mulheres que não possuem acesso às redes de comunicações e encontram-se em maior vulnerabilidade frente à violência (NAÇÕES UNIDAS, 2020).

No que tange ao acesso à justiça, faz-se mister que as autoridades judiciais garantam a investigação e responsabilização dos culpados. Pois, segundo pesquisas do sistema interamericano de direitos humanos, a ineficácia jurisdicional é um dos fatores que mais impõe óbices à denúncia das mulheres vítimas de violência e conseqüentemente, da efetivação dos direitos. A garantia ao acesso à justiça deve ser um dos pilares dos planos governamentais de contingência. Para esse fim, as medidas de assistência às vítimas devem ser consideradas essenciais durante o período de isolamento social, cabendo às autoridades garantir recursos adequados para o pleno funcionamento (ANISTIA, 2020).

As instituições estatais e paraestatais devem estar em plenas condições para o recebimento das denúncias, com uma maior flexibilização para que estas sejam feitas mediante meios alternativos, como as plataformas digitais de atendimento e aplicativos. Os agentes da segurança pública e demais responsáveis pela proteção e recebimento de denúncias, devem ser orientados para priorizar os casos de violência doméstica e familiar. E, mesmo com as suspensões dos prazos processuais, deve ser garantido o acesso à justiça às pessoas vítimas de violência. Por fim, há a orientação de que os registros de violência sigam em funcionamento, uma vez que são de suma importância para o acompanhamento das vítimas, garantindo a proteção à vida (ANISTIA, 2020).

Em outras palavras, a resposta estatal frente às mulheres em situação de vulnerabilidade pela violência doméstica, deve constituir-se de

inúmeras formas, dentre elas, a partir da instituição de medidas de compensação direta para as trabalhadoras que estejam na informalidade e dos demais setores abalados pela economia, visando a continuação de geração de renda. Garantir as condições mínimas de subsistência para estas, visando erradicar a dependência financeira e a promoção de estratégias a partir de programas de transferência de renda, para que obtenham o apoio necessário para reestruturação em tempos difíceis. A criação de políticas públicas que proporcionem a assistência à saúde e garantam o acesso a serviços essenciais como alimentação e higiene. Além de ser assegurada a existência permanente de serviços destinados à proteção das mulheres em situação de violência, mesmo que, de acordo com a situação pandêmica, sejam desenvolvidas novas ferramentas para a efetivação, contando com o apoio das organizações especializadas da sociedade civil (ONU MULHERES, 2020).

O direito à saúde é um direito fundamental, consubstanciando a saúde física, psicológica, sexual e reprodutiva. O Estado possui a obrigação de fornecer os tratamentos médicos e assistenciais à saúde necessária para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de todos. O desrespeito ao direito à saúde e em especial aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher caracteriza-se como violência de gênero, podendo os responsáveis, responder por crime de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, sendo considerado como uma afronta à saúde feminina, principalmente em se tratando de mulheres vítimas de violência, contribuindo para a revitimização e a violência à saúde física e psíquica desta.

Nesse espectro, é obrigação do Estado fornecer serviços de assistência à saúde sexual e reprodutiva dentre os serviços essenciais, a partir de uma perspectiva de gênero, principalmente durante a pandemia, de forma eficaz e sem discriminação. Para tanto, faz-se necessário que os Estados acolham

as orientações da OMS acerca do tratamento especializado para com as gestantes e lactantes e vítimas de violência sexual (ANISTIA, 2020).

Ademais, os Estados devem levar em consideração uma política voltada para mulheres e meninas em mobilidade, uma vez que deve haver uma atenção especial às refugiadas e migrantes, independentemente da situação legal em que se encontram, pois o fechamento das fronteiras propicia viagens ilegais, calcadas na precariedade, expondo-as muitas vezes, à violência e ao tráfico de pessoas, para explorações sexuais posteriores. Nessa perspectiva, é dever do Estado incluir nas medidas de combate à violência através de um atendimento especializado para estrangeiras, além de permitir-lhes o acesso à saúde e serviços essenciais. (ANISTIA, 2020).

Por fim, é indicado para que as autoridades responsáveis pelas questões migratórias prolonguem a vigência dos pedidos de asilo e demais trâmites que envolvam a migração, a fim de que essas mulheres tenham efetivamente acesso aos benefícios sociais, além dos direitos e garantias individuais. Ademais, o Estado deve utilizar os meios necessários para garantir a livre circulação dos agentes humanitários, a fim de que seja dada continuidade na prestação dos serviços, especialmente àqueles que atuam nas áreas da violência de gênero. Por fim é orientado que os países que detenham migrantes no território, deveriam atender o princípio da excepcionalidade e liberá-los imediatamente dada a situação excepcional em que o mundo se encontra (ANISTIA, 2020).

Para isso, a ação deve ser capitaneada pelos governantes e responsáveis pela instituição de políticas assistencialistas, mas sempre direcionados não só pelos dados estatísticos como também, pelas mulheres que convivem com essas dificuldades, devendo ser garantida, a participação através de uma consulta direta com organizações de mulheres, para buscar sanar as necessidades principais. Estas organizações são capazes de identificar e buscar o apoio necessário acerca das situações de violência

doméstica (ONU MULHERES, 2020), ou seja, faz-se mister primeiramente conhecer o quadro das mulheres frente às crises, para a posteriori realocar os recursos necessários visando a mitigação dos efeitos causados.

Isto posto, atenta-se a necessidade de observar a atuação da Administração Pública brasileira em face da violência doméstica contra a mulher durante a pandemia. Diante disso, pretende-se a seguir, contemplar o aspecto regional e compreender o contexto no Estado do Rio Grande do Sul, com reflexões sobre as ações das Polícias Civil e Militar, Ministério Público e Justiça Estadual.

4. A violência contra a mulher durante a pandemia da COVID-19 no Estado do Rio Grande do Sul

No momento pandêmico da COVID-19, verifica-se a situação do isolamento social, como a medida mais segura, necessária e eficaz, para minimizar os efeitos diretos. Entretanto, observa-se as consequências que o regime de isolamento atribui à vida de milhares de mulheres que já viviam em situação de violência doméstica. Diante disso, encontra-se o aumento dos casos de violência e ao mesmo momento, a diminuição das denúncias realizadas (FÓRUM SEGURANÇA PÚBLICA, 2020)

A Itália exemplifica o cenário mencionado, pois registrou a queda em 43% (quarenta e três) das denúncias/ocorrências de crimes domésticos em território nacional, correspondente ao período do mês de março de 2020. Salienta-se que os dados oficiais divulgados pelo comitê parlamentar de violência contra mulheres, demonstram que os relatórios da polícia sobre abuso doméstico caíram para 652 (seiscentos e cinquenta e dois) nos primeiros 22 dias de março, enquanto eram 1.157 (mil cento e cinquenta e sete) no mesmo período de 2019 (FÓRUM SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Em razão disso, salienta-se o favorecimento das subnotificações das ocorrências, fenômeno que se verifica em larga escala em âmbito nacional e

mundial, visto que a mulher, durante o isolamento encontra-se com maiores dificuldades na realização da denúncia (SÁ, 2020). Dificuldades que podem ser expressas com a convivência integral com parceiros violentos, da separação das pessoas e dos recursos que podem melhor ajudá-las (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2020). Desse modo, verifica-se que o impacto do isolamento reflete, entre outros fatores, no agravamento do cenário de violência contra as mulheres, proporcionando uma maior dificuldade de acesso ao sistema de justiça e os demais serviços da rede de atendimento (SÁ, 2020).

No contexto do Rio Grande do Sul, os boletins de ocorrência começaram a apresentar redução nos registros de ocorrência, os quais, em geral, necessitam da presença física das vítimas. Nos registros de agressão em decorrência da violência doméstica, por exemplo, indicaram a queda de 9,4% em março de 2020 em comparação com o mesmo mês de 2019, além da diminuição de 14,7% em relação a 2018 (FÓRUM SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Em vista disso, compreende-se essencial o estudo dos levantamentos apresentados pelos registros oficiais sobre os casos de violência contra a mulher no Rio Grande do Sul e, para desenvolver a análise, constata-se os documentos dos registros dos dados de boletins de ocorrência oriundos de informações prestadas pela Polícia Civil do RS, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública e dos apresentados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, dos indicadores da Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180).

4.1. Levantamento da violência contra a mulher no Estado do RS: primeiros resultados

A Secretaria de Segurança Pública do Estado do RS, anualmente apresenta indicadores da Violência Contra a Mulher. O documento indica os

dados representados com um recorte temporal, retratando os fatos registrados na data da atualização da base de dados, sujeito ainda a alterações provenientes da revisão de ocorrências duplicadas, apuração de informações oriundas de investigações, diligências, perícias, correção do fato no final da investigação policial, entre outros.

Figura 1: Indicadores de violência contra mulheres no RS em 2020

MÊS	AMEAÇA	LESÃO CORPORAL	ESTUPRO (*)	FEMINICÍDIO CONSUMADO	FEMINICÍDIO TENTADO
jan/20	3.678	2.144	167	10	32
fev/20	3.420	1.988	167	5	28
mar/20	2.834	1.806	138	12	23
abr/20	2.194	1.300	95	10	18
mai/20	2.351	1.216	111	6	37
jun/20	2.244	1.231	102	8	28

Fonte: Lei Maria da Penha: Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020. (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA/RS).

É possível observar a partir dos dados apresentados, em relação aos crimes de ameaça e lesão corporal, uma diminuição no registro dos casos em boletins de ocorrência. No mês de janeiro/2020, ocorreu o número mais elevado de registros de crimes de ameaça, com 3.678 (três mil seiscentos e setenta e oito) casos, com o início da pandemia em março, atenta-se na redução dos números, apresentando-se o mês com 2.834 (dois mil oitocentos e trinta e quatro) registros.

Conseqüentemente, no mês de abril, percebe-se a redução mais significativa quantitativamente, no qual é indicado com 2.194 (dois mil cento e noventa e quatro) casos. O crime de lesão corporal, no mês de janeiro apresentou o quantitativo de 2.144 (dois mil cento e quarenta e quatro) registros, indicando a sua maior elevação de casos. Uma vez que, no decorrer de abril à junho, observa-se a descendente diminuição dos registros oficiais dos casos perante a Polícia Civil, com junho demonstrando-se com 1.231 (mil duzentos e trinta e um) casos.

No que diz respeito ao crime de estupro, constata-se o indicador de maior elevação nos meses de janeiro e fevereiro, com o demonstrativo de 167 (cento e sessenta e sete) casos, com diminuição no mês de março (cento e

trinta e oito registros), e apresentando a queda em 95 (noventa e cinco) casos no mês de abril. O crime de feminicídio consumado, observa-se o maior registro de boletins de ocorrência no mês de março, com 12 (doze) casos; com fevereiro com o menor indicador 5 (cinco) registros, seguidos de maio 6 (seis) e junho 8 (oito) casos. No feminicídio tentado, verifica-se o maior registro de boletins no mês de maio, com 37 (trinta e sete) casos, mas com os menores indicadores nos meses de março e abril com 23 (vinte e três) e 18 (dezoito) registros, respectivamente.

No mesmo sentido, pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, dos indicadores da Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), encontra-se o indicador do total de 11 (onze) denúncias relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher, correspondentes ao período de março à junho de 2020. O mês de março, apresentou o maior indicador, com 04 (quatro) denúncias, sendo maio e junho os menores, com 03 (três) e 02 (dois) registros de denúncia, respectivamente. Salienta-se entre os tipos de violência o destaque à violência psicológica e a física.

Essas quedas no que tange às denúncias dos crimes não necessariamente representa uma queda propriamente dita, mas possivelmente quadros de subnotificação no Estado. Isso ocorre, porque as mulheres vítimas de violência podem não saber do funcionamento dos órgãos e do acesso à justiça como a Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário. Ou também não saber que os canais de denúncia continuam funcionando normalmente; ou por medo de entrar em contato pessoalmente com os órgãos em virtude da possibilidade de contágio pela Covid-19; ou não poder sair de casa por proibição do companheiro ou por ser a única responsável pelos cuidados para com os filhos (SÁ, 2020).

No que tange às Medidas Protetivas de Urgência (MPU), que se referem às tutelas de urgência, consideradas autônomas, estas possibilitam

serem concedidas por um juiz, independentemente da existência de inquérito policial ou processo cível, para garantir a proteção física, psicológica, moral e sexual da vítima contra o seu agressor. Para a continuação da compreensão da análise dos dados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não disponibilizou, até a presente conclusão do estudo, dados relacionados às MPU's, o quantitativo de distribuição e concessão, no período de janeiro à junho de 2020.

Entretanto, a nível de Brasil, os dados disponibilizados pelos Tribunais de Justiça do Acre, Pará, São Paulo e Rio de Janeiro, demonstram que o número de concessões de medidas protetivas de urgência apresentou queda de, respectivamente, 31,2% (trinta e dois centésimos por cento), 8,2% (oito e dois centésimos por cento), 14,4% (quatorze e quatro centésimos por cento) e 28,7% (vinte e oito e sete centésimos por cento), respectivamente, em relação comparativa aos meses de março e abril de 2019 e ao ano de 2020 (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Quanto aos casos de feminicídio consumado e tentado durante o período de isolamento social no Rio Grande do Sul, pode-se observar um aumento, contrapondo as diminuições dos demais crimes que apresentaram reduções nos boletins de ocorrência. No que tange ao Brasil, houve um crescimento de denúncias telefônicas de 27% (vinte e sete por cento) em relação a 2019. Além disso, nos meses de março e abril houve um crescimento de 22,2% (vinte e dois e dois centésimos por cento) dos casos de feminicídio, constatado a partir da análise das 12 Unidades Federativas, em que cerca de 143 mulheres foram mortas. Ademais, houve um aumento de 431% (quatrocentos e trinta e um por cento) nos relatos de brigas entre casais no *Twitter* (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

A análise desses dados em conjunto, demonstra a subnotificação acerca dos fatos ocorridos, devido às medidas de isolamento e o contato direto com o agressor que impedem a vítima de violência doméstica de sair

de casa para denunciar, pois muitos crimes como a lesão corporal dependem da presença da mulher na delegacia para que seja registrado o boletim de ocorrência. Por isso, surge a necessidade de uma ampliação dos canais de denúncia para o meio online. Contudo, mesmo que isso ocorra, as mulheres mais marginalizadas, as que são vítimas de feminicídio na sociedade brasileira, nem sempre terão acesso, continuando impossibilitadas de registrar online (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Isto posto, pela compreensão do cenário apresentado pelos dados Estado do Rio Grande do Sul, é preciso verificar quais são as principais ações da Polícias Civil e Militar estatal visando combater e prevenir a violência contra as mulheres no período pandêmico.

4.2.1 Atuação da Polícia Civil e Militar do Rio Grande do Sul

No combate e prevenção à violência contra as mulheres estabelecida pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), busca-se o reconhecimento do desenvolvimento de uma política, compreendendo-se a complexidade do fenômeno da violência doméstica e a necessidade de um conjunto de ações de natureza jurídica e não jurídica. Desse modo, essa política de combate e prevenção é determinada em três fundamentais eixos, sendo eles: a prevenção, a assistência e o combate. Nesse sentido, caberá combater os crimes que configuram a violência doméstica. Essa medida dá-se pelos órgãos que compõem o Sistema de Segurança Pública, tais como a Polícia Militar, a Polícia Civil (Delegacia da Mulher), o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

No momento do atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências, garantir proteção à vítima, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e o Poder Judiciário. Quando tratar-se de crime com violência, encaminhar a vítima ao hospital ou posto de saúde e ao

Instituto Médico Legal. Além de ser oferecido o transporte para esta e seus dependentes ao abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida.

Outrossim, se necessário, deverá acompanhar a mulher em situação de violência para a retirada dos pertences do domicílio familiar ou local em que o fato tenha ocorrido. Nesse sentido, deverá informar à vítima os direitos a ela conferidos na Lei Maria da Penha e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para a eventual ação legal perante o juízo competente da ação de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável (BRASIL, 2020).

Por conseguinte, realizado o boletim de ocorrência deverá a autoridade policial, de imediato: ouvir a vítima, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se for apresentada; logo, se for o caso, remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da vítima, para a concessão de medidas protetivas de urgência em vista disso, determinar que se proceda ao exame de corpo de delito e requisitar outros exames periciais necessários, além de ouvir o agressor e as testemunhas e, conseqüentemente ordenar a identificação do mesmo e fazer juntar aos autos a folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais; com efeito, remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público (BRASIL, 2020).

No Rio Grande do Sul, a Polícia Civil ofereceu um número de WhatsApp, (51) 98444-0606, para que amigos, familiares e vizinhos que estejam testemunhando agressões, possam denunciar. As mensagens enviadas são recebidas pelo gabinete de inteligência da polícia em Porto Alegre e encaminhadas para as delegacias que farão a investigação. A partir do primeiro contato pelo aplicativo, o policial poderá orientar a vítima ou a testemunha da agressão, para posteriormente, enviar para os procedimentos legais pela delegacia responsável (GAUCHAZH, 2020).

O mecanismo objetiva facilitar o envio de texto, fotos ou vídeos, entretanto, não deverá ser utilizado para os casos de emergência, pois nessas situações é essencial que o contato seja feito por intermédio dos contatos da Brigada Militar, pelo 190, ou a Polícia Civil, com o 197. Ressalta-se que a denúncia é realizada de forma anônima, sendo necessário o contato, será solicitado a autorização, pelo policial (GAUCHAZH, 2020).

Além disso, foi disponibilizado desde do dia 20 de março de 2020, na Delegacia Online, a possibilidade do registro de boletins de ocorrência de casos de violência contra a mulher. Entretanto, os casos graves como feminicídio, tentativa de feminicídio e estupro devem seguir sendo registrados pessoalmente, visto a obrigação da realização de exames, no mesmo sentido, é a solicitação de novas medidas protetivas de urgência (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

A Brigada Militar no final de março de 2020 ampliou o atendimento das Patrulhas Maria da Penha para 82% dos municípios gaúchos, contemplando mais 38 (trinta e oito) municípios. Salienta-se que as Patrulhas Maria da Penha são a principal estratégia do comando-geral da Brigada Militar para ampliar esforços com a rede de proteção estadual, que envolve diversas instituições, com a finalidade pela redução dos feminicídios e da violência contra a mulher no Estado (SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

A Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul está esforçando-se diante do isolamento social para adotar medidas de segurança contra o COVID-19, que sejam mais efetivas para a redução quantitativa da violência contra a mulher, bem como os obstáculos para que haja uma ampliação no número de denúncias. Perante isto, com o mecanismo criado, objetiva-se melhorar a acessibilidade para as denúncias e o desenvolvimento da conscientização para que testemunhas, de forma ativa, comuniquem os casos de violência contra a mulher. Entretanto, desde a

implementação do número de aplicativo específico, não há a divulgação de informações sobre o aumento ou diminuição das denúncias a partir deste mecanismo.

Em seguida analisa-se as ações advindas do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Justiça Estadual.

4.2.2. O papel do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Justiça Estadual do Estado do Rio Grande do Sul

Como foi apresentado, para enfrentamento à violência contra as mulheres, compreende-se a necessidade de atuação através do combate e prevenção frente a essas situações por parte dos órgãos que compõem o Sistema de Segurança Pública, desse modo, envolve-se o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, a Lei Maria da Penha identifica o Ministério Público como uma das instituições do Estado brasileiro com a obrigação de atuar no escopo da Lei, tanto na esfera judicial como na extrajudicial, ou seja, a obrigação de intervir nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher, além de requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social, entre outras. Por consequência, deverá fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas, além de realizar o cadastro dos casos analisados (BRASIL, 2006).

Enquanto políticas assistencialistas, é garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita (BRASIL, 2006). A Constituição Federal de 1988 apresenta o Poder Judiciário com uma atribuição típica prevista de função jurisdicional. Desse modo, busca-se a

aplicação das normas legais aos casos concretos e resolução dos conflitos, com a finalidade da distribuição da Justiça em seu sentido mais amplo. Logo, com o advento da Lei Maria da Penha, ampliou-se a sua atribuição, na articulação para o fortalecimento de políticas públicas judiciárias com a finalidade de prevenção e o enfrentamento eficaz e de forma integrada com os demais setores (governamentais e não governamentais), com o objetivo de garantir os direitos humanos de mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2020).

Isto posto, em seguida examinam-se as ações advindas do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Justiça Estadual no Rio Grande do Sul. Pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, destacam-se os pareceres favoráveis de São Sebastião do Caí, onde a Justiça possibilitou a liberação de verbas provenientes da conta de penas alternativas para ações relacionadas à pandemia. Desse modo, deferiu-se a destinação de valores para a aquisição de cestas básicas para mulheres vítimas de violência doméstica em Bom Princípio, garantindo sua subsistência (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

A solicitação foi realizada pela Administração Municipal de São Sebastião do Caí ao Judiciário no início de abril de 2020, com pareceres favoráveis do Ministério Público, através da Promotora de Justiça Cristine Zottmann. Logo, ocorreu no mesmo mês, a autorização para liberação do recurso, decisão prestada pela juíza Carolina Ertel Weirich (SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ, 2020).

Desse modo, a Comarca de São Sebastião do Caí destinou recursos ao município de Bom Princípio para o enfrentamento da crise causada pela Covid-19, no qual foi liberada a utilização de valores oriundos da conta de penas alternativas. A finalidade é que dez mil reais sejam utilizados para a

aquisição de cestas básicas para mulheres vítimas de violência doméstica (JORNAL IBIÁ, 2020).

O pedido das cestas básicas foi feito Conselho Municipal dos Direitos da Mulher (COMDIM) do município, que criou o programa “Com que Bolso eu vou?”, com o objetivo de garantir o bem estar e o mínimo de subsistência para essas mulheres e suas famílias durante a pandemia. Após a liberação dos recursos, os integrantes do COMDIM e apoio da Brigada Militar levaram, no dia 09 de abril, cerca de cinquenta cestas até as famílias mais necessitadas e às mulheres que são vítimas de violência (BAPTISTA, 2020).

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, mesmo com o funcionamento reduzido durante o período mais crítico da pandemia, atendeu os casos de violência doméstica como urgentes. Outrossim, foram disponibilizadas ferramentas que possibilitam a busca por ajuda pelas vítimas. Na cidade de Porto Alegre, ofereceu-se o Alô Defensoria, através do contato: (51) 3225-0777 ou pelo telefone do Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH): (51) 3221-5503, e no interior do Estado do Rio Grande do Sul, por telefones de urgência disponíveis durante a pandemia (DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

O Tribunal de Justiça do Estado está trabalhando em regime de plantão para casos urgentes, entre eles o pedido e a prorrogação de medidas protetivas contra mulheres vítimas de violência doméstica, entretanto não apresenta os quantitativos de atendimentos (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2020). Além disso, o Tribunal de Justiça afirma a contínua aplicação de mecanismos para a continuidade dos atendimentos às medidas de urgência, desse modo, desenvolveu a campanha “Quarentena sem violência”, no mês de abril de 2020, com a finalidade de disseminação de informações para orientação sobre os canais de denúncias existentes. A campanha utiliza cartazes fixados em supermercados e farmácias do

Estado, como mecanismo de conscientização e prevenção contra os casos de violência contra a mulher (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

A “Quarentena sem violência”, implementada no mês de abril, iniciou-se por Juízas do Juizado da Violência Doméstica de Porto Alegre, Madgéli Frantz Machado e Márcia Kern, com a Coordenadoria Estadual das Mulheres em Situação de Violência Doméstica do Judiciário do Rio Grande do Sul. No primeiro momento da campanha, serão confeccionados cerca de mil cartazes, a serem distribuídos às Farmácias Associadas, que possuem 915 unidades no Estado. Na segunda fase, apresenta-se a adesão da Associação Gaúcha de Supermercados (AGAS), apoiadora da iniciativa, fim de dar suporte às novas impressões (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

A Secretaria da Segurança Pública do Estado (SSP), no mês de maio, lançou a campanha para incentivar denúncias de violência contra a mulher. A ação concentra-se compartilhamento pelas redes sociais, buscando difundir ao maior número de pessoas possível os canais para denúncias anônimas. A referida iniciativa é composta por seis cards e dois vídeos, disponibilizados em todas as redes sociais da SSP e do Governo do Estado. Salienta-se a ausência de áudio nos vídeos, com o objetivo de instigar a reflexão sobre a urgência de romper o silêncio diante de crimes de violência contra a mulher. Além disso, as peças da campanha trazem números dos principais canais de denúncia, que atende 24 horas por dia, de forma gratuita e totalmente anônima (SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Em vista disso, observam-se a implementação de ações governamentais do Estado do RS para desenvolver mecanismos que apresentem um impacto na redução da comunicação dos casos de violência doméstica contra a mulher. O principal esforço, concentrou-se na disseminação de informações sobre as principais ferramentas que

possibilitam as denúncias. Desse modo, buscou-se a divulgação em locais de maiores circulação da população, como mercados, farmácias, dado o cenário de isolamento social. Nesse sentido, destaca-se a iniciativa de proporcionar o bem estar e subsistência, realizada pela liberação de verbas provenientes da conta de penas alternativas oriunda em São Sebastião do Caí, que proporcionou a aquisição e distribuição de cestas básicas para mulheres vítimas de violência doméstica em Bom Princípio.

5. Conclusão

Em relação ao exposto, buscou-se estudar o cenário de violência doméstica contra a mulher durante a crise do novo coronavírus, no Brasil e especificamente no Estado do Rio Grande do Sul. Diante disso, compreende-se como obrigação dos Governos a criação de Políticas Públicas através de medidas urgentes que visem a prevenção e o combate à violência contra a mulher, sendo esta, mais exposta às consequências físicas e emocionais da pandemia, dado o contexto machista, patriarcal, retrógrado no qual a sociedade é fundada. O que de fato, pauta, mesmo que implicitamente, a dupla jornada feminina e a noção da mulher enquanto “propriedade” do parceiro, situação que, aliada às inconstâncias emocionais ocasionadas pelas incertezas frente à pandemia e o isolamento social, tornam-se propícias para o desenvolvimento de conflitos.

Destarte, as mulheres encontram-se em vulnerabilidade pois, muitas pertencem ao grupo de profissionais informais; empregos que estão na linha de frente do enfrentamento à pandemia ou dos locais de trabalho que estão fechando as portas devido à incapacidade de funcionamento. Assim, além da dependência emocional, pode-se falar em uma possível dependência financeira por parte das vítimas de violência dado o contexto sui generis da pandemia. Ademais, as dificuldades de realização de denúncia e acesso à justiça, seja pela falta de recursos tecnológicos ou pela impossibilidade,

dada a convivência em tempo integral com o parceiro; a necessidade de cuidado dos filhos; medo de contaminação ou até mesmo não conhecimento dos canais de denúncia, tornam-nas vulneráveis.

Verificou-se o contexto dos registros oficiais apresentados no Estado do Rio Grande do Sul, entre os meses de janeiro a junho de 2020 e, foi possível compreender quais as ações desenvolvidas pela Administração Pública estatal, para o combate e a prevenção dos casos de violência contra a mulher durante a pandemia. Ainda, como resultado, apresenta-se o aumento dos casos de violência, entretanto, ao mesmo momento, a diminuição das denúncias realizadas. Nesse sentido, atenta-se para a demonstração das subnotificações dos fatos ocorridos, devido às medidas de isolamento, visto que se evidencia a maior dificuldade de acesso ao sistema de justiça e os demais serviços da rede de atendimento da Administração Pública.

No levantamento apresentado pelos indicadores da violência contra a mulher no Estado do Rio Grande do Sul, no período de janeiro à junho de 2020, compreende-se mais claramente o fenômeno da subnotificação. Visto que, encontrou-se o crescente número dos casos de feminicídio consumado e tentado durante o período de isolamento social no Estado, entretanto contrapõem-se as diminuições dos demais crimes, nos quais apresentaram reduções nos registros de boletins de ocorrência pela Polícia Civil.

Além disso, com a finalidade de continuação da compreensão e da análise dos dados, destaca-se a ausência de divulgação de indicadores de dados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul relacionados às Medidas Protetivas de Urgência (MPU), sem nenhum quantitativo de distribuição e concessão, correspondente ao período de março à junho de 2020. Salientando-se a sua essencial transparência, visto que os dados disponibilizados pelos Tribunais de Justiça do Acre, Pará, São Paulo e Rio

de Janeiro, destacaram que o número de concessões de medidas protetivas de urgência apresentou diminuição.

No que diz respeito à atuação da Administração Pública do RS, verificou-se que a Polícia Civil buscou esforçar-se para diminuir os obstáculos e ampliar o quantitativo de denúncias. Desse modo, disponibilizou um novo acesso de comunicação, via *Whatsapp*, com a finalidade de melhorar a acessibilidade para as denúncias, além da conscientização para que testemunhas, de forma ativa, comuniquem os casos de violência contra a mulher. Mas, desde o início do seu funcionamento, não há a divulgação de informações sobre o aumento ou diminuição das denúncias a partir da aplicação deste novo mecanismo.

Entre as ações governamentais do estado oriundas do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Justiça Estadual do Estado do Rio Grande do Sul, o principal esforço concentra-se na disseminação de informações sobre as ferramentas que possibilitam as denúncias. Salienta-se a iniciativa de proporcionar o bem estar e subsistência, realizada pela liberação de verbas provenientes da conta de penas alternativas, como o caso de São Sebastião do Caí, que proporcionou a aquisição e distribuição de cestas básicas para mulheres vítimas de violência doméstica do município de Bom Princípio.

Por fim, urge ressaltar a incongruência dos dados estaduais e nacionais relativos aos crimes de violência doméstica contra a mulher. Desse modo, com o estudo conclui-se a grande presença das subnotificações, apresentadas como resultado das dificuldades de acesso à justiça por parte das mulheres vítimas da violência doméstica no período de isolamento social advindo com a pandemia da COVID-19. Em razão disso, é necessário conferir uma atenção especial para o fenômeno por parte da Administração Pública, para que seja possível o aprimoramento do combate e prevenção da violência doméstica contra a mulher no Brasil.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Coronavírus**: saiba o que é uma pandemia. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-saiba-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20OMS%2C%20uma%20pandemia,com%20casos%20de clarados%20da%20infec%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 05 jul. 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Guia para a proteção dos direitos de mulheres e meninas durante a pandemia de COVID-19**. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2020/04/guiacovid-brasil-mulheres-anistiainternacional>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário não silencia, age!** Disponível em: <https://www.amb.com.br/o-judiciario-nao-silencia-age/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Lei N° 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. **Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres – DEAMs Edição Atualizada – 2010**. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-van-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politica-para-mulheres/norma-tecnica-de-padronizacao-das-delegacias-especializadas-de-atendimento-a-mulheres-25-anos-de-conquista>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Indicadores 2020**: Ligue 180. Disponível em: <https://mdh.metasix.solutions/portal/indicadores>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. **Coronavírus**: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Governo Federal lança campanha de conscientização e enfrentamento à violência doméstica**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/governo-federal-lanca-campanha-de-conscientizacao-e-enfrentamento-a-violencia-domestica>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Cartilha orienta mulheres durante a pandemia do coronavírus**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha-orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Cartilha Mulheres na COVID-19**. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha-orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus/mulherescovid19_Alterado_corrigeo.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020.

BAPTISTA, Guilherme. **Justiça libera recursos para Bom Princípio comprar cestas básicas e testes de coronavírus**. Disponível em: <https://fatnovo.com.br/cidades/bomprincipio/justica-libera-recursos-para-bom-principio-comprar-cestas-basicas-e-testes-de-coronavirus/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BEVILACQUA, Paula Dias. **Mulheres, violência e pandemia de coronavírus**. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/pg/artigo-mulheres-violencia-e-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BIANQUINI, Heloisa. **Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BÔAS, Bruno Villas. **Dupla jornada faz mulheres trabalharem 3,1 horas a mais que homens.** 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/04/26/dupla-jornada-faz-mulheres-trabalharem-31-horas-a-mais-que-homens.ghtml>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BUGLIONE, Samantha. **A mulher enquanto metáfora do Direito Penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/946/a-mulher-enquanto-metafora-do-direito-penal>. Acesso em: 25 jun. 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RS ganha reforço na campanha Quarentena sem Violência Doméstica.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/rs-ganha-reforco-na-campanha-quarentena-sem-violencia-domestica/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Isolamento social tem provocado aumento dos casos de violência doméstica. Saiba como procurar ajuda.** Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/isolamento-social-tem-provocado-aumento-dos-casos-de-violencia-domestica-saiba-como-procurar-ajuda>. Acesso em: 07 jun. 2020.

DE CAMPOS, Carmen Hein et al. **Criminologia e feminismo.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Clube de Autores, 2009.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19.** Nota Técnica. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19.** Nota Técnica, ed. 2. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **COVID-19: Um olhar para gênero.** Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/covid19_olhar_genero.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020.

G1 JORNAL NACIONAL. **OMS reforça que medidas de isolamento social são a melhor alternativa contra o coronavírus.** Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contr-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 07 jun. 2020.

GAÚCHAZH. **Polícia Civil disponibiliza número de WhatsApp para facilitar denúncias de violência contra a mulher.** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/05/policia-civil-disponibiliza-numero-de-whatsapp-para-facilitar-denuncias-de-violencia-contr-a-mulher-ckalqhrqv00a1015n39nuonbz.html>. Acesso em: 07 jun. 2020.

GAÚCHAZH. **Máscara roxa: campanha permite que mulheres denunciem em farmácias casos de violência.** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/06/mascara-roxa-campanha-permite-que-mulheres-denunciem-em-farmacias-casos-de-violencia-ckb9g1qf1006l015nqp42m7f8.html>. Acesso em: 07 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Crescem os números de violência doméstica no Brasil durante o período de quarentena.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7234/Crescem+os+n%C3%BAmeros+de+viol%C3%Aancia+dom>

%c3%a9stica+no+Brasil+durante+o+per%c3%adodo+de+quarentena. Acesso em: 05 jul. 2020.

JORNAL IBIÁ, Plantão Jornal Ibiá. **Em Bom Princípio, Justiça custeia compra de testes rápidos e cestas básicas.** Disponível em: <https://jornalibia.com.br/destaque/em-bom-principio-justica-custeia-compra-de-testes-rapidos-e-cestas-basicas/>. Acesso em: 05 de jul. de 2020.

MARQUES, Emanuele Souza *et al.* A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/>. Acesso em 05 jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Relatora da ONU recebe informações sobre violência contra mulheres durante crise de COVID-19.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-recebe-informacoes-sobre-violencia-contra-mulheres-durante-crise-de-covid-19/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Relatora da ONU: Estados devem combater violência doméstica na quarentena por COVID-19.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-estados-devem-combater-violencia-domestica-na-quarentena-por-covid-19/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Mulheres podem sofrer mais violência durante pandemias, alerta UNFPA.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mulheres-podem-sofrer-mais-violencia-durante-pandemias-alerta-unfpa/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS (BRASIL). ONU alerta para aumento da violência contra mulheres em meio à pandemia. **Youtube** 05 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1Ult5AEF9f4>. Acesso em: 05 jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Violência contra mulheres e meninas é pandemia das sombras.** [Artigo]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-violencia-contra-mulheres-e-meninas-e-pandemia-das-sombras/amp/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ONU, Mulheres Brasil. **Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe:** Dimensões de Gênero na Resposta. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf. Acesso em: 05 jul. 2020.

OPAS, Brasil. **Folha informativa: COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 05 jul. 2020.

OPAS, Brasil. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia.** Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 05 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Bom Princípio recebe verbas para ações de combate à COVID-19 e para suporte à mulheres vítimas de violência durante a pandemia.** [Notícias]. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/51021/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública. **Isolamento social tem provocado aumento dos casos de violência doméstica.** Saiba como procurar ajuda. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/isolamento-social-tem-provocado-aumento-dos-casos-de-violencia-domestica-saiba-como-procurar-ajuda>. Acesso em 05 jul. 2020.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA, RIO GRANDE DO SUL. **Lei Maria da Penha**: Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 28 jul. 2020 (Adaptado).

SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ (Município). **Justiça repassa R\$ 80 mil para compra de EPI's**. Disponível em: <http://www.saosebastiaodocai.rs.gov.br/site/2020/04/02/justica-repassa-r-80-mil-para-compra-de-epis/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

SENADO FEDERAL, Atividade Legislativa. **Projeto de Lei nº 1291, de 2020**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/142091>. Acesso em: 07 jun. 2020.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. **BM aumenta de 46 para 84 os municípios atendidos por Patrulhas Maria da Penha**. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/bm-aumenta-de-46-para-84-os-municipios-atendidos-por-patruhas-maria-da-penha>. Acesso em: 07 jun. 2020.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. **SSP lança campanha para incentivar denúncias de violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/ssp-lanca-campanha-para-incentivar-denuncias-de-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 05 jul. 2020.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020**. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 05 jul. 2020.

SÁ, Priscilla Placha. **Isolamento social e violência contra a mulher**: a diferença entre fato ocorrido e fato comunicado. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/id/35684271. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, Fernanda da Costa/Jornal da Universidade. **Novos canais digitais são criados para atender mulheres vítimas de violência doméstica**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/novos-canais-digitais-sao-criados-para-atender-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

UNFPA. **Impact of the COVID-19 Pandemic on Family Planning and Ending Gender-based Violence, Female Genital Mutilation and Child Marriage**. Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_impact_brief_for_UNFPA_24_April_2020_1.pdf. Acesso em: 05 jul. 2020.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Lenor Noia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica**: o que isso nos revela? Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 05 jul. 2020.

Artigo recebido em: 30/08/2020.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Igualdad de Género como Responsabilidad de Garantía por Parte del Estado

Gender Equality as a Responsibility of Guarantee by the State

Esmeralda Carol Ancieta Rodríguez¹

Resumo: La igualdad de género es uno de los grandes desafíos que los Estados deben de asumir como el objetivo de garantizarlo, lo cual se dificulta debido a varios factores como el arraigamiento cultural entre otros. En ese sentido, en el presente documento por medio del método inductivo, se realiza un análisis la responsabilidad de garantía por parte del Estado con base a la igualdad de género, lo cual también se enfoca en un análisis de la actual crisis sanitaria del Covid-19. Al final se concluye que aún quedan políticas públicas que deben ser trabajadas para su garantía objetiva.

Palavras-chave: Igualdad de Género. Derechos Humanos. Igualdad Sustantiva. Igualdad Formal. Crisis Sanitaria.

Abstract: Gender equality is one of the great challenges that States must assume as the objective of guaranteeing it, which is hindered due to several factors such as cultural roots, among others. In this sense, in this document, through the inductive method, an analysis of the responsibility of guarantee by the State based on gender equality is carried out, which also focuses on an analysis of the current Covid-19 health crisis. In the end, it is concluded that there are still public policies that must be worked on for their objective guarantee.

Keywords: Gender Equality. Human Rights. Substantive Equality. Formal Equality. Health Crisis.

1. Introducción

Cuando se habla sobre igualdad de género se hace alusión a un derecho humano (DDHH), fundamental, que resulta imprescindible para la constitución de una sociedad justa, sostenible, pacífica y sin brechas

¹ Coordinadora PME del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba. Master en Derecho Público en la Universidad de Sevilla – España con beca. Abogada, titulada por excelencia de la Universidad Mayor de San Simón (UMSS), Bolivia. Diplomado en Educación Superior Basada en Competencias de la Universidad Católica Boliviana (UCB), Diplomado en Arbitraje de la Universidad del Valle - Bolivia, y Diplomado en Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes con énfasis en Protección y Prevención de la Violencia de la EGP y UNICEF. Miembro activo de la Plataforma Ciudadana por el Acceso a la Justicia y los DDHH; de la Plataforma de Defensa de los Derechos de los Niños y Niñas Trabajadores (NATS) y del Latinoamérica International Arbitration – LIA YOUNG PRACTITIONERS

sociales; dado que las mujeres y niñas constituyen más de la mitad de la población mundial, representa también más de la mitad del capital humano, por lo que lograr un empoderamiento femenino y una igualdad de género resulta obligatorio, el fomentar su desarrollo para alcanzar un paralelismo de oportunidades, es fomentar la productividad y el crecimiento económico a nivel mundial.

Lamentablemente, a pesar de los compromisos asumidos por los Estados y la comunidad internacional, es evidente que aún concurren barreras que impiden alcanzar los objetivos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus organismos especializados en materia de género, como la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU MUJERES), junto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, quienes recomiendan que los Estados deben fortificar esfuerzos para reducir estas brechas de desigualdad, la cual se ve agravada cuando nos enfocamos en grupos de mujeres, que por condiciones de etnia, raza, discapacidad, orientación religiosa o sexual, nivel de educación y condiciones socio económicas, se ven sometidas a contextos diferenciados y afrontan adicionalmente un grado mayor de vulneraciones de sus derechos.

Dada la actual crisis sanitaria que hoy en día atraviesa el mundo, los índices de desigualdad no solo se han mantenido, sino se han elevado, siendo uno de los sectores más afectados las mujeres, niñas y adolescentes, pertenecientes a diferentes estratos y esferas sociales, donde se ha encontrado una realidad duramente golpeada por la actual pandemia, los índices de desempleo, violencia intrafamiliar y la poca o nula participación política en la toma de decisiones para afrontar los efectos del COVID-19, que va dejando a muchas mujeres y familias muy por debajo de los índices de pobreza. Sumado a esto, la existencia de estigmas sociales y la asignación de roles dentro de la familia y la comunidad predeterminados dentro de los

convencionalismos socialmente implantados y aceptado con base en un pensamiento patriarcal, ocasiona que muchas mujeres se ven disminuidas y obligadas a sumir roles que le impiden un adecuado desarrollo, profesional, educativo, participativo, económico y político.

En ese entendido es que analizaremos los aspecto nacionales e internacionales de la constitución de una igualdad de género, los avances en materia de derechos de la mujer a través de los instrumentos internacionales y el alcance que estos tienen sobre el Estado boliviano y la comunidad internacional, el desarrollo de políticas públicas a nivel central y regional, la brecha de desigualdad que se ha visto agravada por la actual crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID -19 y como a esta afecta el desarrollo de una igualdad sustantiva en la aplicación de políticas económicas, sociales y de participación política.

2. Consideraciones Teóricas

2.1. Responsabilidad Internacional de los Estados y el Control de Convencionalidad

Para comprender cual es el impacto de las políticas de igualdad de género a nivel nacional, no solo en el Estado boliviano, sino dentro de la comunidad internacional y sus miembros, es imprescindible comprender primero cual es el alcance coercitivo que la adopción y aplicación que estos instrumentos tiene dentro de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, a través de ello comprendamos en qué medida deben trabajar para mitigar las brechas culturales, económicas, políticas y sociales existentes en razón de género.

Somos conscientes de que formamos parte de un sistema internacional que ha evolucionado y se ha constituido a lo largo del tiempo, aun antes de la creación de la Sociedad de Naciones (SN), predecesora de la

actual ONU, donde se establecen normas de derecho consuetudinario, con base en los principios del Derecho Internacional Público (DIP), que generan la adopción de reglas de convivencia entre los Estados, que a lo largo del tiempo hace que se establezcan medidas de control de sus miembros.

Empecemos entonces por un punto esencial, los tratados se ratifican para ser cumplidos, acarreado consigo una inminente modificación del ordenamiento jurídico interno de los Estados firmantes o adherentes. Cuando hablamos de responsabilidad internacional, ya se está por actos no prohibidos por el DIP (*sine qua non*)² o que derive de la violación o incumplimiento de una obligación adquirida de mera voluntad, en la dimensión en la que este compromiso fuese recibido, con base en un derecho positivo y vigente. Por tal razón, es que dentro de la medida que permita el cumplimiento de esta responsabilidad internacional³, la Asamblea General de la ONU, regida por la Resolución No 799 (VIII), establece que:

Un Estado internacionalmente es responsable cuando viola una obligación jurídica, impuesta por una norma de Derecho Internacional General o de Derecho Internacional Particular...Dicha norma puede estar originada en la costumbre, en un tratado o en los demás modos de constatación del Derecho Internacional comprendidos en el art. 38 del Estado de la Corte Internacional de Justicia. (MOLTENI, 1964, p. 44)

Todas las regiones, Estados, gobiernos y miembros de la comunidad internacional que hayan asumido compromisos jurídicamente vinculantes en relación a instrumentos internacionales contraen obligaciones de valor intrínseco para sus Estados. Si hablamos en materia de género, todos los compromisos que el Estado boliviano haya asumido para lograr la gesta de una igualdad sustantiva y formal, son obligatorios y responde plenamente ante el incumplimiento de sus compromisos.

² Para este tipo de responsabilidad el daño se origine en el riesgo acrecido de una actividad humana; por ello es conocida en derecho interno como responsabilidad por riesgo. Suele también ser llamada objetiva, causal o sin culpa.

³ La Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la Comisión de Derecho Internacional, codifican los Principios del Derecho Internacional Público (DIP).

La dogma de los derechos fundamentales y la figura del control de convencionalidad es de reciente desarrollo, que es estrechamente concerniente con las obligaciones que impone la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), con la intención de implicar el desarrollo progresivo de los estándares de los DDHH, por lo que los Estados deben adoptar medidas para modificar su orden jurídico, que supondrá «...la prevalencia en el orden interno de las normas internacionales sobre los derechos humanos, haciendo coherencia con la disposición del derecho internacional general » (INARRA, 2019, P. 67), esto con base en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), donde señala que los Estados partes «...no podrán invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1969, p. 11). Actualmente vemos que no basta con una incorporación formal de los tratados en materia de DDHH, sino que para materializar la esencia de estos instrumentos, va a requerirse un esfuerzo interpretativo, profundo y detallado por parte de las jurisdicciones nacionales.

La comprensión del control de convencionalidad y sus alcances a la luz del DIP y los DDHH, esta sostenida en las precisiones jurisdiccionales de la obligación de custodiar y avalar el respeto a estos derechos dentro del ámbito interno a través de una doble dimensión internacional e interna.

Como un ente regulador de la dimensión internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), surge como mecanismo para velar por este control de convencionalidad, frente a las posibles falencias que pueda tener la dimensión interna del Estado contratante, referente a las obligaciones contraídas, es decir que el Estado no ha garantizado una plena defensa y precautela de los DDHH, el poder judicial debe ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y «...debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana» (CORTE INTERAMERICANA DE

DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 123) pues, cuando el poder legislativo y judicial fallan en el cumplimiento del control interno, pueden accionarse los mecanismos de la comisión y de la corte, previo vencimiento del principio de subsidiariedad, que va a constituir uno de los principios fundamentales del sistema de protección de los DDHH, respondiendo a la lógica de la distribución de tareas, que es aplicable donde los Estados en primera instancia están obligados a «respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia» (DEL TORO, 2007, p. 23).

Si enfocamos estos preceptos en razón de género, es claro que operan de forma similar y que los Estados esta obligados a accionar tanto un control interno, como un cumplimiento de sus obligaciones en pleno, con el objeto de velar y proteger los derechos consagrados de este colectivo, más aun cuando tras situaciones adversas derivadas de convulsiones sociales, crisis políticas o sanitarias como la actualmente vivida, deben reforzarse los esfuerzos para asegurar una plena ejecución e interpretación de los criterios propios de estos instrumentos.

Es innegable que la actual pandemia, ha puesto en alerta roja a los organismos internacionales que trabajan sobre el tema, los cuales han reconocido los impactos específicos diferenciados en el colectivo femenino, que se ha visto al descubierto la remarcada desigualdad que existe y la poca preparación de los organismos e instrumentos de control internos para canalizar las evidentes vulneraciones a los DDHH de las mujeres tras la pandemia. Organizaciones como la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM), han instado a los Estados a redoblar esfuerzos para trabajar en políticas de mitigación y recuperación de la crisis en las mujeres dentro de su competencia interna, donde

[...] las lecciones que han dejado pandemias recientes (Ébola, Zika, SARS) han demostrado que la incorporación de las necesidades de las mujeres en el abordaje de la emergencia no es

una cuestión menor. Al contrario, no considerar un enfoque de género profundizará las desigualdades con efectos que se prolongarán en el largo plazo y serán difíciles de revertir. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE LA MUJER, 2020, p. 4)

Es obligación de los Estados aplicar medidas durante y después de la pandemia, con una perspectiva con base en los DDHH, para lograr que el impacto negativo que la crisis sanitaria deje en materia de género no sea irreversible, el aunar esfuerzos para afrontar el retroceso que el COVID-19 ha generado y vayan a generar resulta imperativo, el poner en marcha acciones tangibles para desarrollar políticas internas con una interpretación intrínseca y que respondan a las necesidades diferenciadas de esta población es imprescindible y de inmediata aplicación, las cuales deben estar direccionadas y enfocadas a atenuar la grieta de desigualdad que actualmente se ve más remarcada que nunca.

Para lograrlo, las medidas deben centrarse en ámbitos de participación política, seguridad alimentaria, y temas de prevención de violencia contra las mujeres, redistribución laboral, desempleo, derechos económicos de las mujeres y el acceso a servicios de salud, con especial énfasis en la salud sexual y reproductiva, para así asegurarse que el Estado no solo cumpla con sus obligaciones adquiridas, sino que estas respondan a un adecuado control interno e internacional.

2.2. La Constitución de Instrumentos de Protección en el Ámbito Internacional

Dada la hiperactiva necesidad de trabajar para lograr erradicar la brecha existente en materia de género, la comunidad internacional implanta instrumentos jurídicos que velen por los DDHH de todos los hombres y mujeres en todos los círculos, en especial para lograr que los avances formales de los miembros se vean traducidos en hechos concretos que mejoren la realidad social. En temas de género, pese a los grandes logros

alcanzados, es innegable que la desigualdad es todavía uno de los más grandes desafíos que enfrentan los Estados, esta laguna se ha visto alimentada por una profunda discriminación arraigada contra las mujeres y niñas, que ha impedido el adecuado desarrollo del progreso económico, social, política y cultural, entre otros derechos, limitando su participación en estas áreas y que los Estados han reconocido que debe ocupar un lugar de trabajo imperativo dentro de las metas mundiales y nacionales.

A lo largo de tiempo, se han constituido instrumentos internacionales que tengan carácter vinculante para los Estados, y que a su vez gesten resultados de cambio en pro de este grupo vulnerable, en este entendido podemos señalar como uno de los primeros preceptos, para la constitución de los derechos, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fundado en un criterio de común respeto, con un enfoque de cooperación para el desarrollo de estos derecho, incorporándolos en las directrices comunes de programación de la ONU, que va a marca un hito en la historia de la humanidad.

Esta declaración toma el frente como instrumento pionero para el reconocimiento igualitario entre los hombres y más mujeres, garantizando un paralelismo de derechos en todo el mundo, que además, es reconociendo en su Art 2., donde señala que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...” (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1948, p. 34).

A través de esta declaración se sientan las bases de igualdad y fraternidad entre la humanidad. Gracias a la cual, se apertura la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),

juntos constituirán la Carta Internacional de Derechos Humanos que “(...) tiene carácter de derecho internacional consuetudinario dado que están ampliamente aceptadas y se utilizan como barreno de la conducta de los Estado” (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1948, p. 4), siendo vinculante para los Estados ratificantes y adheridos, todo en pro del avance de los *derechos sustantivos*, pero a pesar del logro alcanzado se denotan necesidades de orden específico de grupos caracterizados por sufrir mayor vulneración de sus derecho debido a sus condiciones sociales, étnicas, ideológicas o sexual, tal es el caso de las mujeres y niñas de todo el mundo, por lo que obliga los Estado y los organismos internacionales a readecuar y gestionar políticas de carácter determinado, enfocadas a las necesidades concretas de este grupo.

Esto provoca, en materia de género, que en el año 1967 los Estados Miembros de la ONU aprueba el Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para trabajar sobre temas discriminatorios en razón de género, el cual establece que la discriminación contra la mujer constituye una ofensa de desigualdad y meya la dignidad humana, instando a los Estados a adoptar medidas para “...abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer” (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 1967, p. 2).

A través de estos instrumentos y los tratado internacionales en materia de DDHH, al igual que las Convenciones que respaldan los derecho de más mujeres - como la CEDAW, el PIDESC y análogos – constituyen compromisos jurídicamente vinculantes, generando la obligación de respetar, garantizar, promover y proteger a este grupo, con el principal objetivo de lograr una *Igualdad Sustantiva* y una *Igualdad Formal* de los derechos de las mujeres. En el primer caso, que articulen una comprensión de la igualdad de género que “...sirva tanto a modo de visión como de

programa de acción para quienes trabajan por los derechos de las mujeres en un contexto tan complejo como el actual.” (ONU MUJERES, 2016, p. 4). Mientras que la segunda hace alusión a la adopción e implementación de leyes y políticas que ejecuten y lleven a cabo una equidad, la cual se va a materializar a través de la igualdad sustantiva como resultado de estas políticas en pro de la equidad de género y que a su vez puedan ser evaluadas a efecto real.

Tal la importancia que se plasma la Igualdad de Género, comprendida como aquella donde “(...) todos los seres humanos, hombre y mujeres, son libres para desarrollar sus capacidades y dueños de sus decisiones, sin ningún tipo de limitación impuesta por estereotipos...implica que los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades inherentes a las mujeres y a los hombres se consideren, se valoren y se repartan equitativamente” (ONU MUJERES, 2011, p. 11), dicho precepto que recogida el 2000 como Objetivo No 3 dentro plan de trabajo de los Objetivos de Desarrollo Milenio (ODM) y que posterior adquiere un carácter más específico cuando se lo plasma como Objetivo No. 5 “Igualdad de Género” de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la ONU, donde esta idea se torna en el núcleo de los ODS, como mecanismo vital para la incorporación sistemática y efectiva de una perspectiva de género, para la constitución de una sociedad más justa.

Pero, pese a los grandes avances han surgen eventos de carácter imprevisto que pueden frenar el desarrollo de los proyecto y políticas en razón de género, tal es el caso de la actual crisis sanitaria que atraviesa el mundo, la cual ha obligado a enfocar todos los esfuerzos en apalear la tasa de deserciones y el notable colapso de los sistemas de salud, aun en países con niveles avanzados de desarrollo. Pero, la OEA, ONU, ONU MUJERES, CIM, OIT, UNICEF, entre otras organizaciones han invocado los instrumentos y tratados internacionales, para instar a los Estados a no olvidar sus obligaciones y velar por los derechos de las mujeres y trabajar en

la readecuación de los proyectos en materia de género, siendo imprescindible abordarlos de forma inmediata, adecuados a la actual crisis, sumando la incorporación de las necesidades de las mujeres y niñas de todas las regiones en la toma de decisiones y reformulación de estas propuestas y planes de trabajo como una prioridad en estos tiempos que actualmente vivimos.

La pandemia de COVID-19 destaca de forma flagrante los numerosos sistemas quebrantados en el mundo, donde las personas más vulnerables —por edad, pobreza, raza o género— se vuelven exponencialmente más vulnerables. Desde el brote de la pandemia, ONU Mujeres llamó la atención sobre los efectos específicos en mujeres y niñas. Fuimos la primera y más prominente voz en instar a la acción urgente contra la escalada de violencia de género durante el confinamiento. Colaboramos con otros organismos de la ONU para definir políticas orientadas a las familias y buenas prácticas laborales, y para garantizar una protección social que amortigüe las dificultades económicas de mujeres y niñas. (ONU MUJERES, 2020, p. 4)

En un contexto internacional, trabajar en un enfoque de género post pandemia cobra suma importancia, dado que algunos sectores han debatido el alcance que puedan tener instrumentos como CEDAW, la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer celebrada en Beijing, Convención de Belem do Pará, que ha sido acordada hace más de 25 años atrás. Por lo que las organizaciones internacionales como la OEA y la ONU han instado a los Estados a fortalecer los enfoques de género, trabajando sobre espacios de atención, asegurar su participación igualitaria en los gabinetes que se constituyan para mitigar los efectos adversos de la crisis.

Resulta evidente que los brotes de enfermedades, epidemias y pandemias, afectan a las mujeres y los hombres de forma diferenciada, dado que empeoran la desigualdad en el caso de las niñas, adolescentes y mujeres, reforzando los roles antagónicamente implantados por los convencionalismos socialmente aceptados de carácter patriarcal, limitándolas o sobrecargándolas con labores domésticas o de cuidado a diversos miembros de núcleo familiar al que pertenecen, además de sufrir mayor riesgo de sufrir violencia intrafamiliar, debido a las medidas de

aislamiento y el incremento de los niveles de estrés que pueda generarse por diversos motivos de acceso económico, que generar tensión dentro del hogar.

Por lo que asegurar líneas y directrices de acceso inmediato a los servicios de atención y protección a las víctimas de violencia intrafamiliar y doméstica es un servicio esencial, los países deben mantener abiertos e incrementar los organismos de control y seguridad hacia la mujer, trabajando primeramente en un sistema de sensibilización y proporción de información por los medios de comunicación de estas líneas de atención. Además, el capacitar y concientizar de las necesidades de respaldo a las víctimas de violencia es muy importante, una pronta atención de los casos durante la pandemia puede asegurar una amplia cobertura de las necesidades de las víctimas, el gestar refugios para mujeres supervivientes de violencia durante la pandemia es un servicio esencial.

Si bien los índices de mortalidad en comparación con los varones son menores, los impactos económicos, participativos, sanitarios y políticos son diferenciados “Por otra parte, según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las mujeres están mayoritariamente empleadas en un mercado laboral segregado, de peor calidad y más precario, lo que disminuye sus recursos económicos para afrontar la crisis” (INSTITUTO DE SALUD GLOBAL DE BARCELONA – IS GLOBAL, S.d., p. 2), este factor y la precariedad laboral que la mayoría de los países atraviesan, tienen grandes repercusiones no solo en más mujeres, sino se presenta una incidencia directa de este impacto económico en sus familias.

Es innegable que la región de América Latina, será una de las más fuertemente golpeadas por la pandemia, no solamente en el aspecto social, sino en el aspecto económico, donde se ven grandes lagunas de desigualdad entre los hombres y más mujeres” el PIB de la región cayó en -1.8%, y en la crisis de los años 80s, en 1982 se tuvo una caída de -0.5%, mientras que, en 1983, la economía se contrajo -2.52%. En palabras de la CEPAL, estamos

ante la peor crisis económica de la historia moderna de América Latina, una caída que no se veía desde el periodo de 1914 a 1930.” (ESQUIVEL; GARCIA, 2020). Esto no solo genera una alarma en los gobiernos, sino que deja ver una ventana al incremento de la pobreza como un peligro a la cotidianidad de las personas y con un mayor impacto en las mujeres y niñas.

[...] Este deterioro de la actividad económica incide directamente en las condiciones de empleo de las personas, disminuyendo la jornada laboral, afectando las condiciones laborales, incentivando el empleo informal, o incrementando el desempleo. Respecto a este último, la CEPAL espera que la tasa de desempleo de la región suba a 11.5%, con 37.7 millones de personas sin trabajo; un aumento de 11.6 millones respecto al año anterior. (ESQUIVEL; GARCIA, 2020)

Ineludiblemente la recesión económica afectara de forma frontal a la región, pero resulta aún más alarmante situarlo desde una perspectiva de género, dado que las mujeres cuentan con trabajos más precarios, de menos valor e informales. Las mujeres perciben al día de hoy un 24% menos de ingresos por día de trabajo que los hombres, además de ser las que tienen más probabilidades de perder sus empleos, aun contando con una formación similar y en sectores parecidos desde el inicio de la crisis.

El impacto negativo en materia de género de este tipo de emergencias es especialmente notable, recurrente y complejo, por lo que requiere de un análisis específico. No solo es importante hacer un seguimiento epidemiológico de la infección, sino que también es fundamental analizar los factores económicos, psicológicos y sociales asociados. Las consecuencias de la pandemia de COVID-19 requieren un **análisis multidisciplinar que atienda a la diversidad de sus consecuencias y considere las secuelas a largo plazo** e interseccionan con las vulnerabilidades propias de los colectivos anteriormente citados. (ENQUITA-FERNÁNDEZ et al., 2020, p. 9)

Los Estados deben trabajar más que nunca para que la crisis sanitaria deje de poner el peligro los derechos de las mujeres, dado que tras el confinamiento existe un eminente riesgo de perder todo lo logrado en avances de igualdad, teniendo siempre presente que los derechos ganados están en riesgo de perderse, el continuar transversalizando la igualdad de género en todas sus matices garantiza no solo por justicia una reivindicación

derechos básicos, sino el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado de la región y del mundo.

2.3. Desarrollo de la Igualdad de Género dentro del Ámbito Interno del Estado Boliviano

La constitución, identificación, gestión y análisis de políticas públicas de igualdad de género se orienta a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado boliviano, en tal sentido es que se procede a realizar una re estructuración dentro del sistema jurídico y normativo, que dan pie a trabajar sobre esferas que abarquen la autonomía física, económica, participación política y toma de decisiones, prevención y manejo de temas de violencia hacia la mujer, estableciendo estrategias, mecanismos y procedimientos para su implementación en todo el territorio nacional y en aquellos lugares donde ejerza jurisdicción.

Por lo que el Estado Plurinacional de Bolivia, el 07 de febrero del 2009, modifica su Constitución Política del Estado (CPE), con la intención de concretar una sincroniza dentro de los cuerpos normativos ulteriores y los tratados internacionales en materia de DDHH y con base en los principios generales del derecho consuetudinario del DIP. En tal sentido es que establece en el artículo su Art. 13 párrafo IV de la CPE, que los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa, que vayan a reconocer DDHH, prevalecen en el ordenamiento interno y que la CPE se interpretara en conformidad con estos instrumentos.

En el mismo cuerpo legal en su Art. 256, párrafo I, no señala que “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre esta.” (ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009, p. 78). El Estado boliviano, por

medio de su cuerpo normativo va a tratar de transversalizar los enfoques en materia de DDHH e igualdad de género, a través de un proceso de valoración de las implicaciones socioculturales entre el hombre y la mujer, en todas las áreas y niveles, como una obligación adquirida para conseguir que las necesidades, preocupaciones y experiencias de las mujeres estén a la par de los hombres y sean una parte integral de elaboración o modificación de políticas y programas en pro de la igualdad, compatibles con la CPE, cuyo objetivo final será el de materializar un equidad sustantiva y formar.

Bolivia reconoce la igualdad de género como un derecho fundamental, plasmado en el Art. 8 Parágrafo II el cual señala que “El Estado se sustenta en valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad...igualdad de oportunidades, *equidad social y de género...*” (ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009, p. 6), haciendo referencia a una paridad que recae no solo en los órganos reguladores del Estado, sino también en la sociedad en todo su territorio. En el Art. 11 Parágrafo I, adoptando una forma democrática con equivalencia de condiciones entre hombre y mujeres, por medio de su precepto constitucional donde garantiza la inalienabilidad de este DDHH, plasmado a través de las leyes, el cual por medio de su mandato denota una disposición legal que permita a la mujer gozar de mecanismos y recursos legales, que le posibiliten el acceso igualitario a oportunidades y acciones de forma expedita, eficaz y eficiente por la vía judicial, brindándole la llave para accionar jurisdiccionalmente la reivindicación de un derecho vulnerado o que garantice las condiciones de igualdad con el género opuesto en diversos planos sociales, políticos, económicos y culturales, que manifiesta este precepto.

El Art. 14 en su Parágrafo II, “...prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razones de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género...condición económica o social...” (ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009, p. 7), por medio de la cual se trata de constituir un transformación a través de la integración, donde la

transversalización con un enfoque de género no va crearse solamente por medio inclusión de un componente femenino en el sistema, este debe basarse necesariamente en una inserción en actividades específicas y acción positiva de las mujeres que se encuentren en posición de desventaja, pudiendo efectuarlo por dos vías, la primera constara en incluir a los hombre y mujeres al mismo tiempo o la segunda, direccionar estas actividades exclusivamente solo para las mujeres, con la finalidad de que estos puedan participar en la labor de desarrollo y gestión de planes de trabajo con beneficio dirigido hacia ellas por igual y con una base en los principios de trasversalidad con perspectiva de género.

El impacto jurídico que la CPE le asigna a los Convenios y Tratados Internacionales en materia de DDHH e igualdad de género, tiene una profunda connotación en la promulgación de leyes que garanticen el cumplimiento no solo de las obligaciones adquiridas, sino una readecuación del sistema normativo y social, que se ve a ver reflejado en el contexto actual. Que de manera formal, se plasme en la gestión de códigos y leyes como la No 348 Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, en cuyo Art. 1, hace referencia claramente a que este instrumento jurídico “se funda en el mandato constitucional y en los Instrumentos, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Bolivia, que garantizan a todas las personas, en particular a las mujeres, el derecho a no sufrir violencia física, sexual y/o psicológica tanto en la familia como en la sociedad.” (ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2013, p. 7)

En cuyo cuerpo fija como objetivo establecer mecanismos, medidas y políticas de prevención, atención y protección de violencia hacia las mujeres, así como la sanción del o de los agresores, velando por el pleno goce se sus derechos y una vida libre de violencia. Además de resaltar que es prioridad del Estado erradicar todo tipo de violencia hacia las mujeres y niñas, identificando en su Art. 7 dieciséis tipos de violencia, señalando además que

cualquier tipo de violencia que no sea reflejado por este cuerpo normativo y que dañe la dignidad, integridad, libertad o que viole los derechos de las mujeres está sancionado.

Así bien, el Estado boliviano promulga la Ley No 243 Contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres, cuyo fin será eliminar los actos y conductas de acoso y violencia política hacia la mujer, los cuales afecten (ya sea directa o indirectamente) su ejercicio en las funciones públicas, garantizando el pleno goce de sus derechos políticos durante su ocupación.

Pero ir más allá del solo tratar temas de prevención de violencia, el Estado debe abordar las dificultades de acceso de las mujeres a los cargos y escaños representativos en materia de política, por lo que se instruye en determinadas leyes la paridad y la alternancia como un derecho legalmente constituido y como una forma de enfrentar los impedimentos de acceso identificados en todo el territorio nacional.

Siendo este una de los obstáculos más grandes que enfrenta Bolivia, dado que se debe abordar desde un enfoque discriminatorio, el cual está fuertemente arraigado culturalmente, reflejado en las estructuras intermedias de participación política y relevancia dentro de este ámbito, por que como mencionamos antes, no basta solo con incluir a un colectivo femenino dentro de los escaños del Estado, sino que debe proporcionársele representatividad, liderazgo y pleno ejercicio de las decisiones e ideas para que sean tomadas en cuenta y su figura política sea relevante al igual que de los varones, dentro de las diferentes agrupaciones políticas que tenga cabida en los niveles estatales.

En este sentido, se promulgan diferentes instrumentos legales que vean por este objetivo, como la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (2006), donde se,

[...] estableció que en la postulación de constituyentes debía existir alternancia tanto en la lista de circunscripción territorial como en la plurinominal. Además, se especificó que la postulación de partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas debía incluir: i) tres candidatos a constituyentes por cada

circunscripción territorial, de los cuales los dos primeros debían conformar necesariamente un binomio (hombre y mujer, o bien mujer y hombre), y ii) cinco candidatos por circunscripción departamental, de los cuales dos al menos debían ser mujeres, respetando la alternancia. (MONTAÑO, 2013, p. 6)

También tenemos la Ley No 26 de Régimen Electoral, en la que implanta el Principios de *Equivalencia*, que referencia al sustento de la democracia en Bolivia, en una base de equidad de género, tanto en oportunidades, como en el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos, por lo que la alternancia en la lista de candidatos para los cargos de gobierno y de representación en la elección interna de las dirigencias y candidaturas de las organizaciones políticas.

Normas análogas se han promulgado, con el fin de garantizar su derecho a la participación política y la toma de decisiones, como la Ley No 027 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley No 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Bóñez”, la Ley No 025 del Órgano Judicial, promulgada el 2010, nos dice que la Asamblea Legislativa Plurinacional seleccionara con criterios de equidad de género e intercultural, los listados a los Tribunales Supremos de Justicia y Agroambiental, la cual explícitamente “...el 50% de los puestos de la lista deben corresponder a mujeres. Se dispone además que el 50% de los vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia, elegidos por el Tribunal Supremo de Justicia de listas enviadas por el Consejo de la Magistratura, deben ser mujeres.” (ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2010, p. 3) Si bien Bolivia ha tenido un notable avance normativo en la constitución de una *igualdad formal* aún queda pasos por dar para materializarlas.

El gestionar un adecuado seguimiento de las políticas públicas implementadas por el Estado bolivianos, denotara la capacidad de respuesta frente a las exigencias y búsqueda de igualdad y justicia para las mujeres y niñas bolivianas, es imperativo materializar los alcances de una *Igualdad Sustantiva* en logros tangibles, dado que para hacer realidad los derechos de las mujeres y su intervención no solo en temas políticos, sino sobre temas

tan relevantes y de momento, como lo es la actual crisis sanitaria es imperativo, no basta solo con una mera reforma jurídica, dirigida a aquellos sujetos de derechos que están sometidas a diversas dimensiones de la desigualdad, injusticia y discriminación, sino que la traducción de *igualdad de género* ante la ley como resultado no es automática o espontánea.

Si lo vemos desde un panorama externos, podemos apreciar el claro ejemplo de aquellos países que cuentan con normativas con base en los compromisos internacionales adquiridos y con una modificación del sistema central y nacional sobre *Igualdad Formal*, pero que en los niveles de desigualdad se mantiene profundamente arraigados, los cuales impiden la práctica consuetudinaria de las normas implementadas, no logrando materializarse en una *Igualdad Sustantiva*, por ende la evaluación de los efectos reales que ejercen las leyes no adopta una medida efectiva de desarrollo.

Bolivia debe viabilizar caminos para asegurarse que las mujeres, adolescentes y niñas bolivianas no se vean limitadas a lograr solo una *igualdad formar*, sino también *sustantiva*, más aún cuando estos avances se ven frenados por factores de convulsión social y una actual crisis sanitaria provocada por el COVID-19 a nivel mundial, la cual las va a situar en un lugar cero, donde no solo se vean frenados los progresos, sino que se corra el riesgo de perder todos los logros alcanzados hasta la fecha, pudiendo ser un efecto irreversibles. Es tan importante y urgente incluir a mujeres y a los colectivos sociales femeninos en la toma de decisiones de respuesta y recuperación frente a la actual pandemia, dado que representan las voces sectores sociales, que, si bien no participan activamente de la política, son los grupos con mayor afeción durante la crisis sanitaria, garantizando de esta forma que sus necesidades y punto de vitas sean atendidos oportunamente. La vulnerabilidad y desigualdad de la mujer frente a la pandemia, se incrementa innegablemente, por lo que el Estado debe aunar esfuerzo que sean efectivos.

Desde que comenzó la cuarenta el mes de marzo a la fecha, las medidas sociales implementadas por el actual gobierno transitorio, para mitigar las necesidades económicas y sociales de los bolivianos, se han plasmado en la Promulgación y Aprobación del bono familia dirigido a ancianos, embarazadas, discapacitados y padres de hijos en edad escolar, monto que oscila en 400 y 500Bs (equivalente a 57,5 a 71,8 dólares), y un bono universal dirigido a estudiantes universitarios, desempleados, y todo aquel que no realice aportes a las AFPS, además de anunciar una serie de medidas para apoyar a los empresarios con el pago de deudas y salarios a sus dependientes, suspensión de pago de servicios básicos por dos meses los cuales fueron cubiertos por el Estado, reprogramación de plazos de impuestos y la promulgación de la Ley de Alquileres por la Cámara de Senadores. Algunos dirigentes sociales y empresas privadas destacaron las medidas, aunque señalaron que son insuficientes dada la recesión que enfrentan actualmente.

Lamentablemente ninguna política ha Estado dirigida específicamente a luchar contra los efectos que COVID-19 ha generado y genera actualmente en materia de género, y menos frenar los retrocesos que la pandemia ha traído consigo para lograr la igualdad de género en Bolivia, aún más lamentable, no se han constituido mesas de trabajo para la elaboración de proyectos de mitigación estos efectos y que involucren la participación de sectores y colectivos sociales femeninos y a pesar de que varias organizaciones internacionales han instados a los Estados a trabajar para afrontar la actual crisis desde un enfoque de inclusión de las mujeres en la toma de decisiones y ejecución de proyectos sobre la pandemia, dado el caso de instituciones como la OMS, ONU MUJERES, entre otras del área de la salud “(..) han publicado guías e informes para orientar la adopción de medidas sociosanitarias y económicas con una perspectiva feminista.

Es fundamental que las medidas de desconfiamiento, transición a la nueva normalidad y prevención de futuras crisis tengan en cuenta la brecha

de género, intenten reducirla y paliar su impacto.” (JOHN *et al*, 2020) El Estado y todos sus niveles deben trabajar para reducir la brecha de desigualdad, que se ve reflejada en los sectores urbanos androcéntricos de forma diferenciada, en comparación con los sectores populares y rurales de la región, donde los efectos negativos de la pandemia se ven remarcados y traducidos en un innegable incremento en la pobreza extrema en al menos 2,5% respecto a la proyección que realizó para 2019 y en 3,9% en relación a los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE),”La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) prevé que la pobreza extrema en el país alcance el 16,8% de la población, según datos del INE del año pasado, el indicador se situó en 12,9% (CEPAL..., 2020, p. 6).

Un aproximado de 453.000 de bolivianos pasaran a una extrema pobreza a finales de la presente gestión, dado el impacto generado por el COVID-19, donde un porcentaje considerable son mujeres, así bien, el crecimiento económico se ve reducido a un -5,2 según las proyecciones del PIB en América Latina y el Caribe en el 2020 (CEPAL, 2020, p. 9). Sumado a esto, los índices de violencia de género en Bolivia se han elevado, hay que tomar en cuenta que la pandemia da lugar a amenazas que se extienden aún más allá de la infección, sino que el confinamiento las hace especialmente vulnerables, la posibilidad de reportar agresiones o violencia sexual, física o psicológica, y en consecuencia recibir protección por los organismos encargados, se ve notablemente reducida.

La influencia de factores como el incremento de horas en el mismo ambiente con el agresor, el menor contacto con núcleos externos y especialmente la tensión derivada de la falta de recursos, deterioros intrafamiliares, recorte de personal, oportunidades de ingresos reducidas, entre otros aspectos que generen estrés en un individuo y que en algunos casos derivan en el abuso de sustancias alcohólicas o estupefacientes hace que las mujeres y niñas se vean vulnerables.

Además, es necesario mencionar que se produce un desequilibrio de asignación de roles dentro del hogar durante la pandemia, más aún si la mujeres o niña vive dentro de un contexto familiar patriarcal o tradicionalista, donde los convencionalismos sociales de carácter machista, están aun fuertemente implantados. Según el CIES Salud Sexual y Reproductiva, desde 01 de enero al 09 de agosto de este año, se han registrado un total de 78 feminicidio de los cuales 48 se produjeron durante la cuarentena del 22 de marzo al 09 de agosto, equivalente a que nueve de cada doce mujeres sufran violencia de origen psicológico, sexual, económico o físico.

Desde que el gobierno transitorio de Bolivia, el 12 de marzo emite el Decreto No 4179, donde se declara Situación de Emergencia Nacional por la presencia del brote de COVID-19 y otros eventos adversos, organizaciones internacionales y nacionales como ONU MUJERES, MESECVI, UNFPA, el Servicio Plurinacional de la Mujer y de la Despatriarcalización “Ana María Romero”, entre otras instituciones, general la *1ra Guía Práctica de Actualización para mujeres en situación de violencia de género, en Declaratoria de Cuarentena Total por el COVID-191 en Bolivia*, donde se dan las directrices para que una víctima de violencia pueda acudir a diferentes instituciones del orden y los pasos a seguir, sus derechos y los mecanismo que están a su servicio, otras instituciones han trabajado de la misma manera, pero sus servicios se han visto cuartados por la crisis sanitaria y la falta de apoyo de los diferentes niveles del Estado.

Lamentablemente, la pandemia deja al desnudo la mala aplicación de la Ley No 348 y la Ley 1173 y la falta de atención oportuna por parte de lo organismos de atención integral contra la violencia de género, evidenciando una clara burocratización de estos cuerpos legales, acompañada de una indiscutible retardación de justicia y revictimización en ambientes judiciales, sumado a que no existe la suficiente cantidad de casas

de acogida para las víctimas, acorde a la creciente demanda y menos aún el apoyo a instituciones que trabajan para erradicar la violencia contra la mujer y poyan en la atienden casos sobre el tema.

La vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres claramente se ha incrementado, se debe efectivizar la aplicación de las leyes que garanticen sus derechos, el potenciar el papel de la mujer y la plena participación en condiciones de igualdad en todos los estratos sociales durante y después de la pandemia, incluida la participación efectiva dentro de los procesos de toma de decisiones y elaboración, ejecución, control y monitoreo de proyectos en pro de la igualdad son fundamentales. Se bene adoptar todas las medidas que sean necesarias para eliminar toda forma de discriminación y violencia en todos sus aspectos, el suprimir todos los obstáculos que cohíban la igualdad de género, el potenciar de la mujer y el de los colectivos feministas es vital, hoy más que nunca se necesitan acciones y trabajar para que la pandemia no frente los avances hacia una igualdad para todas las mujeres, adolescentes y niñas bolivianas.

2.4. Marco para la Materialización de la Igualdad Sustantiva

Para lograr que exista en Bolivia una materialización sustantiva de las normas formales que vayan de la mano de una adecuada interpretación de los convenios y tratados internacionales en DDHH, que aseguran una igualdad tangible, más aún en tiempos de pandemia, es necesario trabajar sobre tres ejes significativos: las *Desventajas Sociales*, la *Violencia de Genero y Discriminación* y por último *Participación Política y el Empoderamiento*.

2.4.1. *Desventajas Sociales*

Para respaldar los logros de la *Igualdad Sustantiva*, materializada en acciones se debe trabajar al unisonó con las políticas económicas y sociales, dado que persiguen corregir los fallos de los sistemas anteriormente

implantados o que no hayan generado los resultados esperados sobre las metas adoptadas, es decir, luchar contra la pobreza y la desigualdad social, donde las políticas macroeconómicas⁴ estén direccionadas no solo a un conjunto de objetivos que no amplié más que la reducción de la pobreza numéricamente, dado que significaría que esta no es eficaz, debe basarse en una valoración de acciones que aseguren un nivel de vida solvente y duradera para este sector, donde las políticas económicas incluyan la igualdad de género como políticas sociales bien estructuradas, direccionadas a potenciar la recuperación de los logros concebidos hasta la fecha y sobre todo a mitigar los efectos negativos post pandemia, esto solo va poder canalizarse por medio de la redistribución de recursos que incrementen el empleo formal, la productividad y la demanda agregada en el país.

Si el Estado no trabaja las desventajas sociales por medio de una transformación económica y la canalización de programas de acción, que creen círculos virtuosos a través de la gestión de trabajos justamente remunerados para las mujeres, no va a poder constituir el pilar fundamental para encaminar una *igualdad sustantiva*, porque cuando proporcionamos ingresos acordes a un nivel de vida adecuado, nos asegura no solo que las mujeres salgan de la pobreza, sino vemos como resultado una notable mejora el nivel de vida del núcleo familiar, es decir se rompe con el círculo de pobreza.

Los programas de transferencia condicionadas constituyen beneficios que deben adecuarse con la perspectiva de género. Es imperativo promover y asegurar la autonomía económica de las mujeres, evitar que salgan del mercado laboral...así como fortalecer los sistemas de seguridad social, para permitir a las mujeres participar en igualdad de condiciones que los varones. (ONU MUJERES; NGO CSW, 2015, p. 30)

⁴ El estudio de la macroeconomía siempre ha estado ligado a sus implicancias políticas, dado que un análisis macroeconómico nos puede ayudar a determinar las principales vulnerabilidades y potencialidades de una economía estatal, la cual nos va a permitir determinar aspectos muy importantes a la hora de decidir sobre la realización de un proyecto social.

Así bien, evidenciar dentro de estas políticas de inclusión la participación de los colectivos femeninos pertenecientes a sectores de mujeres y niñas que por sus condiciones físicas o de discapacidad, se ven a un más segregadas es muy imperativo, dado que la relación de este grupo con la pobreza es directa, la discapacidad no solo aumenta su pobreza, sino que las limita en el ejercicio de sus derechos de participación y elegibilidad dentro de puestos de trabajo formales y con prestaciones acorde a las disposiciones legales existentes dentro de Estado boliviano.

Ya es complicado incluir a las mujeres en el mercado laboral, lo es más aun cuando estas cuenta con alguna discapacidad, debido a que caen en diversos estereotipos implantados dentro de la sociedad y sufren discriminación por su condición, esto genera que sus índices de elegibilidad reducen aún más que los que tendría otra mujer, lo cual se ve reflejados en estadísticas, donde el 70% de las mujeres y niñas con discapacidad viven en la pobreza o la extrema pobreza, siendo claramente uno de los sectores con menos participación no solo puestos de trabajos formales, sino también dentro de escaños políticos en diferentes niveles del Estado.

En este grupo los indicadores de pobreza se van a medir acorde a los altos niveles de exclusión social en diferentes círculos sociales, por lo que los programas para eliminar el desempleo en las mujeres con discapacidad debe estar encaminados a garantizar un nivel de educación con igual acceso a una formación superior y especializada, esto garantiza que sus niveles de competitividad en el mercado laborar suban en comparación al resto, ergo sus posibilidades de selección para puestos dentro del mercado formal también lo hacen. Esta propuesta debe ir acompañada de marcos normativos, donde el incluir a una persona de estas características sea obligatorio, además de enfocar los proyectos de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), basado en una inclusión dentro de las empresas de esta población.

Las mismas medidas pueden ser aplicables para las mujeres perteneciente a pueblos indígenas originarios campesinos y afrodescendientes, porque si bien las razones de su segregación son distintas, también es un sector en el cual se necesita redoblar esfuerzos sobre el tema y asegurar que tengan una formación superior, especializada y de calidad, que les permita gozar de los mismos beneficios, asegurando a su vez contar con un nivel de inclusión no tan diferenciado. El Estado debe crear condiciones propicias para que las instituciones que representan a las minorías, puedan participar de manera significativa en la elaboración, aplicación de programas y políticas relacionadas con su educación, adoptando las necesidades específicas de este grupo, a través de determinación de los costos y el financiamiento de los programas educativos, basados en un marco de evaluación integral de sus necesidades y derechos.

El invertir en servicios sociales con perspectivas de género y maximizar los recursos destinados a la igualdad sustantiva, se constituyen en aumentar la viabilidad y sostenibilidad de proyectos que promuevan el trabajo por cuenta propia, con bases en una capacitación integral y el fomento de créditos subvencionados. A su vez, el involucrar a las trabajadoras informales en la planificación de programas urbanos, por medio de la adopción de decisiones, es garantizar que sus actividades sean propicias y se les ofrezca condiciones decentes y seguras para el desarrollo de su labor cotidiana, dado que, a la fecha,

El 13,3 de las mujeres no cuenta con ingreso propio el 34,4 de las mujeres cuenta como ingreso propio un monto menor a Bs. 1000, el 18,4 se encuentra entre Bs. 1001 y 1500 entre 1501 y 2000 se tiene al 9,2 de las mujeres. Considerando los ingresos de menos de 3000, se observa que el 70 de las mujeres perciben Bs 3000 y menos. Si se hace el corte a Bs. 4000 y menos, corresponde al 74,1 e mujeres que se encuentran en este rango de ingresos. (COORDINADORA DE LA MUJER; OXFAM INTERNACIONAL, 2014, p. 181)

Esta cifra se reduce drásticamente si incluimos factores específicos, por ejemplo, las mujeres pertenecientes a alguna nación o pueblo indígena

tiene menores ingresos y en comparación con mujeres de áreas urbanas, solo el 23% de las mujeres indígenas obtienen como ingreso hasta de Bs.1000, este monto corresponde al 15,3% de las mujeres en áreas urbanas. En cuyos casos, los ingresos de este sector están estrechamente relacionados con la posesión de tierras para el trabajo o la agricultura.

El asegurar que las mujeres cuenten con titularidad sobre las tierras y los servicios es fundamental, dado que la tierra constituye el principal bien productivo por ser una de las bases de la economía, sin mencionar el valor simbólico que tiene dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas de Bolivia que hasta la fecha aún prevalecen. El generar subvenciones para la adquisición del derecho propietario y los insumos por medio de medidas encaminadas a aumentar el acceso a los mercados productivos, por parte de las pequeñas agricultoras aumenta a su vez la productividad, teniendo como resultado un ingreso directo para este sector.

El procurar un crecimiento económico con perspectiva de género no conlleva simplemente en efectuar un distribución equitativa de la riqueza, sino que debe replantearse a través de una distribución marginal, para garantizar el pleno desenvolvimiento de los proyectos para mitigar la desigualdad en Bolivia y la desigualdad económica que se ha visto aún más remarcada tras la actual pandemia, reflejada en el acceso a ingresos por debajo del estándar e inferiores en comparación con las masculinas, los índices elevados de inserción de mujeres en trabajos precarios, una desigual redistribución de las labores domésticas, una baja o nula remuneración por el mismo trabajo realizado y el acceso como titular limitado al derecho propietario sobre las tierras por este sector femenino, revela la necesidad de una apropiada reestructuración del sistema, además de la latente vigencia de las necesidades que tienen las mujeres en el campo económico y que deben ser trabajadas a través de sustentación de visiones integradoras de las políticas macroeconómicas, así los patrones e crecimiento y desarrollo que se

impulsen por el Estado boliviano caminaran de la mano con las normativas implantadas y todos sus componentes.

2.4.2. Violencia de Genero y Discriminación

Bolivia se ha comprometido públicamente a eliminar todo tipo de violencia contra las mujeres, es indudable que se ha logrado un avance significativo en la constitución de una *Igualdad Formal*, pero para que se traduzca en acciones efectivas que erradiquen desde las raíces, el Estado debe impulsar medidas integrales y concretas, que parta de un proceso de sensibilización ciudadana, el cual debe ser contantemente nutrido, dado caso contrario con el paso del tiempo se olvida y se vuelven a adoptar costumbres que naturalicen la violencia de género, implantándose dentro de los sistemas socialmente aceptados. Mas aun si dada la pandemia se ha incrementado los índices de agregación hacia las mujeres y niñas, de acuerdo a estudios realizado por la ONU, sitúa a Bolivia como el primer país que registra los mayores índices de violencia hacia la mujer.

A pesar de contar con un sistema normativo, que reconoce la violencia contra la mujer en términos de la convención de Belén Do Pará, aún prevalece el desafío pendiente de armonizar estos cuerpos legales con los estándares más altos de protección de derecho de las mujeres, los dieciséis tipos de violencia reconocidos y su erradicación dentro de los ámbitos donde concurren. Los avances que Bolivia ha tenido, no han sido suficientes para garantizar el acceso a la justicia de las sobrevivientes de violencia, menos aún en la actual crisis sanitaria, donde el trabajo discontinuo del sistema judicial ha provocado que muchas mujeres que sufrieron violencia terminan abandonando el proceso en alguna etapa, la retardación de justicia, acompañada de impunidad de los agresores, la discriminación por razón de género, etnia, raza, edad, condición social o física, simado a todo esto la corrupción de los sistemas judiciales y policiales, entro otro factores, son las

principales razones por la que las mujeres no pueden acceder a recursos judiciales, orillándolas a regresar al ambiente donde sufrió agresión y como consecuencia reproduciendo la violencia en diferentes niveles.

En muchas ocasiones, los mismo entes encargados de resguardar y recibir las denuncias de una mujer víctima de violencia, son los primeros en vulnerar sus derechos o no responder al llamado de auxilio de la víctima, dado que la policía y el ministerio publico son las primeras instancias de contacto, pero no siempre responde oportunamente al llamado de auxilio de las víctimas, o no manejan de forma adecuada la denuncia incurriendo en una revictimización, debido que no están sensibilizados con un enfoque de género y en algunos casos la institución del orden es la que perpetra los actos de feminicidio o violencia intrafamiliar, entre otros tipos de violencia.

Por lo que queda al descubierto el arduo camino a seguir para trabajar en planes de acción para erradicar y eliminar la violencia contra las mujeres. El comenzar por viabiliza la accesibilidad de la justicia, brindándoles servicios jurídicos, especializados y gratuitos, acompañado del aumento la cantidad de mujeres en los cuerpos policiales y sus secciones especializadas en atención de violencia, con base en principios de igualdad, no discriminación y celeridad en el proceso de atención de los casos de violencia.

El fortalecer los planes de políticas públicas integrales dirigidas a la prevención es fundamental, la adecuada asignación de recursos que garanticen la subvención de estos proyectos, con transparencia sobre el presupuesto destinado a incorporación de las leyes y/o programas que involucren la participación de grupos feministas y organizaciones de la sociedad civil dentro de los mecanismos de seguimiento, evaluación y monitoreo de los canales interinstitucionales que potencien y articulen las acciones regionales, generara un aumento de confianza y experticia dentro de las instituciones del orden.

El aumentar el apoyo, visibilidad y recursos a las organizaciones que trabajen para y con los jóvenes como promotores y defensores de un cambio social, es garantizar el poner fin a la violencia contra las mujeres, porque se involucra directamente a la sociedad y se compromete a rechazar todo tipo de conducta que vaya en contra de los principios de la igualdad de género.

Resulta trascendental pasar de las normas existentes a un canal de ejecución en acciones, por medio de políticas públicas, presupuestos, procesos judiciales rápidos y seguros, que garanticen a las víctimas de violencia un trato integro y una efectiva pena para los responsables con una reparación de daños a favor de las víctimas.

2.4.3. Participación Política y Empoderamiento

El potenciar el papel de la mujer en condiciones de igualdad en todas las esferas sociales y políticas para garantizar su participación en los procesos de toma de decisiones, ejecución de proyectos y acceso al poder, son fundamentales para el logro de la igualdad de género. Deben aplicarse los objetivos y medidas estratégicas, para el ejercicio del poder en marco la Plataforma de Acción de Beijín,

Objetivo estratégico (G.1): Adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y la plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones.

Objetivo estratégico (G.2): Aumentar la capacidad de las mujeres de participar en la adopción de decisiones y en los niveles directivos. (ONU MUJERES; NGO CSW, 2015, p. 89)

El diseñar y desarrollar campañas continuas de sensibilización, para promover la participación en espacios de poder para las mujeres, de carácter continuo hasta que se cambien los paradigmas socialmente establecidos en razón de género, implica dar el primero paso la constitución de este objetivo. Así bien, el garantizar que las mujeres con discapacidad, y aquellas pertenecientes a naciones y pueblos indígenas tenga una plena representación en puestos políticos, no es solo una cuestión de justicia, sino una obligación asumida por el propio Estado boliviano, no basta con situar a

un conjunto de mujeres en puestos políticos, sino se debe asegurar que cuenten con plena participación, notoriedad y liderazgo en la toma de decisión.

Por otra parte, el fomentar la incorporación de acciones colectivas a través de la inclusión de los *Gabinetes de Mujeres* frente a la crisis de toda índole dentro del gobierno, asegurará que el enfoque de género y las necesidades de este grupo se toman en cuenta dentro de las decisiones de los diferentes niveles del Estado, aportando una opinión independiente, especializada y multiplicadora del enfoque de género en las políticas de mitigación y recuperación de los avances logrados y que se han visto frenados actualmente.

El contar con la colaboración de las y los defensores de los derechos de las mujeres que trabajan directamente con la comunidad civil, centros de estudio de género y colectivos femeninos, dentro de los sistemas de monitoreo legislativo y su aplicación, asegurará transparencia dentro de los procesos de selección e incorporación de un enfoque de género, además del empoderamiento de las mujeres que coadyuvan en el proceso, más aún si se ven afectadas por una crisis sanitaria, que ha desnudado la poca o nula participación de los grupos civiles y las mujeres en la toma de decisiones, sobre una temática que afecta directamente sus intereses.

Se deben emplear mecanismos electrónicos que aseguran la apertura de mesas de diálogo entre las y los representantes de los colectivos feministas, organizaciones privadas, ONG's e instituciones que trabajen en materia de género, para que puedan exteriorizar las necesidades que los atañen, fortaleciendo no solo su participación y liderazgo, sino también la obtención de resultados, dentro del marco que ONU MUJERES plantea, para desarrollar propuestas rápidas para mitigar los efectos que la actual pandemia ha en materia de género, así como para garantizar que la recuperación a largo plazo las beneficie, y para ello se ha centrado en cinco

prioridades, de las cuales la No 4, esta direcciona a que las mujeres y niñas afectadas por COVID-19 lideran y participan en la toma de decisiones, que son de fácil aplicación y que se enmarcan dentro de los anteriormente precedido.

Es indudable entonces que la acción colectiva de las mujeres es fundamental para alcanzar una igualdad tanto sustantiva como formal, reflejada en resultados y cambio sociales, se deben adoptar los ejemplos de países en desarrollo que han atravesado pandemias (como la del Sras, Ébola, etc.) y que al incorporar a las mujeres dentro de programas de participación y adopción e políticas para mitigar la crisis, se han visto altamente beneficiados, dado que no solo se atendían las necesidades de un colectivo, sino que se aplicaban las vivencias y experiencias de forma directa, pues no podemos pretender implementar un proyecto para mitigar los afectos del COVID-19, sino conocemos primero las necesidades que tañan a la población y a los grupos más vulnerables, como los son las mujeres y niñas, el trabajar con bases directas de experiencia es vital no solo para alcanzar una participación política de la mujer, sino lograr que se constituya una equidad e igualdad de género en este aspecto.

3. Conclusión

Es indudable que el potenciar el papel de las mujeres y las niñas en el ámbito nacionales e internacionales, garantizando plena participación en igualdad de condiciones dentro de todas las esferas sociales, económicas y políticas, incluida la intervención en los procesos de adopción de decisiones en el poder, son realmente fundamentales, para la constitución de una igualdad sustantiva. A pesar de ello y todos los avances logrados, aún queda mucho por trabajar, sobre todo en la aplicación transversal de los Principios para el Empoderamiento de la Mujer, la Plataforma de Acción de Beijín, el Objetivo No 5 de los ODS de la Agenda 2030 de la ONU, y todos los instrumentos y convenios internacionales, que han marcado parámetros

para que los Estados puedan desarrollar políticas y programas que mitiguen las brechas de desigualdad y que canalicen un cambio social y la obtención de evidencia empírica, que permita medir los resultados y avances en cuestión de género.

Hemos podido apreciar también, que el garantizar la elaboración y aplicación de los programas de desarrollo social, enfocados en la independencia económica, despatriarcalización, reducción de la desigualdad salarial, inclusión de la mujer en el mercado formal, capacitación integral, y análogos, con pleno relacionamiento en las políticas macroeconómicas, que conecten las políticas económicas y las políticas sociales, generan como ultimo objetivo una plena realización de los derechos económicos y la eliminación de la desigualdad social, el promover una estabilidad económica a través de este mecanismo, mitiga la volatilidad y el riesgo financieros, que trabajan de la mano con el control sobre el capital y la redistribución de recursos a los sectores menos favorecidos, como este grupo.

Los Estados deben asegurar que ninguna mujer se quede fuera, dado que no es suficiente hacer más, sino denota la necesidad de hacerlo mejor en todos los aspectos, es preciso comprender que ningún retroceso es admisible, no solo por la característica progresista de los derechos humanos, sino por justicia, para garantizar que cumplimiento de las promesas efectuadas.

Referências

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Carta Internacional de los Derechos Humanos**, dez. 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer**. 07 nov. 1967.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**. París, 1948.

CEPAL prevé que la pobreza en Bolivia la pobreza extrema llegue a l 16,8%. **Diario Nacional Independiente**, 16 jul. 2020.

CEPAL. **Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad**: nuevas proyecciones. Informe especial COVID-19 n. 5, 2020.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE LA MUJER. **COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para Reconocer los Impactos Diferenciados**. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2020.
- COORDINADORA DE LA MUJER; OXFAM INTERNACIONAL. **La Situación de las Mujeres en Bolivia** – Encuesta nacional de discriminación y exclusión social; Análisis Estadístico. La Paz – Bolivia, 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano VS Chile. Expresiones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No 154, 2006.
- DEL TORO, Mauricio. **El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007.
- ENGUITA-FERNÁNDEZ, C.; MARBÁN-CASTRO, E; MANDERS, O; MAXWELL, L.; MATTA, G.C. La epidemia de COVID-19 a través de una lente de género: ¿y si se hubiera aplicado un enfoque de género para informar las medidas de salud pública para combatir la pandemia de COVID-19? **Social Anthropology**, 2020.
- ESQUIVEL, M.; GARCIA, J. La Pandemia del Desempleo. **CLACDS/INCAE Business School**, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://www.incae.edu/es/blog/2020/06/22/la-pandemia-del-desempleo.html>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. La Paz, 2009.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. **Ley No 26 de Régimen Electoral**. La Paz – Bolivia, 2010.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. **Ley No 348: Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia**. La Paz – Bolivia, 2013.
- INARRA, Luis Gonzalo. **La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos: Inclinando la balanza contra el constitucionalismo principia lista**. Universidad Privada del Valle, Cochabamba – Bolivia, 2019.
- INSTITUTO DE SALUD GLOBAL DE BARCELONA – IS Global. **¿Qué sabemos del impacto de género en la pandemia de la COVID-19?** Serie No 16, Barcelona – España, 2020.
- JOHN, N.; CASEY, S.E.; CARINO, G.; MCGOVERN, T. Lecciones Nunca Aprendidas: Crisis y Violencia de Genero. **Developing World Bioethics**, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/dewb.12261>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- MOLTENI, Atilio. **La Responsabilidad Internacional del Estado**. Edición N° 26, 1964.
- MONTAÑO, Sonia. La política de paridad y alternancia de género en los órganos de elección del Estado Plurinacional de Bolivia y en las instancias políticas intermedias: un avance en la garantía de la autonomía en la toma de decisiones de las mujeres. **Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe**, 2013.
- ONU MUJERES. **El Mundo para las Mujeres y las Niñas**. Informe Anual 2019-2020, 2020.
- ONU MUJERES. **El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2015-2016: Transformar las Economías Para Realizar los Derechos**. 2016.
- ONU MUJERES. **Principios para el Empoderamiento de las Mujeres**. 2. ed. 2011.
- ONU MUJERES; NGO CSW. **A 20 años de la Plataforma de Acción de Beijing+20: Objetivos Estratégicos y Esferas de Preocupación**. América Latina y el Caribe, 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**. 1969.

Artigo recebido em: 08/11/2021.
Aceito para publicação em: 22/03/2022.



(Des)velando o feminismo decolonial: reflexões sobre a violência política de gênero na América Latina

*(Un)veiling decolonial feminism: reflections on political gender
violence in Latin America*

Gisleule Maria Menezes Souto¹
Luana Mathias Souto²

Resumo: O presente artigo busca por intermédio de reflexões “decoloniais” dissertar sobre o processo da colonialidade instaurada em países não europeus e sua implicabilidade na existência do ser feminino. Esse processo de colonialidade chega à atualidade e relega ao Estado de Direito a sub-representação feminina na política, que quando observada sob uma perspectiva interseccional é ainda maior. Enquanto o feminismo decolonial avança perante o feminismo tradicional, já que não fornece somente uma narrativa no tocante a opressão das mulheres, aumenta-se as formas de invisibilidade feminina na política em uma brutal empreitada pela manutenção do status quo. A partir de pesquisa bibliográfica em que os dados necessários são extraídos de artigos científicos, revistas especializadas, dentre outras fontes, conclui-se que novas formas da velha colonialidade vem sendo criadas para manter a opressão feminina.

Palavras-chave: Colonialidade. Decolonialidade. Feminismo. Sub representação feminina. Violência política de gênero.

Abstract: This paper seeks, through “decolonial” reflections, to discuss the process of coloniality established in non-European countries and its implications for the existence of the female being. This process of coloniality reaches the present day and relegates to the rule of law female under-representation in politics, which when observed from an intersectional perspective is even greater. While decolonial feminism advances in the face of traditional feminism, since it does not provide only a narrative regarding the oppression of women, the forms of female invisibility in politics are increasing in a brutal endeavor to maintain the status quo. From bibliographic research in which the necessary data are extracted from scientific articles, specialized magazines, among other sources, it is concluded that new forms of the old coloniality have been created to maintain female oppression.

¹ Doutoranda em Teoria do Direito e da Justiça pela PUC-Minas. Mestre em Filosofia pela PUC/SP. O presente trabalho foi realizado com o apoio do Programa Permanente de Capacitação de Docentes da PUC-Minas. E-mail: leulemenezes@gmail.com

² Doutoranda e Mestre em Direito Público pela PUC-Minas. Bolsista CAPES PROEX/taxa. Pesquisadora no Núcleo de Pesquisa Redes de Direitos Humanos do PPGD PUC Minas. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: luana.mathias.souto@gmail.com

Keywords: Coloniality. Decoloniality. Feminism. Female sub representation. Political gender violence.

1. Introdução

Este artigo busca por intermédio de reflexões “decoloniais” dissertar sobre o processo da colonialidade instaurada em países não europeus e, sua implicabilidade na existência do ser feminino. Colonialidade e modernidade andam de “mãos juntas” sendo, portanto, impossível analisar aspectos ligados a modernidade sem mencionar as ações devastadoras sobre os países do hemisfério sul e suas populações. Esse processo de ocultamento do “diferente” trouxe ações e conhecimentos que, inferiorizava e violentava o “outro” de várias formas impondo “saberes” e “dizeres”, determinando inclusive o que era civilizado.

Buscando dar visibilidade à sua existência em um mundo dominado por homens e mulheres brancas, assistimos ao surgimento do “feminismo decolonial” que inicialmente tem sua origem atrelada ao feminismo negro estadunidense, mas que a partir de reflexões de pensadoras como Lugones alça voos e aterriza em outros “territórios”. O feminismo decolonial ganha contornos, reinterpreta a história e produz a partir das experiências de mulheres subalternizadas debates no que se refere por exemplo, a questão de gênero, sexualidade e o papel da mulher na política.

Em termos políticos o ser feminino ainda é “invisível”, uma vez que ocupa poucos lugares mesmo com a aplicação das cotas de gênero. Especificamente, no caso do Brasil após a adoção da Lei de Cotas não existe um aumento real da presença feminina, apesar de haver um aumento considerável de candidaturas femininas, muitas delas fantasmas.

A disparidade é ainda maior quando fazemos referência no Brasil ao número de mulheres eleitas, cuja minoria são mulheres negras. Na América Latina como um todo, mulheres indígenas possuem ainda menos espaço, escancarando a problemática interseccional de um mundo que ainda não se descolonizou. Além disso, incorpora-se a temática da sub-representação feminina na política, o crescimento da violência política de gênero e a insistência feroz em manutenção do *status quo*.

2. Da colonialidade a deconialidade: o (des)cobrimento do outro

A chegada de Cristóvão Colombo em 1492 na América trouxe em seu bojo um processo extremamente violento que culminou no encobrimento do “diferente”, uma vez que tal dominação não foi somente territorial, mas também cultural, do poder³ e existencial.

Com o início do colonialismo na América inicia-se não apenas a organização colonial do mundo, mas, simultaneamente a constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória (Mignolo, 1995) e do imaginário (Quijano, 1992). Dá-se início ao longo processo que culminará nos séculos XVIII e XIX e no qual, pela primeira vez, se organiza a totalidade do espaço e do tempo. (LANDER, 2005. p.10).

A modernidade⁴ traduz seu lado obscuro na subalternização e marginalização do “diferente” pelo modelo hegemônico europeu de colonialidade, pois, por intermédio do outro violado, consagrou a sua superioridade e a centralidade da Europa no sistema mundo, que se assume como referência cultural e étnica para os demais povos. “O outro é

³ A colonialidade do poder foi elaborada por Anibal Quijano. Pode ser entendida como política. Se expressa no domínio político, territorial e no controle das matérias primas. Faz deste modo “a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial” (QUIJANO, 2005, p. 117).

⁴A modernidade veio junto com a colonialidade a América foi inventada, mapeada, apropriada e explorada. É uma narrativa complexa, cujo ponto de origem foi a Europa, uma narrativa que constrói a civilização ocidental ao celebrar suas conquistas enquanto esconde a colonialidade (MIGNOLO, 2017).

concebido como imaturo e sem história, sem cultura, sem conhecimento e sem religião”. (LIMA, 2016, p. 14).

Ademais, o “diferente” teve seus conhecimentos seu modo de interação com a natureza ignorado, segundo o modelo colonial implantando em “*terras antes desconhecidas*” a produção do conhecimento somente era considerada válida se produzida com os padrões eurocêntricos, e dotado de uma racionalidade específica, uma e universal cujo objetivo era subalternizar a forma de produzir conhecimento, a memória e o universo simbólico das identidades sociais que ocupavam os diferentes espaços colonizados.

Colonialidade e modernidade andam de mãos juntas, uma vez que é impossível discorrer sobre a “modernidade sem mencionar a ação devastadora da colonização sobre os países do hemisfério Sul e suas populações.” (LIMA, 2016, p.45). Segundo Dussel (2008), o mito da modernidade oculta a violência e o domínio do “diferente”.

Ocultadas por trás da retórica da modernidade, ações humanas dispensavam vidas humanas, e o conhecimento justificava o racismo e a inferioridade destas vidas, que eram “naturalmente” consideradas dispensáveis. A emergência de uma estrutura de controle e administração de autoridade, economia, subjetividade, normas, relações de gênero e de sexo, que eram conduzidas pelos europeus visavam a “escravização dos corpos” o sangue como marcador de raça foi transferido para a pele (MIGNOLO, 2017).

A não humanidade dos não europeus ‘autorizava’ que os europeus os explorassem da mesma forma como faziam com os animais, sem dó nem piedade. Assim, o europeu colonizador branco identificou nos corpos não brancos de africanos e indígenas uma diferença ‘racial’ que representava também uma diferença de graus de humanidade. Quanto mais escura a pele, mais bárbaro e não humano era o indivíduo (CASTRO, 2020).

A colonialidade⁵ encontra-se presente em aspectos que dizem respeito ao estar do homem no mundo, a título de exemplificação podemos citar a questão da construção da auto-imagem, do comportamento, das relações de trabalho, da sexualidade, nas formas de dizer e pensar o mundo. Mas, segundo Quijano (2005), se expressa também no domínio e no controle político e realiza “a articulação de todas as formas históricas de controle de trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.” (QUIJANO, 2005, p.117).

A colonialidade do saber por sua vez está relacionada a questão epistemológica, que é a produção do conhecimento elaborado pelas ciências, dentre elas também as ciências sociais. É a apropriação cultural ou ocultação de determinada cultura para a imposição de um conhecimento universalizante, neste caso o conhecimento ocidental que ao mesmo tempo inferioriza tudo o que é proveniente dos saberes, conhecimentos, filosofias e pensamentos não-europeus.

A partir desta imposição de “conhecimentos” de saberes; o corpo diferente, a cultura, a linguagem é tecida uma relação de sujeição e a atitude de submissão estabelece os termos de uma relação assimétrica que desvaloriza a condição do outro sem qualquer consideração “é uma relação de sujeição em que o colonizador cala a voz daquele a quem quer negar a sua existência.” (CHÁVEZ, tradução nossa).

Após séculos de sujeição e encobrimento do outro um processo visando desvelar este ocultamento ganha espaço a partir da discussão de Mignolo sobre os fatos que marcaram este encobrimento ações decoloniais, tem seu desdobramento do século XVI em diante como respostas às inclinações ofensivas e imperiais dos ideias europeus modernos projetados para o mundo não europeu; o pensamento decolonial

⁵ É um conceito que foi introduzido pelo sociólogo peruano Anibal Quijano no final dos anos 80 e no início dos anos de 1990, nomeia a lógica subjacente da fundação e do descobrimento da civilização ocidental desde o Renascimento até hoje. (MIGNOLO, 2017, p.2).

tem a missão de desvelar os silêncios da epistemologia ocidental e afirmar os direitos epistêmicos das opções decoloniais para permitir a partir do silêncio construir argumentos que traduzam o viver dos povos “encobertos”.

Ademais, é um pensamento que se desprende de uma lógica de um único mundo possível (lógica da modernidade capitalista) e se abre para uma pluralidade de vozes e caminhos. Trata-se de uma busca pelo direito à diferença e a uma abertura para um pensamento-outro.

Um dos eixos do pensamento decolonial⁶ se constituiu a partir da investigação sobre a colonialidade do ser⁷, no dizer de Lugones (2014), a distinção dicotômica entre o homem e mulher tornou-se a marca da civilização.

Só os civilizados são homens ou mulheres. Os povos indígenas das Américas e os/as africanos/as escravizados/as eram classificados/as como espécies não humanas. [...]. O homem europeu, burguês, colonial [...] tornou-se um sujeito/agente apto a decidir, para a vida pública [...]. A mulher europeia burguesa era entendida como alguém que reproduzia raça e capital por meio de sua pureza sexual, sua passividade e por estar atada ao lar a serviço do homem branco europeu burguês. (LUGONES, 2014, p. 935).

Neste contexto, homens brancos europeus e cristãos eram classificados como humanos e, o ser feminino detentor das mesmas características eram subalternizadas e, portanto, existiu também um “ocultamento” do ser feminino branco e europeia, pois eram inferiores aos homens de sua própria cultura e sociedade, é fácil imaginar que o impacto da negação e da exclusão tenha sido muito maior entre as mulheres negras, indígenas e mestiças da América Latina, que, por sua dupla

⁶ O pensamento decolonial e as opções decoloniais são nada menos que um inexorável esforço analítico para entender, com o intuito de superar, a lógica da colonialidade por trás da retórica da modernidade, a estrutura da administração e controle surgida a partir da transformação da economia do Atlântico e o salto ocorrido tanto na história interna da Europa como entre a Europa e as suas colônias. (MIGNOLO, 2017).

⁷ A colonialidade do ser foi um conceito primeiro utilizado por Walter Mignolo para tratar sobre a experiência vivida dentro da colonização.

negação (de gênero e de raça), tiveram seus corpos invadidos, suas culturas negadas e histórias apagadas.

2.1. Feminismo decolonial: um conceito em construção

“A mulher de cor inicialmente é invisível no mundo dominante dos homens brancos e no mundo feminista das mulheres brancas” (ANZALDÚA, 2000, p. 229), tal invisibilidade vai perdendo espaço gradualmente uma vez que, o feminismo decolonial possibilita segundo Lugones trilhar o caminho da intesujatividade, historicizada e encarnada uma vez que, o feminismo não fornece somente uma narrativa no tocante a opressão de mulheres e a possibilidade de superação da colonialidade de gênero é denominada por Lugones de “*feminismo decolonial*”⁸.

[...] entendemos que o feminismo decolonial percorre, revisa e dialoga com o pensamento e as produções que vêm sendo desenvolvidas por pensadoras, intelectuais, ativistas e lutadoras, feministas ou não, de ascendência africana, indígena, mestiça popular, campesina, imigrantes racializadas, bem como as acadêmicas brancas comprometidas com subalternidade na América Latina e no mundo. (CASTRO, 2020).

A origem do feminismo decolonial advém de discussões abordadas pelo feminismo negro estadunidense⁹ no tocante a invisibilidade do ser negro feminino na luta pela igualdade de direitos; e estas são ignoradas em virtude da predominância do feminismo liberal branco e do ativismo negro masculino.

Como resposta a esta invisibilidade cunhou-se o termo interseccionalidade visando destacar a especificidade da dupla opressão a qual o ser negro feminino é submetido: a racial e a de gênero. Tal

⁸ O feminismo decolonial é um movimento em pleno crescimento e amadurecimento que proclama uma revisão da teoria e da proposta do feminismo, diante do que considera seu viés ocidental, branco e burguês. O nome foi proposto pela primeira vez por María Lugones, feminista nascida na argentina e residente nos Estados Unidos

⁹ O feminismo estadunidense foi citado a título de contextualização no tocante ao surgimento do feminismo decolonial.

invisibilidade conforme mencionado anteriormente se estende as mulheres não brancas, porém a questão racial possui outra conotação, ou seja, étnico-racial “[...] seus corpos racializados representam o pertencimento a uma cultura periférica, subdesenvolvida, atrasada”. (CASTRO, 2020).

Em virtude da colonialidade ao ser mulher foi destinado um ambiente “doméstico” separado do ambiente social e político e, segundo Lugones (2014) a “colonialidade de gênero ainda está conosco; e é marcado pela combinação entre raça, gênero, sexualidade e classe, (Lugones, 2008); é o que permanece na intersecção de gênero/classe/raça como construtos centrais do sistema de poder capitalista mundial.

A colonialidade do gênero permite-me compreender a opressão como uma interação complexa de sistemas econômicos, racializantes e engendrados, na qual cada pessoa no encontro colonial pode ser vista como um ser vivo, histórico, plenamente caracterizado. (LUGONES, 2014, p. 941).

Ao buscar compreender a opressão imposta ao ser feminino percebemos que a colonialidade do gênero é velada e o “sistema de gênero é não só hierárquica, mas racialmente diferenciado, e a diferenciação racial nega humanidade e, portanto, gênero às colonizadas.” (LUGONES, 2014).

O feminismo em sua cumplicidade com a aposta decolonial toma para si a tarefa de reinterpretar a história em uma chave crítica da modernidade, já não apenas por seu androcentrismo e misoginia, como tem feito a epistemologia feminista clássica, mas também dado o seu caráter intrinsecamente racista e eurocêntrico.

O feminismo como teoria, práxis e projeto político que reivindica a diferença e a igualdade da metade da humanidade, vem pensando a partir de uma periferia cotidiana, comum e naturalizada, e vem fornecendo análises desveladoras da invisível discriminação e opressão sexual, junto com potência subversiva, utopias radicais e propostas emancipatórias. Há uma vitalidade feminista renovada que não deixa de protagonizar lutas para aprofundar a igualdade e a emancipação (CAROSIO, 2012, p. 10-11, tradução nossa).

A concepção feminista produzida a partir das experiências de mulheres subalternizadas evidência como o debate de gênero e sexualidade, articulado às questões raciais de classe e geopolíticas trazem inflexões e complexificação às teorias feministas eurocêntricas. Não se trata de descartar as teorias feministas produzidas pelas mulheres brancas dos centros de poder mundiais, mas sim de buscar valorizar e evidenciar as produções teóricas e práticas das mulheres das periferias do mundo a partir de suas experiências, utilizando as teorias feministas críticas aos processos de exploração capitalistas modernos. (ARAÚJO; MATTOS, 2016).

3. Representação feminina na política latino-americana: desafios para todas

A sub representação feminina é uma realidade para países latino-americanos. Apesar disso, dados sistematizados pela União Inter-Parlamentar em relatório sobre os 25 anos desde a IV Conferência Mundial da Mulher realizada em Beijing em 1995 demonstram que “as Américas são a única região a obter 30 por cento do limite em todas as casas Parlamentares combinadas, registrando o maior aumento de todas as regiões entre 1995 e 2020 (+18,6 pontos)¹⁰.” (IPU, 2020, p. 02, tradução nossa).

Esse aumento, mesmo que os dados incluídos tratem também de países não latino-americanos como a região do Caribe, Estados Unidos e Canadá, é decorrente do avanço obtido por países como “Dominica que obteve maior aumento na região na participação de assentos ocupados por mulheres (ganho de 23,8 pontos), enquanto Uruguai (+5,5 pontos) e

¹⁰ the Americas is the only region to have reached the 30 per cent threshold across all houses combined, recording the biggest increase of all regions between 1995 and 2020 (+18.6 points)

Guatemala (+3 pontos) também registraram avanços consideráveis¹¹.” (IPU, 2020, p. 05, tradução nossa).

Além dos avanços obtidos por esses três países, “três dos cinco principais países com maior número de mulheres parlamentares estão localizados na América Latina e Caribe (Bolívia, Cuba e México)¹².” (IPU, 2020, p. 05, tradução nossa). Entretanto, a América do Sul, onde se localiza o Brasil é a sub-região dentro da análise realizada pela União Inter-Parlamentar com menor taxa de mulheres parlamentares (26,4%). (IPU, 2020).

Os avanços na América Latina decorrem principalmente da aplicação das cotas de gênero, principal medida apresentada após a IV Conferência Mundial. Segundo o relatório da União Inter-Parlamentar, 16 países latino-americanos promulgaram leis de cotas em seus processos eleitorais e os países com melhores índices (Bolívia e México) avançaram em relação ao percentual de 30% e caminham em direção a construção de instrumentos que viabilizem a paridade política (IPU, 2020).

A verdade é que apesar das cotas de gênero serem responsáveis pelos avanços que se noticia 25 anos após a IV Conferência Mundial, elas não se mostram isoladamente suficientes para alterar a realidade das mulheres na política.

No caso brasileiro, por exemplo, as cotas de gênero foram criadas em 1995 para eleições municipais (BRASIL, 1995) e em 1997 para eleições gerais. Apesar disso, a legislação brasileira possui algumas peculiaridades como o fato de que o estabelecimento de 30% de cotas para candidatas fez elevar o número de candidatos de 100% para 150%, em uma espécie de suplantação do número final (BRASIL, 1997). Além disso,

¹¹ Dominica saw the region's highest increase in the share of seats held by women parliamentarians (with a gain of 23.8 points), while Uruguay (+5.5 points) and Guatemala (+3 points) also registered considerable gains.

¹² [...] three of the top five countries with the highest share of women parliamentarians are located in Latin America and the Caribbean (Bolivia, Cuba and Mexico).

até 2009, a lei de cota de gênero previa que os partidos políticos deveriam reservar vagas. Essa distorção foi corrigida em 2009 por meio da Lei nº 12.034/2009, que se passou a prever o preenchimento de vagas (BRASIL, 2009).

A mudança na redação da lei, em contrapartida, não resultou em imediato aumento da presença feminina, uma vez que nas eleições seguintes à mudança, o número de *candidaturas fantasmas*, em que candidatas se apresentaram ao pleito, mas em alguns casos sequer receberam o próprio voto, aumentou (SOUTO; MORAIS, 2018). Esse cenário de manutenção do *status quo*, mesmo diante da criação de leis pró-igualdade de gênero, exigiu que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinasse para as eleições de 2018 a aplicabilidade de cota de gênero para o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), responsável pelo financiamento público de campanhas. Somente após isto é que, pela primeira vez, as cotas de gênero foram respeitadas no País (ONU MULHERES, 2020).

A sub-representação feminina na América Latina ganha contornos ainda mais sensíveis se a interseccionalidade for aplicada ao debate. Para as mulheres negras, na última eleição geral realizada em 2018, apesar do aumento no número de mulheres eleitas em comparação a 2014, elas “representam apenas 2,5% (13 eleitas) do total de eleitos, enquanto as mulheres brancas são 12,28% (63 eleitas)” (BARBIERI; RAMOS, 2019, p. 22).

As mulheres indígenas nas Américas, segundo o relatório da IPU (2020), por sua vez, enfrentam tripla discriminação (mulheres, indígenas e pobres) de forma que, na Bolívia país com agenda progressista em prol dessa população, apenas em 1989 que se teve a primeira representante feminina indígena com a eleição de Remedios Loza ao Congresso Nacional boliviano (IPU, 2020). Além desse desafio à representação feminina, a

América Latina também vivencia a crescente onda de violência política de gênero. Mais um instrumento de opressão à voz política feminina e de manutenção da dominação masculina.

Nos termos do art. 3º da Lei Modelo criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a violência política de gênero:

[...] pode ser entendida como qualquer ação, conduta ou omissão, praticada diretamente ou por meio de terceiros que, baseado no gênero, cause dor ou sofrimento a uma mulher ou várias mulheres, que tem por efeito ou propósito de prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres de seus direitos políticos. A violência contra as mulheres na vida política pode incluir, mas que não se limitam a, violência física, sexual, psicológica, moral, econômica ou simbólica¹³.” (OAS, 2017, p. 23, tradução nossa).

Para se compreender como o número de violência política de gênero vem aumentando na América Latina nos últimos anos, foi elaborado tabela que apresenta os principais casos dessa violência:

Tabela 1. Principais casos de violência de gênero na América Latina

Parlamentar	Local e ano de ocorrência	Conduta praticada
Deputada Federal Maria do Rosário (PT/RS)	Brasil. 2003 e 2014.	Verbal e publicamente insultada pelo à época Deputado Federal Jair Bolsonaro.
Vereadora Juana Quispe (Ancoraimes)	Bolívia. 2012.	Morte por estrangulamento no rio Orkojahuirá, em La Paz, após abertura de processo contra o prefeito e o chefe do conselho da cidade por impossibilitá-la de exercer seu mandato (BHATIA, 2020).
Vereadora Daguiomar Rivera Ortiz	Bolívia. 2012.	Assassinada, após investigar denúncias de corrupção na municipalidade (BHATIA, 2020).
Candidata à Prefeitura de Ahuacuotzingo, no México, Aidé Nava	México. 2015.	Decapitada por organização criminosa ligada ao tráfico de drogas.
Ex-Presidente	Brasil. 2015 e	Protestos sexistas durante seu mandato (ROSSI,

¹³ “shall be understood as any action, conduct or omission, carried out directly or through third parties that, based on gender, causes harm or suffering to a woman or to various women, which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women of their political rights. Violence against women in the political life may include, but is not limited to, physical, sexual, psychological, moral, economic or symbolic violence.”

Ex-Presidente Dilma Rousseff (PT)	Brasil. 2015 e 2016.	Protestos sexistas durante seu mandato (ROSSI, 2015). Revista Isto É divulga matéria “As explosões nervosas da Presidente”, durante seu processo de impeachment. Tem o mandato cassado em controverso processo de impeachment (SOUTO, 2017).
Vereadora Fátima Mena Baide (San Pedro Sula)	Honduras. 2017.	Ameaças de morte por meio de mensagens e puxões de cabelo por um congressista (ONU MULHERES, 2019)
Vereadora Marielle Franco (PSOL/RJ)	Brasil. 2018.	Assassinada após denunciar abusos cometidos por policiais militares na comunidade de Acari/RJ. Relatora da Comissão Representativa da Câmara de Vereadores da cidade do Rio de Janeiro, responsável por fiscalizar o andamento da intervenção militar na cidade. Mesmo após sua morte Marielle Franco foi vítima de <i>fake news</i> (LINS; LOPES, 2018)
Prefeita da cidade de Vinto, Patricia Arce Guzmán	Bolívia. 2019.	“Patricia Arce Guzmán teve o cabelo cortado, foi pintada de rosa e obrigada a andar descalça por vários quarteirões em meios aos gritos de ‘assassina! assassina! Ela foi resgatada pela polícia horas depois” (FOLHA DE S. PAULO, 2019).
Deputada Federal Talíria Petrone (PSOL/RJ)	Brasil. 2019 e 2020	Ameaça de morte. Mesmo após a suspensão da escolta policial em decorrência da pandemia, a parlamentar que estava em licença maternidade voltou a sofrer ameaças (RODRIGUES, 2020).
Deputada Federal Gleisi Hoffmann (PT)	Brasil. 2020.	Agressões verbais por eleitores opositores. Tumulto generalizado (MATTOS, 2020).
Candidata à Prefeitura de São Vicente (SP) Solange Freitas	Brasil. 2020.	Ameaças de morte e atentado com uso de arma de fogo (MENDONÇA, 2020).

Fonte: elaborado pelas autoras

Sobre a violência política de gênero ainda se destaca que, conforme Mona Lena Krook e Juliana Restrepo Sanín (2020), para que a violência política possa ser considerada uma violência política de gênero é necessário a presença de alguns critérios.

As autoras elaboraram tais critérios com base nos critérios estadunidenses de identificação de crimes de ódio:

1. O ofensor realiza comentários orais, declarações escritas ou gestos indicando o preconceito.
2. O ofensor deixa desenhos, símbolos ou pichações relacionadas ao preconceito no local.
3. A vítima é engajada em atividades relacionadas ao seu grupo identitário.
4. O ofensor previamente envolveu-se em incidente

similar ou é membro de grupo de ódio. 5. Parte substancial da comunidade onde ocorreu o evento percebeu que o evento foi motivado por preconceito. 6. A vítima foi avaliada negativamente de acordo com um duplo padrão¹⁴ (KROOK; SANÍN, 2020, p. 747, tradução nossa).

Diante disso o que se espera é que uma maior difusão de informações sobre essa conduta violenta seja capaz de impulsionar a criação de mecanismos de coibição, tais como o já estabelecido na Bolívia, por exemplo, que desde 2012 por meio da Lei n. 243 “prevê sentenças de prisão de dois a cinco anos para quem pressiona, persegue, assedia ou ameaça uma mulher que exerce funções públicas, e até oito anos de prisão por cometer agressão física, psicológica ou sexual.” (ONU MULHERES, 2019).

No Brasil, projeto semelhante foi encaminhado pela deputada federal Margarete Coelho (PP/PI), o Projeto de Lei n. 4963/20, que “prevê pena de reclusão de um a três anos mais pagamento de multa para a prática de violência política contra mulheres ou em razão de gênero, com o propósito de restringir, impedir ou dificultar o exercício de seus direitos políticos.” (LARA HAJE, 2020). Ainda se prevê agravante, caso o crime seja praticado na internet e permite a penalização daqueles que criam, divulgam ou transmitem propaganda eleitoral com semelhante conteúdo (LARA HAJE, 2020).

4. Pandemia e eleições brasileiras municipais 2020

As eleições brasileiras municipais realizadas em 2020 em meio a pandemia de coronavírus lançaram novos desafios para as candidatas mulheres. Apesar dos avanços nas ocorrências de violência política de

¹⁴ “1. The offender made oral comments, written statements, or gestures indicating bias. 2. The offender left bias-related drawings, symbols, or graffiti at the scene. 3. The victim was engaged in activities related to his or her identity group. 4. The offender was previously involved in a similar incident or is a hate group member. 5. A substantial portion of the community where the event occurred perceived that the incident was motivated by bias. 6. The victim was evaluated negatively according a double standard.”

gênero, essas eleições contaram com alguns elementos de transformação. O primeiro deles é a Emenda Constitucional n. 97/17, que estabelece o fim das coligações partidárias nas eleições proporcionais.

Ao proibir as coligações, aumenta-se a efetividade das cotas de gênero, pois a partir disso os partidos políticos devem isolados preencher o mínimo de 30% e não mais em coligação (BRASIL, 2017). Analisando as eleições de 2018, compreende-se que essa mudança traz impactos, ainda que de maneira teórica, pois se a proibição já existisse apenas oito partidos (sem as coligações) teriam cumprido a cota de gênero (BARBIERI; RAMOS, 2019).

Outro elemento transformador reside no fato de que as eleições em meio à pandemia de coronavírus, que exige o isolamento social, ocorreu em ambiente majoritariamente online, por meio de redes sociais, o que levou o Instagram em parceria com o TSE lançar o *Guia de Segurança do Instagram para Mulheres na Política* (TSE, 2020), pois, a violência política de gênero não escapa a esse locus, já que mulheres inseridas na política sofrem mais ataques na internet do que os homens (BIGIO; VOGELSTEIN, 2020) mas, a União Inter-Parlamentar acredita que o uso de redes sociais por candidatas mulheres pode ser benéfico, uma vez que são mais baratas e permitem contato mais facilitado com os eleitores (IPU, 2020).

Mas ainda assim, a realidade permanece desanimadora. Os dados das últimas eleições revelam que apesar do número de candidatas para Prefeituras e Câmara Municipais terem aumentado, chegando a 33%, o número ainda é aquém do esperado, considerando a população feminina no País (BITTAR, 2020). O número de eleitas também sofreu ligeiro aumento, principalmente se avaliado sob o corte interseccional (AGÊNCIA SENADO, 2020). Entretanto, “Das 173 mil mulheres aptas a disputar o cargo de vereador no domingo passado, 6.372 tiveram apenas

um ou nenhum voto” (ESTADÃO CONTEÚDO, 2020), significando a manutenção da utilização de candidaturas fantasmas.

Ainda, destaca-se que essa manutenção:

[...] vem na esteira de decisão do Supremo Tribunal Federal, que determinou o critério racial na destinação de recursos para financiar candidaturas. Os partidos são obrigados a dividir os recursos do fundo eleitoral, que alcançou R\$ 2 bilhões, segundo a proporção de negros e brancos de cada sigla (ESTADÃO CONTEÚDO, 2020).

Dessa forma, a cada avanço, medidas de manutenção do *status quo* são sorrateiramente empregadas.

5. Conclusão

A modernidade e a colonialidade trouxeram invisibilidade para o diferente a partir de ações e teorias, uma vez que a modernidade organizou o mundo a partir da visão e do conhecimento europeu, determinado inclusive que somente homens e mulheres “brancos” eram civilizados e, neste contexto, os povos indígenas das Américas foram classificados como não humanos.

A “missão civilizatória” tinha acesso aos corpos do diferente através de uma exploração inimaginável, violação sexual, controle da reprodução e dominação. Visando sair desta invisibilidade o ser negro feminino a partir de questionamentos elencados sobre a teoria de ser diferente dos homens e das mulheres brancas buscam alçar novos voos a partir do feminismo decolonial.

O feminismo decolonial vai além da narrativa de opressão das mulheres, pois busca fornecer uma maneira de compreender e superar a subalternização imposta ao ser feminino. Contudo, os desafios ainda são inúmeros. Quando se pensa que diante do formato atual de Estado é por meio da representação política que pautas, ideias, agendas e políticas de governos são decididas e que lá a sub-representação feminina é evidente, o

cenário é desanimador. Mas, não só de sub-representação vive o corpo feminino e, por via de consequência, o corpo feminino interseccional como também de violência clara e explícita que só aumenta.

Assim, enquanto o feminismo decolonial tem possibilitado ao ser feminino experimentar “mundos” definidos como masculinos em que a política é um exemplo, novas formas da velha colonização (de corpos e mentes) são criadas.

Referências

- AGÊNCIA SENADO. **Cresce número de mulheres candidatas e eleitas no pleito de 2020**. 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/16/cresce-numero-de-mulheres-candidatas-e-eleitas-no-pleito-de-2020>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- ANZALDÚA, Glória. **Vivir en la Frontera**. Tradução de Maria Luisa Peralta. Disponível em: <http://laorilladelospajaros.blogspot.com.br/2014/06/gloria-anzaldua-poesia-chicana3.html> Acesso em: 08 nov. 2020.
- ARAÚJO, Fernanda de; MATTOS Mayara Ferreira. *Descolonizar os feminismos Latino americanos e caribenhos: uma perspectiva decolonial das teorias sobre gênero, sexualidade e raça*. Belo Horizonte: **Revista três [...] pontos**. UFMG, 2016.
- BARBIERI, Catarina Helena Cortada; RAMOS, Luciana de Oliveira (coord.). **Democracia e representação nas eleições de 2018: campanhas eleitorais, financiamento e diversidade de gênero: relatório final (2018-2019)**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27646/RELAT%c3%93RIO%20FINAL%202018-2019.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BHATIA, Dipak. *Political Femicide*. **Bolivian Express Magazine**, 25 abr. 2020. Disponível em: <http://www.bolivianexpress.org/blog/posts/political-femicide>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BIGIO, Jammille; VOGELSTEIN, Rachel. *Women Under Attack: The Backlash Against Female Politicians*. **Foreign Affairs**, jan/feb. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2019-12-10/women-under-attack>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BITTAR, Paula. *Candidaturas femininas crescem em 2020, mas ainda não representam a população brasileira*. **Agência Câmara de Notícias**, 08 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/698770-candidaturas-femininas-crescem-em-2020-mas-ainda-nao-representam-a-populacao-brasileira/>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 97, de 4 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição*. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc97.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.034 de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília 29 set. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.100 de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 out. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

CAROSIO, Alba. Presentación Feminismo y cambio social en América Latina y el Caribe, CLACSO. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2012, p. 9-17.

CASTRO, Suzana. Para entender o feminismo decolonial. **Revista Cult**. Abril de 2020. <https://racismoambiental.net.br/2020/10/22/para-entender-o-feminismo-decolonial/> acesso em 29 nov. 2020.

CHÁVEZ, Rosario Aquím. **Pensamiento Decolonial Y literatura**. Spanish Edition (Livro eletrônico), s/d.

DUSSEL, Enrique. **1492 El encubrimiento del outro: hacia el origen del —mito de la modernidad**. La Paz-Bolivia. Biblioteca Indígena (pensamiento crítico), 2008.

ESTADÃO CONTEÚDO. Eleições 2020: 6,3 mil mulheres recebem um ou zero voto na eleição. **Istoé**, 21 nov. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/eleicoes-2020-63-mil-mulheres-recebem-um-ou-zero-voto-na-eleicao/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. Opositores de Evo cortam cabelo e pintam de rosa prefeita na Bolívia. **Veja**, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/11/opositores-de-evo-cortam-cabelo-e-pintam-de-rosa-prefeita-na-bolivia.shtml#erramos>. Acesso em: 28 nov. 2020.

INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU). **Women in parliament: 1995-2020 – 25 years in review**. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2020-03/women-in-parliament-1995-2020-25-years-in-review#:~:text=The%20overall%20percentage%20of%20women,11.3%20per%20cent%20in%201995.&text=The%20IPU%20has%20tracked%20women's,historical%20trends%2C%20progress%20and%20setbacks>. Acesso em: 19 Jul. 2020.

KROOK, Mona Lena; SANÍN, Juliana Restrepo. The Cost of Doing Politics? Analyzing Violence and Harassment against Female Politicians. **Perspectives on Politics**, vol. 18, issue 3, 2020, p. 740-755. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/997569433135FA170B2789C88A48DD17/S1537592719001397a.pdf/cost_of_doing_politics_analyzing_violence_and_harassment_against_female_politicians.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

LANDER, Edgardo (org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latinoamericanas**, CLACSO. Buenos Aires, Argentina. Set. 2005.

LARA HAJE. Projeto prevê prisão de até três anos para quem pratica violência política contra mulheres. **Agência Câmara de Notícias**, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/701654-projeto-preve-prisao-de-ate-tres-anos-para-quem-pratica-violencia-politica-contra-mulheres/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

LIMA, Adriane Raquel Santana de. **EDUCAÇÃO PARA MULHERES E PROCESSOS DE DESCOLONIZAÇÃO DA AMÉRICA LATINA NO SÉCULO XIX: NÍSIA FLORESTA E SOLEDAD ACOSTA DE SAMPER**. Pará, UFP, 2016.

LINS, Eunice Simões; LOPES, Flávia. Trevas e queda: análise do imaginário feminino na representação de *fake news* sobre Marielle Franco. **Revista Memorare**, Tubarão, v.5, n.1, pp. 78-96 jan./abr. 2018. Disponível em: http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/memorare_grupeg/article/view/6302/3814. Acesso em: 03 jun. 2018.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. **Tabula Rasa**. Bogotá. n. 9: 73-101, jul-dez, 2008.

LUGONES. Rumo a um feminismo descolonial. **Estudos Feministas**. Florianópolis. Set/Dez.2014.

MATTOS, Marcela. Gleisi posta vídeo de confusão com bolsonaristas: 'Respondi às agressões'. **Veja**, 01 mar. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/gleisi-posta-video-de-confusao-com-bolsonaristas-respondi-as-agressoes/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

MENDONÇA, Heloísa. "Disseram que se eu crescesse nas pesquisas iriam me matar", diz candidata que sobreviveu a atentado. **El País**, 14 nov. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-11-14/me-disseram-que-se-eu-crescesse-nas-pesquisas-iriam-me-matar-diz-candidata-que-sobreviveu-a-um-atentado.html?ssm=FB_BR_CM&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR3Sy9mCfg62i2VYSRVFK80V1In2dwAhAgQtvQQk7HcyD6us7QJU_RTnHws#Echobox=1605374792. Acesso em: 28 nov. 2020.

MIGNOLO, Walter D. **O lado mais escuro da modernidade**. Trad: Marco Oliveira. São Paulo: RBSC Vol, 32 n. 94 junho/2017.

ONU MULHERES. **ATENEA: por uma democracia 50/50**. 2020. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ATENEA_Brasil_FINAL23Sep.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

ONU MULHERES. **Em toda a América Latina, as mulheres lutam contra a violência na política**. 10 jan. 2019. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/em-toda-a-america-latina-as-mulheres-lutam-contra-a-violencia-na-politica/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). **Inter-American Model Law On The Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women in Political Life**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/LeyModeloViolenciaPolitica-EN.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e America latina**. A Colonialidade do saber, eurocentrismo e Ciências sociais. Buenos Aires. CLACSO. (2005).

RODRIGUES, Matheus. Talíria Petrone recebe ameaças e tem escolta policial durante licença maternidade: 'Ataque à democracia', diz deputada. **G1**, Rio de Janeiro, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/21/deputada-federal-taliria-petrone-recebe-escolta-policial-durante-licenca-maternidade-apos-ameacas.ghtml>. Acesso em: 02 set. 2020.

ROSSI, Marina. "Vaca" até quando? **El País**, São Paulo, 09 mar. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/09/politica/1425911342_272443.html. Acesso em: 10 abr. 2018.

SOUTO, Luana Mathias. **Do Tiranicídio ao impeachment: as formas de destituição do poder**. 2017, 126 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2017b. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SoutoLM_1r.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

SOUTO, Luana Mathias; MORAIS, Clarice Paiva. Feminismos e diversidade: representatividade feminina na política nacional. In: STORINI, Claudia; SANTIN,

Janaína Rigo (Coord.). **Diversidades étnicas e culturais e gênero**. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 257-276. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/5d6x83my/ie58p7ia/wWX1Mrm4g2DEK13c.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

TSE. TSE e Instagram lançam Guia de Segurança para Mulheres na Política com a presença de Camila Pitanga. **TSE Imprensa**, 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/tse-e-instagram-lancam-guia-de-seguranca-para-mulheres-na-politica-com-a-presenca-de-camila-pitanga>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Artigo recebido em: 08/11/2021.

Aceito para publicação em: 22/03/2022

Políticas Públicas e Direitos Humanos: a importância em assegurar o acolhimento jurídico e social da mulher em meio a pandemia de Covid-19 no Brasil

Public policy and Human Rights: the importance of securing legal and social protection to women amidst the Covid-19 Pandemic in Brazil

*Edna Carvalho Pacheco*¹

*Letícia de Oliveira Santos*²

*Rafaela Veríssimo Dantas Campos*³

Resumo: O presente artigo, aborda a importância dos Direitos Humanos fundamentais e a necessidade em assegurar o amparo jurídico e social à mulher em meio a pandemia de COVID-19 no Brasil. Para isso, foi realizado um levantamento bibliográfico onde foram analisadas as questões históricas acerca dos direitos humanos e a configuração sócio-histórica da mulher, na qual, está diretamente ligada à estrutura patriarcal e tem como uma de suas expressões na sociedade, a violência doméstica. Conclui-se que em meio a pandemia, devido ao isolamento social, há o agravamento da vulnerabilidade do gênero feminino, resultando no aumento dos casos de agressões físicas e psicológicas no meio familiar, tornando-se essencial reforçar as políticas públicas e a rede de apoio responsável pelo enfrentamento e amparo da mulher em condição de vulnerabilidade. Desse modo, este artigo possui como objetivo analisar o enfrentamento às demandas sociais da mulher em meio a pandemia e para tal, utilizou-se como procedimento para obtenção de dados, o levantamento bibliográfico, sendo, portanto, uma pesquisa de abordagem exploratória e qualitativa.

Palavras chaves: Direitos Humanos. Violência Doméstica. Mulher. Pandemia.

Abstract: This article addresses the importance of fundamental human rights and the need to ensure legal and social support for women during the COVID-19 pandemic in Brazil. For this, a bibliographic survey was carried out in which historical questions about human rights and the socio-historical configuration of women were analyzed, in which, it is directly linked to the patriarchal structure and has domestic violence as one of its expressions in society. It is concluded that in the middle of the pandemic, due to social isolation, there is an increase in the vulnerability of the female gender, resulting in an increase in cases of physical and psychological aggression in the family environment, making it essential to

¹ Doutora em Serviço Social, docente titular do Departamento de Serviço Social da Universidade Federal do Triângulo Mineiro de Minas Gerais (UFTM).

² Graduanda em psicologia pela Universidade de Uberaba (UNIUBE).

³ Graduanda em serviço social pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM).

reinforce public policies and the support network. responsible for facing and protecting women in vulnerable conditions. Thus, this article aims to analyze the coping with the social demands of women during the pandemic and, for this, the bibliographic survey was used as a procedure to obtain data, being, therefore, a research with an exploratory and qualitative approach.

Keywords: Human Rights. Domestic Violence. Woman. Pandemic.

1. Introdução

Garantir a aplicação e cumprimento dos direitos humanos em meio a um contexto pandêmico é crucial para que se tenha um enfrentamento onde se respeite: o direito à vida, à integridade física e à dignidade. Tendo isso em vista, cabe salientar, que ao longo de uma pandemia há o agravamento das desigualdades sociais já vigentes, como também, a acentuação dos agravamentos sociais para parcelas que já se encontram em vulnerabilidade fora deste contexto, tal como a mulher.

É importante enxergar a mulher como um indivíduo social, para além de sua anatomia, pois assim, compreende-se o motivo de suas vulnerabilidades. Desse modo, ao analisar a estrutura e configuração da sociedade na qual a mulher está inserida, torna-se perceptível a existência, por exemplo, do sistema patriarcal e seus inúmeros reflexos sociais, tais como a desigualdade de gênero e a violência contra os corpos femininos.

Portanto, assegurar o amparo jurídico e social da mulher, seja através dos direitos sociais ou na aplicação das políticas públicas, é fundamental para amenizar o impacto social e econômico gerado pela pandemia e evitar o agravamento dos problemas sociais pelo quais a mulher enfrenta cotidianamente no Brasil.

2. Fundamentação teórica

2.1 Direitos humanos e seu impacto na democracia brasileira

Após o fim do feudalismo a sociedade se reorganizou socialmente e reestabeleceu-se com uma nova estrutura social, que posteriormente

resultaria no sistema capitalista, entretanto, em consonância com essa reestruturação, evidenciou-se as desigualdades de gênero, classe e racial (MIRALES, 2009). Durante a história houve documentos que tiveram como objetivo estabelecer o mínimo controle social possível para as sociedades da época, como por exemplo, o Código de Hamurabi, a Lei das dozes tabuas e o Alcorão (CAMPOS; CORRÊA, 2012).

No que diz respeito aos direitos humanos, sua gênese histórica está atrelada à revolução francesa ocorrida em 1789, nesse período os acontecimentos franceses foram um dos fatores cruciais para o fim do feudalismo, já que, a revolução punha fim no sistema absolutista -base do sistema feudal- francês. Essa ruptura contribuiu para que novas formas de governos e conseqüentemente novas configurações sociais surgissem, pois a partir disso “os súditos foram transformados em cidadãos e o reino em Nação”. (VILARINHO, 2011, p. 79).

Além disso, foi no período da revolução francesa que houve o surgimento dos primeiros conceitos humanístico da história, mais especificamente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada em 1789. Nessa declaração, foi manifestado os ideais iluministas, porém diferente do que é atualmente os direitos não eram universais (BONACCHI; GROPPI, 1995).

Foi a partir do século XX que de fato ocorreram mudanças significativas em relação aos direitos humanos, antes desse período, o que mais dificultava e limitava os discursões acerca dos direitos e da liberdade, eram a falta de democracia dos Estados (LUCENA, 2008)

A questão religiosa também influenciou na não produção de textos e debates acerca desse tema, pois acreditava-se que os direitos humanos eram naturais e faziam parte da vontade de Deus. Na idade moderna mudou apenas o conceito, pois o que era considerado natural e divino, deu lugar a razão e sua abordagem racionalista, afirmando ser o homem livre

por natureza e pela razão, não mais por vontade divina (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006). Os autores ainda colocam:

Longo foi o caminho percorrido para que os direitos fundamentais fossem reconhecidos; suas manifestações antecedem as primeiras declarações, quando, por exemplo, os gregos, judeus, chineses e romanos pleiteavam através da especificação de princípios morais, universais, eternos e imutáveis, caracterizar os direitos humanos, e assim o homem seria não apenas responsável pelos seus atos como também por sua liberdade. (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006, p. 344).

No percorrer da história, outros acontecimentos marcaram o caminho para a construção dos Direitos Humanos até sua promulgação em 1948, dentre eles, há a Liga das nações, percussora dos direitos humanitários que buscava limitar os poderes do Estado e reforçar a cooperação entre países, visando a paz e segurança internacional. A liga também reprovava atos violentos e a independência dos países membros (PIOVESAN, 2009).

O ato geral da conferência de Bruxelas em 1890 e posteriormente a criação da organização de trabalho (OIT), em 1919, foram responsáveis respectivamente pela criação de medidas de combate ao trabalho escravo e em 1919, com a OIT, houve medidas protetoras aos trabalhadores assalariados (COMPARATO, 2008). Todavia, a consolidação dos direitos humanos em território internacional só aconteceu após o fim da segunda guerra mundial, demonstrando ser recente as ações pela luta da dignidade humana.

Seu surgimento floresce em um período marcado por guerras e crimes bárbaros realizados contra as pessoas que foram vítimas de Hitler e das barbáries realizadas durante a segunda guerra mundial. Após isso, os direitos internacionais dos Direitos Humanos vieram como respostas às atrocidades cometidas neste período (PIOVESAN, 2009)

Sendo assim em 10/02/1948 é proclamada a declaração dos direitos humanos, assegurando que os direitos fundamentais são internacionais,

porém com a liberdade para cada Estado aplicar da maneira mais adequada na sua própria cultura (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006).

Cabe informar que há diferenças entre direitos Humanos e Direitos fundamentais, Siqueira Jr. e Oliveira (2007, p. 43) ajuda a compreender os significados dos direitos humanos ao dizer que são “[...]aquelas cláusulas básicas, superiores e supremas que todo o indivíduo deve possuir em face da sociedade em que está inserido”.

Já os direitos fundamentais são caracterizados como os direitos humanos que estão presentes nas constituições do Estado-nação, ou seja, são configurados como tal a partir do momento que são inseridos e reconhecidos pelo Estado em suas respectivas constituições (SIQUEIRA JR.; OLIVEIRA, 2007).

No que refere ao Brasil, a relação com os direitos humanos é recente como ressaltado por José Carlos Viera em seu livro “Democracia e Direitos Humanos no Brasil (2005)”, o autor enfatiza ser após a redemocratização, mais especificamente em 1988 o momento em que o Brasil de fato incorpora os direitos humanos em sua constituição, entretanto, foi apenas no governo de Fernando Henrique Cardoso que houve a criação do PNDH- Programa Nacional dos Direitos Humanos- em 1996. (VIERA,2005)

Ao longo dos anos houve iniciativas importantes para a fixação dos direitos humanos na política brasileira. Ainda segundo VIERA (2005) no governo Lula a secretaria especial dos direitos humanos tornou-se ministério, permitindo maiores ações políticas relacionadas aos direitos humanos no governo. Houve ainda, a criação de planos nacionais, como o “educação em direitos humanos” e o “Brasil sem homofobia” entre outros que visavam a proteção das crianças e dos adolescentes, mas, como ressaltado por José Carlos Viera (2005), planos e programas não são políticas públicas.

Por outro lado, VIEIRA (2005), enfatiza o fato de sempre haver redução de gasto quando o assunto é relacionado a manutenção de políticas públicas em direitos humanos, demonstrando como facilmente o assunto ainda é tratado como secundário em um país com alto índice de violência e desigualdade como o Brasil. Dentre os direitos universais, segundo a declaração dos direitos humanos estão:

“Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

“Artigo II: Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”

“Artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

“Artigo IV: Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.”

“Artigo V: Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

“Artigo VI: Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”

Portanto, a partir dos artigos expostos anteriormente é imprescindível que no enfrentamento à pandemia de covid-19 no Brasil, haja o respeito a esses direitos expressos na declaração dos direitos humanos, para que assim, os governos tenham medidas pautadas na defesa da vida e dos direitos básicos que todos os cidadãos possuem.

2.2 Contexto sócio-histórico do ser mulher no ocidente

O pensamento ocidental é marcado pela dualidade, entre bem e mal, o essencial e o não essencial. Isso vem se constituindo desde a Grécia antiga, e com a mulher não foi diferente, foi tida como o outro, o subjacente ao homem. O mito de Pandora, demonstra essa conotação negativa de inferiorização e culpabilização da mulher, um mito que reflete

o pensamento de uma sociedade baseada no falocentrismo⁴. (BATISTA, OLIVEIRA, GROKORRISKI, 2017).

Há diversos mitos sobre a criação do mundo, dos princípios e dos seres humanos, neles, o homem sempre é descrito como um ser criado pelo divino, possuidor das melhores virtudes, enquanto a mulher, criada posteriormente, foi colocada de forma relativa ao homem, sendo responsabilizada por trazer o mal a humanidade. No mito de Pandora isso fica evidente (BATISTA, OLIVEIRA, GROKORRISKI, 2017).

O mito em questão retrata bem uma sociedade estruturada sob a lógica patriarcal, onde a mulher Grega não tinha nenhum valor para polis, sendo concebida como um ser inferior ao homem, dentro deste contexto, a mulher só teria algum respeito na hierarquia social se essa fosse casada e dessem filhos homens ao seu marido, e todas as mulheres que saíssem dessa regra, eram concebidas com a má fama, além disso, toda a economia, política e cultura era regida pelo homem (BARBOSA, 2016).

Ao longo da história, vários pensadores e filósofos contribuíram para a perpetuação da exclusão e negação dos direitos das mulheres, como Aristóteles, que escreve ser o macho o provido do movimento de um poder que leva seus espermatozoides, e a fêmea, é passiva e impotente ao macho nesse processo. Percebe-se então que o filósofo busca argumentos de base biológica para fundamentar a inferiorização da mulher, na qual é vista com a única função de gerar filhos (BARBOSA, 2016).

Os fundamentos da sociedade ocidental são pautados no ódio a mulher e isso reflete em todo o seu percurso histórico, no Renascimento as mulheres não tinham acesso à educação, a não ser mulheres de famílias ricas. Ainda assim, a sociedade impunha a submissão e a castidade ao feminino, em que a mulher deve se manter em casa e na ignorância, além disso, uma mulher sociavelmente aceita deveria falar

⁴ Segundo o dicionário de Português, Falocentrismo é “atitude segundo a qual o falo constitui o valor significativo fundamental”.

pouco, pois sua fala é associada a fala de Eva, que poderia seduzir e enganar o homem (RODRIGUES, 2017).

A reivindicação da palavra por parte da mulher era vista como sexual e imoral, as mulheres eram compreendidas como seres inferiores intelectualmente, incapazes de aprender, sendo o raciocínio uma virtude masculina. A educação de meninas tinha o intuito de passar ideias de castidade, valores morais, religiosos e a obediência, para se casar e manter a linhagem. As casadas eram subordinadas aos maridos, demonstrando as influências de um pensamento cristão e aristotélico de inferiorização da mulher, pensamento este, ainda vigente na sociedade (RODRIGUES, 2017).

No iluminismo não era diferente, mesmo a educação e o pensamento racional se tornando o centro de uma sociedade civilizada, todo investimento em educação era direcionado ao homem, o Estado não investia em escolas para educar as mulheres, ficando grande parte dessa educação às instituições religiosas. Ao homem era reservado um futuro com grandes oportunidades, possuía o acesso à educação, ingressava em universidades, tendo assim uma possibilidade de ascensão social, já a mulher não tinha a mesma educação, já que ela não poderia ter uma ascensão social perante o homem, visto que, o conhecimento científico era concebido e permitido somente ao homem (PEREIRA, CABRAL, 2018).

Este tipo de pensamento foi reforçado por diversos filósofos entre eles Rousseau, em sua obra *Emílio ou educação* ele escreve:

[...] A mulher é feita especialmente para agradar ao homem. Se o homem deve agradar-lhe, por sua vez, é necessidade menos direta: seu mérito está na sua força; agrada, já, pela simples razão de ser forte. Não se trata de lei do amor; concordo, mas é a da natureza ao próprio amor. Se a mulher é feita para agradar e ser subjugada, ela deve tornar-se agradável ao homem ao invés de provocá-lo. [...] A rigidez dos deveres relativos os dois sexos não é e nem pode ser a mesma. Quando a mulher se queixa a respeito injusta desigualdade que o homem impõe, não tem razão; essa desigualdade não é uma instituição humana ou, pelo menos obra do preconceito e sim da razão: cabe a quem a natureza encarregou do cuidado dos

filhos a responsabilidade disso perante o outro. [...] A mulher infiel vai além, ela dissolve a família e rompe todos os laços da natureza. [...] Não basta, portanto, que a mulher seja fiel e sim que assim seja julgado por seu marido, por seus próximos, por todo mundo. (ROUSSEAU, 1995 p.424-428).

3. O processo de reconhecimento da mulher como ser político e sua luta pelos direitos básicos

No final do século XIX e início do século XX, houve uma grande organização dos movimentos feministas em busca dos direitos civis e políticos o que posteriormente foi reconhecido como a primeira onda do feminismo. Entre esses movimentos as sufragistas ficaram conhecidas socialmente, devido uma grande mobilização de mulheres nas ruas em busca pelo direito ao voto (MONTEIRO, GRUBBA, 2017).

Com os movimentos feministas, surgiram diversos documentos e cartas reivindicando os direitos básicos das mulheres, como igualdade entre gêneros, liberdade, direito a opiniões, entre outros. Mesmo com grande pressão e diversas declarações internacionais, os direitos das mulheres não eram totalmente garantidos em diversos locais (MONTEIRO, GRUBBA, 2017).

Havia uma grande repressão em relação as mulheres que se organizavam em busca de igualdade e melhores condições de trabalho, como rejeição familiar e social, torturas e prisões, mas, essas repressões fortaleceram os movimentos feministas. As mulheres buscaram denunciar os abusos sofridos e a libertação de normas sociais patriarcais, e aos poucos, com muita luta, as mulheres foram conseguindo seus direitos básicos (MONTEIRO, GRUBBA, 2017).

No século XXI, apesar das diversas conquistas dos direitos femininos, as mulheres ainda se encontram em um sistema patriarcal e misógino, que se fundamenta na divisão sexual onde ainda se tem uma criação moral e religiosa com repressão aos corpos e desejos femininos.

Devido a séculos de inferiorização das mulheres, elas acabaram internalizando uma percepção negativa de si mesma, e acabam por reproduzir pensamentos e comportamentos machistas. No mercado de trabalho as mulheres ainda ganham menos que os homens, as atividades domésticas e os cuidados dos filhos, ainda ficam como responsabilidade das mulheres, obrigando-as indiretamente a terem jornadas duplas (PINTO,2019).

As mulheres ainda sofrem com a desigualdade social, discriminação e com a violência, física, psicológica e sexual, sendo estes, mecanismos de perpetuação de uma dominação patriarcal sobre o corpo, a sexualidade e a vida da mulher, que dura a séculos, apesar das conquistas ainda há um longo caminho para a igualdade de gênero. (PINTO,2019).

Portanto, como visto anteriormente, o sistema patriarcal capitalista está estruturado atualmente de tal forma que produz diversos dispositivos sociais para manter-se vigente sobre o sexo feminino. A violência doméstica, violência sexual, psicológica, patrimonial, o feminicídio e a exclusão social, demonstra, de forma barbara, uma tentativa a todo custo de controle e dominação do corpo e da vida da mulher (DE OLIVEIRA, 2019).

3.1 A historicidade acerca das conquistas femininas no âmbito da saúde no Brasil

A mulher na perspectiva da medicina antiga e medieval, possuía a única função de gerar filhos, e todo os estudos em torno da concepção e do corpo feminino era com o intuito de controlar e impor uma gravidez compulsória caso isso atendesse aos interesses políticos e econômicos da sociedade patriarcal e religiosa vigente (DE SOUZA, 2019).

Já no século XIX surgiu a medicina focada no gênero feminino: a obstétrica e ginecológica e no século XX com o aprofundamento biológico e

fisiológico nessa área, houve os estudos hormonais, o que possibilitou futuramente a medicalização dos corpos femininos. Contudo, apenas quando houve uma utilidade social para tal, que as pílulas foram patenteadas e produzidas. Os responsáveis por desenvolver a pílula contraceptiva a base de hormônios foram: Margareth Sanger, Katherine Dexter McCormick, Gregory Pincus e John Rock, nos Estados Unidos (COSTA, 2013).

Em relação ao Brasil, na década de 60 chega no território brasileiro a pílula anticoncepcional, que prometia revolucionar a vida das mulheres, possibilitando um controle maior sobre seu próprio corpo, o medicamento era vendido em farmácias, consultórios médicos e a partir de 1965 foi distribuída gratuitamente por instituições de planejamento familiar (SILVA, 2017).

A chegada do medicamento coincidiu com a ditadura militar, que por sua vez, não tinha nenhuma política pública nacional de direitos reprodutivos, possuindo apenas um discurso de pró capitalismo, e de inserção da mulher no mercado de trabalho. Desse modo, a prole deveria ser pequena, para que a família pudesse ter um poder aquisitivo maior. Em conflito com esses discursos, a Igreja católica defendia o não controle de natalidade, e o não uso de métodos contraceptivos, discurso que influenciava a sociedade, políticas e a moral. Pode-se perceber essa influência na proibição de publicidades do anticoncepcional neste período (SILVA, 2017).

Aos poucos foram aparecendo projetos e ações de controle de natalidade, como a distribuição do DIU, campanhas sobre planejamento familiar, mas, é na década de 70 com a crise que se instalou no país que o Estado passa realmente a falar de políticas públicas de controle demográfico, sob um discurso de culpabilização da sociedade por um todo

pelo crescimento da desigualdade social, violência e do aumento da população pobre (COSTA, 2013).

Os movimentos feministas deste período começaram a se articular contra a responsabilização exclusiva da mulher em relação a gravidez, além de tratar a saúde da mulher apenas pelo âmbito reprodutivo. Na década de 80 foi criado PAISM (programa de assistência integral à saúde da mulher), devido uma grande luta dos movimentos feministas, que reivindicavam direitos mais amplos e o cuidado integral de sua saúde (COSTA, 2013).

3.2. O impacto da pandemia de Covid-19 no cotidiano da mulher e a importância em assegurar o acolhimento político e social em meio a um contexto pandêmico

A população mundial está enfrentando um período pandêmico, com a dissipação do vírus SARS-CoV2 agente etiológico da COVID-19, nomeada de Síndrome respiratória aguda grave coronavírus 2, que atingiu todas as classes e grupos sociais de maneiras bem diferentes, havendo um agravamento de todos os problemas sociais enfrentados pelo Brasil. Devido ao alto nível de transmissão do novo coronavírus diversas medidas foram tomadas como o distanciamento social, uso de máscara e álcool em gel, na tentativa de controle das contaminações (SOUSA, SOUSA, 2020)

Causando grande impacto na qualidade de vida e saúde mental de todos, observa-se, contudo, um grau maior de estresse, ansiedade, angústia, insônia, e depressão no público feminino, devido à sobrecarga de trabalho e do cuidado atribuído a mulher, por ter aumentado o convívio com os familiares e conjugues, agravando situações de violência doméstica ou aparecimento de novos casos (SOUSA, SOUSA, 2020).

Os sintomas da violência familiar surgem de diversas formas, físicas como hematomas, contusões, escoriações, fraturas entre outras, bem como há sintomas psicológicos ou psicossomáticos, como pesadelos, irritabilidade, medo, culpa, baixa autoestima, problemas digestivos, falta de concentração, vergonha e isolamento. Mulheres vítimas de violência doméstica estão mais propensas a desenvolver transtornos mentais como fobia, ansiedade, transtorno pós-traumático, depressão, crise de pânico, tentativas de suicídio, uso de álcool e drogas (BRITO, EULÁLIO, JÚNIOR, 2020).

Houve uma diminuição nas denúncias de violência doméstica, pois, devido ao aumento do tempo de convivência com o agressor, cria-se um ambiente de medo e angústia, dificultando a efetuação da denúncia. Além disso, houve a diminuição das redes de apoios afetivos, bem como a dificuldade de sair de casa, o que favoreceu a queda nas denúncias de 8% para 6 % no Brasil (FBSP,2020).

Com a diminuição das denúncias de agressões e ameaças, esperava-se que certamente geraria um impacto negativo nas medidas protetivas aplicadas às mulheres em situação de violência, entretanto, ocorreu uma atenuação de 37,9 % na concessão de medidas protetivas de urgência em São Paulo, e houve um aumento de 44,9 % dos atendimentos de violência doméstica pela PM e um aumento de 46,2 % nos feminicídios no estado (FBSP,2020).

As menções de brigas de vizinhos na rede social do Twitter aumentaram 431%, as de violência doméstica tiveram 5.583 menções, sendo 25 % das descrições das brigas de casais realizadas às sextas-feiras, para mais, 53% das publicações foram efetuadas entre 20h e 3h e 67% das narrativas foram feitas por mulheres. Estes dados demonstram uma pequena perspectiva do amplo fenômeno de violência doméstica e

feminicídio que vem aumentando neste período de pandemia da COVID-19 (FBSP,2020).

Por motivos de uma estrutura patriarcal, as mulheres ficam mais suscetível a violência e ao adoecimento psíquico em períodos de isolamento social, em que, ambiente familiar acaba não sendo um local de segurança por conta dos valores machistas construídos socialmente, no qual o homem é tido como provedor e dominador daquele espaço e de seus integrantes. Como ainda a sociedade é dividida em papéis de gênero, no prolongamento do convívio, as tarefas domésticas, os cuidados com os filhos e com os idosos não foram divididos entre o casal, ocorrendo um acúmulo de funções pelo gênero feminino, agravando o cansaço e a desigualdade de gênero em ambiente familiar no país (VIEIRA, GARCIA, MACIEL,2020).

Observa-se portanto , com os dados apresentados , um crescimento da violência contra a mulher ao passo que os serviços de atenção as vítimas estão reduzidas, e por consequência, há uma diminuição na procura pelos serviços de apoio, como saúde, justiça e assistência social. Para o enfrentamento da violência doméstica é preciso investimento na expansão dos serviços de prevenção e enfrentamento da violência doméstica, assim como uma extensa divulgação e consolidação dos serviços de atenção as mulheres mesmo em contexto pandêmico, bem como a capacitação dos profissionais de saúde para reconhecer as diversas situações e tipos de violência (VIEIRA,GARCIA, MACIEL,2020).

É fundamental que os profissionais que atuem com mulheres vítimas de violência tenham conhecimento dos serviços de proteção e cuidados intrasetorial e intersetorial no período de pandemia. Os profissionais da saúde devem preencher a ficha de notificação, citando suspeitas ou confirmações de violência doméstica ou sexual, tentativas de suicídios entre outras. Desse modo, o profissional tem que se atentar a

cada público que sofre violência, pois há uma medida específica para cada grupo, como no caso da mulher adulta que sofre uma violência doméstica, em que o profissional só poderá denunciar com autorização da vítima. Por isso é essencial que os profissionais ofereçam acolhimento e orientações sobre os serviços de proteção e a importância em denunciar para que haja a responsabilização do agressor perante a lei. (MELO,2020).

Os multiprofissionais presentes na rede de apoio devem auxiliar a mulher na elaboração de estratégias de enfrentamento, como averiguar se há um local seguro para que ela possa ir, e caso haja filhos envolvidos, pensar em palavras chaves para que as crianças busquem ajuda e saiam de casa. Na ocorrência de ferimentos deve-se ajudar a encontrar uma unidade de saúde mais próxima, averiguando que o atendimento da vítima ocorra (MELO,2020).

A violência doméstica contém uma grande diversidade de fatores, como cultural, social, político e subjetivo, se tornando um problema de saúde e segurança pública. Para o enfrentamento da violência familiar é necessário a ampliação dos meios de denúncia, das redes de apoio, das políticas públicas, da participação social nas efetuações de denúncias, e uma maior efetividade das medidas protetivas e de enfrentamento a violência contra a mulher (MELO,2020).

Atualmente no Brasil há a Lei Maria da Penha na linha de frente do combate à violência contra mulheres e a central de atendimento à mulher- ligue 180-.que funciona por 24h. Há também a política nacional de atenção integral à saúde da mulher, responsável em garantir os direitos civis, políticos e sociais. (PIOVESAN,2014)

4. Conclusão

Como apresentado ao longo desse artigo, resguardar a aplicabilidade dos direitos humanos no enfrentamento da pandemia é crucial para amenizar os impactos gerados por ela. Para além disso é

importante assegurar também o amparo social da mulher em meio a esse contexto.

Existe uma série de fatores históricos que fomentam a existência da vulnerabilidade social da mulher, tendo como uma de suas manifestações a violência doméstica. Inseridas em uma estrutura patriarcal mulheres veem seus lares tornarem-se um ambiente perigoso, onde a figura masculina reforça seu controle e autoridade por meio de agressões verbais, psicológicas e físicas. Desse modo, em contexto de pandemia, no qual, tem-se como medida obrigatória o isolamento e distanciamento social, observou-se o aumento dos casos de violência doméstica no Brasil, como também no aumento de medidas restritivas para mulheres e conseqüentemente na necessidade em atender essas vítimas em meio a um contexto pandêmico.

Sendo assim, é essencial que se tenha os fortalecimentos das medidas já existentes, o atendimento multiprofissional dessas mulheres em locais estratégicos como hospitais e a capacitação destes profissionais para realizarem o amparo as vítimas de forma ampla. Além disso, é fundamental ampliar campanhas que encoraje denúncias, enfatizando a rede pública de apoio especializada para atender essas demandas. E por fim o fortalecimento das próprias políticas públicas pelos estados.

Referência

BARBOSA, Leandro Mendonça. **A concepção de Pandora e a dimensão social da mulher helênica: interfaces entre divindade e ser humano**. *Ágora. Estudos Clássicos em debate*, n. 18, p. 11-32, 2016. Disponível em : <https://www.redalyc.org/pdf/3210/321046070001.pdf>

BATISTA, Rafaela Karoline; OLIVEIRA, Ana Paula; GROKORRISKI, Ricardo. a influência do mito: a mulher como origem do mal na sociedade ocidental. **Anais da Jornada Científica dos Campos Gerais**, v. 15, 2017. Disponível em: <https://www.iessa.edu.br/revista/index.php/jornada/article/view/513>

BRITO, Joana Christina De Souza ; EULÁLIO, Maria Do Carmo; JÚNIOR, Edivan Gonçalves Da Silva. **A Presença de Transtorno Mental Comum em Mulheres em Situação de Violência Doméstica**. *Contextos Clínicos*, v. 13, n. 1, p. 198-220, 2020. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/article/view/ctc.2020.131.10>

BONACCHI, Gabriella; GROPPI, Ângela. **O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995. Tradução Álvaro Lorencini.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudo de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas: Juruá**, 2012. 848 p.

COSTA, Alcione et al. **História do planejamento familiar e sua relação com os métodos contraceptivos**. Revista Baiana de Saúde Pública, v. 37, n. 1, p. 74, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.22278/2318-2660.2013.v37.n1.a173>

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 551 p.

DE OLIVEIRA, Barbara Meira et al. **Distribuição espacial da violência doméstica contra a mulher**. Journal of Human Growth and Development, v. 29, n. 1, p. 102-109, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/152305>

DE SOUZA, Lidiane Alves. **A reprodução e a geração de monstros no De Secretis mulierum (séc. XIV)**. anais dos encontros internacionais de estudos medievais-issn 2526-8465, v. 3, n. 1, p. 275-286, 2019. Disponível em: [www.abrem.org.br/revistas/index.php/anais_eiem/article/.](http://www.abrem.org.br/revistas/index.php/anais_eiem/article/)

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Nota Técnica Violência Doméstica durante a Pandemia de COVID-19, 16 de abril de 2020. Forum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com Decode**. Disponível em: [Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 - Fórum Brasileiro de Segurança Pública \(forumseguranca.org.br\)](http://www.forumseguranca.org.br)

HUMANOS, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Acesso em, v. 13, 2015.

LUCENA, Rosana Batista de. **Aborto, Direitos Humanos e Desigualdade de Gênero no Brasil**. João Pessoa: Universidade Federal do Paraíba, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 297 p.

MELO, Bernardo Dolabella et al. **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: violência doméstica e familiar na COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41121>

MIRALES, Rosana. **Violência de Gênero: Contribuição para o Serviço Social**. 2009. 270 f. Monografia (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MONTEIRO, Kimberly Farias; GRUBBA, Leilane Serratine. **A luta das mulheres pelo espaço público na primeira onda do feminismo: de suffragettes às sufragistas**. Direito e desenvolvimento, v. 8, n. 2, p. 261-278, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/563/441>

OLIVEIRA, Rosiska Darcy. **As mulheres, os direitos humanos e a democracia. Textos do Brasil: Cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, maio/Agosto, 1998. Ano II – nº6.

PEREIRA, Alan Ricardo Duarte; CABRAL, Camila Silva. **Entre a luz e a escuridão: considerações sobre o Iluminismo e a instrução das mulheres**. Revista Espaço Acadêmico, v. 17, n. 200, p. 140-152, 2018. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/39512>

PINTO, Raquel Cristiane Feistel. **O enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil: as políticas públicas no século XXI e a violação dos direitos**

humanos. 2019. Disponível em:
<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/6241>

PIOVESAN, Flávia. **A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 15, 2014

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Dos Direitos Humanos: Estudos em homenagem à Prof^ª. Flávia Piovesan.** Curitiba: Juruá, 2006.

RODRIGUES, Paula Cristina Pontes. **Protofeminismo no renascimento italiano pela pena de Isotta Nogarola.** *Historiæ*, v. 8, n. 2, p. 239-252, 2017. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/hist/article/view/6496>

ROUSSEAU, Jean Jacques, **Emílio ou a educação** v. 3, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

SILVA, Cristiane Vanessa da et al. **Histórias de utilização de pílulas anticoncepcionais no Brasil, na década de 1960.** 2017. Tese de Doutorado. Disponível em: CV Silva – 2017.

VIEIRA, José Carlos. **Democracia e direitos humanos no Brasil.** Edições Loyola, 2005.

VILARINHO, Murilo Chaves. **Mulheres Mutiladas e Mulheres Desonradas: A Importância da Luta de Mukhtar Mai e Kahdy Koita aos Direitos Humanos das Mulheres.** 2011. 125 f. Monografia (Pós-graduação) - Universidade Federal de Goiás, Goiás, 2011.

Artigo recebido em: 09/03/2021.

Aceito para publicação em: 10/08/2021.

La protección en el sistema legal peruano para erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar

Protection in the Peruvian legal system to eradicate violence against women and family members

Oscar Canales Gonzales¹

Kathya Fernández Guevara²

Resumo: Al referirnos al tema de la protección legal en el sistema peruano lo conceptualizamos acorde a los diferentes textos legales que se promulgan dentro del ordenamiento jurídico, esto, para garantizar una sociedad con igualdad de prerrogativas, las que se evidenciarán en su aplicación a través de los distintos órganos jurisdiccionales. El deber del Estado es proveernos una sociedad donde tanto los derechos, así como los deberes sean equitativos para todos sin distinción alguna, esto bajo la perspectiva de la igualdad ante la ley. La violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar es un tema de suma preocupación e interés social, habida cuenta, esta, la violencia, se constituye en la vulneración de los derechos humanos afectando su libre desarrollo en la sociedad, la violencia está arraigada en las diferentes estructuras sociales en base al género masculino que, muchas veces valiéndose de la fuerza, superioridad y la distribución asimétrica de poder inferioriza y subordina al género femenino y de esta manera va perpetuando su desvalorización en la sociedad. Es importante precisar que, en sociedades como la nuestra, en las que está arraigado el patriarcado, siempre va a existir el ego de superioridad por parte de lo masculino que generalmente pretenderá tomar posiciones de asimetría hacia lo femenino, muchos otros países vecinos no son ajenos a este tipo de comportamientos, que se puede decir son reprochables las cuales repercuten en las acciones ilícitas como el acoso, feminicidio, trata de personas entre otros.

Palavras-chave: Violencia. Mujer. Protección.

Abstract: When referring to the issue of legal protection in the Peruvian system, we conceptualize it according to the different legal texts that are promulgated within the legal system, this, to guarantee a society with equal prerogatives, which will be evidenced in its application through the different jurisdictional bodies. The duty of the State is to provide us with a society where both rights and duties are equitable for all without any distinction, this from the perspective of equality before the law. Violence against women and members of the family group is a subject of great concern and social interest, given that this, violence, constitutes the violation of human rights affecting their free development in society, violence is rooted in the different social structures based on the male

¹ Doctorando en Derecho. Docente universitario, Director de la Clínica Jurídica de la Universidad César Vallejo – Filial Tarapoto, Perú. Maestro en Gestión Pública. E-mail: o.canales@mpsm.gob.pe

² Estudiante de Derecho, miembro de la Clínica Jurídica de la Universidad César Vallejo – Filial Tarapoto, Perú.

gender, which, often using force, superiority and the asymmetric distribution of power, inferiorizes and subordinates the female gender and thus perpetuates its devaluation in society. It is important to point out that in societies like ours, in which patriarchy is rooted, there will always be an ego of superiority on the part of the masculine that will generally try to take positions of asymmetry towards the feminine, many other neighboring countries are not unrelated to This type of behavior, which can be said to be reprehensible, has repercussions on illicit actions such as harassment, femicide, human trafficking, among others.

Keywords: Violence. Women. Protection.

1. Introducción

En el presente trabajo, se ha desarrollado algunos de los artículos de diferentes textos legales de Perú emanados a partir de nuestro texto constitucional; el tema relacionado a la protección a la mujer desde la legislación peruana, para situarnos en contexto, hemos estimado realizar un breve recorrido por la evolución histórica, sobre todo de las luchas emprendidas por las mujeres para lograr el justo reconocimiento de sus derechos frente al género dominante y preponderante, que de alguna manera ha menoscabado sus derechos, la desigualdad distribución de poder y las relaciones asimétricas arraigadas en nuestra sociedad imposibilitaba, en gran medida, el crecimiento y desarrollo de la mujer peruana, relegándola a funciones domésticas subordinadas así como a cumplir su rol con la procreación. Es preciso mencionar el gran cambio y modificación que nos trajo el Código Civil de 1984 que abrió la puerta a la igualdad de derechos entre ambos sexos, y garantizaba el cumplimiento de los mismos bajo la observancia obligatoria que demanda la norma.

De la misma manera se estimó oportuno abordar diversos artículos presentes en nuestra norma penal que sanciona todo tipo de violencia y discriminación contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, y en simultáneo crea una barrera de protección fuerte y segura para erradicar estos actos ilícitos, de los cuales el que más víctimas mortales ha tenido como consecuencia es el feminicidio, que es la máxima expresión de

violencia familiar, doméstica y sexual entre otras situaciones relacionadas a esta, considerado como la manifestación de odio por parte del agresor hacia su víctima. En el Perú estas cifras cada vez van en aumento, incrementándose cada año el fallecimiento de muchas mujeres que sufren las consecuencias de estos hechos punibles que sin duda es de un tema controversial y alarmante en nuestro país.

2. Antecedentes

2.1. Evolución de los derechos de la mujer en el Perú

A lo largo de la historia se ha podido evidenciar la lucha constante de las mujeres por la reivindicación de sus derechos y el goce de estos dentro de una sociedad jerarquizada y dominada por el patriarcado, así como de la constante desigualdad de distribución de poder entre hombres y mujeres. Al igual que en muchos países de Latinoamérica, Perú no es ajeno a esta problemática, hasta no hace mucho en 1908 con la ley n.º. 801 por primera vez las mujeres podían tener acceso a las universidades y elegir la profesión que deseaban, y que les permitiría tener un estatus de vida diferente, en comparación con el simple hecho de estar limitadas al mundo doméstico (Justicia Perú).

El ingreso de la mujer al mundo de la política y su derecho al sufragio se aprobó en 1955 con la ley n.º. 12391, aunque hubo un escollo, solo podían sufragar aquellas mujeres que supieran leer y escribir quedando especificado en el artículo n.º. 86, un año más tarde las mujeres peruanas ejercieron su derecho al sufragio por primera vez, resultando electas una senadora y ocho diputadas. Han pasado setenta y cuatro años y hoy podemos decir que las mujeres han conseguido salir de la reclusión doméstica para incursionar en el ámbito político (Congreso de la República, 2017).

2.2. La Constitución Política del Estado

En el Perú es la norma con más rango de ley y el instrumento legislativo merced al que se organiza el nuevo tipo de estado, señalándose en sus artículos los principales cambios que ocurren en relación a la situación previa, en materia de derecho de las personas y de la estructura, conformación y funciones de los órganos del Estado (Correa, 2020).

Dentro del cuerpo de este texto normativo en su artículo primero menciona la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Desde la legislación se respalda el cumplimiento de los derechos de cada ciudadano como el libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad de oportunidades entre mujeres y varones estipulado así en la ley 28983 cuyo principio fundamental es el reconocimiento de la equidad de género, desterrando prácticas, concepciones y lenguajes que justifiquen la superioridad de alguno de los sexos, así como todo tipo de discriminación y exclusión sexual o social (El Peruano, 2007).

2.3. Código Civil

A continuación, abordaremos el decreto legislativo n° 295 (Código Civil) de 1984 (vigente hasta la actualidad), y su evolución, sobre todo enfocándonos al avance en el reconocimiento de derechos que permiten posicionar a la mujer y sus perspectivas de desarrollo en la sociedad, en ese orden y para efectos del presente trabajo, tomamos en cuenta los artículos: 4, 234 y 342 los que de manera objetiva y sintética ponemos en contexto:

Artículo n° 4: En el aludido texto legal se especifica que “tanto hombres como mujeres tienen los mismos derechos, capacidad de goce y el

ejercicio de sus derechos civiles” (Vallejo, 2021). En nuestro país hace algunos años atrás las mujeres estaban obligadas a cumplir el rol fundamental del hogar y la atención de los niños, contexto aceptado como normal en la estructura social de aquellas épocas. Los varones eran considerados los jefes de sus hogares y bajo aquella perspectiva, eran los que gozaban de potestad máxima y absoluta en los entornos familiares, bajo este orden injusto establecido, la oportunidad de acceso a los estudios, así como el posterior desarrollo profesional y social era exclusividad de los varones.

Lo descrito generaba una situación de dependencia económica, habida cuenta eran los varones los que por lo general procuraban el sustento en el hogar. Las mujeres quedaban relegadas al cumplimiento de actividades diarias rutinarias, en un contexto donde saber cocinar, tejer, lavar entre otras actividades hogareñas y ser obedientes era considerado casi un honor para la sociedad de aquellos tiempos.

Con las reformas que se hizo en el Código Civil de 1984 se estableció -como se mencionó anteriormente- mediante ley la igualdad para ambos sexos, con la misma capacidad de gozar sus derechos civiles, esto abrió camino a que muchas mujeres se empoderaran en el ámbito de la política, situación que venía generándose paulatinamente desde 1956, desestimando los estereotipos hacia la mujer que ya desde tiempos pasados habían tomado arraigo.

Artículo nº 234: La importancia de la igualdad entre los conyugues, y el concepto claro y específico del matrimonio, que viene a ser la unión de ambos sexos tanto mujer como varón formalizado con todas las disipaciones establecidas en el presente Código, asimismo, se hace énfasis que dentro del matrimonio ambos tendrán la misma autoridad, consideraciones, derechos y obligaciones (Vallejo, 2021). Antaño, en diversas zonas existía la costumbre de que los padres eran los que

designaban el esposo para la hija, ellos lo elegían tomando en cuenta algunos factores como la capacidad económica de aquél para mantener y solventar los gastos familiares, de ese modo entregaban la total autoridad de la hija al esposo.

El matrimonio en la actualidad ha llegado a tener un sentido más amplio para las mujeres, a las que antes solo se les atribuía funciones domésticas y de procreación, en la actual estructura se puede decir que, bajo los estándares establecidos en este código, se hace posible la cohabitación entre ambos conyugues con el debido respeto e igualdad en común.

Artículo n° 342: En los supuestos previstos en este artículo, el juez es quien señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar, así como la que el marido debe pagar a la esposa o viceversa (Vallejo, 2021). Esta decisión emanada de la autoridad competente, se da con la finalidad de preservar la seguridad de los hijos y su libre desarrollo en la sociedad; el padre o madre sobre el- la que recae el ejercicio de la custodia y tenencia de los hijos, deberá recibir una pensión de alimentos, la que deberá ser otorgada del modo y forma expresado por el juez en la sentencia debidamente motivada.

2.4. Código Penal

2.4.1. *Feminicidio*

Este texto normativo crea una esfera de protección hacia la mujer desde la perspectiva del derecho penal, en ese orden, en nuestra legislación la norma sancionadora más fuerte en este contexto contra la violencia hacia mujer es el feminicidio, esta figura se encuentra contenida dentro del texto legislativo en el *artículo N.º 108 literal a*, con una pena privativa de libertad no menor de 20 años dependiendo del contexto y las

circunstancias en las que se cometió el hecho punible como es: violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual entre otros.

Cabe precisar a manera de ilustrar el contexto, que en la actualidad las cifras de estos crímenes van en aumento, el pasado 31 de diciembre se registraron 132 denuncias por feminicidios, de las cuales 204 eran tentativas y 54 muertes violentas, todas ocurridas durante el año 2020, y hasta julio del presente año se cuenta con una cifra de 76 feminicidios, 67 tentativas y 22 muertes violentas (Defensoría del Pueblo, 2021).

2.4.2. Acoso sexual

En el mismo artículo, en su inciso 2° trata el acoso sexual, uno de los logros más significativos para el Derecho Penal es la penalización del acoso, esto, en un entorno en el que una enorme cantidad de casos tienen como correlato lamentable el feminicidio. Se tiene entendido que por acoso nos referimos a aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse el hecho explícito o no de la intención de coactar y reprimir la libertad de la víctima, se producen conductas repetidas por medio de las cuales se perjudica gravemente la libertad y esa sensación de seguridad de la persona que sufre esta actitud negativa, a la que se somete no solo a persecuciones o vigilancias constantes, sino que también llamadas reiteradas que producen hostigamiento, pavor miedo y ansiedad” (Castillo, 2021).

En nuestro entorno, el 26 de marzo del año 2015 se expidió la ley N° 30314 Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, norma que acorde al contenido de su artículo primero establece como objeto: “prevenir y sancionar el acoso sexual, de esta manera se buscaba minimizar esta actitud denigratoria que genera molestia, inseguridad, pavor para las víctimas”.

Sin embargo, en la mencionada ley el acoso sexual no estaba tipificado como una figura de carácter penal que debía ser sancionado con alguna pena privativa de libertad, es decir este acto delictivo no estaba establecido dentro del ordenamiento jurídico como una acción merecedora de alguna sanción, hasta antes del 12 de septiembre del año 2018 con el Decreto Legislativo n° 1410 donde explícitamente tipifica al acoso sexual o callejero como una acción irreprochable dentro de la sociedad, cuya comisión genera una sanción, esto, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz y segura contra las distintas modalidades de violencia contra la mujer, que las afectan a lo largo de todo su ciclo de vida y en diferentes espacios públicos y privados. Es necesario precisar que muchos de los casos de feminicidios se efectuaban porque la víctima sufría acoso sexual, por parte de su pareja, expareja, marido, ex marido, entre otros.

2.4.3. Discriminación

La discriminación contra la mujer es un problema social que aún subsiste en nuestra sociedad, que vulnera no sólo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino que también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En el cuerpo normativo del aludido texto legal se encuentra el artículo 323 en el que se sanciona a cualquier acto de distinción, exclusión que de cualquier forma anulen o menoscaben cualquier derecho que se encuentra estipulado dentro del ordenamiento jurídico peruano y en los diferentes cuerpos normativos nacionales e internaciones, basados por motivos raciales, inclinación sexual, identidad étnica o cultural entre otros; la sanción contempla una pena no menor de 2 ni menor de 3 años o con una prestación de servicios a la comunidad de 60 a 120 jornadas (Sánchez, 2021). Por lo estipulado en nuestro ordenamiento jurídico la Carta Constitucional vigente nos ilustra en su artículo 2° respecto de la discriminación.

2.4.4. Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar

La violencia física hacia la mujer es la manifestación de conductas agresivas, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación (Ley 30364, artículo 8 inciso a). El código penal establece una sanción para esta conducta, hecho punible estipulado así en el *artículo 121 literal b* agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, donde establece una pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor a 3 años, según como se haya efectuado esta infracción a la norma, este tipo de violencia es muy común y frecuentemente denunciado esto debido a que sus efectos son visibles.

2.4.5. Abandono de mujer gestante y en situación crítica

El abandono a la mujer gestante y en situación crítica, se encuentra tipificado en nuestro texto legal *artículo 150*, donde explícitamente menciona al sujeto que abandona a la mujer y que, habiéndola embarazado y estando en una situación crítica, sea por motivos económicos, problemas de salud física o mental; dadas las circunstancias presentes tiene como consecuencia la sanción de una pena no menor de 6 meses ni mayor a 4 años e incluido servicio a la comunidad con 70 a 90 días de multa. El incumplimiento del deber paterno, donde es el padre quien se rehúsa a sus obligaciones tanto afectivas, así como también económicas es un tema de gran relevancia en nuestra sociedad. Cabe manifestar que la situación de este tipo de abandono paternal, trae como

consecuencia una nueva estructura jerárquica uniparental en hogares denominados también “disfuncionales” con el ejercicio de custodia y tenencia por parte de la madre quien asume el rol de ambos progenitores y todas las responsabilidades paterno y materno filiales.

En un intento de aliviar esta situación, nuestro legislador definió acertadamente los alimentos en el Código Civil, en su artículo n° 472, entendiéndose los alimentos en su condición de elementos indispensables tanto para el sustento, la habitación, la vestimenta, la asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidad de la familia. Cabe resaltar que en el precitado artículo incluye los gastos de la madre durante la gestación para ser más precisos desde la concepción hasta el postparto.

Por todo lo mencionado en el párrafo anterior, se estaría cumpliendo con lo establecido en la Constitución Política del Perú en el artículo 2° inciso 1°, esto respecto que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (LP. Pasión por el derecho, 2021).

2.4.6. Trata de Personas

Respecto de la trata de personas ha sido complicado unificar criterios sobre qué constituye la “trata de personas” lo que se ha logrado recientemente. Fue precisamente, a fines de la década de los años 90 que los Estados no emprendieron la tarea de separar la trata de las demás prácticas con las que se la asociaba habitualmente. La primera definición consensuada de la trata se incorporó en al año 2000 al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ONU, 2014).

Respecto del panorama nacional y dentro del contexto del derecho penal, es en el art. 153 del Código Penal donde se señala este delito que

atenta y viola contra la libertad individual, es decir, la trata de personas. Lo que contempla este artículo son posibles situaciones (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a otro dentro del territorio nacional) que conducen el mismo resultado (persona sin potestad de ejercer su propia libertad). Pues bien, este delito cuenta con tres elementos principales, entre ellos se encuentran la conducta, los medios y la finalidad.

Las respectivas conductas que se contemplan en el delito de trata de personas son:

- Captación, la cual consiste en reclutar o establecer comunicación entre la víctima y el tratante.
- Transporte y/o Traslado, ambos comprenden en el desplazamiento del lugar de origen de la víctima a un entorno o destino donde se producirá la explotación.
- Acogida, recepción y/o retención, discierne la llegada de la víctima al lugar de explotación, a fin de que el tratante tome control de su libertad individual.

De la misma manera, debemos precisar que, existen medios que favorecen las conductas criminales anteriormente mencionadas, entre ellos el Código Penal establece como medios la violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de libertad, fraude o engaño, abuso de poder o situación de vulnerabilidad y finalmente dar o recibir pagos o beneficios.

El tratante tiene como fin la explotación de la víctima y la violación de sus derechos humanos. Los aspectos específicos abarcan, la venta de niños, mendicidad, explotación sexual, explotación laboral, extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos.

En la Amazonia de nuestro país las cifras de trata de personas son alarmantes debido a su gran porcentaje. Encontramos en diversas zonas altos índices de embarazos precoces, pobreza, desnutrición, etc. Situación

que muchas veces conduce a las y los adolescentes buscar alternativas para mejorar su calidad de vida. En el año 2019 se realizó una intervención a trece menores en un operativo contra la trata de personas ejecutado por la fiscalía provincial de Trata de Persona de Loreto y la Tercera fiscalía provincial de Familia de Maynas. Los intervenidos se encontraban en una situación de vulnerabilidad y fueron captados con fines de mendicidad, trabajo infantil y explotación laboral.

De la misma manera la norma penal establece una fórmula agravada respecto de la trata de personas, lo que podemos advertir al revisar el artículo 153° A. En primer lugar, con relación al agente y como segundo punto en relación a la víctima. De igual forma, en la misma sección se considera otras consecuencias y delitos relacionados con la trata de personas, por ejemplo, esclavitud, promoción o favorecimiento de la explotación sexual, cliente de la explotación sexual, beneficio por la explotación sexual, gestión de la explotación sexual, explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, entre otros.

La explotación como uno de los fines de la trata de personas, pues bien, si se analiza el artículo 153-B, la explotación sexual en el caso de trata de personas contiene la vulneración de otros derechos, es decir, trata de personas para fines de explotación sexual se relaciona con otros delitos como la venta de niños, niñas y adolescentes con la finalidad de que sean prostituidos.

2.4.7. Proxenetismo

Respecto del ejercicio de la prostitución tenemos al proxenetismo como una conducta que se encuentra en directa relación a éste. Sin embargo, cabe recordar que mientras esta última no constituye un delito en sí misma, el proxenetismo, como forma de intervención de terceros en el

ejercicio de la prostitución ajena, si se encuentra prohibido por diversos tipos penales. (Cortés, D. Gamarra, M. 2012).

La orientación del Estado frente a la protección de la mujer es clara y genera una serie de acciones destinadas a lograr el propósito, en ese sentido la legislación nacional de carácter punitivo, tiene una orientación con tendencia a que se incorporen diversas disposiciones dentro del ámbito penal encaminadas a la criminalización de los distintos modos en los que intervienen terceros en los actos de prostitución de personas ajenas.

En el capítulo X del Libro Segundo del Código Penal, encontramos la figura del Proxenetismo, donde será necesario que revisemos 3 artículos de vital importancia, puesto que como ya es de conocimiento estos actos ilícitos representan un peligro para la sociedad, tanto en el ámbito privado como público, estos son:

2.4.7.1. Favorecimiento a la prostitución

En el artículo 179 el texto del Código Penal se ubican las formas en las que el promueve la prostitución o la favorece en consecuencia de otra persona, la ley lo sanciona con una pena no menor de cuatro ni mayor a los seis años, más aún si este ha estado obrando ilícitamente con menores de edad la sentencia aumenta con una pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor a los 12, cuando ocurra en las siguientes situaciones:

- El autor del delito emplea mecanismos tales como: abuso de autoridad, violencia engaño u otro recurso de intimidación.
- El autor tiene lazos de consanguinidad de cuarto grado, tutor o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier situación.
- El autor ha desprendido a la víctima de su domicilio con fines de prostituirla, o esta se encuentre en situaciones críticas económicas.

- El autor ha hecho de esta acción ilegal un modo de vida sirviéndose de la prostitución de su víctima.
- El autor es o actúa como parte de una red criminal.

2.4.7.2. Rufianismo

Desde nuestra perspectiva, el rufianismo es la forma más grave de proxenetismo. Como dice Fontán Balestra, el rufián en estricto no promueve o facilita la prostitución, sino que disfruta del ejercicio de la misma cuando es realizada por otra persona (Cortés, D. Gamarra, M. 2012).

En el presente artículo 180 de nuestro Código Penal, hace referencia a cuando una persona se aprovecha de la ganancia obtenida por un tercero que ejerce la prostitución y ésta acepta voluntariamente, y somete a explotación sirviéndose de las ganancias obtenidas del trabajo sexual de ésta. La ley menciona que la sanción para el agente que incurre en este delito es una pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor a los 8 años.

Este artículo fue incorporado dentro del texto legal con la ley 30963 que “modifica al código penal para sancionar a los delitos de explotación sexual en sus distintas modalidades y delitos conexos” (Defensoría del Pueblo, 2020). El rufianismo es una de las expresiones más graves del proxenetismo dada la gravedad del hecho punible, de la misma manera la pena privativa de libertad de éste aumenta en una cuantía no menor de 6 ni mayor a 12 años cuando:

- El autor realice el hecho en el ámbito del turismo, a través de los eventos que alguna persona jurídica realice.
- El autor tiene hasta el cuarto grado de vínculo consanguíneo con la víctima o algún tipo de relación cercana a ella, como

puede ser: tener hijos en común, compartir la misma habitación familiar.

- El autor vive de las ganancias obtenidas de la víctima.
- El autor pertenece a alguna organización criminal. (El Peruano, 2019)

2.4.7.3. Proxenetismo

Nuestro Código penal en su artículo 181 menciona al “proxeneta” como un agente que sustrae o seduce a otro actuando como un tercero para entregar a otra persona con fines de actos de connotación sexual. Este agente no sólo es un mediador entre usuario-cliente, sino que también es quien promueve, dirige o gestiona la prostitución de la víctima.

El proxenetismo está estrechamente vinculado a la prostitución, dado a que el autor del delito no solo favorece y promueve la prostitución, sino que, “compromete y sustrae al sujeto pasivo (víctima) del ámbito familiar donde estuvo seguro para enviarlo a algún lugar inseguro donde la integridad de este esté en peligro comprometiéndolo con un cliente para tener acceso carnal” (Defensoría del Pueblo, 2020).

3. Ley 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar

El impacto que genera las distintas situaciones de violencia y desigualdad contra la mujer ha inquietado muchas legislaciones, sin excepción de la peruana. Por ello en virtud de tomar acciones inmediatas sobre hechos suscitados dentro de nuestro país, se promulgó y aprobó una de las leyes más importante y significantes que se encuentran en vigencia

en nuestra legislación, es decir, nos referimos a la ley N° 30364: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

El aspecto más importante de esta Ley es el contexto social en el cual se encontraba Perú para dar nacimiento a esta normatividad, pues, desde el año 2009 la violencia contra la mujer, expresada a través de manifestaciones, actitudes o ademanes y que consisten en perjuicios, difamación, clamor, ultraje, desprecios, mofas, sátiras, circunstancias de control de la libertad individual, deshonras, intimidaciones y otras encaminadas a desmejorar la autoestima, no ha variado ni disminuido en forma positiva, al contrario, en el año 2014, se efectuaron 11 097 denuncias de violencia familiar en personas menores a 17 años, de las cuales 57,05% fueron mujeres y 42,94% varones (Garmendia, 2016)

Pues bien, la presente ley cuenta con tres verbos rectores, en primer lugar, el verbo prevenir. En el término de prevención, la ley contempla un proceso especial (trámite de denuncia, medidas de protección, medidas cautelares, instituciones de apoyo, etc.) para que no se consuma el resultado de cualquier acto que constituya violencia como tal, de la misma manera, en el capítulo II de la acotada norma se define la violencia y cuáles son los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. En segundo lugar, al respecto del verbo sancionar la ley señala que se cuenta con la disposición de normas complementarias a fin de garantizar el bienestar de las víctimas de violencia, en ella se incluyen: Código Penal, Código Procesal Penal, Código Civil, Código Procesal Civil y la ley N° 27337: Código de los Niños y Adolescentes. Finalmente, aunque pueda considerarse una utopía, también contempla la decisión de erradicar por completo la violencia en nuestro país.

De igual modo, cuando esta ley entró en vigencia el Estado peruano ha previsto portales e instituciones para realizar las denuncias

correspondientes, como, por ejemplo, líneas gratuitas, sitios web, redes sociales, Defensoría del Pueblo, Policía Nacional del Perú, Fiscalías penales, Juzgados de familia, entre otros. Por otra parte, cabe resaltar el art. 1 de la ley en comento, ya que menciona su objetivo y si analizamos un poco más, no solo predispone de protección para las mujeres sino también para los integrantes del grupo familiar como los hijos u otra persona de grado consanguíneo que conforme el hogar (abuelos, primos, etc.).

Finalmente, a modo de destacar la trascendencia de la ley, se debe mencionar que más allá de los alcances de la ley, lo principal que concierne es que las víctimas de estas situaciones puedan desempeñarse con total plenitud de libertad y seguridad y que el sistema de justicia, instituciones y funcionarios brinden atención eficaz y predisposición para tratar los casos con justicia y solidaridad.

4. Conclusiones

El Estado utilizando diversos cuerpos legales, como el Código Civil y el Código Penal y la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar; ha tratado de implementar una política pública con la que pueda confrontarse la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, que si bien es cierto aun no logra los objetivos planteados, es necesario manifestar que se están logrando avances significativos.

Para lograr un conocimiento de contexto necesitamos establecer una relación entre las acciones de violencia desde su perspectiva histórica hasta la actualidad y a partir de esto, redefinir las acciones tanto legales como coadyuvantes para pretender la total erradicación del fenómeno de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

La ley 30364 contiene un importante avance con el objetivo de servir como garantía de los derechos fundamentales de la mujer, así como de los integrantes del núcleo familiar, los elementos en ella contenidos, generan la perspectiva de lograr la disminución de ocurrencias de violencia en el entorno familiar, esto fundamentalmente porque la referida norma tiene un fuerte componente preventivo.

Hasta la fecha el fenómeno de la violencia se ha enfocado bajo diversas perspectivas, lo que es muy meritorio, sin embargo, aún falta recorrer mucho trecho para lograr que las diversas estrategias generen el propósito anhelado.

Referências

- CASTILLO, I. **Delito de acoso**. 2021. Obtenido de <https://www.mundojuridico.info/delito-de-acoso/> (11 de Agosto de 2021)
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Voto femenino en el Perú**. 2017. Obtenido de <https://www.congreso.gob.pe/primerasmujeresparlamentarias/?K=6488> (11 de Agosto de 2021)
- CORREA, M. A. (2020). **El sistema jurídico introducción al Derecho**. Lima- Perú: Fondo Editorial PUCP.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. **Abordaje judicial de la trata de personas**. Mar. 2020. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/INFORME-TRATA-DE-PERSONAS.pdf> (11 de Agosto de 2021)
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. **Defensoría del Pueblo: se han incrementado las cifras de adolescentes y mujeres reportadas como desaparecidas en lo que va de 2021**. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-se-han-incrementado-las-cifras-de-adolescentes-y-mujeres-reportadas-como-desaparecidas-en-lo-que-va-de-2021/> (7 de julio de 2021).
- EL PERUANO. **Ley n° 28983, 16 de marzo de 2007**. Obtenido de <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28983.pdf> (11 de Agosto de 2021)
- EL PERUANO. **Normas Legales, 18 de Junio de 2019**. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-el-codigo-penal-respecto-a-las-sanciones-de-ley-n-30963-1780053-2> (11 de Agosto de 2021)
- GARMENDIA, F. **La violencia en el Perú 2015**. 2016. Obtenido de <http://www.scielo.org.pe/pdf/afm/v77n2/a10v77n2.pdf> (11 de Agosto de 2021)
- JUSTICIA PERÚ. **Ley N° 801**. Obtenido de <https://peru.justia.com/federales/leyes/801-nov-7-1908/gdoc/> (11 de Agosto de 2021)
- LP. Pasión por el derecho. **Constitución Política del Perú**. Obtenido de <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/> (11 de Agosto de 2021)
- SÁNCHEZ, J. R. **Código Penal Comentado**. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2021.

VALLEJO, J. A. **Código Civil**. Lima: editora y distribuidora ediciones legales e.i.r.l, 2021.

Artigo recebido em: 08/11/2021.

Aceito para publicação em: 22/03/2022.

Saúde e segurança do trabalho: Insalubridade por exposição a agentes biológicos durante a pandemia do Covid-19 no Brasil

Occupational health and safety: Insalubrity by exposure to biological agents during the Covid-19 pandemic in Brazil

Luan Amaral de Souza¹

Resumo: Este trabalho estudou a caracterização de atividades laborais em contato permanente com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, durante o contexto de pandemia do Covid-19 no Brasil, tendo em vista legislação aplicável. Analisou-se a incidência de litígios na Justiça do Trabalho, por descumprimento às legislações de higiene ocupacional. Por fim, caracterizou-se a exposição de trabalhadores a ambientes insalubres, durante a pandemia do coronavírus no Brasil. No período avaliado, verificou-se a publicação de diversos atos normativos de combate à pandemia no Brasil, de autoria do Estado, em todos os âmbitos. Verificou-se que as consequências da inobservância das normas de higiene ocupacional resultaram em altos índices de ações trabalhistas, assim é preciso adotar medidas preventivas de combate ao Covid-19 e evitar passivos trabalhista.

Palavras-chave: Covid-19; legislação trabalhista; saúde do trabalhador; higiene ocupacional.

Abstract: This work studied the characterization of work activities in permanent contact with infectious diseases patients, during Covid-19 pandemic context in Brazil, according applicable legislation. The litigation incidence in work justice was also analyzed, for non-compliance with occupational hygiene legislation. Finally, the analysis of the regulatory standards for occupational health and safety was carried out in order to characterize the unhealthy activities exposed to biological agents during the coronavirus pandemic in Brazil. It was found that the consequences of non-compliance with occupational hygiene standards result in high rates of labor lawsuits, therefore, it is necessary to adopt preventive measures to combat Covid-19 and avoid labor liabilities.

Keywords: Covid-19; labor legislation; worker health; occupational hygiene.

¹ Mestrado em Ciência, Inovação e Modelagem em Materiais pela Universidade Estadual de Santa Cruz/BA; Especialização em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Faculdade do Sul da Bahia/BA; Graduação em Engenharia de Produção pela Faculdade Pitágoras/BA. Atua como Perito em Engenharia de Segurança do Trabalho no TRT 5ª Região e na prefeitura municipal de Teixeira de Freitas, como analista de recursos humanos. E-mail: luan_amaral_souza@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-0250-5112.

1. Introdução

O Covid-19 é uma infecção respiratória, caracterizada pela gravidade clínica e alta transmissibilidade, com número elevado de casos, devido subnotificações e atrasos de notificação (Almeida, Pimentel, and Mercês 2020; Castro, Garcez, and Avelino-silva 2020; Russel et al. 2020). Iniciada na China, em dezembro de 2019, foi declarada pandemia pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020, quase noventa dias após o aparecimento dos primeiros casos (Ferguson et al. 2020; Wu and McGoogan 2020).

No Brasil, a Portaria nº 188/2020 publicada no Diário Oficial da União pelo Governo Federal declarou “Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”. A partir de então, verificou-se elevado número de atos normativos quanto à adoção de medidas para enfrentamento ao estado de calamidade pública declarado, em todos os âmbitos do Estado (municipal, estadual e federal) (Brasil 2020a; Leis Municipais 2020).

Em uma pandemia, é preciso evitar a saturação do sistema de saúde tanto público quanto privado, em especial das UTIs (Eduardo et al. 2020), pois o número elevado de casos pode colapsar as unidades de saúde. Nesse sentido, as instituições internacionais de saúde vêm orientando governos quanto à adoção de medidas de prevenção e combate à Covid-19, a fim de minimizar sua propagação (World Health Organization 2020a).

Dessa maneira, é preciso que governos, empresas e pessoas acumulem esforços quanto à adoção de medidas de prevenção à saúde e segurança dos trabalhadores, tendo em vista as Normas Regulamentadoras (NR's) de Higiene Ocupacional e demais legislações

trabalhistas e previdenciárias pertinentes, em observância às recomendações dos órgãos de saúde. Considerando a necessidade de normatização de medidas preventivas, bem como de regulamentação de procedimentos técnicos, científicos e de ordem geral, para combate à pandemia do Covid-19 no Brasil, realizou-se pesquisa quanto à promoção de políticas públicas tomadas pelo Estado nesse contexto, considerando-se dados preliminares do período avaliado.

Ainda, tendo em vista o crescente número de processos trabalhistas divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) (2020), relacionados ao Covid-19 no ambiente laboral, realizou-se estudo sobre as causas de litígios mais recorrentes no período avaliado, a fim de contribuir de forma indireta à conscientização de empregados e empregadores para ações preventivas, em observância às Normas Regulamentadoras de saúde e segurança do trabalho, a fim de evitar passivos trabalhistas e pluralidade de nexos causais (Cabral, Soler, and Wysocki 2018).

Os efeitos do Covid-19 podem ir além do caos já observado, tendo em vista fatores psicossociais (Schmidt et al. 2020; Silva, Aquino, and Pinto 2017; Souza and Bernardo 2019) e a exposição a riscos ambientais dos profissionais de saúde (Nazario, Camponogara, and Dias 2017; Vieira 2017) envolvidos no atendimento de pacientes vítimas da doença infectocontagiosa. Buscando contribuir com a promoção da saúde e segurança nos ambientes laborais, com observância às Normas Regulamentadoras, este artigo objetivou realizar análise técnica da caracterização do grau de insalubridade por exposição a agentes biológicos, a trabalhadores em contato permanente com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, durante o contexto de pandemia do Covid-19 no Brasil.

2. Metodologia

Tendo em vista que pesquisa é o procedimento racional e sistemático, cujo objetivo é proporcionar respostas e soluções a problemas levantados, por intermédio de métodos científicos diversos, este trabalho investigou, através de pesquisa bibliográfica, o grau de exposição de trabalhadores a riscos ocupacionais gerados por agentes biológicos, suscitados por contato permanente com pacientes, nos termos do Anexo 14 da NR15, durante a pandemia do Covid-19 no Brasil.

Verificou-se indicadores preliminares do Covid-19 no Brasil e seu impacto em litígios da Justiça do Trabalho no período avaliado. Foram buscados trabalhos científicos atualizados publicados em revistas indexadas, nacionais e internacionais, referentes ao Covid-19, e relacionados aos temas deste estudo. A partir de informações disponibilizadas pelo Ministério da Saúde, por meio de notificações das Secretarias Estaduais de Saúde, foi possível avaliar a ascensão do Covid-19 no Brasil, bem como os indicadores de mortalidade, desde a primeira notificação até 26 de maio de 2020.

Tendo em vista a publicação da Portaria nº 188/2020 no Diário Oficial da União, pelo Governo Federal, que declarou “Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”, foi feito panorama dos atos normativos do Estado quanto à determinação de medidas para enfrentamento ao estado de calamidade pública, onde considerou-se o período de 03 de fevereiro de 2020, primeiro ato, até 26 de maio de 2020.

A fim de avaliar o impacto do Covid-19 em litígios da Justiça do Trabalho, realizou-se pesquisas em dados públicos disponibilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) (Fonseca et al. 2018; TST 2020), a fim de verificar a quantidade de processos trabalhistas protocolados no período de 01 de janeiro a 30 de abril de 2020, período. Nesse contexto, os dados do TST são preliminares, onde foram consideradas as varas de

TRTs de: RJ, SP, MG, BA, Campinas, PR, AM e RR, SC, PB, GO, AL, RN, PI, MT e MS.

Mediante o processamento de dados dos sistemas DataLawyer, FintedLab e ConJur, distribuídos por Datalawyer®, analisou-se a quantidade de pedidos em ações da Justiça do Trabalho. Os dados levam em conta a incidência de cada pedido, assim, um mesmo processo pode contabilizar vários pedidos. Considerou-se o período de 01 de janeiro de 2020 até 26 de maio de 2020, onde buscou-se por ações relacionadas ao Covid-19 na Justiça do Trabalho.

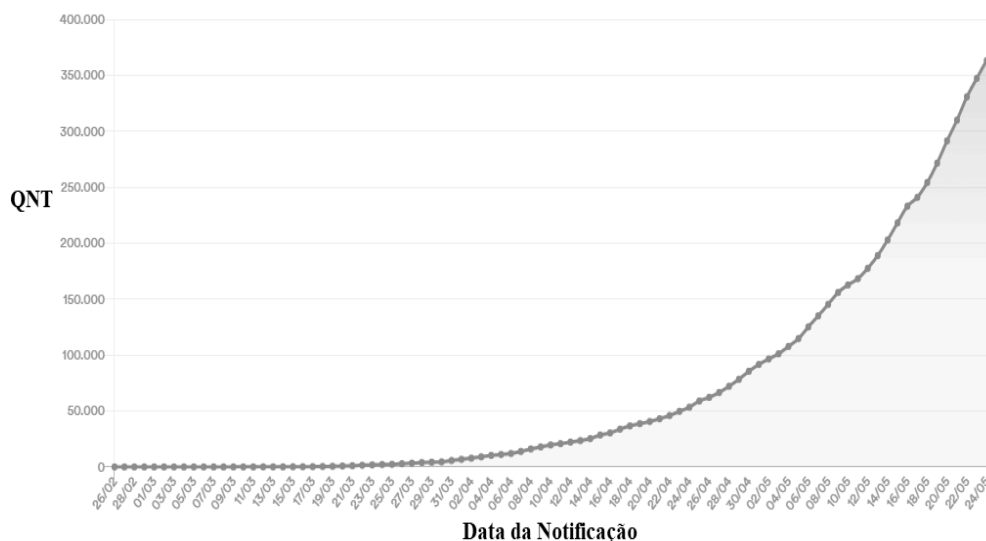
Tendo em vista o avanço da pandemia do Covid-19 no Brasil, faz-se necessária gestão da higiene ocupacional, de empregados e empregadores, a fim de prevenir acidentes, doenças ocupacionais e passivos trabalhistas na Justiça (Pinto 2017). Assim, considerando a exposição de trabalhadores a possíveis riscos biológicos no ambiente laboral, realizou-se análise técnica das normas regulamentadoras de saúde e segurança do trabalho, a fim de caracterizar a insalubridade de atividades em contato permanente com pacientes portadores de doença infectocontagiosa, durante a pandemia do coronavírus no Brasil.

3. Resultados e discussão

3.1 Contexto da pandemia do Covid-19 no Brasil

Com estimativa populacional de 210.147.125 de pessoas em 2019 (IBGE 2020), o Brasil já teve 391.222 casos notificados de Covid-19, com 6,3% de letalidade, até 26 de maio de 2020 (Ministério da Saúde 2020).

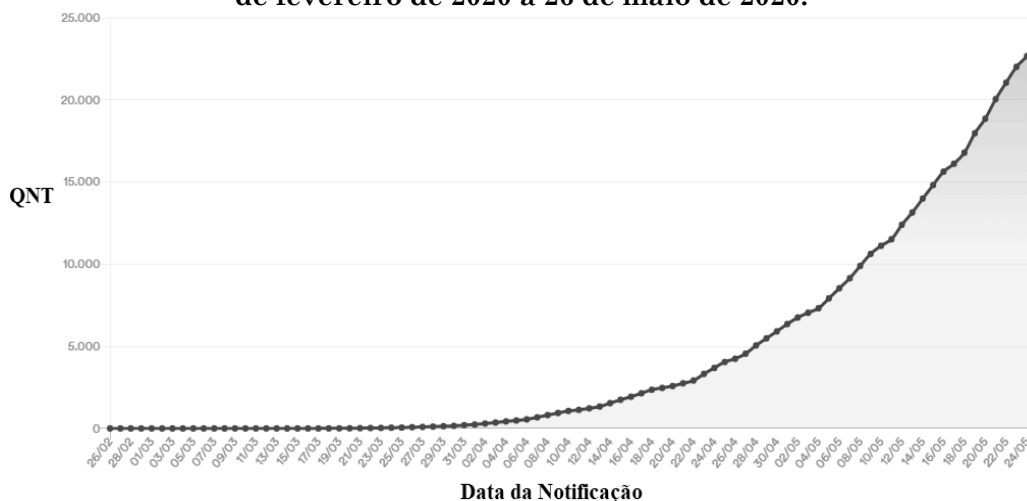
Figura 1: Notificações de casos do Covid-19 no Brasil (dados acumulados), período de 26 de fevereiro de 2020 a 26 de maio de 2020.



Fonte: (Ministério da Saúde 2020) (adaptado)

Em aproximadamente 90 dias, período de ascensão avaliado, de 26 de fevereiro a 26 de maio de 2020, o Covid-19 já ceifou a vida de 24.512 brasileiros – mais que todas as doenças virais juntas (raiva, dengue, febre amarela, sarampo, hepatite viral, HIV e outras hemorragias virais), notificadas no ano de 2018, que somaram 15.010 mortes no Brasil (Data SUS 2020).

Figura 2: Mortalidade do Covid-19 no Brasil (dados acumulados), período de 26 de fevereiro de 2020 a 26 de maio de 2020.



Fonte: (Ministério da Saúde 2020) (adaptado).

O vírus que causa o Covid-19 pode ser transmitido através de gotículas de pessoas infectadas geradas quando tosse, espirra ou exala (World Health Organization 2020a). Dessa maneira, faz-se necessária a

adoção de medidas preventivas, de higiene, a fim de evitar o contágio, a serem adotadas por todos, principalmente nos ambientes de trabalho e em locais aglomerados, já que existem notificações de casos graves e óbitos em todas as faixas etárias, com maior incidência a pessoas com mais de 60 anos e com doenças subjacentes (Duczmal et al. 2020).

3.1.1 Políticas públicas de higiene ocupacional para enfrentamento do Covid-19 no Brasil

A Organização Mundial de Saúde tem publicado diversos materiais (World Health Organization 2020a, 2020b, 2020c) de cunho geral, técnico e científico, com orientações de procedimentos para atendimento de pacientes suspeitos, utilização de equipamentos de proteção individual, entre outros materiais, disponíveis em sua página na internet². No Brasil, o Governo Federal, por meio do Serviço de Orientação à Sociedade, da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho (ENIT 2020), vinculado à Secretaria do Trabalho, vem disponibilizando materiais de orientações específicas, acerca de medidas de proteção e prevenção ao Covid-19³.

Em 22 de março de 2020 foi publicada a Medida Provisória 927 (Brasil 2020a), pela Presidência da República, sobre medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública, a fim de minimizar os danos a setores da economia. No entanto, dois pontos da MP sofreram Ação Direta de Inconstitucionalidade: Art. 29 – descaracteriza a contaminação pelo Covid-19 como ocupacional, exceto com comprovação do nexos causal; Art. 31 – restringe atuação de Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia a ações de orientação, durante o período de 180 dias.

² Cf. <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

³ Cf. <enit.trabalho.gov.br/portal/index.php/covid-19-coronavirus>. Acesso em: 22 mar. 2022.

O veto ao Art. 29 da MP 927 foi fundamental do ponto de vista do trabalhador, tendo em vista que dificultaria o acesso a benefícios previdenciários, já que caberia ao trabalhador comprovar o nexos causal, ou seja, que eventualmente teria sido infectado no ambiente de trabalho. Com o veto, empregadores proverão maiores esforços no combate ao Covid-19, uma vez que o contágio de empregados pode configurar acidente de trabalho. Na mesma convicção, o veto ao Art. 31 faz com que os empregadores não relaxem nas medidas de prevenção, já que os auditores fiscais do trabalho poderão atuar durante a pandemia quanto ao descumprimento de normas de saúde, segurança e higiene ocupacional.

Por outro lado, segundo dados (Leis Municipais 2020), Distrito Federal, bem como municípios e estados brasileiros já publicaram 9.475 atos legais, até 26 de maio de 2020, dentre leis, decretos e outras normas, para enfrentamento do Covid-19 no ano de 2020. Isso demonstra, em números, a necessidade de regulamentação de políticas públicas para enfrentamento do estado de calamidade pública.

3.1.2 Litígios na Justiça do Trabalho relacionados ao Covid-19 no Brasil: descumprimento de normas de higiene ocupacional

Na Justiça do Trabalho, a Indústria (20,5%), os Serviços Diversos (12,4%) e Administração Pública (9,7%) lideraram o ranking de atividades econômicas com maiores quantitativos de litígios em 2018 (Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho 2018). No mesmo ano, conforme relatório, a cada 100.000 habitantes, 1.391 pessoas ingressaram com alguma ação ou recurso na Justiça do Trabalho.

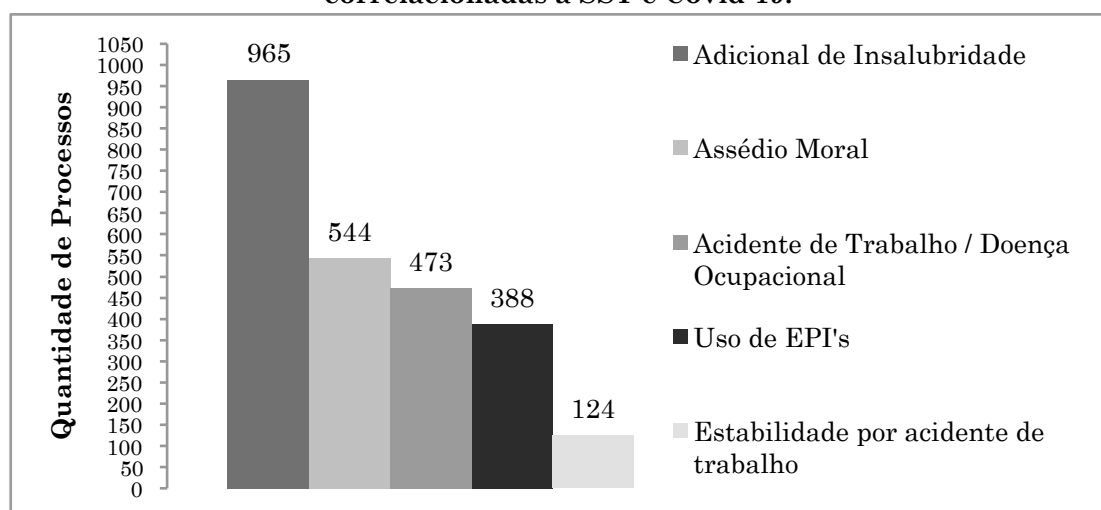
Em 2020, sintomas de depressão, ansiedade e estresse diante da pandemia têm sido identificados na população geral e, em particular, nos profissionais da saúde, que estão expostos a riscos ocupacionais, devido

ao contato direto com os pacientes com doenças infectocontagiosas (Nazario et al. 2017; Zandifar and Badrfam 2020). As consequências dessa exposição tornar-se-ão evidentes com o tempo, tendo em vista a possibilidade de contaminação no ambiente de trabalho, incorrendo em altos índices de acidentes de trabalho, afastamentos junto à previdência e pedidos de pagamento de adicional de insalubridade e, ainda, indenizações na Justiça do Trabalho.

Dados oficiais do Tribunal Superior do Trabalho (TST 2020) mostram que de 01 de janeiro a 30 de abril de 2020 houve 1.739 ações em primeira e segunda instâncias da Justiça do Trabalho, que tratam exclusivamente de pedidos referente à Covid-19.

Um balanço do Covid-19 na Justiça do Trabalho, disponibilizado por Datalawyer® (DataLawyer, FintedLab, and ConJur 2020), aponta que, no período de 01 de janeiro a 26 de maio de 2020, foram protocolados cerca de 4.549 ações na Justiça do Trabalho, tendo um total de 22.551 pedidos, com média de 5 pedidos por processo. Esses litígios registrados representam R\$1,14bi no valor total das causas juntas, que têm média de R\$50.739 por pedido.

Figura 3: Principais petições constantes em processos da Justiça do Trabalho, correlacionadas à SST e Covid-19.



Fonte: (DataLawyer et al. 2020) (adaptado)

Das 4.549 ações trabalhistas protocoladas no período avaliado (DataLawyer et al. 2020), existem 2.494 (55%) de petições correlacionadas à saúde e segurança do trabalho e ao Covid-19, destacando-se pedidos de adicional de insalubridade, presente em 965 processos da Justiça do Trabalho, que representa 21,2% dos processos.

Nessa vertente, e com base na realidade dos fatos apresentados, é preciso que os empregadores estejam atentos e comprometidos para o cumprimento das normas regulamentadoras de saúde, segurança e higiene ocupacional, e demais legislações aplicáveis, a fim de agir preventivamente através de medidas de reconhecimento dos riscos ambientais, onde empregados possam estar expostos, a fim de evitar tragédias (Cabral et al. 2018; Lacaz et al. 2017). Por fim, é preciso implementar as ações que se fizerem necessárias para evitar acidentes, doenças ocupacionais, assédio, e conseqüentemente futuros litígios.

3.2 Caracterização de atividades em contato permanente com agentes biológicos durante a Covid-19 no Brasil

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (Brasil 1943) prevê que o Ministério do Trabalho – atualmente com *status* de Secretaria, vinculada ao Ministério da Economia –, “aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes”.

Aprovada pela Portaria SSMT n.º 12, de 12 de novembro de 1979, o anexo 14 da NR 15 (SSMT 1979) dispõe sobre a relação de atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa. A norma regulamenta as atividades que fazem parte do grupo de insalubridade de grau máximo, trecho transcrito.

Trabalho ou operações, em contato permanente com: (a) pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados; (b) carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose); (c) esgotos (galerias e tanques); e (d) lixo urbano (coleta e industrialização).

Como se verifica no Anexo 14 da NR 15, trabalho ou operações em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas caracterizam a atividade como insalubre em grau máximo.

Atualmente, profissionais de saúde que trabalham com atendimento a pacientes em ambientes hospitalares, ambulatórios, postos de saúde, laboratórios, clínicas e ambientes afins, se enquadram na caracterização de ambiente insalubre de grau médio (SSMT 1979).

Até 26 de maio de 2020, dois Projetos de Lei, 1.802/2020 (Brasil 2020b) e 744/2020 (Brasil 2020c), propõem alteração no percentual dos adicionais de insalubridade pagos a profissionais de saúde vinculados a instituições que trabalham no atendimento a pacientes infectados pelo COVID-19.

Conforme legislação vigente e aplicável em matéria de atividades e operações insalubres (NR 15 1978), NR15, cabe ao engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar, mediante laudo técnico, adicional de insalubridade a empregados expostos a riscos ambientais, quando impraticável sua eliminação ou neutralização.

Em contrapartida, a NR 15 (NR 15 1978) prevê que “a eliminação ou neutralização da insalubridade determinará a cessação do pagamento do adicional respectivo”, podendo ser através de adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância ou ainda com a utilização de equipamento de proteção individual (EPI). Porém, até 26 de maio de 2020 não há EPI, devidamente testado e

aprovado nos termos da lei (NR 6 1978), mediante Certificado de Aprovação (CA), capaz de eliminar ou neutralizar o Covid-19.

Tendo em vista que a caracterização da condição insalubre se dá mediante avaliação no ambiente de trabalho, sob responsabilidade do profissional de saúde e segurança, e que a mudança das condições de exposição aos riscos mudaram, faz-se necessária nova avaliação dos ambientes e dos níveis de exposição, a fim de atualizar as documentações e programas, como Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT) (Brasil 1991, 2015), Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) (NR 9 1978) e Plano de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO) (NR 7 1978). É fundamental a observância às legislações de saúde e segurança do trabalho discutidas, pois o descumprimento dessas normas pode gerar litígios, oriundos de empregados, entidades de classe ou órgãos fiscalizadores.

4. Conclusão

Verificou-se, durante período avaliado, acentuado número de novas ações na Justiça do Trabalho associadas ao Covid-19, relacionadas a pedidos de adicional de insalubridade, estabilidade e indenizações por acidentes e doenças ocupacionais, entre outras motivações. Assim, Estado, empregados e empregadores devem observar e cumprir as disposições das Normas Regulamentadoras e demais legislações de saúde e segurança, a fim de evitar passivos trabalhistas.

Tendo em vista as disposições do Anexo 14 da NR 15 e o panorama nacional de trabalhadores em contato permanente com pacientes portadores de doença infectocontagiosa, Covid-19, caracterizaram-se as atividades dos profissionais de saúde como insalubres em grau máximo, por exposição a agentes biológicos.

Profissionais de outras áreas podem fazer jus ao adicional de insalubridade, nesse contexto, cabendo ao profissional de saúde e segurança do trabalho de cada empregador a emissão de laudo técnico das condições ambientais para esse período, a fim de avaliar o risco ocupacional, nos termos da lei.

Referências

- SILVA, Dandara Almeida Reis da; Pimentel Rodrigo Fernandes Weyll; MERCES, Magno Conceição das. 2020. Covid-19 and the Pandemic of Fear: Reflections on Mental Health. **Revista de Saúde Pública**, v. 54, n. 46, 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2020054002486>.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 maio 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 24 maio 2020.
- BRASIL. Instituto Nacional Do Seguro Social. **IN 77 INSS**. 2015. Disponível em: <http://www.in.gov.br/>. Acesso em: 24 maio 2020.
- BRASIL. **Legislação COVID-19**. 2020a. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19>. Acesso em: 26 maio 2020.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 1802/2020**. 2020b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141520>. Acesso em: 25 maio 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 744/2020**. 2020c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2239623>. Acesso em: 26 maio 2020.
- CABRAL, Lenz Alberto Alves; SOLER, Zaida Aurora Sperli Gerales; WYSOCKI, Anneliese Domingues. Pluralidade Do Nexo Causal Em Acidente de Trabalho/Doença Ocupacional: Estudo de Base Legal No Brasil. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 43, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000021516>.
- CASTRO, Roberta E. Vieira de; GARCEZ, Flavia B.; AVELINO-SILVA, Thiago J. Patient Care during the COVID-19 Pandemic: Do Not Leave Delirium Behind. **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 43, n. 2, mar./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1516-4446-2020-1048>.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório Analítico de Produtividade do TST em 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: www.tst.jus.br/estatistica. Acesso em: 22 maio 2020.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Data SUS. **Estatísticas Vitais**. 2020. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br/informacoes-de-saude-tabnet/>. Acesso em: 26 maio 2020.
- DATALAWYER, FintedLab, and ConJur. **COVID-19 na Justiça do Trabalho**. 2020. Disponível em: <https://www.datalawyer.com.br/dados-covid-19-justica-trabalhista>. Acesso em: 27 maio 2020.
- DUCZMAL, Luiz Henrique *et al.* Vertical Social Distancing Policy Is Ineffective to Contain the COVID-19 Pandemic. **Cadernos de Saude Publica**, v. 36, n. 5, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00084420>.

REIS, Paulo Eduardo Ocke; LIMA, Marcos Cesar Braga. Podemos atuar preventivamente para evitar que os pacientes portadores de Covid-19 evoluam de forma mais grave? **Jornal Vascular Brasileiro**, v. 19, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1677-5449.200057>.

ENIT. Secretaria Do Trabalho, Governo Federal Do Brasil. **Covid-19: Orientações Específicas**. 2020. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/porta/>. Acesso em: 26 maio 2020.

FERGUSON, Neil M. *et al.* Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand. Imperial College Covid-19 Response Team, 03 mar. 2020. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>. Acesso em: 26 maio 2020.

FONSECA, Fernanda Freire *et al.* Implicações de Novas Tecnologias Na Atividade e Qualificação Dos Servidores: Processo Judicial Eletrônico e a Justiça Do Trabalho. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 43, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000022616>.

IBGE. **Informações Sociais**. 2020. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 26 maio 2020.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro; PORTO, Marcelo Firpo de Sousa; PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. Tragédias Brasileiras Contemporâneas: O Caso Do Rompimento Da Barragem de Rejeitos de Fundão/Samarco. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 42, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000016016>.

LEIS MUNICIPAIS. **Leis Municipais**. 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel Coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

NAZARIO, Elisa Gomes; CAMPONOGARA, Silviamar; DIAS, Gisele Loise. Riscos Ocupacionais e Adesão a Precauções-Padrão No Trabalho de Enfermagem Em Terapia Intensiva: Percepções de Trabalhadores. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, V. 42, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000009216>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. NR 15. 1978. **Atividades e Operações Insalubres**. 1978. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/porta/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 26 maio 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. NR 6. **Equipamentos de Proteção Individual**. 1978. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/porta/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 25 maio 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. NR 7. **Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional**. 1978. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/porta/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 25 maio 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. NR 9. **Programa de Prevenção de Riscos Ambientais**. 1978. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/porta/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 25 maio 2020.

PINTO, Jeronymo Marcondes. Tendência Na Incidência de Acidentes e Doenças de Trabalho No Brasil: Aplicação Do Filtro Hodrick-Prescott. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 42, n. 10, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000003016>.

RUSSEL, Timothy W. *et al.* Using a Delay-Adjusted Case Fatality Ratio to Estimate under-Reporting. **BMC Medicine**, v. 8, p. 1–6, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1186/s12916-020-01790-9>.

SCHMIDT, Beatriz *et al.* Impactos Na Saúde Mental e Intervenções Psicológicas Diante Da Pandemia Do Novo Coronavírus (COVID-19). **Revista Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 37, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-0275202037e200063>.

SILVA, Iracema V.; AQUINO, Estela M. L. de; PINTO, Isabela C. M. Características Psicométricas do *Negative Acts Questionnaire* para detecção do assédio moral no trabalho: estudo avaliativo do instrumento com uma amostra de servidores estaduais da saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 42, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000128715>

SOUZA, Heloisa Aparecida; BERNARDO, Marcia Hespanhol. Prevenção de adoecimento mental relacionado ao trabalho: a práxis de profissionais do Sistema Único de Saúde comprometidos com a saúde do trabalhador. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 44, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000001918>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. SSMT. 1979. **Portaria 12, Anexo 14 Da NR 15**. Norma Regulamentadora 15. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO14.pdf>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/>. Acesso em: 26 maio 2020.

VIEIRA, Gisele Lacerda Chave. Agressão física contra técnicos de enfermagem em hospitais psiquiátricos. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 42, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000004216>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus Disease (COVID-19)**. 01-08 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>. Acesso em: 26 maio 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Rational Use of Personal Protective Equipment for Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) and Considerations during Severe Shortages**. 23 abr. 2020b. 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](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: 26 maio 2020.

World Health Organization. **Rights, Roles and Responsibilities of Health Workers, Including Key Considerations for Occupational Safety and Health: Interim Guidance-2**. 18 mar. 2020c. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-HCW_advice-2021-1. Acesso em: 26 maio 2020.

WU, Zunyou; MCGOOGAN, Jennifer M. Characteristics of and Important Lessons from the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China: Summary of a Report of 72314 Cases from the Chinese Center for Disease Control and Prevention. **Journal of the American Medical Association**, v. 323, n. 13, p. 1239–1242, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.2648>.

ZANDIFAR, Atefeh; BADRFAM, Rahim Iranian Mental Health during the COVID-19 Epidemic. **Asian Journal of Psychiatry**, v. 51, jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ajp.2020.101990>.

Artigo recebido em: 07/06/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O Contrato de Trabalho Intermitente em Portugal e sua adoção no Ordenamento Brasileiro

The Intermittent Working Contract in Portugal and its adoption in the Brazilian Ordination

*Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis*¹

*Tamires Gomes da Silva Castiglioni*²

Resumo: O contrato de trabalho intermitente criado no Brasil pela Lei nº 13.467/2017, modificou a CLT e atualmente é palco de debate no STF sobre sua inconstitucionalidade. As mudanças trazidas pela nova modalidade trabalhista geraram uma série de incertezas e dúvidas sobre o futuro do Direito do Trabalho e sua aplicação. O contrato de trabalho intermitente foi inspirado no direito estrangeiro e sua figura é encontrada em vários países, contudo, o presente trabalho focará em compreender o trabalho intermitente de Portugal e comparar se o Brasil adotou normas similares ou contrárias aquele país. De tal modo, é feito o exame da legislação brasileira e, comparativamente, apontamentos da lei portuguesa. Sabe-se, que o trabalho intermitente gera contratos de trabalho precários, que não oferece nenhuma garantia de renda suficiente para a sobrevivência do trabalhador, sendo um dos pontos mais discutidos nessa modalidade contratual. Este estudo terá como base metodológica a pesquisa exploratória, a partir dos métodos descritivo, dedutivo e comparativo.

Palavras-chave: Trabalho Intermitente. Reforma Trabalhista. Mudanças na CLT. Flexibilização de direitos.

Abstract: The intermittent employment contract created in Brazil by Law No. 13,467 / 2017, modified the CLT and is currently the subject of debate in the STF about its unconstitutionality. The changes brought about by the new labor modality generated a series of uncertainties and doubts about the future of labor law and its application. The intermittent work contract was inspired by foreign law and its figure is found in several countries; however, the present work will focus on understanding the intermittent work of Portugal and comparing whether Brazil has adopted similar or contrary rules to that country. In this way, it is made the examination of the Brazilian legislation and, comparatively, notes of the Portuguese law. It is known that intermittent work generates precarious employment contracts, which offer no guarantee of sufficient income for worker survival, being one of the most discussed points in this

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUCSP (1999), mestre em Educação Superior pela PUC-Campinas (1994), onde também se graduou em Direito (1982). Professora da Universidade Metodista de Piracicaba.

² Mestra em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP/SP. Bacharel em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho/SP. Graduada em Direito pelo Centro universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho/SP.

contractual modality. This study will be based on exploratory research based on descriptive, deductive and comparative methods.

Key words: Intermittent Work. Labor Reform. Changes in CLT. Flexibilization of rights. Economic Activity Risk.

1. Introdução

A “Reforma Trabalhista” conhecida como Lei nº 13.467/2017, trouxe novos contornos ao Direito do Trabalho e, conseqüentemente, posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários às normas instituídas. O presente artigo aborda a temática do trabalho intermitente sob a ótica do direito estrangeiro, no caso, Portugal, que muito tem a ensinar ao âmbito trabalhista nacional.

Para entender essa nova modalidade trabalhista, a análise será em torno do posicionamento do legislador pela flexibilização das relações trabalhistas. Expondo a temática dentro do contexto da mudança do caráter maior dos diplomas laborais brasileiros: a proteção do trabalhador, e conseqüentemente a visão trazida por Portugal.

Os questionamentos acerca dessa nova modalidade surgem a partir da segurança jurídica e dos direitos anteriormente assegurados ao trabalhador brasileiro, levantando as seguintes indagações: Pode o trabalho intermitente ser fator de precarização dos direitos trabalhistas? A modalidade de contratação está em conflito com o espírito da lei trabalhista e com o ordenamento jurídico pátrio? Existe uma maneira de implementá-lo de forma equilibrada e concreta seguindo o exemplo estrangeiro?

Para responder as indagações será discutido o impacto da adoção do trabalho intermitente pelo ordenamento jurídico trabalhista pátrio, com a finalidade de compreender os novos retratos conferidos às relações de trabalho e propor adequações, a partir da compreensão do conceito e aplicação do trabalho intermitente à luz do Direito Estrangeiro e à luz da

Constituição Federal e dos entendimentos da Organização Internacional do Trabalho.

O Código de Trabalho português foi redigido de forma minuciosa e detalhada. O legislador português refletiu sobre cada ponto adotado, e como veremos, ele foi criado com o objetivo de reduzir o desemprego e incentivar o desenvolvimento econômico do país.

Atualmente, o Contrato de Trabalho Intermitente está em pauta no Supremo Tribunal Federal, com serias alegações de inconstitucionalidade. Desse modo, entender o modelo contratual intermitente de Portugal, possibilitará enxergar novos rumos ao modelo adotado pelo Brasil e até possíveis modificações.

2. O contrato de trabalho intermitente no Brasil

2.1 Conceito e características

Segundo Houaiss (2009, p.1434), intermitente “é situação em que ocorrem interrupções que cessa e recomeça por intervalos; intervalo, descontínuo”. Norbim (2017, p.41) conceitua o trabalho intermitente como sendo “aquele em que o empregado fica à disposição do empregador e realiza os serviços contratados sempre que for necessário”. Já Cassar (2017) explica que o trabalho intermitente se caracteriza pelo formato de serviços descontínuos, transitórios, com alternância de períodos de trabalho e de inatividade.

Pelo incrível que pareça, o trabalho intermitente não é novidade no Brasil, sua figura já era utilizada de forma ilegal, principalmente no setor alimentício, por meio das grandes redes de *fast food*, conhecida como “jornada de trabalho móvel, flexível e variável” ou “móvel, variável”, sendo condenada pelo TST, como evidencia o julgado a seguir:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidez de

cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - 8ª T - RR 9891900-16.2005.5.09.0004 - Relatora Ministra DORA MARIA DA COSTA - DEJT 25.02.2011).

A jornada “móvel, flexível e variável” ou intermitente, como conhecemos hoje, foi um assunto controverso por muitos anos, tanto nos tribunais como na doutrina trabalhista, por não assegurar os direitos mínimos dos trabalhadores. (NASCIMENTO, 2009).

Para França (2017, p.31) a grande justificativa para a implantação do contrato de trabalho intermitente no Brasil, é o crescimento da economia por meio da redução de custos de produção e aumento da oferta de emprego, como também sua existência e sucesso em outros países. A intenção do legislador, ao criar essa modalidade, foi a de regular o trabalho informal, reconhecendo o vínculo empregatício e regulamentando o pagamento das verbas trabalhistas a que o trabalhador tivesse direito. (NACIF; SOUZA, 2018, p.258-259).

No entendimento de Franco Filho (2017, p.7), esse tipo de contrato deve ser sempre celebrado por escrito e registrado na CTPS do empregado, independentemente de previsão em acordo coletivo do trabalho ou convenção coletiva de trabalho. Deverá, ainda, conter identificação,

assinatura e domicílio ou sede das partes, estabelecendo-se a residência do trabalhador e a sede do estabelecimento em que desenvolverá o trabalho, como também, registrado o valor da hora ou do dia de trabalho, observando os limites do salário mínimo vigente, sendo garantido o adicional noturno, que deve corresponder a um valor superior a hora diurna e será igual aqueles dos empregados contratados normalmente que exerçam a mesma função, afastando a possibilidade, em tese, de ser negociado adicional noturno inferior ao estabelecido em lei.

Nogueira (2017, p.133) explica que o contrato de trabalho intermitente pode ser utilizado independentemente do tipo de atividade a ser desempenhada pelo trabalhador, excluindo apenas os aeronautas, que são regidos por legislação específica.

2.2 A convocação para o trabalho intermitente

Para Pretti (2018, p.12) a convocação é o ponto mais polêmico do contrato de trabalho intermitente, pois o trabalhador pode ficar sem ser convocado por meses, sendo um absurdo em face aos direitos trabalhistas. Assim, para a execução do trabalho intermitente, basta que o empregador convoque o empregado intermitente, por qualquer meio eficaz, informando-lhe a jornada, que não pode ser superior à legal, sempre com antecedência de 3 dias corridos.

A lei não deixa explícito o meio eficaz para essa convocação, sendo recomendável que seja através de algum instrumento físico ou virtual que se possa provar o chamado (FRANCO FILHO, 2017, p.9). Alencar (2017) entende, por “meio de comunicação eficaz”, a comunicação mais utilizada pelo trabalhador, podendo ser o Facebook, Messenger, WhatsApp e demais meios virtuais utilizados na atualidade.

Recebido o aviso para comparecer ao trabalho, o empregado terá o prazo de 1 dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no

silêncio, que se recusou a atender à convocação. Essa recusa tácita ou mesmo a recusa expressa do contrato de trabalho intermitente não descaracteriza a subordinação inerente ao vínculo empregatício, que é garantido pelo §§ 2º e 3º do artigo 452-A da CLT (NACIF; SOUZA, 2018, p.259). O § 4º do art.452-A da CLT relata que se o trabalhador aceitar a oferta para comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra, no prazo de trinta dias, multa equivalente a 50% da remuneração que lhe seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

3. A inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950

No dia 23 de maio de 2018, foi recebida pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), questionando a criação do contrato de trabalho intermitente e, principalmente, as alterações do art. 443, caput e parágrafo 3º, art. 452-A, art. 477-A e arts. 59 e 59-B da CLT. (MARTINEZ, 2018).

A ADI defende que o legislador feriu a CF/88 ao editar a referida modalidade intermitente, ofendendo os art. 1 caput e incisos III e IV, art.5 caput e incisos e III e XXIII, art. 6 caput; art. 7 caput e incisos IV, V, VII, VIII, XVI e XVII; art.170 caput e inciso III, todos da CF/88, e afronta o Princípio da Dignidade Humana, uma vez que equipara o trabalhador a um mero “objeto”, que fica à disposição da atividade econômica, para ser “utilizado” quando e onde o empregador bem entender. (MARTINEZ, 2018).

Souto Maior (2017, p.213) complementa que o trabalho intermitente cria um estágio tal de submissão que legitima toda forma de exploração do trabalho, desprovido de tutela, afrontando cabalmente a condição

humana dos trabalhadores. Marx (2017, p.392) entende que o capital é trabalho morto, que como um “vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quando mais trabalho vivo suga”. O tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalismo consome a força de trabalho que comprou o trabalhador.

O trabalho intermitente, para Teixeira e Gonçalves (2017, p.37), tornou-se uma grande “feira livre”, onde o trabalhador se submete a um ritmo de alta rotatividade e precarização. Nesse viés, o trabalhador serve unicamente para desempenhar uma determinada função, que é a de garantir a produção de lucro para o empregador.

Silva (2017, p.73) vê o contrato de trabalho intermitente como um cadastro de empregados, que têm seus dados armazenados para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado. “Tal ideia inicial mostra a face precarizante do contrato que, de fato, não garante nem trabalho nem salário”.

A ADI nº 5950 ainda aduz, que o contrato intermitente retira do trabalhador a noção de percepção das horas laborais e dilui o pagamento do 13º salário, limitando-o aos dias trabalhados, fragmentando o pagamento das férias, com a conseqüente impossibilidade de seu gozo e, ainda, a noção de ausência e término contratual. Além disso, favorece a atividade empresarial, alocando o risco da atividade econômica nas costas do trabalhador, que é parte hipossuficiente, conforme dispõe o art. 7, caput da CF/88. (NACIF; SOUZA, 2018, p.259).

Para Martinez (2018) a modalidade intermitente não garante subsistência ao trabalhador, pois este receberá menos que um salário mínimo mensal, resguardado pela Magna Carta. Enfim, o contrato intermitente é atípico, uma exceção ao contrato formal, uma vez que reduz

direitos sociais e viola direitos fundamentais, com grande risco à saúde dos trabalhadores e ainda está em pauta no STF para ser analisado.

No tocante à remuneração do contrato de trabalho intermitente, os arts. 443 e 452-A da Lei nº 13.467/2017 são inconstitucionais, pois não asseguram a subsistência do trabalhador e de sua família com o pagamento do mínimo mensal, ofendendo gravemente o art. 7º, incisos IV e VII da CF/88. A perversa precarização do contrato de trabalho intermitente impede que o trabalhador planeje seu futuro, laborando em circunstâncias incertas, sem saber quando irá trabalhar e quanto receberá no final da prestação de serviço, levando-o ao esgotamento emocional por não ter qualquer garantia de trabalho ou remuneração. (MENEZES; ALMEIDA, 2018, p.473).

4. O contrato intermitente em Portugal

De acordo com Rebelo (2006), o trabalho intermitente foi implantado em Portugal³ com o objetivo de reduzir o número de desempregados no país e incentivar o desenvolvimento econômico das empresas:

O tema da flexibilização da lei laboral tem vindo a ocupar algum espaço na reflexão socioeconômica e jurídica da sociedade portuguesa. No sentido de reagir à crise econômica dos anos 1970, às décadas de 1980 e 1990 pautaram-se pela adoção progressiva de medidas de flexibilidade laboral, encaradas como um dos mais importantes, senão o mais importante, motores de desenvolvimento produtivo das empresas, que na sua ligação às políticas de gestão dos recursos humanos, quer às políticas de produção. (REBELO, 2006, p.2).

Segundo Franco Filho (2017, p.8), o contrato de trabalho intermitente português é regulamentado pelos artigos 157 a 160 do Código de Trabalho, Lei nº 7 de 12 de fevereiro de 2009, *in verbis*:

³ Muitos países da Europa têm adotado medidas para tentar solucionar a grande onda de desemprego e impulsionar a economia, como Reino Unido, Espanha, França e Portugal, que adotaram as medidas de flexibilização das leis trabalhistas para tentarem se adequar à situação de crise. (MARQUES; IZAGA, *et. al.*, 2018, p.11-12).

Artigo 157.º - Admissibilidade de trabalho intermitente: 1 - Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade. 2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.

Artigo 158.º - Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente

1 - O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo. 2 - Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inatividade. 3 - O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite.

Artigo 159.º- Período de prestação de trabalho: 1 - As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado⁴, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele. 2 - A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos. 3 - A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias. 4 - Constitui contra ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Artigo 160.º- Direitos do trabalhador: 1 - Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição. 2 - Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior. 3 - Durante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra atividade. 4 - Durante o período de inatividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho. 5 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n. os 1 ou 2. (PORTUGAL, 2009, tradução livre).

⁴ A palavra “intermitente” é também conhecida no código Português como “interpolado”, como apresentado pelo art. 159º do Código do Trabalho. (BRITO, 2009, p.419).

A definição do contrato de trabalho intermitente, para Amado (2016, p.107-116), se refere a uma modalidade variável ou descontínua de emprego, pactuada entre empregador e trabalhador, caracterizando o trabalho pela prestação de serviços intercalada por um ou mais períodos de inatividade, nos termos do art. 157º, nº 1 do Código do Trabalho Português.

4.1 Trabalho alternado e contrato à chamada

Na legislação portuguesa, como explica Carneiro (2017), existem duas espécies possíveis de contratação intermitente, previsto no Código do Trabalho Português de 2009:

Se, para além do quantum, também é previamente definido o quando da prestação de trabalho, estamos perante a submodalidade de trabalho alternado, em que as partes estabelecem o início e o termo de cada período de trabalho (cfr. art. 159º, n. 1, 1ª parte). O ritmo de intermitência é previsível e está programado no contrato. Se o quando da prestação não é antecipadamente determinado e o trabalhador se obriga a responder às solicitações do empregador (art. 159º, n. 1, in fine), o ritmo da intermitência é imprevisível ou irregular, pois a prestação do trabalhador depende do chamamento do empregador. Trata-se da submodalidade de trabalho à chamada. (PORTUGAL, 2019).

O Código de Trabalho português foi redigido de forma minuciosa e detalhada. No art. 159º, nº 1, ainda que de forma implícita, o texto diferencia duas submodalidades de contrato de trabalho intermitente, quais sejam, trabalho alternado e contrato à chamada (*job on call*), ambos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. (PACHECO, *et al*, 2017, p.213).

No trabalho intermitente alternado, de acordo com Alves (2018, p.84), há maior previsibilidade, uma vez que a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa. Já no trabalho intermitente à chamada há maior imprevisibilidade, havendo chamado ao

trabalho de acordo com a necessidade do empregador, neste último caso, é o modelo adotado pelo ornamento jurado brasileiro.

4.2 Características do contrato intermitente português

A principal característica do trabalho intermitente português é que os trabalhadores prestam serviços durante uma parte do ano, mantendo o vínculo laboral durante o resto do tempo. Os contratos poderão impor a duração da prestação de trabalho de modo intercalado ou consecutivos, sendo apenas exigida a obrigação de garantir seis meses de trabalho a tempo completo por ano ou consecutivos. (RAMALHO, 2010, p.283). Martinez (2013), nesse contexto, complementa:

Sempre que a atividade na empresa tenha desconformidades temporárias ou variação de intensidade, pode acorda-se que a prestação de trabalho seja intercalada por períodos de inatividade. No fundo, em vez do paradigma do trabalho de cinco dias por semana e oito horas por dia com intervalo de descanso, pode ajustar-se que os períodos de atividade são interrompidos por períodos de inatividade. Os períodos de inatividade podem ser prolongados, de dias, semana, etc., muito comum em atividades sazonais, ou curtos de horas, caso em que a prestação de trabalho é interpolada em cada dia. (MARTINEZ, 2013, p.520).

De acordo com o art. 158 do Código de Trabalho, o contrato intermitente deve ser celebrado por escrito, indicando a jornada anual de trabalho ou o número de dias de trabalho durante o ano e, de tal modo, se o contrato não for escrito ou não consignar esses registros, será tido como contrato sem inatividade, o mesmo sucedendo quando a jornada registrada for superior a um contrato por tempo completo. Assim, Pacheco *et. al.* (2017, p.213) contribui que a não observância da formalidade escrita gera nulidade do pactuado.

Ao contrário do Brasil, em Portugal o contrato de trabalho intermitente possui especificação do número anual de horas de trabalho e, ainda, remunera o trabalhador através de uma compensação retributiva para o tempo de inatividade.

O Código Português prevê que a prestação de serviços intermitentes não seja inferior a seis meses por anos, dos quais é exigido que pelo menos quatro meses sejam consecutivos. A convocação deve ser feita com pelo menos 20 dias de antecedência que permite uma melhor organização em relação à assunção de compromissos e organização horária por parte do empregado. (AMADO, 2016, p.314).

O art. 160, estabelece que as férias e a gratificação de Natal devem ser calculadas considerando a média dos valores recebidos nos 12 meses anteriores ou pelo período de duração do contrato, se menor. (FRANCO FILHO, 2017, p.8).

4.3 Restrições aos setores econômicos

Segundo Ramalho (2010, p.283), o trabalho intermitente em Portugal só pode ser admissível em empresas que exerçam atividades descontínuas ou com intensidade variável, sendo permitido que as partes acordem se a prestação será intercalada ou por períodos de inatividade. Pacheco *et. al.* (2017, p.213) complementa que essa limitação a empresas que exerçam somente atividades descontínuas é uma forma de impossibilitar a precarização da modalidade.

De forma distinta da legislação brasileira, cuja flexibilidade abrange praticamente todos os setores laborais e tipos de serviços, o diploma trabalhista português (art. 157º, nº 1) permite a contratação na modalidade intermitente no caso de empregador pessoa jurídica cuja atividade-fim seja executada de forma descontínua. Assim, as empresas que poderão recorrer à contratação intermitente são somente aquelas que exerçam atividades com interrupções (atividades sazonais), ou seja, que trabalham com atividades descontínuas ou intensidade de atividade variável. (SIVOLELLA, 2014).

4.4 O subsidio de disponibilidade

De acordo com Brito (2009, p.418-419), o trabalhador sob a égide do contrato intermitente possui direito a uma compensação em retribuição aos períodos de inatividade, diferentemente da legislação brasileira. Essa compensação tem por objetivo manter o trabalhador disponível para retomar o posto do trabalho, se comprometendo com a disponibilidade. Há de se pontuar que se o trabalhador ficar temporariamente impedido de prestar serviços, seja em decorrência de acidente ou doença, não tendo condições de responder à convocação, o empregador fica desobrigado a pagar a compensação retributiva, ficando o contrato de trabalho suspenso.

O trabalhador, durante o período de inatividade, está livre para exercer outras atividades, porém, durante esse mesmo período, está submetido a direitos, deveres e garantias. De tal modo, durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a uma compensação retributiva, cujo valor é estabelecido na regulamentação coletiva de trabalho e, na ausência desta, o valor será de 20% da retribuição base. (FRANCO FILHO, 2017, p.8).

Alves (2018, p.83) explica que a primeira definição do art. 157 do Código do Trabalho concentra a intermitência na atividade exercida pela empresa. Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade. De tal forma, o trabalhador tem o direito a receber pelo menos 20% da retribuição base em razão do período de inatividade (art. 160). Assim, durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a ser paga pelo empregador com periodicidade igual à retribuição.

Compreendeu o legislador português que o pagamento ou subsídio pelo período de inatividade como uma compensação necessária e devida a partir da assunção do risco da atividade empresarial pelo empregado, o que consiste em inversão do ônus do negócio. (SIVOLELLA, 2014). Infelizmente não há, no Brasil, previsão de pagamento para período de inatividade do empregado. A lei brasileira estabelece que o período de inatividade é considerado como período indisponível do trabalhador. Isto se deve ao fato de o legislador entender que o período de inatividade permite que o empregado com múltiplos contratos possa exercer sua atividade em outras empresas, prestando seus serviços a vários empregados. (AMADO, 2016, p.314).

5. Conclusão

As recentes alterações trazidas pela Lei nº13.467 de 2017 proporcionaram diversas flexibilizações e alterações nas garantias adquiridas ao longo dos anos aos trabalhadores. O contrato de trabalho intermitente surgiu no cenário brasileiro como uma consequência das relações modernas de trabalho, que visa à redução de custos. Como apresentado, a “Reforma Trabalhista” continua sendo alvo de grandes debates na jurisprudência e na doutrina em face das lacunas deixadas pela lei.

O contrato de trabalho intermitente é um contrato sem garantias e sem obrigações, ou seja, ausência de garantias legais ao trabalhador e inexistência de qualquer garantia de recebimento de salário mensal, pois a remuneração está condicionada à convocação por parte do empregador.

Sob a luz da Constituição Federal e dos preceitos do Direito do Trabalho, evidenciou-se o retrocesso social, em face a diversas garantias fundamentais, de observância obrigatória. De tal modo, o contrato de

trabalho intermitente não é benéfico ao trabalhador, ele se encontra preso num “limbo temporal” sem percepção de salário e de garantia de trabalho, aguardando ociosamente pela convocação. Assim, o contrato de trabalho intermitente apenas possibilita a desvalorização do trabalhador, pois incentiva a marginalização na conduta da contratação.

Os autores da “Reforma Trabalhista” e seus apoiadores fizeram várias menções à existência da modalidade de trabalho intermitente em outros países. Entretanto, o modelo de contrato intermitente adotado pelo Brasil em nada se assemelha com os institutos estrangeiros analisados. A modalidade de contrato intermitente adotada no Brasil é tão flexível que possibilita o recebimento, pelo empregado, de valor inferior ao salário mínimo.

A legislação brasileira não distingue nem limita os setores ou ramos que poderão usufruir da contratação intermitente, autorizando largamente a sua utilização em todo o país. Entendimento este que contraria o direito português, que se utiliza dessa modalidade apenas para setores e ramos que tenham o caráter descontínuo ou sazonal.

O Código de Trabalho português foi redigido de forma minuciosa e detalhada. Em relação ao contrato intermitente, há maior previsibilidade, pois a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa de acordo com a necessidade do empregador. A principal característica do trabalho intermitente português é que os trabalhadores prestam serviços durante uma parte do ano, mantendo o vínculo laboral durante o resto do tempo. Os contratos poderão impor a duração da prestação de trabalho de modo intercalado ou consecutivo, sendo apenas exigida a obrigação de garantir seis meses de trabalho a tempo completo por ano ou consecutivos.

A legislação portuguesa também prevê o pagamento para o período de inatividade, estabelecendo o percentual mínimo de 20%, sendo que o

contrato intermitente deve contar um número anual mínimo de horas em que o empregado deverá ser acionado pela empresa.

Compreendeu o legislador português que o pagamento ou subsídio pelo período de inatividade é uma compensação necessária e devida a partir da assunção do risco da atividade empresarial pelo empregado, o que consiste em inversão do ônus do negócio. Infelizmente não há, no Brasil, previsão de pagamento para período de inatividade do empregado. A lei brasileira estabelece que o período de inatividade é considerado como período indisponível do trabalhador.

Ao contrário do Brasil, em Portugal, o contrato de trabalho intermitente possui especificação do número anual de horas de trabalho e ainda remunera o trabalhador através de uma compensação retributiva para o tempo de inatividade. O Código prevê que a prestação de serviços intermitentes não seja inferior a seis meses por anos, dos quais é exigido que pelo menos quatro meses sejam consecutivos. A convocação deve ser feita com pelo menos 20 dias de antecedência. Em Portugal, o trabalhador é remunerado, ainda que parcialmente, pelo tempo à disposição, no que se distingue fundamentalmente com o modelo que se pretende adotar no Brasil.

Por todo o exposto, percebe-se a incompatibilidade do contrato de trabalho intermitente brasileiro com o ordenamento jurídico português. Torna-se imperioso que o instituto seja aplicado e interpretado com base nos princípios constitucionais e trabalhistas nacional, em especial da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de extinguir a precarização da relação trabalhista, como também, adote medidas semelhantes ou iguais ao sistema português, assegurando benefícios que nossa legislação não regulamentou.

Referências

ALENCAR, Zilmara. **A face sindical da Reforma Trabalhista: Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. 4. ed. ano 3. Brasília: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 2017.

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.82, jan./fev.2018. Porto Alegre: Magister, 2018.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho: noções básicas**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

ANAMATRA. **Considerações da Reforma**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. **Nota Técnica PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Nota Técnica PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela, 2007.

BRASIL, **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em 17 fev. 2019.

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

_____. **Lei. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017.

_____. **Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de revista nº 9891900-16.2005.5.09.0004. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%20989190016.2005.5.09.0004&base=acordao&numProcInt=149779&anoProcInt=2007&dataPublicacao=25/02/2011%2000:00:00&query=>>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRITTO, Pedro Madeira. **Código do Trabalho Anotado**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. **Direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: Método, 2017, a.

CARNEIRO, Joana. **O contrato de trabalho intermitente: a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontinuo**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

FIGUEIRAS, Vitor; BISPO, Bruna; COUTINHO, Pablo. **A reforma trabalhista como reforço a tendências recentes no mercado de trabalho**. In: Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Organizadores: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

FRANÇA, Fernando Cesar Teixeira. **Novidades do Contrato de Trabalho na Reforma Trabalhista**. In MONTEIRO, Carlos Augusto; GRANCONATO, Márcio (Org.). Reforma Trabalhista. São Paulo: Foco, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.81, nov./dez.2017. Porto Alegre: Magister, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e Contrato de trabalho intermitente: uma tentativa de aproximação dialógica junto ao senado. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.77, mar./abr.2017. Porto Alegre: Magister, 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.1434.

MAIOR, Jorge Luiz Souto, **Trabalho intermitente e golpismo constante**. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária. São Paulo, v. 28, n. 334, p. 211- 215, abr. 2017.

MANZANO, Marcelo; CALDEIRA, Christian Duarte. **Dinâmica recente do mercado de trabalho brasileiro ainda nos marcos da CLT**. In: Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Organizadores: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista - Entenda o que Mudou - CLT Comparada e Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MENEZES, Caroline Porsche de; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Contrato de trabalho intermitente: os impactos da regulamentação nos direitos trabalhistas. **Revista Justiça e Sociedade**, v.3, nº1, 2018.

MINORI, Alan Fernandes. A Dignidade Humana e o Emprego: uma breve avaliação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. **Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais**. São Paulo, Grupo Conceito, 2010.

NACIF, Cynthia Mara; SOUZA, Miriam Parreiras de. Reflexões sobre a aplicação do trabalho intermitente no trabalho doméstico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v.64, nº 97, p. 251-268, jan./jun. Belo Horizonte, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, nº 51, 2017.

NORBIM, Luciano Dalvi. **Reforma trabalhista ao seu alcance**. Belo Horizonte: Líder, 2017.

PACHECO, Flávia *et al.* Análise comparativa normativa: trabalho intermitente no Brasil e em diplomas estrangeiros. **Revista Científica Faculdades do Saber**, v. 2, n. 3, 2017.

PORTUGAL, Lei 7/2009, de 12 de fevereiro. Código do Trabalho de Portugal. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/602193>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

PRETTI, Gleibe. **Trabalhador intermitente na prática - conforme reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.

RAMALHO, Mario do Rosário Palma. **Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais individuais**. Editora Almedina, 2010.

REBELO, Glória. **Flexibilidade e diversidade laboral em Portugal**. Centro de Estudos sobre a mudança socioeconômica. abr., nº 50. Lisboa: Dinâmica, 2006.

SALES, Cleber Martins *et al.* **Reforma trabalhista comentada MP 808/2017: Análise de todos os artigos**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

SILVA, Jose Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, abril/junho, 1998.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. Uma análise pragmática. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24832>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. **A dispensa coletiva e o direito fundamental à proteção ao emprego: a dignidade da pessoa humana na sociedade “econômica” moderna**. São Paulo: LTr, 2014.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. Afrontas ao pacto constitucional: o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Brasília, v. 21, n. 2, p.40, nov. 2016.

Artigo recebido em: 13/08/2019

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O Código de Defesa do Consumidor e a sua Contribuição na Efetividade da Tutela de Interesses Individuais e Coletivos

The Code of Consumer Protection and its Contribution to the Effectiveness of the Guardianship of Individual and Collective Interests

Sebastião Sérgio da Silveira¹

Ricardo dos Reis Silveira²

Thiago Ribeiro Franco Vilela³

Resumo: O presente estudo tem por objeto a análise sintética e a sistemática das disposições normativas do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em sede de direitos individuais, tal como marco notório no reconhecimento das demandas coletivas, além de reflexões vindouras. A abordagem remanesce da nova forma de organização social, o consumo de produtos e serviços, elementar à subsistência da população. Essa realidade provoca o Estado a inferir nas relações de consumo, de maneira a garantir a isonomia entre os envolvidos. No caso brasileiro, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, de 1988, e da vigência CDC, em 1990, instaurou um cenário benéfico aos consumidores, marcando o equilíbrio da relação perante os fornecedores, potencializando-se a visão social pretendida pelo legislador às relações de consumo, englobando um contingente maior de indivíduos na medida de seus interesses e relações de fato, inaugurando uma nova abordagem jurídica sobre os direitos coletivos.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; Interesses individuais; Processo coletivo.

Abstract: The present study aims at the synthetic and systematic analysis of the normative dispositions of the Consumer Protection Code (CDC), in terms of individual rights, as a well-known landmark in the recognition of collective demands, as well as future reflections. The approach remains from the new form of social organization, the consumption of products and services, elementary to the subsistence of the population. This reality causes the State to infer in consumer relations, in order to ensure the equality

¹ Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e mestre pela PUCSP. Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP; Professor da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Promotor de Justiça.

² Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR. Professor do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP.

³ Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Tocantins. Promotor de Justiça de Paraíso do Tocantins.

between those involved. In Brazil, the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB) of 1988 and the CDC in 1990 established a beneficial scenario for consumers, marking the balance of the relationship with the suppliers, strengthening the social vision by the legislator to consumer relations, encompassing a larger contingent of individuals in the measure of their interests and relations of fact, inaugurating a new legal approach on collective rights.

Keywords: Consumer Protection Code; Individual Interests; Collective remedies.

1. Introdução

As formas como as relações comerciais desencadearam-se na história contemporânea estabeleceram a inevitabilidade do consumo. A troca do espaço rural pelo urbano, a maximização das formas de produção através da indústria reconfigurou a forma de estrutura social, colocando toda pessoa não só como cidadão, mas também um consumidor.

Essa realidade foi despertada em ritmos distintos ao redor do mundo, sendo que ao Brasil, mesmo que tardiamente, o legislador constituinte resolveu tratá-la como opção política fundamental. Após a previsão no Texto Magno de 1988, como efeito decorrente promulga-se o Código de Defesa do Consumidor - CDC, em 11 de setembro de 1990.

Esse texto legal inédito tem o objetivo de estabelecer meios de proteção e defesa do consumidor, elucubrar situações que não conseguiam o devido tratamento em outros diplomas, mas notadamente, significava um passo do Estado Democrático de Direito junto ao reconhecimento de um novo viés de cidadania, compreendida muito além da assistência estatal a direitos sociais básicos, compreender que a dignidade humana também deve estar guarnecida nas relações privadas comerciais, bem como da multiplicidade de indivíduos alcançados pela mesma relação de fato e de direito.

Em quase três décadas de existência, cabe o dever de destrinchar as nuances legislativas que desencadearam o amadurecimento do Direito nacional para além dos interesses empresariais, colocando o consumidor em

primeiro plano, além da sua participação no avanço da tutela de direitos coletivos.

A seguir, o presente estudo dedica-se a apresentar um compêndio de pontos significativos do CDC, tais como o percalço histórico, sua relevância no texto constitucional e seus desdobramentos, quais aspectos foram capazes na afirmação de interesses individuais e melhoria das relações de consumo, igualmente no reconhecimento de demandas coletivas e o devido amparo para tutela jurisdicional, além de novas perspectivas.

2. A gênese do Código de Defesa do Consumidor e a sua proteção principiológica constitucional

As relações contemporâneas de consumo, tal qual experimentamos aos dias atuais, advém do legado industrial europeu, ainda no século XIX, em razão da nova forma de produção e conseqüente organização social. Porém, sabe-se que justamente na Europa reformulada do pós-segunda guerra mundial, os modelos de produção passam por novas reformulações, imprimindo na sociedade a necessidade frequente de consumo, o papel das novas mídias de comunicação cria a “cultura de massa”, introduzindo a figura do consumidor como papel fundamental da cadeia capitalista, mas sem compreender a devida relevância e o respeito que lhe é dispensado.

Assim, naquele continente observa-se o amadurecimento do Estado em reconhecer o devido amparo ao consumidor, várias experiências podem ser apontadas a respeito, conforme enumera Sayeg (2004), com o *Ombudsman* e o Juizado de Consumo, criado em 1971 pela Suécia e mais tarde assimilado na Noruega, Dinamarca e Finlândia.

Além disso, em 1976, a Organização Europeia de Cooperação Econômica cria a “*Carta dos consumidores*”, tornando-se o primeiro documento oficial na Europa a versar sobre o Direito do Consumidor. Há de

se realçar outros países que seguiram esse contexto, como a Inglaterra, no ano de 1977 elabora o *Unfair Contract Terms Act*, consistente num sistema de defesa do consumidor que objetivava o reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas, notadamente aquelas que viessem a excluir a responsabilidade e riscos do fornecedor.

Em outras partes do mundo viviam-se o mesmo espírito, na América, precisamente nos Estados Unidos, desde o início de sua industrialização, no século XIX, já existiam casos consolidados na jurisprudência de antagonismos entre industriais e consumidores, além da criação de órgãos governamentais voltados à proteção do consumidor.

Já o Brasil, devido ao tardio processo de industrialização, consolidando-se apenas a partir dos anos de 1930, graças aos estímulos fiscais estatais, além de sua intromissão no domínio econômico, não detém nesse período relatos jurídicos do devido tratamento legal à figura do consumidor. Porém, na década de oitenta, começa a sentir os reflexos de uma economia globalizada, a forma de organização do mercado internacional vai aos poucos engolindo o modelo de controle estatal do regime militar e imprimindo um cenário de crise (década perdida) (ABREU, 2014). Com a reabertura democrática (1985), esse neoliberalismo é compreendido como inevitável ao legislador constituinte originário de 1988, dedicando merecida atenção conforme o art. 5º, XXXII, pelo qual o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Essa opção de colocar a defesa do consumidor ao status de direitos fundamentais, advém da incorporação de recomendações da Organização das Nações Unidas de compreender a vulnerabilidade do consumidor, conforme a Resolução nº 39/248/85, significando pauta de Direitos Humanos e chancelada no supracitado dispositivo constitucional, elevando-a à condição

de cláusula pétrea, conforme disposição do art. 60, § 4º, da CRFB⁴. Zaiden (in GERAIGE NETO; COSTA, 2015) franquia a importância do consumidor para a economia, porém a vulnerabilidade que se destaca:

E não poderia ser diferente, pois os consumidores exercem papel de suma importância na circulação de riquezas, sendo indispensáveis para o crescimento do país, justificando tamanha proteção, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade perante o fornecedor.

Essa opção política marcará profundamente a relação dos Direitos Sociais e o papel do Estado brasileiro, conforme é assinalado no art. 170, da Constituição Federal⁵.

Esse intervencionismo é deveras justificável, mediante as relações de consumo que as pessoas adquirem os bens materiais necessários à obtenção, pelo menos, de seu "mínimo vital". Na realidade social, constata-se uma enorme disparidade de poder econômico entre o consumidor e as empresas vendedoras dos bens ou prestadoras dos serviços que ele necessite adquirir, sendo essa discrepância mais acentuada no caso justamente daqueles que mal têm possibilidade de obter o seu "mínimo vital". Em poucas palavras, o consumidor, como regra, é hipossuficiente quando comparado economicamente com os seus fornecedores de bens e serviços. A defesa do consumidor complementa-se nos demais princípios do art. 170, como livre concorrência, propriedade privada e defesa do meio ambiente, no sentido de dar maior harmonia, não se preterindo.

Essa necessidade de tratamento legal devido à opção política ratificada no dispositivo acima, alerta que a ordem econômica não deve se curvar lenientemente às vontades dos agentes econômicos privados (livre iniciativa), mas intervir no sentido de coibir abusos do poder econômico,

⁴ Como o art. 5º, XXXII, da CRFB está alocado no Título I e Capítulo I, dos direitos e deveres individuais, tem força de garantia individual, não podendo ser alvo de emenda constitucional.

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;

enxergando na figura do consumidor uma potencial vulnerabilidade, como medida de justiça social.

A partir dessa premissa, pode-se compreender uma série de princípios constitucionais voltados à assistência do consumidor, que se desdobram sistematicamente no Código de Defesa do Consumidor. A proteção do consumidor parte da esfera central de organização do Estado, no caso a União, conforme competência legislativa exclusiva, no art. 24, VIII, da CRFB, onde a vulnerabilidade será replicada no art. 4º, I, do CDC.

A defesa do consumidor não para por aí, pois o art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Claro que a expectativa não foi seguida à risca, apenas em 1990 é editada a Lei Federal nº 8.078/90, alcunhada de Código de Defesa do Consumidor, que não se dedica exclusivamente ao consumidor, mas a harmonização das relações de consumo (Política Nacional das Relações de Consumo).

Além dos dispositivos constitucionais acima abordados, vale destacar outros dispositivos que possuem estrita relação com o Direito do Consumidor:

a) Art. 150, §5º, que determina que a lei estabeleça “medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”, também denota a preocupação do Poder Constituinte Originário com o direito de informação do consumidor;

b) Art. 175, parágrafo único, inciso II, estabelece que a lei disporá sobre os direitos dos usuários de serviços públicos, sendo norma programática de Direito do Consumidor.

c) Art. 220, §4º, vela pela saúde do consumidor, que dispõe sobre restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias e o artigo 221, que determina os princípios a serem

observados na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, também podem e devem ser analisados sob a ótica de proteção do consumidor.

Perpassada a literalidade expressa, como lembra José Afonso da Silva⁶, a proteção constitucional ao consumidor, enquanto direito fundamental, mais assemelhado a garantias, não se vincula exclusivamente aos preceitos expressos anteriormente, mas também à leitura global do Texto Magno, empreendendo-se outros princípios, como a dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de Direito, isonomia, etc., para a aproximação do idealizado Estado de Direito Democrático e Social.

3. Principais pontos de Direito Material do Código de Defesa do Consumidor

Além das previsões constitucionais, a defesa do consumidor alcança maior eficácia a partir da edição de lei própria, isso consolida um sistema de elementos materiais e conseqüente garantias, vias processuais, que conseqüentemente angariam ampla difusão social, seja também pela criação de órgãos estatais específicos, como as autarquias estatais ou municipais de proteção e defesa do consumidor, popularmente consagrado como PROCON.

Ademais, esse tópico dedica-se a elaborar uma síntese sobre os pontos mais relevantes de atuação do Código de Defesa do Consumidor, desde conceitos fundamentais, princípios e direitos básicos, bem como sua relevância para o microssistema de direitos coletivos.

3.1. Conceitos basilares

6 DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 226.

A função principal do Código de Defesa do Consumidor é dar desdobramentos além das disposições constitucionais, além de complementar as regras de negócios do Código Civil (Lei Federal nº 10.406/2002), é reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas de mercado. Para tanto, é fundamental definir quem são os sujeitos de fato e de direitos envolvidos, evitando-se deturpações de sentido e prolongando-se desnecessariamente eventuais contendas.

De maneira geral, podemos estabelecer os seguintes pontos de definições legais no CDC:

a.1) Consumidor – art. 2º, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A grande polêmica gira em torno do reconhecimento da pessoa jurídica a possibilidade de se igualar ao consumidor, baseado na ideia de “destinatário legal” (teoria finalista – retira o bem do mercado para consumo próprio). Outro ponto de realce é a ideia de “consumidor equiparado”, aquele que independente da realização concreta de consumo, compõe-se de coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, que de alguma forma esteja exposta ao evento danoso, ou práticas comerciais e contratuais abusivas. Nesse momento o CDC passa a compor o microsistema de tutela coletiva, delineando contornos ainda mais claros para a defesa de interesses metaindividuais;

a.2) Fornecedor – art. 3º, “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

a.3) Produto - § 1º, do art. 3º - “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” Até mesmo bens oferecidos a título gratuito (amostras grátis) em relações comerciais são considerados produtos;

a.4) Serviço - § 2º, do art. 3º - “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Vale ressaltar que o serviço público também se submete ao CDC, desde que sejam remunerados por meio de tarifa/preço público, conforme vários julgados do STJ⁷.

3.2. Princípios norteadores

O CDC não se compõe de um corpo legal fechado, restrito à letra fria da lei, compreendendo às situações de pormenores que fogem da previsão legislativa elabora uma série de princípios, desempenhando o papel de assegurar a harmonia e a coerência do ordenamento legal, atuando como critérios hermenêuticos de interpretação dos textos legais e a integração do direito, funcionando como mecanismos de colmatação das eventuais lacunas do ordenamento jurídico.

Logo, a base principiológica do diploma em questão, está no art. 4º, do CDC, que estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo. A ideia é compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico. Para tanto, instauram-se princípios estritos ao diploma, destacando-se:

a) Vulnerabilidade (inciso I, do art. 4º) – decorre do texto constitucional, reconhecendo que o consumidor é a parte mais frágil da relação, vez que não detém os meios de produção. A vulnerabilidade pode ser técnica, fática, jurídica ou informacional. A vulnerabilidade é do consumidor,

⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ArRg no AREsp 354991/RJ (2013/0178947-4), Segunda Turma, Ministro Mauro Campbell Marques (1141), Unanime, 05/09/2013, 11/09/2013; STJ, ArRg no AREsp 238538/RJ (2012/0207988-0), Primeira Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, unanime, 11/12/2012, 04/02/2013.

presumivelmente absoluta, não se confunde com a hipossuficiência, sendo essa relativa;

b) Intervenção do Estado (inciso II, alíneas “a” a “d”, do art. 4º) - consiste nas ações governamentais de proteção efetiva do consumidor, como incentivo à criação de associações representativas, participação de empresas públicas na disponibilidade de serviços essenciais;

c) Educação e informação (inciso IV, do art. 4º) - esse princípio visa a conscientização dos consumidores e dos fornecedores a respeito de seus direitos e deveres nas relações de consumo. A Lei nº 12.291/2010, por exemplo, tornou obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços;

d) Controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (inciso II, “d”, do art. 4º) - os fornecedores devem manter um controle de qualidade e segurança de produtos e serviços colocados no mercado, garantindo a utilização segura e adequada pelo consumidor;

e) Meios alternativos de solução de conflitos (inciso IV, do art. 4º) – Com a edição da Lei Federal nº 9.099/95, percebe-se a maior concretização desse princípio, em razão da maior celeridade das demandas judiciais;

f) Coibição e repressão de abusos (inciso VI, do art. 4º) – cabe ao Estado reprimir de forma eficiente práticas abusivas à integridade do consumidor, seja por delegacias especializadas, Procon, vigilância sanitária e outros.

g) Racionalização e melhoria dos serviços públicos (inciso VII, do art. 4º) – em especial para as concessionárias de serviço público (água, telefonia, energia elétrica e gás);

h) Estudo constante das modificações do mercado de consumo (inciso VIII, do art. 4º) – é o aperfeiçoamento dos mecanismos de avaliação das relações de consumo, bem como das medidas estatais pertinentes.

3.3. Direitos básicos do consumidor

Delineados principalmente no art. 6º, do CDC, os dez incisos trazem uma mescla de direitos materiais subjetivos, além de outros dispositivos, que adjetivados a outras disposições do seu próprio texto tem função processual de defesa dos seus interesses, servindo em contrapartida, como garantias. São os seguintes direitos:

a) Direito de proteção à saúde, vida e segurança (arts. 6º, I, 8º, 9º e 10) – contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. Este campo reforça a sua contribuição para a defesa dos direitos coletivos, basta a mera exposição do perigo à coletividade, para se falar no dever de reparar;

b) Direito à educação e divulgação sobre o consumo adequado (art. 6º, II) - a ideia é carrear maior liberdade de escolha consciente, sendo que a oferta vincula automaticamente o fornecedor, conforme art. 30⁸, desse diploma;

c) Direito à informação e à proteção contra práticas abusivas (art. 6º, III e IV) – significa o maior acesso às características do produto ou serviço oferecido. Tem implicação direta contra práticas comerciais de publicidade enganosa (induz ao erro) ou abusiva (proibida), nos termos do art. 37, §§ 1º e 2º. Vale ressaltar, a proibição de “venda casada”, art. 30, I;

d) Direito à modificação das cláusulas contratuais desproporcionais (art. 6º, V) – no intuito de evitar o anatocismo (cobrança de juros sobre juros), ou ainda, em razão de fatos supervenientes a obrigação possa ser considerada desproporcional, excessivamente onerosa;

e) Direito à efetiva prevenção e reparação de danos, com acesso à justiça e facilitação da defesa de direitos (art. 6º, VI, VII e VIII) – todo

⁸ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

consumidor tem direito à reparação integral de danos patrimoniais e morais, seja em sede administrativa ou judicialmente. Nesse último compasso, desdobra-se o direito à facilitação da defesa dos seus direitos, como a “inversão do ônus da prova”, porém esse fica a critério do juiz, devendo apresentar verossimilhança para o deferimento do seu pedido;

f) Direito ao serviço público adequado e eficaz (art. 6º, X) – é o desdobramento do princípio da melhoria dos serviços públicos, o que no mais significa dar eficiência aos referidos serviços, proporcionando-lhes maior qualidade.

Ponto de grande destaque, valendo-se pelo ideal de equilíbrio das relações de consumo, o CDC, em seu art. 43, prevê a criação de banco de dados e cadastro de consumidores (SPC e Serasa). A ideia é dar maior dinamicidade nas relações comerciais entre diferentes instituições sobre os consumidores, contudo requer responsabilidade na manutenção atualizada das informações, bem como, o acesso às informações que sejam de interesse do consumidor.

4. O CDC e sua relevância para o processo coletivo

De acordo com as linhas basilares da dissertação de mestrado de José Eduardo Branco (2008), pode-se atribuir a existência de um rico arcabouço de diplomas voltados à tutela de direitos coletivos, destacando-se a riqueza legal notadamente após a ordem constitucional de 1988, com “públicos” bem definidos, como as Leis Federais nº 7.347/85, 8.079/90, 8.069/90, 10.741/2003 e etc. É inegável a afeição de um verdadeiro microssistema de proteção de direitos coletivos determinados através da tutela correspondente, ou se for o caso, do suplemento que a lei de ação civil pública oferece, bem como o próprio Código de Defesa do Consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 71).

Enfim, podemos falar na existência de um microsistema de processo coletivo no Brasil, haja vista a reunião de vários diplomas legais, sobre os diversos direitos, que se intercomunicam. O ministro Luiz Fux já reconheceu a existência de tal microsistema, ainda quando integrante do STJ (BRASIL, 2004):

[...] 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Essa sistemática é guarnecida pelo Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição Federal, formam o eixo central do microsistema de tutela coletiva⁹ estabelecendo uma verdadeira interação entre esses diplomas, restando apenas uma aplicação subsidiária ao Código de Processo Civil.

Apesar do trabalho conjunto, há de se realçar a generosa contribuição do CDC, pois além de complementar as demais legislações que compõem esse sistema integrado (Lei de Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, etc.), bem como, por estabelecer sólidos conceitos, principalmente para a defesa dos interesses difusos e coletivos, não só dos consumidores, mas todos aqueles indivíduos que se ligam por uma relação de direito. Segundo observado Antônio Gidi, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, dessa forma, um Código de Processo Civil Coletivo, como ordenamento processual geral (GIDI, 1995, p. 77).

⁹ Os demais diplomas que compõe o microsistema são a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do Habeas Data, a Lei do Mandado de Injunção, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade, o Estatuto do Idoso (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 101).

Os arts. 81 a 104 são responsáveis pelas tarefas apontadas. A principal contribuição está no art. 81, I, II e III, que estabeleceu os contornos legais dos direitos coletivos *lato sensu* em:

a) interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos do CDC (e demais situações que eventualmente se subsumam), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato – seu objeto é indivisível e os sujeitos concernentes são absolutamente indetermináveis, por isso plurindividuais, com situação de fato em comum (meio ambiente);

b) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – são chamados de coletivos *stricto sensu*. O objeto também é indivisível, sendo que os sujeitos são relativamente determináveis, por meio de uma relação jurídica base (em comum);

c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Por se tratar de direitos individuais subjetivos, oriundos da mesma circunstância de fato, sendo que o objeto tutelado cabe à individualidade e conforme o interesse de cada envolvido, sendo, por vezes, conveniente à defesa judicial coletiva.

Numa gradação histórica, percebe-se outra significativa contribuição do CDC, pois até a edição da Lei de Ação Civil Pública o tratamento dado aos direitos difusos e coletivos era estritamente processual, sendo que a nova lei ampliou o horizonte das ações coletivas, para também prever disposições de direito material.

Ademais, os legitimados para propositura de qualquer espécie de ação (conhecimento, execução, cautelares, etc.) em sede consumerista, agem de maneira individual, concorrente ou disjuntiva, destacando-se nos termos do art. 82, o Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito

Federal, entidades e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, além de associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, desde que em suas atividades institucionais sejam dedicadas à defesa dos interesses do consumidor.

Finalmente, o art. 93 disciplina a competência do juízo para processar e julgar o feito pertinente, sendo ressalvada a competência da justiça federal, nos termos da CF, art. 109: “I – Local do fato – onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – Foro da Capital do Estado ou Distrito Federal – para os danos de âmbito nacional ou regional”.

Quanto à coisa julgada, sinteticamente dissertando o seu conceito, diz respeito aos efeitos da sentença tornam-se imutáveis, seja pela preclusão recursal ou pelo esgotamento dessas vias, diz-se que estão cobertos pela coisa julgada, essa imutabilidade, portanto, é a qualidade dos efeitos da sentença, conhecida como coisa julgada.

Apesar de tão simples, sob primeira análise, sua performance no processo coletivo depreende atenção, haja vista que as principais regras estão contidas justamente no CDC. Aliás, sobre isso, assevera Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 843):

[...] o artigo 103 contém toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites subjetivos (o que equivale a estabelecer quais as entidades e pessoas que serão alcançadas pela autoridade da sentença passada em julgado), seja determinando a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante o transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo às ações individuais. É certo que ao tratar da matéria, opinou por adotar o *non liquet* - que é a possibilidade do julgador rejeitar a pretensão ante a insuficiência probatória, sem que tal sentença produza a coisa julgada material - e do julgado *secundum eventum litis* - traduzido pela possibilidade de estender subjetivamente os efeitos da sentença.

Dando desdobramentos às lições da jurista, a coisa julgada em sede de direitos difusos e coletivos é tratada sob dois limiares. No caso de procedência produz coisa julgada material com efeitos *erga omnes*, no caso de direitos difusos; *ultra partes*, no caso de direitos coletivos. Logo, não

poderá o réu rediscutir a matéria da sentença contra qualquer colegitimado, ainda que ele não tenha feito parte do processo, mas poderão qualquer desses executar o título.

Na hipótese de improcedência do pedido por falta de provas, isto é, a improcedência operar-se por não haverem sido produzidas todas as provas necessárias para a cognição (juízo de certeza), não haverá coisa julgada material, onde qualquer colegitimado poderá propor nova ação que tem o mesmo objeto em litígio, desde que se valendo de nova prova (art. 103, I, CDC). Agora, se a sentença de improcedência der-se por pretensão infundada, haverá coisa julgada material, com efeitos *erga omnes*, no caso de direitos difusos; ultra partes, no caso de direitos coletivos, o que na prática impede que qualquer outro colegitimado, ainda que não estivesse na propositura original, fique impossibilitado de propor nova demanda sob o mesmo objeto de litígio.

O ponto peculiar dessa situação de improcedência, é que nos termos do art. 103, §§ 1º e 3º, do CDC, a coisa julgada não prejudicará os direitos individuais dos lesados, já que os direitos individuais não compunham o objeto da demanda, podendo aquele cidadão que se sinta prejudicado ingressar pessoalmente exigindo o ressarcimento do seu direito.

Quando se trata de direitos individuais homogêneos (art. 103, III, § 1º, do CDC) a aplicação da coisa julgada também apresenta peculiaridades análogas, como o efeito *erga omnes*, pois no caso de procedência, já que são demandadas coletivamente, a decisão impedirá o réu de litigar sob a referida lide contra qualquer um dos colegitimados, mesmo que não tenham sido parte do processo. Também beneficiará todos os titulares desse direito, desde que não tenham incorrido nos ditames da parte final do art. 104, do CDC, isto é, que “cientes do ajuizamento da ação coletiva, não houver requerido, em 30 dias, a suspensão de suas ações individuais”.

5. Breves reflexões sobre a posteridade e o amparo penal do CDC para a coletividade

Com quase trinta anos de vigência, o diploma legal inegavelmente imprimiu profundos efeitos nas relações consumeristas, notadamente pela maneira que incorporou maior segurança nas relações de consumo, além do equilíbrio entre os agentes de mercado (na ânsia por lucros) e consumidores.

Apesar desse aparente sucesso, isso não significa estagnação, pois as formas de consumo, nos tempos tenros de sua publicação, alteraram-se, reclamando novas percepções de tratamento legal para cada novo fato da vida moderna. Nesse ponto, torna-se primordial o levantamento de novas perspectivas, além de como isso alcançará a paz social da coletividade.

Sabemos que o Direito é o reflexo histórico de cada sociedade, assim as formas de organização social partem da maneira como são dispostos os seus modos de produção, uma perspectiva marxista de sociedade. Portanto, a forma de comércio e os tipos de bens e serviços colocados hoje em mercado não são necessariamente os mesmos dos anos noventa, do século passado. A principal prova disso é a tecnologia de informação. O consumo de tecnologias novas que vão além de produtos físicos, a informação. *Sites* de relacionamento, busca de jurisprudência, divulgação de bens (intermediadoras), dispõe relações e consumo exclusivamente em meio eletrônico, que por vezes se eximem da aplicação do CDC.

Outro ponto de destaque está na democratização do crédito ocorrido em nosso sistema financeiro, a partir do final dos anos dois mil, o que desencadeou consumo desenfreado e superendividamento de famílias (consumidores). Assim, o CDC, zelando pela “educação e divulgação sobre o consumo adequado” (art. 6º, II), deve priorizar meios de prevenir referida situação, principalmente de alguns segmentos específicos, como jovens e idosos.

Hoje tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 281/2012, que visa alterar sensivelmente as disposições gerais do Cap. I do Título I do CDC, dispondo sobre comércio eletrônico e meios de negócios mais favoráveis ao consumidor. Noutra senda, considerando a coletividade e a potencialidade de efeitos danosos, em matéria criminal, o CDC tem tratamento a respeito.

As condutas contidas como ilícitas, apontadas entre os arts. 63 a 74, do CDC, relacionam ações que atentam contra a figura do consumidor, até as relações de consumo, bem como, conforme o próprio art. 61, do CDC, outros crimes podem ser apontados em legislação esparsa, como a Lei nº 8.137/90, portanto não devem ser generalizadas como disposição legislativa à proteção dos interesses difusos. Porém, com o patrocínio de Eliana Passareli (2002, p. 55), merecem destaque os arts. 63, 64, 65, 66, 67 e 68, todos do CDC, vez que os crimes retratam ações típicas de “mera conduta”, ou seja, pelo fato de se resguardar o bem-estar do consumidor, fala-se na figura do “consumidor ideal”, aquele que num campo idealizado não estaria predisposto a qualquer risco das relações de consumo. Assim, o agir do fornecedor de bens e serviços, ainda que sua ação ilícita não altere o mundo exterior, coloca em risco o potencial consumidor, uma pluralidade indeterminada de pessoas ligadas pela situação de fato (no caso o risco), bem como se tratar de responsabilidade objetiva do fornecedor, sendo irrelevante o dolo ou a culpa. A única ressalva diz respeito ao art. 68, pois alguns doutrinadores, como Rizzato Nunes (2012, p. 722), relacionam-no como crime de perigo concreto, vez que a eventual prejudicialidade deve ser comprovada.

Os arts. 69, 70, 71, 72 e 74, também do CDC, requerem profunda análise, quanto às ações delituosas, sua consumação requer a individualidade de cada consumidor envolvido numa situação específica, sendo que a reparação dos danos poderia demandar a tutela coletiva de direitos homogêneos.

6. Conclusão

As formas como as sociedades vão organizando seus círculos sociais, dizem respeito à maneira como estão dispostos os bens materiais, esses por sua vez impõem aos indivíduos a necessidade de acumulá-los. Essa sistemática vai se aperfeiçoando no tempo, despertada pelo espírito do modelo econômico capitalista que se consolida com a industrialização, hoje globalizada.

Nascem as relações de consumo não mais baseadas na personalidade dos agentes envolvidos, mas pela distância entre bens, comerciante e cliente, colocando-se em primeiro plano os interesses do capital, bastando apenas ao consumidor acatar as novas regras. Porém, o Direito é fruto das demandas sociais, anseios coletivos que clamam por soluções justas. Assim, se o Direito Civil não consegue lidar com problemas de larga escala social, cabe ao legislador implementar meios capazes.

No direito brasileiro, muito tempo após as comunidades internacionais já terem tratado a respeito, exsurge o Código de Defesa do Consumidor como desdobramento constitucional, com o objetivo de tratar as relações de comércio também em consumo, reconhecendo as peculiaridades de cada sujeito, aplicando-lhe o direito devido na medida de equilíbrio das relações sociais e econômicas.

O diploma consumerista inaugura o Direito do Consumidor no Brasil, tendo como núcleo a relação jurídica de consumo, abrange institutos jurídicos a cuidarem da matéria e que, como tais, tutelam-na com o objetivo de outorgar aos consumidores a proteção que lhes é devida: normas de direitos específicos e proteção devida ao consumidor (direito material); meios asseguradores da eficácia dos mesmos direitos, como aquelas que promovam a devida representação dos consumidores, frente aos órgãos estatais detentores do poder de decisão sobre o mercado, fazendo também parte do núcleo do Direito do Consumidor os mecanismos jurídicos que visam a racionalizar e dirigir o comportamento do consumidor.

Acima dos interesses individuais o CDC comporta meios de tutela da coletividade, haja vista a abrangência do mercado consumidor, refletindo a proteção social, pois além de mecanismos de intervenção estatal, inaugura um entendimento seguro sobre as categorias de direitos coletivos *lato sensu*, sendo, portanto, difusos, coletivos *stricto sensu*, além de individuais homogêneos, complementando legislação anterior, como a Lei de Ação Civil Pública, e empregando maior racionalidade para o vindouro microssistema de proteção dos direitos coletivos.

Por todo o exposto, é inegável que o CDC potencializa uma seara processual em busca da tutela jurisdicional, através das ações coletivas, disciplinando com riqueza de detalhes todas as regras pertinentes, desde a legitimidade processual, competência para ajuizamento e efeitos da sentença, servindo até mesmo como meio de integração de outras normas. Outro ponto de destaque, na defesa da coletividade de consumidores, é a adoção da *ultima ratio*.

Contudo, ainda que seja positiva a efetividade da tutela do consumidor, existem novos meios de relação de consumo que merecem ser contempladas, demandando atualização iminente, em contrapartida a cidadania alcance também novos patamares, além da saúde, moradia, educação, como também do usufruto da informação, inspirando um Estado Democrático de Direito condizente com as novas demandas.

Referências

- ABREU, Marcelo de Paiva *et alii*. **A ordem do progresso**: dois séculos de política econômica no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber e ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017.
- BRANCO, José Eduardo. **Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008.

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n.8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 abri. 2018.

DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 4ª ed. Niterói: Ímpetus, 2008.

GERAIGE NETO, Zaiden; COSTA, Kerton Nascimento e. A Eficácia do Código de Defesa do Consumidor em Face do Tratamento Diferenciado aos Consumidores na Fase Pós-Venda, por Parte dos Serviços de Atendimento ao Consumidor. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 221-238, Dez. 2015.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. RJ: Forense Universitária, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 3ª ed. São Paulo, Método, 2016.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo: Lei Federal nº 8.078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAYEG, Ricardo Hasson. **O Contexto Histórico da Defesa do Consumidor em Face do Abuso de Poder Econômico e sua Importância**. Revista de Direito Internacional e Econômico. Ano II – nº 07 – abr, maio, jun/2004.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 281, de 2012**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>, Acesso em: 02 mai. 2018.

Artigo recebido em: 13/10/2019

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Direito Social de moradia e a impenhorabilidade do bem de família na locação comercial: fundamentos dogmáticos da orientação do STF e os impactos da pandemia

Social Right of housing and the unseizability of the family property in commercial location: dogmatic foundations of the Brazilian Supreme Court understanding and the impacts of the pandemic

José Roberto Della Tonia Trautwein¹
Laís Bergstein²

Resumo: O presente trabalho discorre sobre o direito à moradia, inserido na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental social. Discorre sobre a previsão do inciso VII, do art. 3º, da Lei nº 8.009/1990, de penhora do bem de família do fiador para pagamento dos débitos do locatário em contratos de locação, e trata da orientação do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a licitude dessa prática na repercussão geral em recurso extraordinário nº 612.360/SP, relacionado à contrato de locação residencial. Discorre sobre o *distinguishing* realizado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 605.709/SP que reconheceu a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial. O objetivo do presente trabalho é analisar o fundamento dogmático adotado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal no recurso extraordinário nº 605.709/SP. Por meio do método dedutivo, constatou-se que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 605.709/SP utilizou-se da interpretação conforme a Constituição na análise do inciso VII, do art. 3º, da Lei nº 8.009/1990 – expediente no qual se verifica a obrigatoriedade de se analisar as leis para que atendam aos valores estabelecidos na Constituição da República, tais como a dignidade da pessoa humana, família e o direito fundamental social à moradia. Ao final, analisa-se a questão no contexto da pandemia do coronavírus, que afetou substancialmente o mercado brasileiro em 2020.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Locações. Penhora do Bem de Família. Fundamento dogmático.

¹ Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogado. joseroberto@dotti.adv.br.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenadora-Adjunta do Programa de Mestrado Profissional do CERS. Secretária-Adjunta da Comissão de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB. Advogada. lais@dotti.adv.br

Abstract: This paper discusses housing and its insertion in the Federal Constitution of 1988 as a fundamental social right. It mentions that item VII, of art. 3 of Law No. 8,009 of 1990 allows the attachment of the guarantor's family good to pay the lessee's debts in rental contracts, and deals with the guidance of the Brazilian Supreme Court, which recognized the lawfulness of this practice in the general repercussion on extraordinary appeal no. 612,360/SP, related to the residential lease. Discusses the *distinguishing* carried out by the 1st Panel of the Supreme Court, in the trial of the extraordinary appeal no. 605,709/SP that recognized the unseizability of the guarantor's family property in commercial lease agreement. The objective of the present work is to analyze the dogmatic foundation adopted by the 1st Panel of the Supreme Court in extraordinary appeal no. 605,709/SP. Through the deductive method, it was found that the 1st Panel of Supreme Federal Court, in the judgment of extraordinary appeal no. 605,709/SP used the interpretation according to the Constitution in the analysis of item VII of art. 3, of law No. 8,009 of 1990 – file in which it is verified the obligation to analyze the laws so that they meet the values established in the Constitution of the Republic, such as the dignity of the human person, family and the fundamental social right to housing. In the end, it analyzes the right to housing in the context of the coronavirus pandemic, which affected the Brazilian market in 2020.

Keywords: Fundamental rights. Leases. Seizability of Family Property. Dogmatic foundation.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto a análise do fundamento dogmático adotado pela 1^a Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 605.709/SP, que reconheceu a impossibilidade de penhora do bem de família do fiador por débitos do locatário em contrato de locação comercial.

Ao rejeitar tal possibilidade, a 1^a Turma do Supremo Tribunal Federal acabou por aplicar situação fática distinta da adotada pela Corte no julgamento da repercussão geral em recurso extraordinário nº 612.360/SP, que entendeu pela possibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação residencial.

A questão passa, portanto, pela interpretação dada ao art. 6º da Constituição Federal de 1988, no qual se tem a previsão da moradia como um direito fundamental social, dotado de aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB), e ao inciso VII, do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, que

expressamente admite a penhora desse bem de família sem qualquer ressalva acerca de sua incidência, ou seja, se está limitada aos contratos de locação residencial ou se também pode ser realizada nos de locação comercial.

Tal análise deverá ser efetivada com base na Constituição Federal de 1988 e dos valores substantivos que ela preconiza, tais como os direitos e garantias fundamentais. Da mesma forma, analisar-se-á o problema de pesquisa sob o enfoque de a Constituição da República ocupar o centro do ordenamento jurídico, irradiando sobre ele seus efeitos por intermédio de normas baseadas na expressiva importância dada aos princípios.

Adotou-se o método dedutivo de pesquisa, cujo plano de trabalho será dividido em três tópicos centrais: (a) direito fundamental à moradia; (b) o direito à moradia e a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação na visão do STF; (c) fundamento dogmático para a diferenciação da interpretação na locação comercial (recurso extraordinário nº 605.709/SP), que são sucedidos por uma análise da proteção e efetividade do direito de moradia no contexto da pandemia do coronavírus, em 2020.

2. Direito Fundamental à Moradia

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos fundamentais sociais dispostos no art. 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988), com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 2000 (BRASIL, 2000).³

³Embora inserida como direito fundamental social somente com a Emenda Constitucional nº 26, de 2000, a tutela da moradia estava prevista anteriormente na Constituição Federal de 1988, conforme se extrai exemplificativamente de seu art. 7º, IV, que institui o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as necessidades vitais básicas do indivíduo e às de sua família com moradia, alimentação etc., ou de seu art. 23, IX, que estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Disposição protetiva semelhante já se encontrava presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, cujo art. 25, 1, estabelece que “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos (...)” (ONU, 1945).

O mesmo se pode dizer do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1996, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, cujo art. 11 de seu anexo reconhece que toda pessoa tem direito “a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida” (LOUREIRO, 2019).

De acordo com o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a efetivação do direito à moradia está condicionada aos seguintes critérios: “segurança da posse; à disponibilidade de serviços; materiais; instalações e infraestrutura, à economicidade, à habitabilidade, à acessibilidade, à localização e à adequação cultural” (LOUREIRO, 2019). Todavia, é relevante a ressalva feita por Ingo Wolfgang Sarlet (2011), para quem as previsões internacionais demandam ainda “uma exegese afinada com as peculiaridades de cada País e região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde mora que se pode aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna)”.

Denota-se, assim, que o direito à moradia é corolário da dignidade da pessoa humana⁴, que corresponde a um dos fundamentos da República

⁴Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NÃO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO

Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB) e igualmente se caracteriza como precursor de todos os direitos fundamentais. Logo, aludido direito social destina-se a reduzir as desigualdades sociais e busca permitir que os indivíduos tenham uma vida digna, com o desenvolvimento de sua personalidade.⁵

Trata-se, em síntese, de direitos subjetivos das pessoas ou da coletividade, que podem ser opostos em face do Estado ou de particulares e são passíveis de serem realizados pelo Poder Judiciário (HARTMANN, 2011, p. 155)⁶. Tais direitos ainda são caracterizados por serem inalienáveis e irrenunciáveis, sendo vedada qualquer proposta de alteração ou exclusão, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.

O direito à moradia compreende concomitantemente um direito de defesa e um direito prestacional, “incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito” (SARLET, 2011).

IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental (...). (BRASIL, 2012).

⁵José Afonso da Silva assevera que os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito da igualdade”. (SILVA, 2009, p. 183-184).

⁶Hans-Uwe Erichsen (2014, p. 25) assevera que “As normas fundamentais, são, assim, não apenas os direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas – como o Tribunal Constitucional Alemão tem reiteradamente declarado em sua jurisprudência – a expressão de uma objetiva ‘ordem de valores, que vale como a decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito e que concede diretivas e impulso para a legislação, para a Administração pública e para a jurisprudência.”.

Assim, sob o enfoque dos direitos de defesa, a moradia está, *prima facie*, tutelada em face dos atos praticados pelo Estado e por particulares, na medida em que estes devem abster-se de infringi-la. Em relação aos direitos prestacionais, especialmente no que diz respeito à possibilidade de qualquer indivíduo impor ao Estado, nos termos do art. 6º da Constituição Federal de 1988, a disponibilização de uma moradia para se ter vida digna, Ingo Wolfgang Sarlet (2011) adverte que os direitos sociais são “enquadrados na categoria de normas constitucionais programáticas (ou impositivas de programas, fins e tarefas, como sugere Canotilho), posição esta que ainda parece refletir a posição dominante”. Ou seja, incumbe ao ente público instituir mecanismos de financiamento que permitam ao indivíduo ter acesso à moradia. Nas relações entre particulares, a eficácia prestacional evidencia-se diretamente na usucapião constitucional (PINHEIRO, 2009, p. 129), disposta no art. 191⁷ da Constituição da República.

Josué Mastrodi e Renan Alarcon Rossi fazem importante distinção entre a eficácia jurídica e a eficácia social ao tratarem do direito à moradia, que está condicionada à existência de expressivas receitas do Estado. Segundo eles, embora dotado de eficácia jurídica, o direito fundamental à moradia não atende ao disposto na Constituição da República, já que ausente à sua eficácia social, “por não ter transpassado do texto legal para a vida dos cidadãos” MASTRODI; ROSSI, 2015, p. 180-181).

Nesse sentido, evidencia-se a impossibilidade de o Poder Judiciário impor ao Estado o dever de disponibilizar uma moradia para determinada pessoa que ingressou com ação judicial para tal finalidade. Isso porque a inexistência de moradias para tal objetivo, faz com que se

⁷ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

faça necessária sua edificação por intermédio de programas de governo (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 133). De todo modo, deve ser considerado o fato de que os direitos fundamentais, dentre os quais se inclui a moradia, contemplam os valores constitucionais da República, sendo, portanto, dotados de eficácia e aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CRFB).

3. O Direito à Moradia e a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação na visão do STF

O art. 82 da Lei nº 8.245/1991, introduziu o inciso VII ao art. 3º da Lei nº. 8.009/1990 para permitir a penhora do bem de família do fiador de um contrato de locação. Assim, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a licitude desse dispositivo, conforme se verifica do tema/repetitivo 708 e da súmula 549:

Tema/repetitivo 708. É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990. (BRASIL, STJ, 2019)

Súmula 549. É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. (BRASIL, STJ, s/d)

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do tema 295 de repercussão geral, firmou a tese da constitucionalidade da penhora do bem de família decorrente de fiança prestada em contrato de locação:

Tema 295: Penhorabilidade do bem de família de fiador em contrato de locação.

Tese: É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o

direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com a redação da EC 26/2000. (BRASIL, STF, s/d)

Repercussão geral em recurso extraordinário nº 612.360/SP: CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL, 2010)

Ocorre que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 605.709/SP, ocorrido em 12/06/2018, concluiu, por maioria, pela impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação comercial. A ementa do acórdão estabelece:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000.

2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia.

3. Premissas fáticas distintas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 2019)

O Ministro Dias Tofolli, relator do recurso, aduziu em seu voto que o direito fundamental à moradia, enquanto direito social não possui a “densidade normativa suficiente para gerar os efeitos pretendidos.” Prossegue em suas argumentações dizendo que alguns dos direitos fundamentais sociais “não são dotados de ‘exigibilidade autônoma’, por falta de determinabilidade constitucional suficiente do conteúdo do direito”, fazendo-se necessária a atuação do legislador infraconstitucional.

Asseverou ainda que o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 não instituiu qualquer distinção sobre a natureza do contrato de locação, ou seja, se residencial ou comercial, não se admitindo, assim, qualquer possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da penhora do bem de família nos contratos de locação comercial. Ao final manifestou-se pela necessidade de manutenção do entendimento da Corte, que já teria se posicionado pela penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

O Ministro Luís Roberto Barroso também concluiu pela possibilidade da penhora, sob o entendimento de que a “lógica do precedente é válida também para os contratos de locação comercial”, sendo que o fiador assumiu tal condição “no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade.”

Contudo, essa não foi a orientação da maioria dos Ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. A Ministra Rosa Weber, relatora para o acórdão, ponderou que a dignidade da pessoa humana e à proteção da família proíbem a venda forçada do bem de família do fiador nas locações comerciais, por se tratar de sua moradia (art. 6º da CRFB). Também argumentou que o atingimento do bem de família do fiador igualmente não se fundamenta no princípio da isonomia, já que a penhorabilidade desse imóvel fará com que o afiançado, locatário, tenha posição mais favorável que o fiador na locação comercial, observando-se que questões afetas à autonomia da vontade e liberdade contratual sujeitam-se aos “limites estabelecidos em normas de ordem pública, de

natureza cogente, voltadas à promoção de outros valores constitucionalmente protegidos”, sobretudo porque o direito fundamental à moradia é de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB).

Relatou ainda que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o tema 295, por ocasião da repercussão geral em recurso extraordinário nº 612.360/SP, com base em precedentes relacionados à fiança em locações residenciais. Ao final concluiu que a existência de fiança em contrato de locação comercial trata-se de circunstância fática distinta da constante da orientação da Corte. Os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux acompanharam o entendimento da Ministra Rosa Weber, vindo assim a ser declarada a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

4. Fundamentos dogmáticos para a diferenciação da interpretação na locação comercial (Recurso Extraordinário Nº 605.709/SP)

Assim, passa-se a analisar o fundamento dogmático adotado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal para a diferenciação da interpretação dada ao inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 nas locações comerciais. A Constituição Federal de 1988 adota o Estado democrático de direito, decorrente da união das noções de constitucionalismo ou Estado de direito, assim compreendido como poder limitado e defesa dos direitos fundamentais, e de democracia, no sentido de “soberania popular, governo do povo e vontade da maioria” (BARROSO, s/d).

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016, p. 62) ressaltam a necessidade de se analisar o Estado democrático de direito como um Estado de justiça, que não está limitado ao que foi formalmente previsto pelo Poder Legislativo. Deve também ser compreendido como uma produção normativa caracterizada por “um sentido substantivo

determinado. O conteúdo das emanações normativas do Estado brasileiro encontra-se orientado para produzir uma ordem jurídica justa”.

O constitucionalismo opõe-se ao modelo da democracia procedimental, que dá ênfase ao processo democrático sem qualquer preocupação com os objetivos a serem auferidos. Sustenta-se, portanto, o constitucionalismo na noção de que os direitos fundamentais consistem nos valores substantivos que uma determinada sociedade elegeu por ocasião da elaboração de sua Constituição, que inclusive determinou ser de responsabilidade do Judiciário a tutela desses mesmos valores (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 156).

Trata-se, assim, da relativização da separação entre o direito e a moral, em oposição ao positivismo jurídico⁸, no qual a justiça “estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 108).

Daí é que se extrai o entendimento de H. L. A. Hart (2007, p 300-301), que instituiu uma teoria do direito geral e descritiva. O primeiro elemento não se encontra vinculado “a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificado do direito como uma instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, normativa)”. Descritivo como “moralmente neutro e não tem propósito de justificação” (HART, 2007, p 300-301).

Ronald Dworkin “foi o primeiro autor da teoria do direito a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao positivismo jurídico” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 108). Segundo se extrai de seus argumentos, o positivismo não solucionaria os casos difíceis, pelo fato

⁸Neil MacCormick (2010, p. 40) assevera que “Por causa de sua insistência na ausência de qualquer elo conceitual necessário entre o Direito e a moral, Hart se apresenta como um ‘positivista’ jurídico. Os positivistas negam que o Direito como tal seja essencialmente moral, e afirmam que a existência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta daquela do mérito ou demérito moral desta”.

de que as regras⁹ “seriam precárias pois os conceitos em disputa dizem respeito a outros tipos de padrões como princípios e políticas” (LORENZETTO, 2018, p. 348).¹⁰ Assim, como o positivismo baseia-se tão somente em regras, é de suma importância a inserção dos princípios na teoria do direito, assim compreendidos como um modelo a ser “observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (LORENZETTO, 2018, p. 348).¹¹

Neste contexto é que surge a Constituição Federal de 1988, que passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico¹², produzindo sobre ele efeitos jurídicos. Além disso, caracteriza-se pelo princípio da unidade, em que suas disposições devem ser vistas como parte de um “sistema unitário

⁹Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que as regras “são, normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicados a um conjunto delimitado de situações”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 33).

¹⁰Ronald Dworkin assevera que os “argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política. (DWORKIN, 2010, p. 129-130).

¹¹Luís Roberto Barroso (s/d) assevera que “a correção moral, ideia característica do pensamento de Alexy, se manifesta no mundo do Direito sob a forma de justiça. Em suas palavras textuais: ‘Quem afirma que algo é justo, afirma sempre, ao mesmo tempo, que é correto’. Nessa linha, Alexy refuta a ideia de Kelsen de que ‘qualquer conteúdo pode ser direito’, o que daria lugar à possibilidade de uma normatividade sem moralidade”.

¹²Hans Kelsen (1998, p. 247 e 249) assevera que “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. (...) A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis”.

de regras e princípios” (FRIEDE, 2017).¹³ Suas normas passam a ser dotadas de força normativa, no sentido de que se deve “conferir às normas constitucionais, quando da solução de problemas, a máxima aplicação e efetivação (...), evitando-se, deste modo, o enfraquecimento de sua força normativa” (FRIEDE, 2017). Conseqüentemente, a Constituição deixa de ser vista apenas como um documento político, incumbindo ao Poder Judiciário a tutela de seus valores substantivos, na medida em que ela, por ocupar o ápice do ordenamento jurídico, acaba vinculando a interpretação das normas infraconstitucionais.

A esse respeito, Ana Paula de Barcellos (2005, p. 89) assevera que os direitos fundamentais consistem num “consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.” A orientação exarada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 605.709/SP, acabou por aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, na medida em que declarou, dentre as interpretações viáveis à que se mostra compatível com a Constituição da República.

Com efeito, a interpretação conforme a Constituição consubstancia-se em princípios hermenêuticos, de controle da constitucionalidade, de conservação de normas e técnica de decisão. Enquanto princípio hermenêutico, a interpretação conforme a Constituição é mais que um

¹³ Robert Alexy (2015, p. 90-91) assevera, a este respeito, que “Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (...). Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

princípio, na medida em que toda a legislação deve ser interpretada com base nela” (ANDRADE, 2003, p. 119).

Um dos argumentos utilizados para a admissão da interpretação conforme a Constituição se verifica no princípio da unidade da ordem jurídica que, por considerar que a Constituição ocupa a ápice do ordenamento jurídico, faz com que as “leis e as normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição” (MENDES, 1993). Outro dado relevante reside na presunção de constitucionalidade da lei, na qual, de acordo com o entendimento predominante no “*Bundesverfassungsgelicht*, em favor da constitucionalidade da lei milita não só uma presunção, senão que essa presunção exige, na dúvida, uma interpretação conforme a Constituição” (MENDES, 1993).

Lênio Luiz Streck (2014, p. 185) sustenta que no Estado democrático de direito, a Constituição passa a ser uma norma jurídica vinculante. De acordo com seu entendimento, dentre as hipóteses em que o Tribunal ou o magistrado podem deixar de aplicar a lei destaca-se a interpretação conforme a Constituição, “ocasião em que se torna necessária a adição de sentido ao artigo da lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição”.

Observe-se, nesse sentido, que o inciso VII, do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 reconhece expressamente a licitude da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Todavia, deixa de se pronunciar acerca de sua aplicabilidade, ou seja, se incide nas apenas locações residenciais e também nas comerciais. A tudo isso deve ser acrescido o fato de que o art. 6º da Constituição da República estabelece o direito de moradia como um direito fundamental social, que deve, portanto, ser objeto de tutela especial do Estado.

Dentre os argumentos apresentados no voto da Ministra Rosa Weber, tem-se o entendimento de que, nas locações residenciais, a penhora do bem de família do fiador revela-se instrumento destinado a cessar as dificuldades e assegurar a moradia do locatário, em decorrência das poucas garantias que possam ser legalmente instituídas aos locadores. Logo, o direito fundamental de moradia não se confunde com o direito de propriedade, devendo, assim, ser contemplado em sua amplitude, a fim de tutelar, exemplificativamente, o direito à moradia do locatário.

Por ocasião do julgamento da repercussão geral no recurso extraordinário nº 612.360/SP, o Ministro Ayres Britto, embora tenha anunciado seu entendimento no sentido da impenhorabilidade do bem de família do fiador, dando prevalência ao direito fundamental à moradia, afirmou que o Supremo Tribunal Federal havia majoritariamente concluído pela sua penhorabilidade, a fim de se assegurar e facilitar a moradia do locatário:

4. A partir das citadas qualificações constitucionais (sobretudo aquela que faz da residência uma necessidade essencial do trabalhador e de sua família), o direito à moradia se torna indisponível e, portanto, não pode sofrer penhora por efeito de contrato de fiança. Tese, entretanto, em cuja defesa fiquei vencido, na companhia dos ministros Eros Grau e Celso de Mello, quando da discussão do RE 407.688.

5. Com efeito, naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal assentou que a impenhorabilidade do bem de família do fiador *‘romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito de moradia’* (trecho do voto conduto do acórdão). Em outras palavras: na dicção da maioria dos Ministros deste STF, a penhora decorrente da fiança em contrato de locação termina por proteger o próprio direito à moradia.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, justificou a impossibilidade da penhora em contrato de locação comercial dizendo que o argumento adotado no recurso extraordinário em repercussão geral nº 612.360/SP,

consistente na facilitação da moradia do locatário, não se aplicaria nas locações não residenciais, já que destinadas ao comércio:

Essa circunstância distintiva impede, portanto, a submissão do caso concreto ora em julgamento, que envolve **contrato de locação de imóvel comercial**, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida por este (sic) Suprema Corte sob o regime de repercussão geral, restrita aquela, em suas razões de decidir, ao exame da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em **contrato de locação residencial**. Realçada a diferença entre as premissas fáticas que orientaram o paradigma julgado sob o regime da repercussão geral e as presentes no caso concreto (*distinguishing*), reitero a **incompatibilidade**, a meu juízo, da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial com o direito fundamental social à moradia, bem como com o princípio isonômico, veiculado no art. 5º, *caput*, da Magna Carta. Se na garantia prestada em contrato de locação residencial é possível contrapor o direito à moradia dos fiadores ao igualmente relevante direito à moradia dos locatários, como apontado nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, o mesmo não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial. (grifo dos autores)

Como toda decisão emanada do Poder Judiciário está pré-disciplinada pelas normas constitucionais, evidencia-se que referido pronunciamento judicial, ao distinguir a situação envolvendo a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação comercial, analisou a questão sob o enfoque dos valores constitucionais, assim compreendidos como o da dignidade da pessoa humana, proteção da família e da moradia, dando, ao caso analisado, uma interpretação conforme a Constituição, a qual consiste, nos termos da orientação do STF, em “princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade¹⁴, e não apenas simples regra de interpretação” (BRASIL, 1987).

5. Direito à Moradia em tempos de pandemia

¹⁴Gabriel Dias Marques da Cruz (s/d) afirma que “As decisões de controle de constitucionalidade tomam por base uma escolha extremamente difícil: reconhecer se ocorre ou não, em algum caso específico, a compatibilidade de alguma lei ou ato normativo diante da Constituição Federal, legislação que ocupa patamar hierarquicamente privilegiado em nossa ordem jurídica.

Em setembro de 2020 foi instituído um grupo de trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que acompanhará a proteção e a implementação dos princípios de direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário. Denominado de observatório de direitos humanos, competirá ao grupo a interlocução e articulação da Justiça com instituições nacionais ou internacionais que atuem na área de proteção aos direitos humanos, assim como parcerias para intercâmbio de informações, experiências e projetos ligados à tutela dos direitos humanos (BRASIL, s/d).

Um primeiro passo para a superação de violações aos direitos humanos é a observância das próprias decisões judiciais. Não raras vezes a inércia de Cortes nacionais é um dos fatores determinantes para o reconhecimento de tais violações. Cite-se, por exemplo, o caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sob o ponto de vista da proteção da pessoa humana, nota-se verdadeira incongruência entre a orientação do STJ quanto à garantia da locação residencial e comercial. Em que pese seja indiscutível a diferença substancial em relação à finalidade das duas modalidades de locação, a situação do fiador é muito semelhante nos dois casos. Mais do que isso, na prática o fiador é mais propenso a garantir uma locação residencial (por afinidade ou compadecimento com o locatário) do que uma com finalidade comercial. A diferença de tratamentos deveria pautar-se na modalidade de contratação celebrada, se houve negociação ou se o contrato foi celebrado sob a forma de adesão. A inclusão de cláusulas restritivas de direito, como a de renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, por exemplo, é excessivamente onerosa para o fiador.

6. Considerações Finais

Buscou-se, no presente artigo, analisar os fundamentos dogmáticos utilizados pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do

recurso extraordinário nº 605.709/SP, que reconheceu a impossibilidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

Para tanto, demonstrou-se que a moradia foi inserida na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, passando a gozar, portanto, de especial tutela estatal, a ser prestada inclusive pelo Poder Judiciário, tanto em defesa de atos praticados pelo Estado quanto por particulares. Simultaneamente relatou-se as dificuldades para implementação de políticas públicas para assegurar moradia digna a todos que necessitam, o que acarretou na compreensão de que aludido direito fundamental não possui eficácia social, já que não se encontra presente na vida dos indivíduos.

A Lei nº 8.245/1991 alterou a Lei nº 8.009/1990, para permitir a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade desta constrição, sob o entendimento de que ela representa um estímulo à locação residencial para locatários, em razão das dificuldades para o oferecimento de garantias. Ocorre que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 605.709/SP, firmou, por maioria, o entendimento de que não seria possível a penhora do bem de família do fiador nas locações comerciais, notadamente porque o posicionamento anterior aplica-se apenas às locações residenciais.

Assim, demonstrou-se que o fundamento dogmático desse entendimento reside na aplicação da interpretação conforme a Constituição – expediente no qual se verifica a obrigatoriedade de se analisar as leis para que elas atendem aos valores estabelecidos na Constituição da República, tais como a dignidade da pessoa humana, família e o direito fundamental social à moradia. Tal noção decorre da

circunstância de que a Constituição Federal de 1988 passou a ocupar o ápice do ordenamento jurídico, sendo suas normas são dotadas de eficácia normativa e de caráter vinculativo em relação às leis vigentes.

Trata-se, assim, de expediente destinada às situações em que uma determinada lei admite mais de um tipo de interpretação e que visa, em atendimento ao princípio da supremacia da Constituição e da eficácia normativa de suas normas, a busca de um significado que atende aos valores substantivos elencados na Constituição da República.

Referências

ALEXY, Robert; Teoria dos direitos fundamentais; tradução: Virgílio Afonso da Silva, 2^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, André Gustavo C. de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. Revista da EMERJ, vol. 6, n° 21, 2003, p. 119. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 22 jan 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de direito administrativo, vol. 240, abr-jun/2005, p. 83-103. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 03 fev 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 03 fev 2021.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 24 jan 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, vol. 6, n° 23, 2003, p. 25-65. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 22 jan 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jan 2021.

BRASIL. Decreto n° 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 18 jan 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n° 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera o art. 6° da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em: 18 jan 2021.

BRASIL, Lei n° 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 20 jan 2021.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre a locação de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 20 jan 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 950.663/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 jan 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 549. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jan 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema/repetitivo 708. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jan 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 605.709/SP, Rel.: Min. DIAS TOFFOLI, Relª. p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 12/06/2018, DJe 18-02-2019. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jan 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Representação nº 1.417-7-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09/12/1987. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 fev 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário nº 612.360/SP. Tribunal Pleno, j. 13/08/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 295 de repercussão geral. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan 2021.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2016.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. STF, Interpretação conforme a Constituição e reserva de plenário. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/stf-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-reserva-de-plenario>>. Acesso em: 05 fev 2021.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério; tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 21-29.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dalabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, vol. 48, nº 189, jan-mar/2011, p. 105-131. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>>. Acesso em: 22 jan 2021.

FRIEDE, Reis. Princípios de interpretação constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, vol. 12, nº 3, 3º quadrimestre de 2017. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 03 fev 2021.

HART, H. L. A. O conceito de direito; tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HARTMANN, Michelle Chalbaud Biscaia. Ativismo judicial e a concretização de prestações sociais. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 9, nº 9, jan-jun/2011, p. 153-169. Disponível em: <www.unibrasil.com.br>. Acesso em: 19 jan 2021.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O direito fundamental à moradia como direito humano e a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. Revista de Direito Constitucional e Internacional, DTR\2019\17, vol. 111, jan-fev/2019. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 19 jan 2021.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução de João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. Revista Sequência, nº 56, jun/2008, p. 156. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151/13675>>. Acesso em: 24 jan 2021.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O percurso entre regras e princípios. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, vol. 1, p. 339-354.

MACCORMICK, Neil. H. L. Hart; tradução Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MASTRODI, Josué; ROSMANINHO, Mariane Dantas. O Direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 14, nº 14, jul-dez/2013, p. 113-114. Disponível em: <www.unibrasil.com.br>. Acesso em: 20 jan 2021.

MASTRODI, Josué; ROSSI, Renan Alarcon. Direito fundamental à moradia: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao direito de propriedade. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 17, nº 17, jan-jun/2015, p. 168-187. Disponível em: <www.unibrasil.com.br>. Acesso em: 20 jan 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Revista Tributária e de Finanças Públicas, DTR\1993\378, vol. 4, jul-set/1993. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 fev 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/artigo-25-direito-a-um-padrao-de-vida-adequado/>>. Acesso em: 18 jan 2021.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, DTR\2003\818, vol. 3, ago/2011. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 19 jan 2021.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização jurídica. Revista Direito GV, vol. 2, nº 1, jan-jun/2006, p. 191-210. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-3>>. Acesso em: 04 fev 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na democracia. Revista da AJURIS, vol. 41, nº 135, set/2014, p. 173-187. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/>>. Acesso em: 04 fev 2021.

Artigo recebido em: 08/11/2021

Aceito para publicação em: 23/03/2022.

Geração Distribuída e o Princípio da Segurança Jurídica

Distributed Generation and the Principle of Legal Certainty

Pedro Andrade Matos¹

Stefano Dutra Vivenza²

Resumo: Este artigo busca analisar a expansão da Geração Distribuída no Brasil, tendo como ponto de partida a Resolução Número 482/2012 da Aneel, que regulamentou a implantação do Sistema de Compensação de Consumo de Energia Elétrica. Foi analisado o contexto da implantação do referido Sistema bem como os questionamentos que surgiram ao longo do tempo, que por sua vez geraram uma primeira Revisão do Sistema de Compensação e que no atual momento (2020) está em nova Revisão, sob intensa discussão e desafio de conciliar a expansão do sistema versus a manutenção ou não dos benefícios para os que a eles aderem. Foi discutida e analisada a proposta de alteração regulatória sob o prisma do princípio da segurança jurídica. Ao final se verificou que a mudança na regulação de forma abrupta carrega consigo todas as indícios de uma violação ao princípio da segurança jurídica (por retroceder de forma mais gravosa, prejudicando investidores do setor) como também ao princípio constitucional da preservação do meio ambiente, pois tais alterações irão dificultar a expansão e até mesmo reduzir a prática da geração descentralizada no país, desestimulando uma conduta que está em plena conformidade com a ideia de desenvolvimento sustentável, uma vez que se mostrou muito mais eficaz e com menos degradação que a geração centralizada.

Palavras Chave: Energias renováveis; Geração distribuída; Regulação econômica; Desenvolvimento sustentável.

Abstract: The objective of this article is to analyze the expansion of Distributed Generation in Brazil, starting with Aneel Resolution Number 482/2012, which regulated the implementation of the Electricity Consumption Compensation System. The context of the implementation was analyzed, as well as the questions that came over time, which led to the first Review of the Compensation System and which is under a new Review in 2020, under intense discussion and challenge to reconcile the expansion of the system versus the maintenance or not of the benefits for those who are adept to them. The proposed regulatory change is discussed and analyzed under the prism of the principle of legal certainty. In the end it was concluded that the abrupt change in regulation brings all the signs of a violation of the principle of legal certainty as well as the constitutional principle of environmental preservation, since such changes will decrease expansions and even reduce the practice of decentralized generation in the country, discouraging a conduct that is completely in line

¹ Doutor em Relações Internacionais. Professor, com estágio pós-doutoral (PNPD) na Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: matooscv@hotmail.com

² Advogado, economista e mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC

with the idea of sustainable development, since it has proved to be much more effective and with less degradation than centralized generation

Keywords: Renewable energy; Distributed generation; Economic regulation; Sustainable development.

1. Introdução

O sistema elétrico Brasileiro foi constituído ao longo de décadas a partir de uma matriz na qual se privilegiou a fonte hidráulica, escolha esta baseada não somente na abundante disponibilidade de potenciais hidráulicos por todo o território nacional bem como na própria tecnologia de geração e conseqüente custo, bastante inferior ao de outras fontes alternativas (não necessariamente sustentáveis), tais como biomassa, nuclear, térmicas.

A partir desta expansão e dada a própria dinâmica de desenvolvimento regional, na qual basicamente 60% da demanda elétrica estar concentrada no eixo sudeste, surgiram para os responsáveis pelo planejamento da expansão energética o desafio de conciliar a construção de usinas cada vez mais distantes dos centros consumidores, o que, além de desafios técnicos (pois as usinas mais baratas eram sempre as primeiras a serem construídas), gerou para o país a necessidade de construção de extensas linhas de transmissão, que pelo custo e complexidade de sua operação, levaram a uma crescente necessidade de se buscar alternativas à geração centralizada bem como aos custos inerentes a este sistema.

Ademais, no que concerne ao consumidor final, principalmente o pertencente à classe residencial, têm-se que a ele sempre foi dada uma figura mais passiva, dependente das escolhas e da relação com a distribuidora à qual estava vinculado, o que no caso do Brasil, intrinsecamente ligado ao local no qual o mesmo reside, vez que o serviço de distribuição de energia elétrica é atividade sujeita à concessão de

serviços públicos, não podendo o consumidor escolher de onde comprar sua energia, no caso de consumidores de baixa tensão/menor consumo.

Com o objetivo de modernizar o sistema de geração de energia e ao mesmo tempo promover o incremento da implantação de energias renováveis, a Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL, publicou a Resolução Normativa N° 482/2012, no dia 17 de abril de 2012.

De uma forma mais simples, pode-se considerar que com a resolução normativa abriu-se a possibilidade de o consumidor gerar sua própria energia e fornecer o excedente ao mercado, daí o nome micro e mini geração distribuída, pois acontece de forma descentralizada, em geral próximas ou até dentro das unidades consumidoras, como é o caso, por exemplo das placas fotovoltaicas instaladas nas residências.

Através da disseminação da geração distribuída o órgão regulador tinha como premissa, do ponto de vista técnico, alguns benefícios ao sistema elétrico como um todo, advindos da postergação de investimentos em expansão dos sistemas de transmissão, redução do impacto ambiental, redução das perdas e a diversificação da matriz energética. Dentre os principais objetivos estratégicos inicialmente considerados que levaram à edição da REN 482/2012, no que concerne também a sociedade civil, temos os seguintes: Economia Financeira, Consciência Ambiental e Autosustentabilidade (ANEEL, 2018).

A iniciativa da agência reguladora brasileira em implantar o modelo de geração distribuída em muito se assemelhava a modelos que já eram realidade em outros países, principalmente os países da Europa Continental e os Estados Unidos, porém com o desafio de o Brasil se tratar de um país de proporções continentais e ter, dentro do seu território, realidades socioambientais bastante diversas, o que já naquele momento representava um desafio à implantação bem sucedida do modelo.

Adicionalmente, ao contrário do que ocorre em outros países, a regulação do setor elétrico no Brasil é federal, além da gestão e operação do sistema feitas de forma centralizada, a cargo do Operador Nacional do Sistema, ONS, responsável pela gestão e controle de despacho das usinas conectadas ao SIN, Sistema Integrado Nacional, o que confere maior complexidade às decisões de implantação de cargas, leia-se, oferta de energia, em várias regiões do país, que é justamente o que a geração distribuída faz.

O que se notou ainda no início da implantação da REN 482/2012 foi de que o crescimento da implantação da micro e mini geração distribuída necessitava não somente de um ambiente econômico favorável, bem como de um marco regulatório claro e incentivos diretos, como se verá ao longo do artigo. Nesse sentido, cumpre dizer que a metodologia utilizada para este trabalho foi a pesquisa exploratória e dedutiva a partir de bibliografia e documentos legais sobre o tema.

Para um melhor desenvolvimento e compreensão, este trabalho foi dividido em três capítulos, de modo que no primeiro se faz um estudo sobre o conceito de geração distribuída, no segundo, se discute a implementação de tal modalidade no Brasil, passando pelos principais dados e modificações regulatórias e no terceiro se discute as mudanças de legislação e eventual violação ao princípio da segurança jurídica. Ao final o trabalho apresenta suas considerações finais.

2. Do conceito de geração distribuída

Em termos gerais, a geração distribuída pode ser entendida como uma fonte de energia elétrica conectada de forma direta à rede de distribuição. Partindo desse princípio, é possível afirmar que a geração distribuída pode funcionar através de variadas fontes de energia sustentáveis, como a solar, eólica e provenientes de usinas hidroelétricas.

Sobre o conceito de geração distribuída, Marcos Vinícios Xavier Dias (2005) explica que não é tão recente. Segundo o autor, Thomas Edison já havia construído em Nova Iorque um sistema de geração distribuída em 1882:

O termo geração distribuída pode parecer novo, mas sua concepção na época não é tão recente assim. Thomas A. Edison concebeu e instalou o primeiro sistema de geração de energia em Nova York no ano de 1882. Na rua chamada Pearl Street ele construiu a primeira central de geração que fornecia energia para lâmpadas incandescentes de cerca de 259 clientes em uma área de aproximadamente 1 km. Essencialmente, este é o conceito mais simples de geração distribuída, uma fonte geradora localizada próxima à carga. (DIAS, 2005)

A geração distribuída também é conhecida pelo termo geração descentralizada, de modo que Afonso Henriques Santos em sua tese de doutorado na década de 80 já lecionava sobre a matéria afirmando se tratar daqueles sistemas “cuja potência instalada em uma de suas PCH's é significativa na contabilidade de sua capacidade total.” (SANTOS, 1987).

Apesar de várias definições encontradas nas mais diversas doutrinas, autores como Ackermann, Andersson e Söder (2001), El-Khattam e Salama (2004), Dias, Bortoni e Haddad (2005), Lora e Haddad (2006) e Rodrigues (2006) defendem que os conceitos acadêmicos de geração distribuída ainda não apresentam muita consistência entre si e não há uma definição predominante majoritariamente aceita (SEVERINO, 2014). Muito se discute na doutrina sobre conceitos básicos presentes nas diversas definições sobre geração descentralizada, como é o caso de “usinas de grande porte”:

Então, é correto concluir que a geração tradicional, em geral, é constituída por usinas de grande porte que estão distribuídas geograficamente, sendo que a literatura especializada na época definiu consensualmente o que são usinas de grande porte muito menos qual é o grau de distribuição da geração em determinada região que permite qualificar se a geração é centralizada ou distribuída. (SEVERINO, 2014)

Para fins do estudo do presente artigo, deve-se utilizar o conceito de geração distribuída como sendo a energia elétrica gerada no sítio de consumo ou próximo a ele, sendo válida para diversas fontes de energia renováveis como a energia solar, eólica e hídrica. Tal definição foi a mais encontrada nas pesquisas realizadas e ponto de maior consenso entre os autores. Também é o conceito que mais se aproxima da legislação brasileira que será estudada mais à frente.

A geração distribuída vem ganhando cada mais espaço e importância nas sociedades do século XXI, uma vez que, com o aumento expressivo do consumo de energia e com o aumento das populações das cidades, os sistemas elétricos convencionais demonstram muita dificuldade para garantir um serviço com a eficiência:

Os sistemas elétricos convencionais não conseguem garantir o suprimento sustentável de energia elétrica com a abrangência e a qualidade exigidas pela sociedade do século XXI. Esse fato, associado ao enorme avanço tecnológico dos últimos anos, abriu razoável espaço para a expansão da geração distribuída (GD), que tem como seus principais focos o fornecimento de energia elétrica a quem ainda não tem acesso a ela e a redução dos impactos ambientais da geração centralizada convencional. (SEVERINO, 2014)

Como bem destaca Mauro Moura Severino (2014), a geração descentralizada também contribui para o desenvolvimento sustentável, uma vez que apresenta menos impacto ambiental quando comparada com a convencional. Em seu artigo, o autor ainda cita uma fala de um pesquisador de um centro de pesquisa americano chamado *Worldwatch Institute* (WWI), demonstrando a necessidade da economia atual por geração de energia através de microfuentes muito menos poluidoras:

[...] o tipo de energia de alta confiabilidade necessária para a economia atual só poderá se fundamentar em uma nova geração de aparelhos de microenergia que estão chegando ao mercado. Isso permitiria aos lares e empresas produzirem sua própria eletricidade, com muito menos poluição. (SEVERINO, 2014)

Em momento posterior, o autor cita Seth Dunn (2000) para defender que tendências tecnológicas, econômicas e ambientais do século XXI têm a capacidade de alterar a ideia de geração de energia, de modo que um modelo descentralizado e de menor escala passaria a ser mais interessante (SEVERINO, 2014). A ideia de geração distribuída ganha mais força quando analisada no contexto brasileiro.

3. Utilização da geração distribuída no Brasil

De acordo com Federico Marques (2004), o que impulsionou a utilização da geração descentralizada no Brasil foi a crise elétrica de 2001. Após tal crise, o país passou a se atentar com mais rigor sobre quais, efetivamente, seriam as vantagens de um sistema de geração centralizado totalmente dependente de questões naturais incertas como é o caso do regime de chuvas.

Muitos cidadãos passaram a optar pelo sistema de geração distribuída para não ficarem refém de altas tarifas ou serem prejudicados por constantes interrupções no fornecimento, sem contar que o excesso de energia gerada pode ser comercializado com as companhias de distribuição, possibilitando que o cidadão comum participe e obtenha lucros com o mercado de energia, estimulando o desenvolvimento e a economia:

Devido à recente crise energética que o país atravessou, as vantagens da geração centralizada e dependente do regime de chuvas foram postas em questão. A geração própria é uma opção para o consumidor que não deseja ser prejudicado por eventuais interrupções no fornecimento de energia e nem pagar tarifas mais elevadas nos horários de pico. Além disso, o excesso da geração própria pode ser vendido para as companhias de distribuição, possibilitando que o produtor independente tenha lucros participando ativamente do mercado de energia elétrica. A geração distribuída proporciona diversos benefícios, pelo fato de ser uma geração que se localiza próxima à carga. Além disso, permite o atendimento da demanda crescente de forma rápida, já que a construção de grandes usinas hidrelétricas, que é o modelo de geração mais usado no Brasil, é um processo demorado. Com isso a inserção de geração distribuída no sistema brasileiro tende a se tornar a

cada ano mais comum, como tem ocorrido no exterior. (MARQUES, 2004)

Na citação, observa-se, inclusive que o autor faz uma crítica à demora na construção das hidrelétricas, de modo que a geração descentralizada poderia suprir com muito mais facilidade o aumento da demanda no setor elétrico, além do fato de que podem ser utilizadas diversas fontes de energia renovável. Em sua tese de doutorado, inclusive, Mauro Severino (2008) disserta sobre como tal sistema de geração de energia pode solucionar problemas e levar eletricidade para comunidades isoladas na Amazônia.

Após a introdução de tal sistema de geração de energia no país, verificou-se grande interesse de empresas pelo mercado de energia devido à geração distribuída, não só no sentido de produzir sua própria eletricidade, evitar custos e divulgar práticas condizentes com o desenvolvimento sustentável em seu empreendimento, como também para exportarem seu excedente e lucrarem com isso:

Empresas do setor sucro-alcooleiras, fábricas de fertilizantes, empresas do setor alimentício, em geral um grande ramo da indústria nacional começou a ter interesse pelo mercado de energia. A partir da possibilidade dos investimentos serem facilitados pela abertura de linhas de crédito e da liberalização do mercado de energia, um número considerável de empresas passou a produzir sua própria energia através de um resíduo produzido inevitavelmente em seu processo e tornado agora em uma fonte calórica, habilitando assim tais empresas a gerarem sua própria energia e exportarem seu excedente de potência. (MARQUES, 2004)

No que diz respeito à legislação pátria sobre o tema, a definição de geração distribuída é feita pelo Artigo 14º do Decreto Lei nº 5.163 de 2004:

Considera-se geração distribuída a produção de energia elétrica proveniente de agentes concessionários, permissionários ou autorizados, conectados diretamente no sistema elétrico de distribuição do comprador, exceto aquela proveniente de: I - hidrelétrico com capacidade instalada superior a 30 MW; e II - termelétrico, inclusive de cogeração, com eficiência energética inferior a 75%. (BRASIL, 2004)

Mais a frente, em 2012, foi criada a Resolução Normativa 482 que estabelece as condições regulatórias para a inserção da referida modalidade de energia na matriz energética brasileira.

A partir de tal ponto, vale um estudo sobre a utilização da geração distribuída ao longo da vigência da Resolução Normativa 482 de 2012. Tal resolução foi muito criticada por ser extremamente restrita e, de certa forma, desestimular o investimento na Geração descentralizada. No próximo item serão analisados dados obtidos durante a vigência da referida norma.

3.1. Desenvolvimento da Geração Distribuída no período 2012 a 2015 (Vigência da Resolução 482/2012)

No período que compreende o mês de abril de 2012 até meados de 2015, o crescimento do mercado de geração distribuída foi bastante inexpressivo, conforme é possível observar no gráfico abaixo, extraído de estudo conduzido pela própria ANEEL (2017):



Figura 1: Número de micro e minigeradores até 23/05/2017

Apenas para se ter uma dimensão da pouca penetração da geração distribuída no período de quase três anos da edição da REN482/2012,

temos que ao final de 2015 apenas 385 unidades consumidoras estavam inseridas neste nicho regulatório, sendo que naquele momento o Brasil contava com dezenas de milhões de unidades consumidoras pertencentes à “classe residencial”.

Dentre os fatores que levaram a este relativo fracasso até aquele momento, pode-se citar a falta de conhecimento da população em relação ao mecanismo de compensação de consumo de energia, a demora nas concessionárias em atender os pedidos de conexão e adesão ao regime de compensação, a pluralidade de regras, muitas vezes contraditórias, referentes ao Sistema de Compensação, bem como a impossibilidade de adoção de regimes mais inovadores para possibilitar a expansão desta modalidade (ANEEL, 2012).

Atenta às queixas dos consumidores e também dos (até então) incipientes investidores do setor, a ANEEL revisou a REN 482/2012, o que foi feito através de uma nova Resolução Normativa, a REN 687/2015, publicada no dia 24 de novembro de 2015.

A nova resolução, em seu artigo 1º, criou várias novas formas possíveis de se aderir ao Sistema de Compensação de Energia Elétrica, que antes inexistiam, além de novas conceituações e definir melhor o que é microgeração e minigeração distribuída, além do sistema de compensação de energia elétrica:

I - microgeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 75 kW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras; II - minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 kW e menor ou igual a 3 MW para fontes hídricas ou menor ou igual a 5 MW para cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou para as demais fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras; III - sistema de compensação de energia elétrica: sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo

gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa. (ANEEL, 2015)

Adicionalmente, como instrumento de incentivo aos futuros consumidores e investidores, convém destacar também outras alterações benéficas: Aumento do tempo para compensação de 36 meses para 60 meses; Possibilidade de uso de qualquer fonte renovável; Criação de formulários padrão para realização da solicitação de acesso pelo consumidor; Prazo total para a distribuidora conectar usinas de até 75 kW, que era de 82 dias, foi reduzido para 34 dias (ANEEL, 2015).

Pode-se afirmar que a publicação da REN 687/2015 foi de facto o marco da criação do mercado de geração distribuída, responsável pelo seu crescimento exponencial, como será adiante analisado, que além de gerar um crescente aumento do interesse de novos consumidores aderirem ao sistema, aumentou também as críticas ao sistema implantado.

3.2. Desenvolvimento da Geração Distribuída no período 2016 a 2019 (após a edição da resolução 687/2015)

Em face dos inúmeros incentivos criados pelo novo marco regulatório pela própria ANEEL, o que se notou no período de 2016 a 2019 foi um crescimento exponencial na adesão de unidades consumidoras ao Sistema de Compensação de Energia Elétrica, sejam estas unidades consumidoras residenciais sejam elas comerciais.

No final de 2019 o número de unidades consumidoras que já estavam inseridas dentro do regime de compensação de energia atingiu a marca de cento e sessenta e duas mil novecentas e vinte e nove conexões, com uma potência instalada de 2.053MW, volume equivalente a várias usinas de grande porte, conforme dados compilados pela Associação Brasileira de Geração Distribuída, ABGD (2020).

Pode-se observar que a potência instalada atingida ao fim de 2019 era quase sete vezes a capacidade prevista pela ANEEL quando propôs a reforma da REN 482 no ano de 2015, e a quantidade de unidades consumidoras conectadas quase 100% superior ao previsto (ANEEL, 2017).

Quando se leva em consideração que por dois anos consecutivos o Brasil apresentou recessão econômica no período (2015/2016) além de crescimento muito baixo no triênio seguinte, é possível perceber que o crescimento da geração distribuída pouco teve a ver com o desempenho da economia, porém sim com os incentivos que eram gerados aos consumidores que ao sistema aderiam, fruto principalmente de uma redução no valor mensal de sua conta de energia bem como uma maior previsibilidade na evolução da mesma. Em alguns casos o retorno do capital investido chegava a 24 meses, tamanho era o benefício gerado pela adesão ao sistema.

Por representar quase 94% do total de capacidade instalada na geração distribuída, a energia de fonte fotovoltaica foi uma das fontes mais beneficiadas pela expansão do segmento, fruto não só da redução contínua do custo de instalação de painéis solares que os tornam mais competitivos, bem como pela própria característica dos mesmos, que são por natureza os mais indicados para instalação em residência, apesar de já estarem sendo desenvolvidos projetos de grande porte para abrigar o consumo de grandes redes de varejo que ingressaram no segmento de geração distribuída (ABSOLAR, 2020).

De forma inegável a implantação do Sistema de Compensação de Energia representou um êxito, porém o seu crescimento exponencial gerou inúmeras críticas por parte das concessionárias de energia elétrica, em especial as distribuidoras de energia, que estavam sendo impactadas em

suas receitas, bem como na própria estrutura de custos e operação de um sistema cada vez mais complexo.

A própria ANEEL reconheceu que os incentivos dados foram muito grandes, e iniciou no ano de 2019 uma consulta pública com o objetivo de revisar a REN 482/2012, o que abriu um novo capítulo de discussão e incerteza no setor de geração distribuída.

3.3. Proposta de Revisão REN 482/2015

No dia 15 de outubro de 2019 a Aneel decidiu pela abertura da consulta pública de nº1/2019 para debater as propostas por parte da sociedade civil relativas à proposição da agência reguladora de uma reforma ampla na REN 482/2012, que já estava prevista quando das alterações normativas de 2015, em virtude da grande inserção da geração distribuída no país, foram bastante substanciais, o que gerou um grande debate por parte do setor (ANEEL, 2019).

Em linhas gerais a ANEEL propôs uma redução nos benefícios gerados pela adesão ao sistema de compensação de energia, através da retirada gradual dos subsídios gerados pela regulação atual, bem como da mudança abrupta em um dos nichos que mais crescem, o do chamado autoconsumo remoto. O autoconsumo remoto é a modalidade na qual, conforme definição da própria ANEEL na REN687/2015:

VIII – autoconsumo remoto: caracterizado por unidades consumidoras de titularidade de uma mesma Pessoa Jurídica, incluídas matriz e filial, ou Pessoa Física que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras, dentro da mesma área de concessão ou permissão, nas quais a energia excedente será compensada. (ANEEL, 2015)

Em virtude da regulação criada pela própria ANEEL, nesta modalidade de autoconsumo remoto é possível que uma unidade consumidora produza a sua própria energia a muitos quilômetros de distância (desvirtuando o conceito de geração distribuída) e possa

compensar em locais diversos do mesmo, desde que seja na própria área de concessão. Esta modalidade de adesão tem sido a escolhida por grandes grupos empresariais, os quais por possuírem diversos estabelecimentos, geram a energia em um só lugar e depois fazem a divisão entre diversos CNPJs e filiais, ao passo que utilizam da rede da distribuidora sem pagar efetivamente por isso.

Pela proposta da ANEEL os incentivos dados para o autoconsumo remoto seriam basicamente extintos, o que gerou enorme repercussão e pressão de entidades, uma vez que grande parte dos investimentos do setor é capitaneada por multinacionais e investidores institucionais, que constroem as usinas e em seguida arrendam as mesmas para os consumidores.

4. Da inobservância do princípio da segurança jurídica na regulação da geração distribuída

O princípio da segurança jurídica está previsto no artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999)

Ademais, o inciso XIII, do parágrafo único, do artigo citado, disciplina que a Administração Pública deve respeitar o critério da “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação” (BRASIL, 1999).

Como se observa no caso concreto discutido no presente trabalho, existe o risco de que a regulamentação atual sobre geração distribuída se altere e traga consequências negativas para investidores do setor. Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro, faz importante ponderação em sua obra sobre direito administrativo. Sua dissertação sobre a segurança

jurídica no direito regulatório está em perfeita sintonia com o assunto tratado no presente artigo:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. (DI PIETRO, 2001, P. 85)

Nesse ponto vale até uma menção ao fato de que um eventual retrocesso na legislação da geração distribuída, no sentido de dificultar a expansão, ou até mesmo provocar retração da modalidade, poderia configurar uma violação ao princípio constitucional da preservação do meio ambiente, disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, uma vez que já é comprovado através dos estudos citados ao longo do artigo que tal sistema de geração de energia apresenta menos degradação ambiental que a geração concentrada, estando em perfeita sintonia com o conceito de desenvolvimento sustentável difundido na Carta Magna.

Sobre os prejuízos pela alteração na regulamentação, o presidente do Sindicato das Indústrias de Energia e de Serviços do Setor Elétrico do Estado do Ceará, Benildo Aguiar disciplina:

A mudança das regras atuais pode resultar em uma redução significativa da energia a ser compensada, que varia entre 28% e 62% da energia gerada e injetada na Rede, provocando menos investimentos, desemprego e um retrocesso do ponto de vista da geração de energia limpa e sustentável, por conta da maior utilização das usinas termelétricas. (AMBIENTE ENERGIA, 2019)

Diversos pontos previstos para alteração causam temor aos investidores de tal mercado:

Outra preocupação do setor é o modelo de valoração da energia elétrica gerada pelo consumidor, cujas alterações podem influenciar no benefício econômico na geração distribuída. Empresários e especialistas acreditam que ainda é muito cedo para qualquer alteração no sistema atual de compensação. (PORTAL SOLAR, 2018).

Como se observa após o estudo, a geração distribuída apresentou melhorias em diversos setores da sociedade brasileira, desde aspectos econômicos e atratividade de investimentos no setor elétrico, até fortalecimento e incentivos para o desenvolvimento sustentável através da utilização de fontes de energia renováveis:

[...] a Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR) divulgou um levantamento no qual aponta que, para cada R\$ 1 investido em sistemas fotovoltaicos de pequeno e médio portes o setor devolve mais de R\$ 3 em ganhos elétricos, econômicos, sociais e ambientais. Segundo a associação, o cálculo foi feito a partir dos dados de mercado, levando em consideração os incrementos de arrecadação dos governos federal, estaduais e municipais decorrentes dos investimentos e a geração de novos empregos e renda no país com os negócios e projetos desenvolvidos desde 2012, entre outros importantes indicadores. (CANAL ENERGIA, 2020)

Como se percebeu através dos números demonstrados, a legislação tem grande poder quando o assunto é atratividade de investimentos, crescimento e desenvolvimento de determinada área econômica. Verificou-se que a Resolução 482/2012 da Aneel trazia diversos empecilhos para o crescimento da Geração Distribuída no país. Quando surgiu uma nova legislação e pontos da resolução foram rediscutidos e flexibilizados, o investimento na geração descentralizada evoluiu de maneira exponencial, atraindo novos investidores e desenvolvendo o setor.

Contudo, percebe-se que a Aneel tende a retroceder e voltar a restringir diversos pontos anteriormente flexibilizados causando grande preocupação e riscos à tal setor de geração distribuída, visando privilegiar o monopólio das empresas distribuidoras, causando um retrocesso econômico, social e ambiental:

Assim define seu sentimento o presidente da Associação Brasileira de Geração Distribuída (ABGD), Carlos Evangelista "A sugestão divulgada agora não busca o equilíbrio do mercado, e sim a perpetuação do monopólio das distribuidoras", acusa. Segundo o dirigente, a ideia atual foi mal vista pelo mercado, por quase todos os agentes, o único setor que avaliou bem foi o das distribuidoras. Para Evangelista, sem dúvida, se aprovada, essa medida vai refrear o crescimento da geração

distribuída no País. "As análises que fizemos demonstram que, em praticamente todos os estados, a geração distribuída fica inviável", alerta. O presidente da ABGD comenta que o tempo de retorno financeiro com a atividade cresce para 25 anos ou mais (a média atual no País, segundo a associação, está entre quatro e nove anos). "Ou seja, vai cair bastante o desenvolvimento das energias renováveis no Brasil, principalmente na área de micro e minigeração distribuída", adianta. (JORNAL DO COMÉRCIO, 2019)

Como se observa, o cenário atual é de grande insegurança jurídica e regulatória para todos que investem em geração distribuída. Medidas como garantir um período de carência para a aplicação das possíveis novas regras aos investidores já inclusos no setor estão sendo avaliadas de acordo com a ANEEL (2019), contudo, os investidores alegam que não é o suficiente.

De fato, se verifica que a mudança na regulação da geração distribuída carrega consigo todas as características de uma eventual violação ao princípio da segurança jurídica (por retroceder de forma mais gravosa, prejudicando investidores do setor) bem como ao princípio constitucional da preservação do meio ambiente, uma vez que tais mudanças podem dificultar o crescimento e até mesmo reduzir a prática da geração descentralizada no país, desestimulando uma conduta que está em plena conformidade com a ideia de desenvolvimento sustentável, já que se provou mais eficaz e menos poluidora que a geração centralizada. Além de todos esses fatos, verifica-se, também, um aumento do chamado "risco brasil" na visão de futuros investidores que acompanharam o caso, de modo que, ao surgir oportunidades de investimento no país o medo de mudanças regulatórias será sempre levado em consideração de forma negativa.

5. Conclusão

Após toda a pesquisa realizada, se concluiu que a geração distribuída apresenta diversos benefícios de ordem econômica, social e ambiental ao país, de modo que está em plena conformidade com o

conceito constitucional de desenvolvimento sustentável. Verificou-se, de forma clara e através de dados precisos e atualizados que a legislação impacta diretamente no que diz respeito à atratividade de investimentos para o setor.

Ficou demonstrado que a versão original REN 482/2012 trazia muitas limitações aos praticantes de tal modalidade de geração de energia elétrica, de modo que, após a flexibilização das regras e maior possibilidade de lucratividade e empreendedorismo com a modificação de tal regulamentação pela REN 687/2015, o mercado da geração descentralizada começou a crescer exponencialmente, atraindo fortes investimentos tanto de pessoas físicas como de empresas.

Contudo, ficou claro que a tentativa de revisão da regulação por parte ANEEL configura grave ameaça aos investidores da geração distribuída, principalmente por prever o surgimento de elevados custos no que diz respeito ao sistema de compensação de energia, bem como a redução drástica da prática de autoconsumo.

Tal retrocessão carrega consigo todas as marcas de uma violação ao princípio da segurança jurídica (por retroceder de forma mais gravosa, prejudicando investidores do setor) como também ao princípio constitucional da preservação do meio ambiente, pois tais alterações com toda a certeza irão dificultar a expansão e até mesmo reduzir a prática da geração descentralizada no país, desestimulando uma conduta que está em plena conformidade com a ideia de desenvolvimento sustentável, uma vez que se mostrou muito mais eficaz e com menos degradação que a geração centralizada.

Ademais, observa-se, também, um aumento do “risco brasil” na visão de futuros investidores que acompanham o caso de perto, de modo que, ao surgir oportunidades de investimento no país o medo de mudanças regulatórias e inseguranças jurídicas será sempre levado em consideração

de forma negativa. Uma vez que o futuro já se provou incerto quando o assunto é regulação, tornando as atividades cada vez mais arriscadas e de difícil planejamento.

Referencias

- ABGD, **Cenários ABGD**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://www.abgd.com.br/portal/dados-mercado/>> Acesso em: 30 jun. 2020;
- ACKERMANN, Thomas; ANDERSSON, Göran; SÖDER, Lennart. **Distributed generation: a definition**. In: *Electric Power Systems Research*, Elsevier Science, Oxford, UK, v. 57, n. 3, p. 195–204, 2001;
- AMBIENTE ENERGIA. **Aneel discute hoje novas regras para geração distribuída**. Ambiente Energia Meio Ambiente, Sustentabilidade e Inovação. 2019. Disponível em: <<https://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2019/04/aneel-discute-regras-mudanca-geracao-distribuida/36038>> Acesso em: 30 jun. 2020;
- ANEEL. **Atualização das projeções de consumidores residenciais e comerciais com microgeração solar fotovoltaicos no horizonte 2017-2024**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656827/15234696/Nota+Técnica_0056_PROJEÇÃO+ES+GD+2017/38cad9ae-71f6-8788-0429-d097409a0ba9> Acesso em: 27 jun. 2020;
- ANEEL. **Resolução normativa n 482**, de 17 de abril de 2012. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2020;
- ANEEL. **Resolução normativa n 687**, de 24 de novembro de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015687.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2020;
- BRASIL. **Lei Nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm> Acesso em: 30 jun. 2020;
- CANAL ENERGIA. Insegurança jurídica e regulatória da GD mobiliza edição de livro. 2019. Disponível em: <<https://www.canalenergia.com.br/noticias/53118565/inseguranca-juridica-e-regulatoria-da-gd-mobiliza-edicao-de-livro>> Acesso em: 29 jun. 2020;
- DI PRIETO, MARIA SYLVIA ZANELLA. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001;
- DIAS, Marcos Vinícius Xavier; BORTONI, Edson da Costa; HADDAD, Jamil. **Geração distribuída no Brasil: oportunidades e barreiras**. In: *Revista Brasileira de Energia, Sociedade Brasileira de Planejamento Energético*, Itajubá, Brasil v. 11, n. 2, p. 137–156, 2005;
- DIAS, Marcos Vinícius Xavier. **Geração distribuída no Brasil: oportunidades e barreiras**. Universidade Federal de Itajubá. Itajubá, 2005. Disponível em: <<https://saturno.unifei.edu.br/bim/0029506.pdf>> Acesso em: 28 jun. 2020;
- DUNN, Seth. **Micropower: the next electrical era**. Worldwatch paper 151. Washington: Worldwatch Institute, 2000. Disponível em: <www.worldwatch.org>. Acesso em: 30 jun, 2020;
- EL-KHATTAM, W; SALAMA, M.M.A. **Distributed generation technologies, definitions and benefits**. In: *Electric Power Systems Research*, Elsevier Science, Oxford, UK, v. 71, n. 2, p. 119–128, 2004;
- JORNAL DO COMERCIO. **Retorno com geração distribuída pode cair 60%**. Pouso Alegre, 2019. Disponível em: <

https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2019/10/709344-retorno-com-geracao-distribuida-pode-cair-60.html> Acesso em: 30 jun. 2020;

LORA, Electo Eduardo Silva; HADDAD, Jamil (Coord.). **Geração distribuída: aspectos tecnológicos, ambientais e institucionais**. Rio de Janeiro: Interci- ência, 2006;

MARQUES, Frederico A. S., MORAN, Jesus A., ABREU, Lísias *et al.* **Impactos da expansão da geração distribuída nos sistemas de distribuição de energia elétrica**. encontro de energia no meio rural L 5. Campinas, 2004. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000022004000200004&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 25 Jun. 2020;

PORTAL SOLAR. **Segurança jurídica na mudança de regras na geração distribuída é alívio para setor solar no país**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.portalsolar.com.br/blog-solar/energia-solar/seguranca-juridica-na-mudanca-de-regras-na-geracao-distribuida-e-alivio-para-setor-solar-no-pais.html> Acesso em: 30 jun. 2020;

RODRI GUEZ, Carlos Roberto Cervantes. **Mecanismos regulatórios, tarifários e econômicos na geração distribuída: o caso dos sistemas fotovoltaicos conectados a rede**. 2002. 118 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento de Sistemas Energéticos)–Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002;

SEVERINO, Mauro Moura. **Avaliação técnico-econômica de um sistema híbrido de geração distribuída para atendimento a comunidades isoladas da Amazônia**. Universidade de Brasília. Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6902/1/2008_MauroMouraSeverino.pdf> Acesso em: 26 jun. 2020;

SEVERINO, Mauro Moura; CAMARGO, Ivan Marques de Toledo; OLIVEIRA, Marco Aurelio Gonçalves de. **Geração distribuída: discussão conceitual e nova definição**. Revista Brasileira de Energia, v.14, n.1, p.47-69, 2008. Disponível em: <<http://www.sbpe.org.br/rbe/revista/26/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Artigo recebido em: 30/07/2021

Aceito para publicação em: 22/03/2022.

Precedentes no CPC 2015: Evolução Legislativa e casos de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência no Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Precedents in the CPC of 2015: Legislative evolution and cases of Incidents of Resolution of Repetitive Demands and Incident of Assumption of Jurisdiction in the Federal Regional Court of the 2nd Region

*Adriano Moura de Fonseca Pinto*¹

Resumo: O presente trabalho apresenta comentários a respeito da chegada dos precedentes no CPC 2015 e traz resultados parciais de atividade de pesquisa realizada no ano de 2019 tendo como objeto a análise da fundamentação por precedentes no conjunto das decisões monocráticas e acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Foram analisadas a ocorrência de determinadas expressões jurídicas, incluindo citação a artigos de lei com o objetivo de identificar o perfil de fundamentação das decisões, bem como o tratamento dispensado aos incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência suscitados conforme previsão do CPC 2015 e CRFB 88.

Palavras-chave: Fundamentação. Precedentes. TRF2. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas. Incidente de Assunção de Competência.

Abstract: This paper presents comments on the arrival of precedents in CPC 2015 and brings partial results of research activity carried out in 2019 with the purpose of analyzing the grounds for precedents in the set of monocratic decisions and judgments of the Federal Regional Court of the 2nd Region. The occurrence of certain legal expressions, including citation of articles of law with the purpose of identifying the reasoning profile of the decisions, as well as the treatment given to the repetitive demand's resolution and assumption of competence incidents as per the CPC 2015 forecast were analyzed. CRFB 88.

Keywords: Justification. Precedent. TRF2. Incidents of Resolution of Repetitive Demands and Incident of Assumption of Jurisdiction.

¹ Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá/RJ, onde também é professor na Graduação. Doutor em Direito pela Universidad de Burgos-Espanha. Especialista em História do Direito, Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Membro da Law and Society Association- LSA (Washington, DC - USA).

1. Breves notas: como e quando chegamos com o Direito até os precedentes do CPC 2015.

O Direito é aceito como um referencial teórico para os limites de atuação do poder estatal em face das demais estruturas de poder, de uma sociedade civil e respectivo território, sem prejuízo de uma série de vícios que podem ser suscitados em sua origem e aplicação, bem como variáveis estatais de poder que renegam o Direito na sociedade ocidental, assim conhecemos, envolvendo componentes de autoritarismo militar e religioso em sua roupagem de sustentação e aplicação normativa.

Seja de que modo for, é inegável que os o Direito Positivo ocidental aqui tratado é trabalhado tradicionalmente em dois grandes blocos e suas derivações. Se por um lado temos um Direito de tradição romano-germânica, de leis criadas de modo mais abstrato, de ciência e divulgação mais amplas, por outro, encontramos um Direito tradicionalmente aportado por costumes e jurisprudência, assim entendido como a repetição e aceitação por parte dos juristas, do aproveitamento e encaixe de decisões judiciais pretéritas avaliadas com casos concretos presentes e vindouros.

Em cada um dos blocos, as características iniciais dos sistemas de *civil law* e *common law* foram se transformando e, como vem ocorrendo em várias áreas do conhecimento na sociedade contemporânea mais plural e complexa, os dois blocos acabam se misturando, buscando, através de um sistema híbrido, aproveitar, em tese, o que cada um pode oferecer de melhor na diversidade do mundo fático atual e respectivos casos que chegam aos juízes e tribunais.

As sociedades culturalmente acostumadas à Justiça consuetudinária estão hoje mais vulneráveis à globalização e seus fluxos de pessoas, bens e serviços. Enquanto o fluxo de imigração de pessoas com

origens e hábitos distintos é cada vez mais um diferenciador de cidades, estados e até países, o automóvel, os celulares, o tênis, os hábitos de vestimenta, ginástica e alimentação estão cada vez mais similares em grande parte do mundo ocidental, para não correr o risco de muito avançar ao leste.

O aparente paradoxo traz o que Domenico de Masi chama de sociedade desorientada, acrescentando o sociólogo italiano os componentes do incremento científico da comunicação e tecnologia como um todo nos últimos 50 anos, bem como uma maior conscientização a respeito dos Direitos Humanos.²

E o Direito? Bem, o Direito em cada um dos países e suas organizações estatais e privada não é um conjunto de normas jurídicas materiais e processuais imune à tamanha desorientação à nível global. Ao contrário, duela, as vezes mais, as vezes menos, com o chamado tradicional e o novo, gerando, no tempo e no espaço, uma crescente insegurança jurídica para quem necessita de força pública para exercer direitos e garantias fundamentais, inclusive com envolvendo ideias e teorias neoliberais (MARINONI, 2010, p 43).

Voltando, ainda que rapidamente à realidade social contemporânea, encontramos ainda um outro conflito, um pouco mais velado nos países de tradição de *civil law*, que é justamente a invocação individual do Direito pela lei (aqui em sentido amplo) em contraposição da aplicação coletiva do Direito, seja pela lei, seja por um padrão decisório que pode ser analisado e aplicado em casos futuros, em que indivíduos de uma mesma classe ou categoria de direitos possam levar a juízo ou tribunal.

² A exposição apresenta uma visão completa a respeito das ideias do sociólogo a respeito do atual momento que vivemos, do tempo disponível, da necessidade do ócio criativo e da dificuldade dos sistemas legais mais tradicionais em lidar com tal realidade. O autor traz a necessidade de maior reflexão a respeito dos fatos sociais e sua respectiva regulamentação e todas as implicações a partir daí. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=dQVVgqiV-lc&t=23s>.

Ora, nos países de tradição de *civil law*, como foi o caso do Brasil, o papel de padrões decisórios esteve, predominantemente a cargo e nome da jurisprudência, que entendida como fonte secundária, poderia auxiliar na aplicação da Lei e doutrina. Não vem de outro lugar o mantra: Lei, Doutrina e Jurisprudência que encanta os bancos escolares até hoje, em que pese o cenário normativo brasileiro e atuação de nossos juízes e tribunais estarem pautados em outra realidade fática e jurídica. antes da vigência do diploma processual de 2015, os artigos 458 e seguintes do CPC 1973, associados às disposições da LICC (depois chamada de LINDB), bem como o artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil delimitavam o campo normativo da fundamentação das decisões judiciais e acompanhamentos doutrinários de ponderação de interesses etc. (RODRIGUES, 2015, p. 509).

Com a vigência do CPC 2015 em março de 2016, os julgadores passam, em tese, a dispor de um marco normativo mais objetivo a respeito do tema, embora permaneça um descompasso potencial que permeia o ensino e aplicação prática do direito por seus operadores. Enquanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a Constituição Federal e o Código de Processo Civil 2015 apresentam sensíveis inovações quanto à realidade das fontes jurídicas no sistema processual brasileiro, é possível ainda haver surpresas quando da aplicação de padrões decisórios a casos concretos recém-chegados pelo exercício da ação ou recurso perante o Poder Judiciário.

Mais tardiamente na segunda metade do século XX, em que pese a antecedência pontual do direito material e processual do trabalho, o direito brasileiro começa a conhecer um leque de direitos coletivos em sentido mais amplo, inclusive com afetação ao direito administrativo, tributário, previdenciário, de meio ambiente e do consumidor. Já em sede da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a tutela

coletiva ganha força nas salas do Judiciário de todo o país, em especial nos conflitos de massa (CATHARINA, 2015, p.175) e no Supremo Tribunal Federal com direitos e garantias fundamentais e controle de constitucionalidade difuso e concentrado, a jurisdição constitucional ganha espaço efetivo e reflexo para os demais juízes e tribunais pelo país o posicionamento do Supremo nas décadas pós CRFB de 1988 (WENECK VIANNA, 1999).

Chegamos então a um momento prévio ao CPC 2015 com algumas características; a existência da CRFB 88 garantidora dos Direitos Fundamentais, uma crescente produção legislativa infraconstitucional visando adequar nosso ordenamento jurídico com aparas e novos conceitos, institutos e instituições; uma crescente conscientização da população na busca de seus direitos via Poder Judiciário, gerando um número cada vez maior de processos, na maioria das vezes com causa de pedir e pretensões muito similares; uma reforma da legislação processual que, entre outros pontos (como a busca do consenso por meios alternativos ou adequados), buscou fortalecer a orientação e vinculação de padrões decisórios para novos casos, com a justificativa de trazer mais segurança jurídica, diminuir o número e tempo de duração dos processos entendidos como repetitivos e, com isso, criar referências de consulta jurídica publicizadas a respeito do posicionamento dos tribunais (PINTO, 2007, p. 51).

A síntese acima foi a realidade das três décadas sequenciais à CRFB 88, sem prejuízo de acréscimos que certamente complementam o quadro em outras áreas não tão diretamente relacionadas ao propósito do presente trabalho. A CRFB 88 chega com o direito brasileiro pautado em Lei, Doutrina e Jurisprudência e predominância do sistema de *civil law* e após 25/30 anos o sistema jurídico sofre, no mínimo, uma intervenção que o torna predominantemente híbrido, com a premissa de validade da

norma jurídica oriunda da lei, desde que não haja o tal precedente vinculante.

Então, a partir das normas de controle de concentrado de constitucionalidade do STF, a partir dos anos 1990, a legislação processual brasileira foi sendo trabalhada de modo não só a reconhecer o valor de orientação, de guia, da jurisprudência dos tribunais superiores, mas também e principalmente dos padrões decisórios de caráter vinculante, oriundos ou não da jurisprudência dos casos e casos de um tribunal. Está um primeiro diferenciador da jurisprudência como conhecíamos até então (até o CPC 2015) dos precedentes, assim identificados os padrões decisórios citados nos artigos centrais do tema (926 a 928), sem prejuízo a outros importantes pontos da lei processual, como os artigos 332, 932, 942, 1030 e 1040, que tratam não só dos efeitos, mas que apontam momentos processuais distintos nos quais o direito de ação, defesa ou recurso será encerrado, prematuramente, de acordo com a incidência de um padrão decisório vinculante, tido como precedente.

2. Alterações no CPC 1973 e os precedentes do CPC 2015.

Não obstante o CPC 2015 ter levado a fama, é sabido que desde os meados dos anos 1990 os tribunais já podiam no julgamento dos recursos e processos de competência originária, por lei, por exemplo, negar seguimento em casos de desacordo jurisprudencial do próprio tribunal ou tribunal superior, ou mesmo dar provimento, em situações de recursos e ações de acordo com a mesma referência da jurisprudência festejada em súmulas. Foi um dos muitos retalhos e bainhas feitas no CPC 1973.

Sem prejuízo de outros importantes pontos, esta alteração no CPC 1973 apresentava em seu art. 557 e 555, § 1º – A, a possibilidade do relator “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com

jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, bem como “ Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”. Tal alteração surge com a Lei 9756 de 1998, ou seja, aproximadamente 21 anos atrás, o que demonstra ser já conhecida a trilha do legislador em prol de um sistema mais híbrido de padrões decisórios para serem aplicados em casos futuros.

Tal realidade associada a uma avenida recursal disponível ao STJ e STF, fez dos Recursos Especial e Extraordinário uma grande avalanche de processos em Brasília, dando munição para grandes cruzadas que viriam a perseguir o direito recursal (e o direito de recorrer) nas décadas seguintes, em especial após a Emenda Constitucional 45 de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário.

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe importantes pontos de inovação ao sistema de funcionamento do Poder Judiciário e institutos processuais. Seja pela abordagem da administração da justiça ou mesmo nas alterações estritamente processuais, tais como repercussão geral, súmulas vinculantes e competência da Justiça do Trabalho, fato é que os passos rumo à massificação do uso de padrões decisórios teve um grande passo, consolidado em 2006 pela regulamentação legislativa infraconstitucional. A partir daí o processo de invocação e aplicação dos precedentes no campo da jurisdição constitucional e controle da legalidade em sede do STJ seguiram firme, espelhando reflexos já postos pela doutrina (MENDES, 2017, p.4).

O que falar ainda nos inda nos anos 2005 e 2006 da previsão do art. 518, § 1º do CPC 1973, sobre a não admissibilidade da apelação que contrariasse posição jurisprudencial de súmulas do STJ e STF, afetando diretamente e, mais uma vez, agora em momento recursal bem

premature, o principal recurso comum brasileiro, garantidor mor do duplo grau de jurisdição. A leitura já era clara à época e deixava clara a intenção do legislador de tornar desnecessário o duplo grau de jurisdição quando já houve decisão sumulada dos respectivos tribunais superiores.

E para além do direito recursal, o próprio direito de ação foi também alcançado pela aprovação do art. 285-A do diploma anterior, que passou a restringir, de modo incisivo, o direito de ação em sua origem, qual seja a sentença liminar (sem citação do demandado/réu) com resolução de mérito, quando o caso já houver sido julgado com base em jurisprudência do tribunal local ou mesmo de tribunal superior. A bem da verdade, a redação do dispositivo fazia referência ao mesmo juízo, o que por óbvio foi rechaçado pela jurisprudência, pois não fazia sentido aplicar tamanho impacto ao juízo de 1º grau em detrimento, no mínimo, da posição do tribunal, consoante, por exemplo, o próprio art. 557 e 557 § 1º-A do CPC 1973, recém modificado.

E assim, com sucessivas alterações no CPC 1973, a legislação processual civil brasileira ganhou ares de porta-voz dos ventos de experiências mais caracterizadoras dos países de *common law* com o intuito de resolver, aqui no Brasil, através, de respostas judiciais de repercussão vinculante, solução de conflitos de massa, sem prejuízo das críticas doutrinárias a respeito da metodologia eleita. É importante destacar que não significa dizer que as alterações conceituais e práticas implementadas na legislação brasileira estejam alinhadas com a legislação ou doutrina estrangeira.

Ao contrário, desde os ritos processuais até o momento e requisitos de fundamentação das decisões judiciais, o processo civil brasileiro continua diferente e muito do sistema norte-americano, por exemplo.

Pois bem, com as ressalvas acima, fato é que o CPC 2015 traz os precedentes, sem prejuízo de posições doutrinárias em sentidos mais

variados (STRECK, 2014, pp. 44-45), como verdadeiros padrões decisórios de natureza vinculante um elenco de ao menos sete decisões judiciais que podem ora afetar o direito de ação no 1º grau de jurisdição ou o direito recursal em 2º grau de jurisdição ou remessa à 3ª instância, em exame de excepcional de legalidade ou constitucionalidade.

Em primeiro lugar, conforme previsão do art. 927, I do CPC 2015 – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade devem ser observadas por juízes e tribunais, ratificando posição normativa constitucional, doutrinária e jurisprudencial, considerando o próprio papel do STF como corte constitucional. A esse respeito, é importante também destacar o papel de valorização dos princípios (DA COSTA, 2007, pp.1-2), constitucionais ou não como fonte normativa de importante invocação e fator de decisão em polêmicos casos, como por exemplo, o julgamento da ADPF 54.³

Trata-se, como muito se fala na atualidade, de uma espécie de novo constitucionalismo, chamado de neoconstitucionalismo (MOLLER, 2011, p. 50) ou neoconstitucionalismos (MARTÍN, 2017, pp-34-54) e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio, com importante destaque aos artigos 1º a 12 do CPC 2015.

Tal posicionamento reflete uma constituição ao mesmo tempo valorizadora do papel normativo dos princípios e seu caráter mais flexível, dúctil, permitindo quase que uma análise pormenorizada de cada princípio em cada caso concreto, trazendo grandes desafios à segurança jurídica nos dias atuais. No mais, para além do reforço moral ao que já se esperava de cumprimento dos ditamos de controle concentrado no Brasil, nada mais a acrescentar, sendo, o referido precedente, uma aproximação do efeito erga omnes ao novíssimo efeito vinculante em moda no processo atual.

³ A respeito do tema, cf.: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954> .

Em segundo lugar, no art. 927, II - os enunciados de súmula vinculante, reforçam o papel do STF como guardião e solucionador de controvérsias constitucionais, sendo não só razoável, como necessário, considerando que no Brasil qualquer juiz ou tribunal podem deixar de aplicar uma norma por entendê-la como inconstitucional.

Em terceiro lugar, no art. 927, III, - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos aparecem talvez como um dos itens denominados de precedentes com maior grau de impacto e desconfiança, pois inovam de modo mais amplo, o direito de ação e processo, atingindo de modo mais surpreendentemente centenas e milhares de casos concretos que restarão sobrestados, aguardando o resultado de julgamento único, que afetará, em tempo e espaço definidos, uma grande quantidade de pessoas e interesses.

No caso do incidente de assunção de competência, estamos diante de medida preventiva que, conforme disposição legal, houver “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”. Nestes casos, apesar do aparente bom intento do legislador, os conceitos de relevante questão de direito e repercussão geral podem suscitar dúvidas no caso concreto diante de tribunais locais e até mesmo nos tribunais superiores. Recentemente vimos o STF não entender urgente ou tempestivo definir, por ordem de processos, questão de direito relevante sobre a execução de sentença penal após a confirmação da condenação em segunda instância. O resultado de tamanha incerteza jurídica é por todos conhecido, ao menos até o momento.

Nas hipóteses de incidente de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinários repetitivos, nota-se a clara intenção de não permitir a subida recursal quando a tese jurídica ou caso já houver sido julgado pelos tribunais superiores. Sem prejuízo de concordância ou

discordância, é coerente com o sistema que vem sendo valorizado desde do CPC 1973 em suas reformas nos anos 1990 e 2000.

É importante frisar que nestes casos, a ideia legislativa é limitar o exercício recursal ao duplo grau de jurisdição, inclusive com agravo interno e embargos de declaração, se necessário for, nos termos dos artigos. 1021 a 1026 do CPC 2015. Aqui no art. 927, IV, ao apontar “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional,” o legislador se aproxima da mesma ideia do inciso I, pois espera-se, salvo melhor juízo, que as matérias contidas nos enunciados (e respectivos julgamentos) dos tribunais citados sejam de cunho constitucional e infraconstitucional, por certo. Isso não significa que não possa ocorrer, pontualmente, súmulas da mesma questão de direito, considerando o movimento de constitucionalização do direito brasileiro a partir da CRFB 88.

Por fim, o art. 927, V, traz - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, como espécie de padrão decisório que deve igualmente ser observado pelos juízes e órgãos colegiados dos tribunais respectivos. Aqui, bem como no caso dos incidentes de assunção de competência e demandas repetitivas, trata-se de precedente inicialmente de impacto ou extensão limitada, afetada aos limites de atuação dos tribunais estaduais e do Distrito Federal, ocorrendo o mesmo com os Tribunais Regionais Federais.

É possível também questionar a extensão e aplicação de cada um dos precedentes, conforme a não uniforme disposição dos artigos 332, 932, 1030 e 1040 do CPC, deixando margem para que se aguarde um posicionamento doutrinário e jurisprudencial mais efetivo, considerando as brechas formais da legislação. Por um lado, pode-se entender que um

sistema de precedentes deve ser aplicado com maior grau de uniformidade possível, sendo a letra da lei menos explícita do que deveria.

Por outro lado, é possível entender que o legislador (querendo ou não e acertando ou errando) quis, de forma deliberada, dar um tratamento e aplicação diferenciada aos diversos padrões decisórios como precedentes. É tema ainda em franca ebulição, mas que deve permear uma solução mais uníssona em breve, sob pena de inviabilizar o equilíbrio, segurança e previsibilidade como um todo.

Outro ponto pouco explorado é a pouca oxigenação dos padrões decisórios objeto dos juizados estaduais e federais e o CPC 2015. Não deveria haver um momento de maior interação ou afetação, considerando que apesar de serem parte integrante da justiça comum estadual e federal respectivamente, os mesmos adotam enunciados em âmbito local e nacional que nem sempre comungam com a jurisprudência dos respectivos tribunais.

3. Algumas considerações sobre precedentes no Tribunal Regional Federal da 2ª Região: dados de pesquisa produtividade 2019.

Para além da previsão legal do CPC 2015 a respeito dos precedentes, interessa aos operadores do direito se o sistema está de fato funcionando. A previsão legal por si só não é garantia de aplicação legal. Para tanto e, considerando o papel da comunidade acadêmica, foi submetido e aprovado como projeto de Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá a investigação “a fundamentação de decisões judiciais por precedentes: teoria e prática no âmbito do tribunal regional federal da 2ª região, em fase intermediária para final, restando análise de dados coletados durante os meses de 2019 a respeito da incidência de certos indicadores referentes à fundamentação das decisões com

incidência de precedentes nas respectivas decisões monocráticas e acórdãos.

Inicialmente a investigação buscou avaliar a incidência das expressões, Fundamentação, precedentes, art. 489, art. 93, IX e art. 932, com o objetivo de apurar, inicialmente do ponto de vista quantitativo, como as decisões monocráticas e acórdãos das oito Turmas Especializadas, quatro Seções Especializadas e Órgão Especial tratam das expressões acima, que refletem minimamente a utilização de referência à dispositivos do CPC 2015 sobre a temática dos precedentes. Tais dados já foram compilados e serviram como base para artigo científico intitulado “Decisões Judiciais no Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Mecanismos de Precedentes e Fundamentação” submetido à publicação em periódico acadêmico da área do Direito agora em novembro de 2019.

Na sequência, a investigação também procurou avaliar a atuação do TRF 2ª Região em face dos precedentes obrigatórios, tomando-se por base os números Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidentes de Assunção de Competência. Os dados apresentados revelam interessantes indicativos de como esses dois grandes incidentes previstos no CPC 2015 para serem formadores de precedentes obrigatórios. Vejamos a tabela 1 abaixo.

Tabela 1. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência (IAC)⁴

<i>Incidente/Status</i>	<i>Suscitados</i>	<i>Admitidos</i>
IRDR	21	3
IAC	1	1

Fonte: elaborado pelo autor

⁴ Mais informações disponíveis em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/irdr-sucitados/>; e <https://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/incidentes-de-assuncao-de-competencia/> respectivamente.

Os dados são referentes a todos os incidentes suscitados desde a vigência do CPC 2015 até dezembro de 2019, inclusive. O acesso no site do TRF2 permite também a exportação de tabelas completas com dados individualizados de cada processo. Até final de 2019, foram 21 casos de IRDR suscitados, 03 já admitidos e ainda 11 casos pendentes de regular tramitação processual. Dos 11 casos ainda não suscitados, 03 datam de 2017 e 03 de 2018 e outros 5 de 2019.

Já no único caso de Assunção de Competência, referente a importante instituto trazido formalmente no art. 942 do CPC, houve admissibilidade e julgamento na mesma data (05/04/2018), demonstrando que pode haver grande variação de tempo total de julgamento dos dois institutos.

Interessante comentar que o único Incidente de Assunção de Competência diz respeito a interpretação a ser dada pelo TRF2 a respeito da extensão e aplicação do art. 942 do CPC 2015. Seguem dados de interesse do caso e julgamento:

Processo Paradigma: 0000191-46.2000.4.02.5111 – Questão submetida a julgamento: Aplicação da técnica de complementação de julgamento de apelação, de que trata o art. 942 do novo CPC, em face, ou de não-unanimidade simples caracterizada pelo simples placar de dois votos vencedores contra um voto vencido (independentemente do conteúdo de cada voto), ou apenas de maioria qualificada caracterizada necessariamente pelo provimento da apelação e consequente reforma da sentença definitiva (a partir de empate entre a sentença associada ao voto vencido mantenedor, e os dois votos vencedores reformadores associados entre si). Tese firmada: A técnica de complementação de julgamento de apelação de que trata o art. 942 do novo CPC aplica-se tão somente às hipóteses de reforma de sentença de mérito, quando o resultado do julgamento não for unânime.

Outro dado que parece interessante de ser apresentado e analisado é resultado divulgado pelo CNJ a respeito da repercussão de Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva por tribunal, envolvendo todas as

“justiças” fracionadas do Poder Judiciário. No caso específico do TRF2 é possível encontrar os seguintes dados da tabela 2.

Tabela 2. Impacto dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IDRD) do TRF 2^o em Processos sobrestados.

<i>IRDR - TR2 Admitidos</i>	<i>03</i>	<i>01 IDRD</i>	<i>2 IRDRs</i>
Processos afetados/sobrestados	639	636	03

Fonte: elaborado pelo autor

É importante destacar que após o TRF2 já instituiu um controle formal dos Precedentes, com base normativa do CNJ (Resolução 235/2016) e ato normativo próprio (Resolução TRF2- RSP-2016/00033) que deram origem ao NUGEP, como Núcleo de Gerenciamento de Precedentes. O referido órgão tem como objetivo maior “uniformizar o gerenciamento dos procedimentos administrativos decorrentes” da incidência das hipóteses julgamentos diversos de casos repetitivos, repercussão geral, e incidentes de assunção de competência. O site traz ainda importantes links que permitem consultas a respeito da atuação de tribunal em casos reais, afetados ou não pelos precedentes.

No entanto, chama atenção um último quadro, intitulado de “Notícias de Precedentes” que traz notícias de outros espaços e padrões decisórios que causam impacto como referência e orientação jurisprudencial de um modo geral, mas não estão necessariamente listados pelo CPC 2015 como precedentes.

O que se comenta é que pelas 04 informações disponíveis de 19/12/2019, 03 dizem respeito a casos da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) e não estariam formalmente ligados aos artigos 926 a 928 do CPC 2015 que trazem os

⁵ Em números comparativos entre os TRFs, o quadro de IRDRs admitidos é relativamente equilibrado, com exceção do TRF 4 que tem 22 casos concretos. Os demais TRFs oscilam entre 02 e 03 casos. Dados disponíveis em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos.

“precedentes obrigatório”. Por óbvio, é perfeitamente compreensível que tais decisões trarão grandes impactos de orientação e formação de padrões decisórios próprios.⁶

4. Algumas considerações do presente trabalho e da investigação em curso

O presente trabalho contextualiza a evolução da legislação processual brasileira, com especial destaque ao período pós CRFB 88 e seus importantes câmbios no tocante ao aproveitamento de padrões decisórios dos tribunais em casos futuros, aproximando, em tese, o Brasil da *civil law* a certas características da Justiça dos países de *common law*, com todas as reservas e cautelas necessárias.

É parte integrante de investigação maior do Programa Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá em sua edição 2019 e que tem como objetivo apresentar dados quantitativos e qualitativos sobre a fundamentação das decisões judiciais pelos órgãos colegiados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região nos julgamentos fundados nos artigos 489, V –VI e 927, I-V do diploma processual, identificando os institutos processuais no exercício da Jurisdição quando da utilização de padrões decisórios tidos como precedentes.

Sem prejuízo da transformação total do sistema jurídico pátrio, nota-se um movimento de hibridismo, de interação entre os dois sistemas jurídicos, principalmente nos casos de direitos coletivos, direitos de massa que passam a ser decididos em bloco, com base uma jurisdição que, no Brasil, acaba por ser via de regra uma jurisdição efetivamente constitucional, capitaneada pelo STF em seu papel de corte interpretativa e definidora (por vezes nem tanto) do caminho dito por leal à CRFB 88.

⁶ Para mais detalhes, *cf.*: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/>.

Esse caminho legislativo constitucional e infraconstitucional de quase três décadas levou ao hibridismo acima mencionado e tem no CPC 2015, seu diploma mais famoso e concentrador das metodologias de aplicação dos padrões decisórios, ditos precedentes de acordo com os artigos 926 a 928 do CPC 2015, sem prejuízo de outros momentos de repercussão dos mesmos, com, por exemplo, os artigos 332, 932, 942, 1030 e 1040 do mesmo código.

A análise dos dispositivos acima permite também concluir pela diversidade de origem e aplicação do que se convencionou chamar de precedentes. Afirma-se, com base na própria legislação, que trabalhamos no Brasil com padrões decisórios ou precedentes de diferentes níveis, ora surgidos de controle concentrado de constitucionalidade no STF, ora oriundos de reiteradas súmulas do STF e STJ, acórdãos de REsp e RExt repetitivos e de repercussão geral, e mesmo como origem no próprio tribunal local, em sede de IRDR e IC, por exemplo.

A mera realidade legislativa já suscita dúvidas quanto à legitimidade de formação, quiçá de aplicação dos referidos padrões. Veja, por exemplo, o disparate de peso que existe a comparação de um precedente oriundo de um caso de controle de constitucionalidade concentrado via ADI ou mesmo a repercussão geral em sede de RExt *versus* um caso de IC, como ocorreu no TRF2, com o julgamento da extensão e aplicação do art. 942 do CPC 2015. Seguem dados de interesse do caso e julgamento (Processo Paradigma: 0000191-46.2000.4.02.5111) em 05/04/2018.

Nos casos do STF, a divergência é notoriamente comprovada, até pelos requisitos formais de admissibilidade da ação e recursos apontados. Já no espaço e metodologia destinado ao IAC, estamos diante, apenas de uma invocação do TRF2. E não estamos aqui analisando o mérito e prestígio de nenhuma das hipóteses, mas apenas destacando que, no

segundo, teremos um padrão decisório (precedente) de natureza preventiva, oriundo, em tese, possivelmente de um único processo, também pelos seus requisitos de admissibilidade.

No meio do caminho, encontramos espalhados pelos tribunais locais o IRDR, com grande incidência na justiça comum estadual e ainda tímido na justiça comum federal, como demonstram os dados de coleta do CNJ apresentados. É inegável que existem pesos e afetações diferenciadas conforme cada espécie de padrões decisórios contidos no CPC, lembrando que, em tese, todos podem influenciar o direito de ação, defesa, recurso, e a própria jurisdição, pois certamente juízes, desembargadores e ministros são, de um modo ou de outro, cerceados da opção de julgar o novo caso, pela aplicação de um padrão decisório.

E o que falar de um modelo de padrões decisórios que não se comunica formal e diretamente com os casos decido em sede dos juizados especiais e suas respectivas turmas recursais? Por um acaso, o direito material é diferenciado, ou menos direitos processuais constitucionais, mesmo considerando as mitigações da ritualística dos juizados não são levados em consideração. Resta, realmente a cargo do RExt (quicá admitido em decisões dos tribunais) lapidar eventuais deslizos dos julgadores deste importante nicho de justiça no Brasil?

Com exceção dos juizados especiais federais as práticas nacionais de uniformização, a verdade é que o Direito julgado pelos juizados estaduais, principalmente, continuam a mercê dos enunciados autônomos de seus próprios julgados, com as exceções sempre possíveis e respeitadas, por óbvio.

Em especial nos números do TRF2 em de precedentes via IRDR e IC, revela-se um quadro de valorização parcial dos institutos, seja pelo tempo de julgamento, seja pelo baixo índice, até agora, de admissibilidade, padrão que se matem nos demais tribunais, com exceção

do TRF4 que teve 22 casos de IRDR admitidos contra a média de 2 a 3 nos outros 4 tribunais federais. O TRF2 teve até final de 2019, apenas 03 IRDRs admitidos.

O caso de IAC parece ainda mais emblemático com apenas 01 caso suscitado, admitido e julgado na mesma data, em matéria diretamente afeta ao julgamento do tribunal, qual seja a extensão de aplicação do art. 942 do CPC 2015. O resultado quantitativo sugere que não existem outros casos de questões de direito com grande repercussão social e não já repetidos em múltiplos processos, o que precisa ser confrontado com os próprios casos de IRDR local, repercussão geral e recursos repetitivos no STF e STJ para conclusões mais efetivas.

O estudo revela que os precedentes específicos de IRDR e IAC tiveram resultados bem distintos no âmbito do TRF2, resultado que se mantém em sede dos demais tribunais federais (com exceção do TRF4) e que destoa do maior aproveitamento dos referidos institutos pelos tribunais estaduais, com destaque para Minas Gerais, São Paulo e Paraná, conforme dados o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, com o filtro dos casos estudados no presente trabalho.

Referências

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. In: Dierle Nunes; Aluisio Mendes; Fernando Gonzaga Jayme. (Org.). A nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015. Revista dos Tribunais, 2017, p.119- 131.

AVILA, H., **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos Princípios jurídicos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

BRASIL. **Código De Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 31 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 dez. 2019.

BRASIL. **Código De Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 dez. 2019.

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em <https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>. Acesso em: 31 dez. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Gerenciamento de Precedentes**. Disponível em <https://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/>. Acesso em 31 dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Cumprimento de Preceito Fundamental n.54**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954> . Acesso em: 31 dez. 2019.
- CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos Sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.
- DA COSTA, José Augusto Galdino. **Princípios Gerais no Processo Civil. Princípios Fundamentais e Princípios Informativos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.
- DE MASI, Domenico. **Domenico de Masi “Paradigma.”** Rodrigo Roal. Youtube. 19 fev 2011. 26min 55s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dQVVgqiV-lc>. Acesso em: 31 dez.2019.
- MARTÍN, Nuria Beloso. **O neoconstitucionalismo e o “novo” constitucionalismo latinoamericano: Duas correntes possíveis de entendimento?** In: Revista Culturas Jurídicas. Teoria Crítica Teoria Crítica, Pluralismo Jurídico e as Américas, Pluralismo Jurídico e as Américas. Vol. 4, Núm. 9, set./dez., 2017, pp. 24-54.
- MOLLER, M., **Teoria Geral do Neconstitucionalismo, Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado,2011.
- PINTO, Adriano Moura da Fonseca; LUCAS, Isabella Pena; ALMEIDA, Marcelo Pereira de; NETO, Ubirajara da Fonseca. **Na Marcha da Reforma Processual. Comentários às Leis 11.382/06; 11.417/06; 11.418/06; 11.419/06; 11.441/07; 11.448/07 e outras anotações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007.
- RODRIGUES, Saulo Tarso. **Teoria da Decisão Judicial e Teoria da Justiça. Jusfilosofia e Novos Paradigmas Constitucionais**. [et al]. Curitiba: Juruá, 2015.
- STREK, Lênio, ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- WENECK VIANNA, L. ... [et al]. **A judicização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

Artigo recebido em: 31/12/2019

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O Precedente Judicial como Ferramenta de Combate à Padronização Decisória no novo Código de Processo Civil

Judicial precedent as a tool to combat decision-making standardization in the new Civil Procedure Code

Vanessa de Oliveira Bernardi Bidinotto¹

Rita de Cássia Nunes Martins²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a padronização decisória no Brasil através de um comparativo entre os principais sistemas jurídicos, quais sejam o *common law* e o *civil law*. Para tanto, o estudo será dividido em três partes, sendo a primeira o estudo dos dois principais sistemas jurídicos, quais sejam o *common law* e o *civil law*, após será feita uma comparação do sistema jurídico do Brasil com o *common law*, para, por fim, analisar a questão da adoção de precedentes pelo judiciário brasileiro. Assim, o estudo perpassa pela análise dos sistemas, para, após, demonstrar o fenômeno da *commonlização* do *civil law* que vem ocorrendo no direito brasileiro. Na sequência será feita uma diferenciação entre jurisprudência e precedente, bem como um estudo acerca da adoção de um caminho reconstrutivo do sistema jurídico atual brasileiro, cujo objetivo seja dar unidade ao Direito e respeitar os princípios constitucionais da segurança jurídica, liberdade e igualdade na seara do Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave: *Common law*– *Civil law* – *Commonlização* do *Civil Law* – *Precedentes*

Abstract: This work aims to analyze a decisive standardization in Brazil through a comparison between the main legal systems, which are the common law and civil law systems. The study will be divided in three parts, the first is the study of the two main legal systems, which are the common laws and civil law, there, will be a comparison of the Brazilian legal system with the common law, for, finally, analyze a question of adoption of precedents by the Brazilian's judiciary. Thus, the study goes through systems analysis, to then demonstrate the phenomenon of civil law commonlization that occurs in Brazilian's law. In the sequence, a differentiation will be made between jurisprudence and precedent, as well as a study on the adoption of a reconstructive path of the current Brazilian's legal system, whose objective is unity in law and respect the

¹ Mestra em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Relações Internacionais pela Verbo Jurídico; e em Tecnologias e Inovações Web pelo SENAC. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Foi professora de Direito Internacional na Faculdade São Francisco de Assis (UNIFIN). É advogada e parecerista.

² Bacharela em Direito pela União das Faculdades Integradas de Negócios (UNIFIN), integrante do grupo de estudos Processo Civil no Estado Constitucional na Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS) e do grupo de estudos Processo Ético-Disciplinar na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS).

constitutional principles of legal security, freedom and use in the field of Brazilian's Code of Civil Procedure.

Keywords: *Common law – Civil law – civil law commonization – precedent*

1. Introdução

Losano (2007, p. 3-4) define o direito como uma técnica de convivência social, representando um sistema de regras cuja complexidade é medida pela intensidade das transações e pelo nível de culturas. Por isto, pode-se destacar a existência de dois principais sistemas jurídicos que compõem o direito global, sendo o sistema do *common law* e o do *civil law*.

Diante disso, o presente trabalho tem o objetivo analisar a padronização decisória no Brasil através de um comparativo entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*. Para tanto, o estudo será dividido em três partes, sendo a primeira o estudo dos dois principais sistemas jurídicos, quais sejam o *common law* e o *civil law*, após será feita uma comparação do sistema jurídico do Brasil com o *common law*, para, por fim, analisar a questão da adoção de precedentes pelo judiciário brasileiro.

Primeiramente, serão estudados os sistemas jurídicos do *common law*, originário da Inglaterra, e o sistema do *civil law*, dominante na maior parte da Europa e da América Latina e adotado pelo judiciário brasileiro. Enquanto o primeiro consiste na utilização de precedentes para a decisão, o segundo consiste em dar preferência para a utilização da legislação existente para dirimir os conflitos judiciais.

Na sequência, serão estudadas algumas modificações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 que propõem a utilização de jurisprudência para decisões judiciais, bem como as propostas de padronização das jurisprudências. Por fim, estudar-se-ão os aspectos que

devem ser adotados para que essa padronização gere segurança jurídica e estabilidade ao judiciário.

2. Um estudo sobre os principais sistemas jurídicos: *common law e civil law*

O sistema jurídico do *common law* é originário da Inglaterra e surgiu no século XV com as reuniões de juízes na *Erchequer Chamber*, as quais eram realizadas para a discussão de casos importantes e/ou complexos. Nos séculos que se seguiram, essas decisões assumiram um papel vinculante, se estendendo para os demais julgados proferidos por esta e outras Cortes (FLORENCIO, 2011, p. 340).

Este sistema é igualmente conhecido como *doctrine of stare decisis* ou *doctrine of precedent*. A primeira expressão “*stare decisis*” é uma redução da frase “*stare decisis et non quieta movere*” que pode ser traduzida como “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto” (RAMIRES, 2010, p. 65), a qual representa a utilização de julgamentos anteriores para novos casos apresentados, em outras palavras, a utilização de precedentes, que remete à segunda expressão utilizada.

É nesse cenário que surge a base deste sistema que repousa nos costumes, ou, como já referido, nos precedentes, aos quais se dá a mesma força da lei escrita, principalmente se comparado com o sistema do *civil law*, como ver-se-á adiante. Diante disso, é preciso analisar como o *common law* trata o costume, o que bem define Losano quando declara que:

As necessidades e os medos modelam as ações do homem primitivo ou arcaico. Movendo-se num mundo para ele imprevisível, o homem tende a repetir constantemente os comportamentos que conseguem satisfazer suas exigências sem provocar-lhe danos, porele interpretados frequentemente como reações dos espíritos que animam a natureza. Tomam forma, assim, os costumes. Estes apresentam um elemento objetivo, que consiste na repetição de um certo comportamento, e um elemento subjetivo, que consiste em acreditar que seja bom adotar aquele comportamento. O costume é um comportamento

repetido na convicção de que seja bom comportar-se assim (LOSANO, 2007, p. 319).

Diante disso, pode-se dizer que o costume surge com algo que deu certo, e, por isso, será repetido caso ocorra uma situação futura semelhante. No direito seria dizer que, aquilo que foi julgado com êxito uma vez, deve ser aplicado em outra demanda que seja semelhante.

Um precedente, deste modo, é uma decisão de um tribunal ou de um juiz, tomada depois de um raciocínio sobre uma questão de direito plantada num caso. Em outras palavras, são decisões tomadas por cortes hierarquicamente superiores que possuem autoridade que vincule aos demais órgãos do judiciário (SOUZA, 2011, p. 217), gerando para o sistema os chamados precedentes persuasivos ou obrigatórios.

Os precedentes persuasivos são aqueles que devem ser acompanhados de outras argumentações que demonstrem a necessidade de sua aplicação, ou seja, estes não obrigam que a decisão se dê em determinado sentido. Logo, não existe a obrigatoriedade de seguir um precedente persuasivo, o juiz irá segui-lo, pois esta é a sua convicção, ou em decorrência de outros fatores, tais como a hierarquia da corte, a unanimidade da decisão, o prestígio do juiz que o proferiu, entre outros.

Entretanto, os precedentes obrigatórios são aqueles que devem ser observados, ou seja, eles possuem uma força vinculante absoluta que pode ser comparada com a que a lei possui nos países de *civil law*. Assim, um precedente obrigatório apenas pode deixar de ser adotado por um juiz em três situações: (i) caso este demonstre que o caso analisado é diferente do caso paradigma que emanou o precedente, (ii) se o precedente for anulado, ou, (iii) se for demonstrado que o precedente foi superado pela evolução da sociedade (SOUZA, 2011, p. 221).

Desta maneira, no sistema jurídico do *common law* os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido num caso específico para serem aplicados em um universo em que haja casos

semelhantes ou assimilados àquele onde a regra surgiu (SOARES, 1999, p. 14). Logo, o precedente formado será analisado pelo julgador a fim de identificar a sua semelhança com algum caso futuro que lhe seja apresentado para julgamento, obedecendo às normas de aplicação ou de não-aplicação dos precedentes judiciais adotadas pelo sistema.

No *common law* também existe a figura da lei, que são os *statutes law*, mas apenas representam uma função secundária, limitando-se a adicionar corretivos ou complementos ao sistema de precedentes. Entretanto, diferentemente do direito inglês, que ainda utiliza este sistema puro, o direito americano assemelha os *statutes* às leis como são conhecidas e aplicadas nos países de *civil law*.

Ou seja, nos Estados Unidos, o direito legislado³ vem crescendo nos últimos anos, limitando o trabalho dos juízes na construção do direito de precedentes. No direito americano os *statutes* estão em posição de supremacia na hierarquia das fontes, assim, primeiro o juiz recorre à Constituição Federal, depois aos tratados e leis escritas federais, após, aos regulamentos federais, às Constituições Estaduais, às leis escritas estaduais, aos regulamentos estaduais, e, por último aos precedentes (GOUVEIA, 2011, p. 12-33).

Alguns doutrinadores diferenciam o *Common Law Case law* do *Case Law Interpreting Enacted Law*. Enquanto o primeiro representa a decisão do Tribunal para determinado caso concreto, mesmo que não exista lei escrita sobre o assunto (equivalente ao *common law* puro), o segundo é quando uma decisão judicial apenas interpreta uma lei escrita,

³ São exemplos de legislação no sistema da Common Law: *Law of Property Acts* de 1925, que representou o Estatuto do Parlamento do Reino Unido, a *Constitution of the United States*, o *United States Code*, que possui a lei geral e permanente dos EUA, a *Constitution of California*, *The Civil Code of the State of California* e *The Code of Civil Procedure of California*. O Estado da Califórnia, nos EUA, possui uma base de 29 códigos, sendo que seu código civil é organizado em seções, tal como os códigos presentes no *civil law*, contendo categorias relativas a pessoas, coisas e ações.

ou estatuto, e esta decisão passará a regular outros casos semelhantes sobre o mesmo tema (GOUVEIA, 2011, p. 31).

Por outro lado, apesar do *civil law* se diferenciar substancialmente do sistema puro de *common law*, ele se assemelha um pouco ao sistema adotado pelo direito americano. O sistema jurídico do *civil law* além de ser adotado pelo Brasil, é dominante na maior parte da Europa, da América Latina e, em muitas partes da Ásia, da África e do Oriente Médio.

No Direito Romano, o direito modular ou aberto, o qual contava com uma pequena intervenção estatal, mas normalmente apenas se limitava a assimilar o direito que já existia, acabou gerando uma grande insegurança jurídica. Esse fato obrigou o legislador a estabelecer um equilíbrio aumentando a certeza em troca da flexibilidade (LOSANO, 2007, p. 34-35).

Nesse cenário é que surgiu o núcleo de compilação justiniana em 528 d.C, composto pelo *digesto*, pelo código e pelas instituições. O *digesto* era composto por 50 livros e nele se encontravam as interpolações indispensáveis para adaptar os textos ao direito vigente da época. A partir disto a compilação justiniana foi dando lugar a novas leis e a novas divisões, algumas mais gerais, como é caso do direito público e do direito privado, outras mais específicas, como é o caso do direito civil, que se pode subdividir em direito de família, direito societário, sucessório, entre outros. Este foi o direito que se difundiu na América Latina a partir do século XVI, sendo adotado, inclusive, pelo direito brasileiro (LOSANO, 2007, p. 213).

Logo, para o sistema do *civil law*, o direito representa um instituto escrito, textos emanados por parlamentos, congressos ou autoridades governamentais administrativas. Neste sistema, a lei é considerada como

fonte primordial quase exclusiva e os juristas procuram as regras e as soluções para os casos nos textos legislativos (DAVID, 1996, p. 87).

Portanto, o protagonista deste sistema legal é o legislador que elaborou a norma. Neste viés, o juiz é necessário apenas para identificar a norma que deve ser aplicada ao caso concreto, interpretá-la, se for o caso, e dirimir o conflito entre as partes de forma justa e neutra. Assim, neste sistema o direito não passa de uma leitura de leis e códigos comentados que, na maioria das vezes, reproduzem “conceitos lexicográficos e sem nenhuma sofisticação teórica” (STRECK, 2011).

Porém, o positivismo legislativo, o dogma, a separação de poderes, a ideologia da codificação, a atitude, a interpretação das normas legais, a ênfase na certeza jurídica, a negativa em admitir poderes e a equidade ao juiz – tudo isto, diminui o juiz e glorifica o legislador (MERRYMAN, 2009, p. 91). Assim, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que o sistema legal codificado gera conforto, devido às suas normas, ele gera desconforto devido a sua regulamentação excessiva (FACHIN, 2014).

Atualmente, no direito brasileiro, por exemplo, pode-se notar algumas modificações que demonstram que há uma busca pela uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores. Esse fenômeno foi nomeado por Porto (2014, p. 16) como a *commonlawlização* do direito nacional – aqui denominada *commonlização* -, ou seja, existe uma tendência em valorizar a jurisprudência criativa como uma das fontes do direito.

Neste viés, se percebe que, em teoria, o sistema jurídico do *civil law* representaria um amontoar de leis, as quais devem ser obedecidas pelos juízes no julgamento das demandas a estas propostas. Porém, hodiernamente o direito brasileiro aplica diversos métodos a fim de uniformizar a jurisprudência, como serão explanados na sequência,

resultando, assim, no fenômeno aqui apresentado como a *commonlização* do *civil law*.

3. A *commonlização* do *civil law*

Com a inclusão de métodos de uniformização jurisprudencial na prática judiciária brasileira, percebe-se, cada vez mais, as semelhanças entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Vê-se, desde a inclusão das súmulas vinculantes, até a necessidade de repercussão geral para a interposição de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Há um visível esforço do ordenamento jurídico brasileiro em evitar decisões contraditórias e se direcionar para a consolidação de jurisprudências.

A uniformização da jurisprudência possui diversos objetivos, o primeiro é de estabelecer, previamente, a orientação jurídica de um tribunal superior sobre um determinado assunto. Já o segundo objetivo da uniformização jurisprudencial pode ser visualizado no momento em que surgem divergências na aplicação da mesma norma nacional por dois juízes ou por tribunais diversos (REIS, 2008, p. 43).

Atribui-se atualmente à jurisprudência consolidada, a finalidade de garantir certeza a previsibilidade num processo, assim como a de garantir a igualdade dos jurisdicionados, colocando em evidência o respeito à sabedoria acumulada pela experiência dos magistrados e construindo uma presunção em prol do acerto do precedente (WAMBIER, 2014). Se por vezes este fenômeno gera uma isonomia e igualdade entre as decisões, em outras gera falta de segurança.

Pode-se dizer que existe a necessidade de ocorrência disso, tendo em vista a massificação das demandas judiciais, para que o judiciário possa superar a chamada “Crise do Judiciário”, permitindo uma maior celeridade de julgamento, especialmente em demandas de massa, como as consumeristas e as previdenciárias (PEREIRA, 2014). Esta uniformização do entendimento e da orientação a ser seguida pelos

tribunais inferiores é necessária, pois a interpretação diferente entre juízos ou tribunais gera desigualdade para os litigantes, ferindo a garantia de isonomia estabelecida na Constituição (REIS, 2008, p. 40).

O *civil law* baseia-se no princípio da isonomia, ou igualdade, que consiste em dar um tratamento idêntico aos que se encontram na mesma situação e tratamentos diferenciados aos que se encontram em situações distintas (FULGENCIO, 2007, p. 504). Neste sentido, por exemplo, as súmulas vinculantes, ou outros instrumentos a serviço do precedente judicial, têm o condão de garantir a segurança jurídica e a igualdade de tratamento aos litigantes.

Entretanto, também podem ser observados outros exemplos de padronização da jurisprudência que vêm sendo adotados pelo sistema judiciário brasileiro. Seja criando institutos que evitam a contradição entre duas decisões, seja visando o prévio julgamento que tenha por finalidade garantir a segurança jurídica.

O Código de Processo Civil (CPC) apresenta várias possibilidades, como o artigo 926, §§ 1º e 2º ao trazer expressamente o dever de estabilidade, integridade e coerência, cuja finalidade seja evitar discrepâncias de determinadas questões em um mesmo tribunal, constituindo um precedente de uniformização da jurisprudência. No mesmo sentido é o art. 1.036 que possibilita o julgamento de recursos em massa quando estes possuírem idênticas questões de direito.

O artigo 932, inc. IV do CPC, que determina a possibilidade de o relator negar seguimento ao recurso caso este esteja em confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal ou súmula do próprio tribunal em confronto com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, ou ainda, em confronto com entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência.

O artigo 496, §4º do CPC, que estabelece que não há aplicação da remessa necessária quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdãos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência e, incidente que coincide com orientação vinculante no âmbito administrativo, seja por orientação, parecer ou súmula administrativa do próprio ente.

Essa necessidade de consistência entre as decisões pode ser vista no instituto da litispendência (artigo 337 do CPC) ⁴. E, também pode ser observada no controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I do CPC) através da ação direta de inconstitucionalidade⁵.

Esse comportamento pode ser visto no direito brasileiro em diferentes âmbitos, como na vinculação judicial das decisões que versem sobre direitos coletivos em sentido *lato*, pois o Código de Defesa do Consumidor (artigo 103 e seguintes) determina que a coisa julgada seja *erga omnes* quando posta em causa com interesses difusos ou quando julgar demandas que veiculem interesses homogêneos. A Lei nº 8.038/1990 também demonstra a finalidade de harmonização da jurisprudência na medida em que autoriza o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao negar seguimento a pedido ou recurso que contrarie, em questões predominantemente de direito, súmula dos respectivos tribunais.

Isto também pode ser visto na jurisdição constitucional, uma vez que o posicionamento a respeito da inconstitucionalidade de atos normativos em abstrato vincula os demais tribunais, e as demais

⁴ A litispendência impede que duas demandas que contenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido sejam julgados, podendo ocorrer duas decisões distintas ou duas sentenças idênticas.

⁵ A ação direta de inconstitucionalidade apresenta a ideia de que uma decisão equivale a uma provisão constitucional, devendo esta ser vinculante e respeitada em todo o território nacional (LIMA, 2001, p.105).

instâncias, sobre aquela questão específica de direito. Na Constituição Federal pode se visualizar no instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, exigida pelos artigos 102, §3º da CF e 1.035 do CPC, já que demonstra a intenção de criar precedentes a futuros casos.

Além disso, ressalta-se a possibilidade presente no artigo 105, III, alínea “c” da Constituição Federal que dá competência para o STJ julgar, em recurso especial, quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Esta possibilidade de recurso especial é uma forma de criar harmonia entre as decisões, mas cabe referir que esta decisão não é vinculante, e, apenas irá servir de guia para casos futuros, servindo apenas como atenuante de desarmonia entre as decisões, uma vez que a divergência ainda é possível (LIMA, 2001, p. 106).

Com a exposição destes exemplos fica claro que o sistema jurídico do *civil law* está, cada vez mais, se direcionando para a unificação de sua jurisprudência e, por conseguinte, para a criação de precedentes. Assim, pode-se dizer que o *civil law* está se encaminhando para um direito, não apenas escrito, mas que possua as decisões já tomadas como outra fonte do direito.

4. O problema da padronização decisória no Brasil: os caminhos distintos da jurisprudência e do precedente

Atualmente, entre os resultados decorrentes de uma decisão uniformizadora, está a segurança jurídica, ou a falta dela. Muito embora se atribua ao precedente vinculante a resposta para questões que buscam uma sociedade a serviço da liberdade e igualdade, também por ele se atribui instabilidade quando não aplicado de forma a garantir certeza a quem recorre ao Poder Judiciário (MITIDIERO, 2017, p. 24).

A segurança jurídica é conceituada como a capacidade do cidadão de prever quais as consequências atribuídas a um ato ou fato (ÁVILA,

2014, p. 181). Ademais, possui íntima ligação com os novos parâmetros fixados pelo CPC quando dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926).

O dever de estabilidade está relacionado com a ideia de seguir o entendimento firmado, seja pelo próprio Tribunal ou pelas cortes inferiores. O dever de coerência é um dever de não contradição, uma vez que se deseja confiança entre as decisões passadas e futuras. Já o dever de integridade demonstra a necessidade de observar as medidas adotadas pelos Tribunais, pedindo não só respeito à determinada decisão judicial, mas também a observância da Constituição Federal e de todas as normas jurídicas de direito material e processual (BRANCO, 2019).

Nesse mesmo sentido é o Enunciado n. 316 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que determina: “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.”⁶

Apesar de a jurisprudência ser uma forma de revelar o direito através de reiteradas decisões do mesmo tribunal e no mesmo sentido, deve-se ter cuidado, pois há oportunidades em que o trabalho da jurisprudência vai tão longe que acaba por dar sentido contrário a lei (REALE, 2002, p. 167-169). Assim, um sistema de precedentes apenas se revela eficaz, na medida em que a segurança jurídica permite um dever mínimo de estabilidade. Assim, apesar da jurisprudência e do precedente revelar em dois caminhos distintos, o novo código buscou cruzar seus caminhos, principalmente porque ao longo do tempo a jurisprudência deixou de adquirir somente caráter repressivo, atuando também de forma preventiva.

⁶ Enunciado n. 316 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis tem a finalidade de apresentar enunciados doutrinários que sirvam como alicerce ao entendimento do CPC/2015. Na reunião que ocorre de forma semestral, os enunciados somente podem ser aprovados por unanimidade.

Mitidiero (2017, p. 104-107) entende que apenas o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) formam precedentes, ficando a encargo dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça darem lugar à jurisprudência. Nesse viés, os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais, mas é possível dizer que eles são formados a partir dessas.

Entretanto, apesar de muitos estarem utilizando a jurisprudência como precedente, nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente. E, essa afirmação gera uma grande instabilidade aos litigantes, porque não é a jurisprudência em si que proporciona a segurança, mas sim as razões relevantes que surgem a partir da análise de uma questão de direito, isto é, os fundamentos da decisão.

Ademais, a formação de um precedente judicial vinculante requer que a decisão enfrente todos os argumentos atinentes à questão de direito do caso concreto. Ao contrário disso, o que se vê são decisões que muitas vezes se restringem a colar o que está escrito na lei ou no julgado que a consolidou (MARINONI, 2010a, p. 215-216).

Logo, a interpretação judicial não é mera descrição de um dado prévio, mas sim um ato que decide construir significado a partir de algo (ÁVILA, 2019, p. 53-54). O art. 927 do CPC apresenta um rol meramente exemplificativo e, sendo assim, haverá outras maneiras de formar precedentes (MITIDIERO, 2017, p. 93).

Embora o novo código não tenha feito referência às razões dos acórdãos, talvez se o tivesse, ainda faltariam extratos referentes a qualidades das chamadas razões. Tudo isso faz parte das ponderações que levam os operadores do Direito, e até mesmo a sociedade como um todo, presenciar as imprecisões e buscar uma forma de reconstrução.

Outro fator que chama atenção no artigo 927 é seu inciso II que pede a observância das súmulas vinculantes. Pode parecer óbvio dizer que

os precedentes obrigam os juízes e tribunais, mas não se pode esquecer que o que determina a obrigatoriedade no caso das súmulas, não é o fato de serem súmulas, ainda que vinculantes, pois se uma súmula não vinculante obtiver razões de precedente, esta coagirá, mas não por ser súmula e sim, por ser precedente (MITIDIERO, 2017, p. 94). E, tal como o artigo 927 do CPC, o Código traz outras diversas possibilidades de criação de precedentes, como a autorização, nas causas que dispensam a fase instrutória, o julgamento de improcedência liminar, ou a possibilidade de o relator negar liminarmente o provimento a um recurso.

Assim, é possível dizer que o precedente interpreta a lei e a Constituição, tendo como função declarar um direito preexistente. Logo, não se pode pensar que com o precedente o juiz poderá criar direito novo resultante de sua própria vontade, pelo contrário, ele assume o dever, mais do que nunca, de positivizar os direitos constitucionais (MARINONI, 2010b, p. 19-21).

Inclusive, não se associa o sistema de precedentes a um quadro quantitativo, ao contrário disso, ao se oferecer soluções idênticas a demandas com as mesmas razões, torna-se possível evitar o engessamento da máquina judiciária e o uso excessivo de recursos, diminuindo a quantidade de processos. Portanto, os precedentes não excluem a aplicação da lei, assim como a lei não exclui os precedentes, pelo contrário, ambas devem coexistir juntamente.

5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar a padronização decisória no Brasil através de um comparativo entre os sistemas jurídicos do common law e do *civil law*. Para tanto, o estudo foi separado em três partes. Enquanto a primeira estudou os dois principais sistemas jurídicos - *common law* e *civil law* -, a segunda realizou uma comparação do

sistema jurídico do Brasil com o *common law*, para, ao fim analisar a questão da adoção de precedentes pelo judiciário brasileiro.

Como visto, o *common law* é um sistema criado pelos julgadores e baseado em precedentes, enquanto o *civil law* é elaborado por legisladores e aplicado por magistrados. Entretanto, pode-se dizer que mesmo constituindo dois sistemas distintos, ambos possuem características semelhantes, como é o caso dos *statutes* do *common law* ou da utilização das jurisprudências do *civil law*.

Deste modo, para identificar o sistema que é adotado é preciso analisar qual a fonte primária utilizada para a solução de controvérsias jurídicas, se é a lei ou os precedentes. Se a fonte primária utilizada para solução de conflitos for a lei, estar-se-á diante do sistema jurídico da *civil law*, caso contrário, identificar-se-á o sistema do *common law*.

O Brasil adota o sistema do *civil law*, regulamentando seu direito através da criação de leis e códigos. Entretanto, o que se percebe, é a adoção por parte do judiciário brasileiro, de institutos capazes de harmonizar a jurisprudência e evitar discrepâncias entre decisões, como é o caso dos precedentes judiciais positivados pelo Código de Processo Civil de 2015, o que, chamou-se aqui de *commonlização* do *civil law*, pois além da legislação já existente, vem adotando julgados como fonte do seu direito.

Diante disso, pode-se concluir que os precedentes não excluem a aplicação da lei, assim como a lei não exclui os precedentes, pelo contrário, ambas devem coexistir juntamente. Entretanto, deve-se atentar que os precedentes não devem servir para criar novos direitos ou legislações, mas sim de positivar os direitos já previstos na Carta Constitucional.

Referências

- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
BRANCO, André Soares de Azevedo. **Interpretação dos Precedentes Judiciais e os Deveres de Uniformização, Estabilidade, Integridade e Coerência da**

jurisprudência previstos no art. 926 do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/853/pdf>>. Acesso em 19. mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45,** de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 8.038** de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 8.078** de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105** de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 mar. 2020.

BUSTAMANTE, T. da R. de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil.** Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em 11 nov. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems.** Disponível em: <<http://www.civillistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Fachin-civ.a2.n1.2013.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

FLORENCIO, Renata Cordeiro Uchoa. Breves Apontamentos sobre Common Law e Aplicação do Sistema de Precedentes no Brasil. **Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano.** Ano III, nº 12. Brasília: EAGU, 2011.

FULGENCIO, Paulo Cesar. **Glossário Vade Mecum:** administração pública, ciências contábeis, direito, economia, meio ambiente. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Common Law no Sistema Jurídico Americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado. **Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano.** Ano III, nº 12. Brasília: EAGU, 2011.

LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no direito.** São Paulo: LTr, 2001.

LORENZON, Gustavo. **O sistema de precedentes obrigatórios no novo código de processo civil.** Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4625?show=full>>. Acesso em 06 nov. 2019.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACEDO, G.S. **As tendências de padronização decisória no direito brasileiro à luz no NCPC e a importância da qualidade da motivação das decisões judiciais em um sistema de precedentes obrigatórios.** Disponível em: <<http://jurisbahia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/GabiMacedoAs-tend%C3%Aancias-de-padroniza%C3%A7%C3%A3o-decis%C3%B3ria-no-Direito-Brasileiro-%C3%A0-luz-do-NCPC-e-a-import%C3%A2ncia-da-qualidade-da-motiva%C3%A7%C3%A3o-das-decis%C3%B5es-judiciais-em-um-sistema-de-precedentes-obrigat%C3%B3rios..pdf>>. Acesso em 06 nov. 2019.

MARINONI, L.G. **A aproximação crítica entre a jurisdição de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2009.

- MARINONI, L.G. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. RT, 2010a.
- MARINONI, L.G. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Revista Páginas de Direito. Porto Alegre. 2010b.
- MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Breves Considerações acerca da Aproximação entre Civil Law e Common Law no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/ccss/25/derecho.html>>. Acesso em: 13 jul. 2014.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2014.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- REIS, Palhares Moreira. **A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Editora Consulex, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SOUZA, Léa Émile M. Jorge de. **Noções Gerais sobre o Funcionamento do Sistema de Precedentes Vinculantes no Common Law. Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano**. Ano III, nº 12. Brasília: EAGU, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- The Common Law and Civil Law Traditions. **Robbins Collections**: University of California at Berkeley, 2010. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>>. Acesso em: 08 jul. 2014.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Brasilian Precedentes**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em 06 nov. 2019.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula Vinculante: figura do common law?** Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html>. Acesso em: 13 jul. 2014.

Artigo recebido em: 31/12/2019

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Desenvolvimento Nacional e o lugar dos estados Brasileiros nas políticas de transportes

National Development and the place of Brazilian states in transport policies

*Fernanda Gurgel Raposo*¹

RESUMO: O presente artigo se propõe a tratar da competência estadual para instituir políticas de transportes e os limites que lhes foram impostos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ADIs, considerando a repartição de competências da Constituição Federal de 1988 e a relação entre o papel dos estados na instituição dessas políticas e o cumprimento do objetivo da República Federativa do Brasil de garantia do desenvolvimento nacional. Dessa forma, o trabalho apresenta uma proposta de evidenciar o papel que a Constituição de 1988 atribuiu aos Estados-membros em matéria de transportes, nos dispositivos que tratam das repartições de competências para, a partir desse ponto, analisar os tratamentos que as Constituições Estaduais outorgaram à matéria e os limites que lhes foram impostos pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, desde 1988. Para tanto, fez-se necessária a realização de uma pesquisa bibliográfica em matéria de repartição de competências do Estado Federal brasileiro, uma pesquisa legislativa em dispositivos das Constituições Estaduais, e uma pesquisa jurisprudencial, em especial de decisões do STF em ADIs, que permitiram à análise desvelar a extensão e os limites do papel dos Estados-Membros em matéria política de transportes.

Palavras-chave: Transportes. Estado Federal. Autonomia. Estados-membros. Competência.

ABSTRACT: The article that follows proposes to deal with the state competence to institute transport policies and the limits imposed on them by the Federal Supreme Court in ADIs, considering the division of powers of the Federal Constitution of 1988 and the relationship between the role of the states the implementation of these policies and the fulfillment of the objective of the Federative Republic of Brazil to guarantee national development. In this way, this paper presents a proposal to highlight the role that the Constitution of 1988 assigned to the Member States in the field of transport, in the provisions that deals with the division of competences, to analyze the treatments that the State Constitutions granted to the subject and the limits imposed on them by the Federal Supreme Court, in judgments of Direct Actions of Unconstitutionality, since 1988. For this purpose, a bibliographical research on the division of

¹ Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Letras pela Universidade Federal de Sergipe, graduada em Direito e em Letras Inglês.

competences of the Brazilian Federal State was necessary, as well as legislative research in provisions of the State Constitutions, and jurisprudential research, in particular decisions of the STF in ADIs, which allowed the analysis to reveal the extent and limits of the role of the Member States in transport policy.

Keywords: Transport. Federal State. Autonomy. Member states. Competence.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 é considerada a primeira Constituição brasileira que outorga ao Estado um papel desenvolvimentista, e isso se comprova pela leitura da Carta na sua integralidade mas, em especial, quando da leitura do artigo 3º que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais destacamos do inciso II, que institui o desenvolvimento nacional como uma dessas finalidades a serem perseguidas pelo Estado. Havemos de destacar que figura entre os pilares do desenvolvimento de um país com dimensões continentais, como é o caso do Brasil, a instituição de políticas de infraestrutura que corroborem para a efetivação dos objetivos instituídos pela Constituição de 1988. As políticas de transporte são, pois, parte desse rol de ações fundamentais infraestruturais.

Já mencionamos as dimensões territoriais do Brasil como de proporções continentais, e essas dimensões implicam num compromisso do Estado com o planejamento de ações que consideram as particularidades regionais, especialmente porque a própria Constituição de 1988 reconhece a existência de desigualdades regionais no mesmo artigo supramencionado, em seu inciso III, quando inclui no rol de objetivos da República Federativa do Brasil a redução dessas e das desigualdades sociais. Entretanto, a organização federativa brasileira traz como princípio em si a autonomia dos entes federativos, o que pode colaborar para uma pulverização dos papéis de planejamento e execução

de ações capazes de considerar as peculiaridades das regiões brasileiras. Some-se a isso a repartição de competências adotada na Carta de 88 que, entre tantas outras características relevantes, encontramos a competência concorrente para legislar em Direito Econômico e Urbanístico.

Sobre essa relação entre a Constituição Federal e o próprio Federalismo é possível afirmar que se trata de vínculo tão imbricado que Raul Machado Horta, ao tratar da Organização Constitucional do Federalismo, considera sabiamente que a Constituição é pressuposto originário da Federação, entendida essa como sendo uma criação jurídico-política instituída por aquela. Para o autor, o que existe entre ambos é uma relação de causalidade de modo que é sempre uma constituição inaugural que estabelece as diretrizes basilares de cada Estado Federal (HORTA, 1985). E é exatamente entre essas diretrizes basilares que se encontra a garantia do desenvolvimento nacional e a efetivação da autonomia dos entes federativos nos dispositivos que tratam da repartição de competências.

Considerada então a finalidade desenvolvimentista proposta pela Constituição de 1988, a outorga aos Estados-membros da competência concorrente para legislar em Direito Econômico, e o papel das políticas de infraestrutura - entre as quais destacamos as políticas de transportes, para o bom funcionamento de um federalismo cooperativo, capaz de consolidar os objetivos instituídos por sua Lei Maior -, o presente trabalho se propõe a tratar do papel outorgado aos Estados-membros em matéria de instituição de políticas de transportes com destaque para a importância dessas no planejamento e execução de políticas de superação do subdesenvolvimento.

Para tanto, as análises partirão, inicialmente, das interpretações referentes à repartição de competências dos Constituintes Decorrentes, e

dos resultados dessas interpretações no quesito políticas de transportes nas Constituições Estaduais para, num segundo momento, tratarmos dos limites desses entes nessa matéria, consideradas as interpretações sobre a sua competência feitas pelo Supremo Tribunal Federal, quando da ocasião do exercício do controle de constitucionalidade abstrato de políticas de transportes instituídas pelos Estados-membros. A temática constitui matéria que demanda uma pesquisa específica porque, em matéria de competência para instituir políticas urbanas e de infraestrutura, a atual outorga constitucional de responsabilidade pelas políticas de transportes apareceu em mais de um dispositivo da Carta de 1988, de forma expressa - e às vezes implícita -, como competência comum e/ou concorrente de entes federativos, ou mesmo como competência exclusiva ou privativa da União.

Todavia, isso não implica afirmar que todos os dispositivos da Constituição de 1988 trataram do compromisso com o tema da mesma forma, outorgando o mesmo papel a mais de um ente federativo e, por esse motivo, a proposta aqui apresentada tem por objetivo partir do recorte das competências instituídas na Constituição de 1988 nessa matéria para extrair qual foi exatamente o papel dos Estados-membros, considerando primeiramente o que está expresso no texto constitucional para, em seguida, proceder a uma exposição da interpretação que o STF tem dado ao assunto, a partir da produção constitucional estadual sobre transportes.

Além disso, devemos de considerar o papel residual que a Constituição Federal de 1988 outorgou aos Estados-membros quando da repartição de competências legislativas, o que pode ter, paradoxalmente, numa análise apriorística, aumentado a insegurança do Constituinte Decorrente ou dirimido quaisquer dúvidas decorrentes da competência daquele ente na referida matéria. Além disso, a competência residual

serve também às interpretações do Supremo Tribunal Federal, quando da obscuridade de determinadas competências federativas. Eis a razão pela qual se faz necessária uma análise pontual sobre a competência dos Estados-membros para instituição de políticas de transportes.

Considerando a competência estadual para elaboração da própria Constituição como parte dos poderes que compõem a autonomia deste enquanto ente federativo, cumpre destacar que Gabriel Ivo conceitua como um poder que os Estados-Membros possuem de elaboração das suas próprias constituições, e o classifica como Poder Constituinte Decorrente (IVO, 1997, p. 100). Nesse sentido, o referido poder dá início à sequência de deliberações normativas que são de competência dos Estados-Membros, e que foram assim prescritas pela Constituição Federal. Estes parênteses se justificam pelo fato de haver diversas controvérsias envolvendo o termo “poder constituinte” para essa prerrogativa estadual, controvérsias essas que não serão aqui desenvolvidas por não apresentarem indispensável relevância ao tema proposto pelo trabalho.

Importante tão somente destacar que adotamos a nomenclatura proposta por Ivo, sob a égide do presente conceito, por concordarmos se tratar de um Poder Constituinte, especialmente porque ele dá concretude aos postulados do referido Poder Originário. Adotamos a ideia que a “constituição”, em seu sentido inclusive semântico, e por isso escrevemos em minúsculo, ganha concretude e se integraliza de fato também com a elaboração das Constituições Estaduais, que são os instrumentos jurídicos que efetivam tanto a capacidade de auto-organização, autoadministração e autogoverno dos Estados-membros, quanto a própria autonomia dos entes, característica do Federalismo.

Dito isto, como proposta de enfrentamento da problemática central apresentada, o presente artigo buscou evidenciar a pulverização

constitucional na repartição de competências envolvendo transportes e os reflexos na elaboração das Constituições Estaduais para, diante do tratamento da matéria pelo Constituinte Decorrente, analisar a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o papel dos Estados-membros na instituição de políticas dessa matéria, para que pudessemos chegar a conclusões sobre quais são os limites e a extensão da competência dos Estados-membros, partindo de um recorte prioritário de dispositivos constitucionais estaduais que foram declarados inconstitucionais, em matéria de políticas de transportes.

Subsidiaram as bases teóricas das análises teóricas que trataram dos debates constitucionais e econômicos com propriedade tais como André Ramos Tavares, Celso Furtado, Gabriel Ivo, Giovanni Clark, Raul Machado Horta e André Luiz Borges Netto. Além desses referenciais, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade integraram uma base de dados sobre a qual incidiram análises a partir dos postulados teóricos supramencionados. Cinco ADIs foram identificadas como potenciais bases jurisprudenciais para composição da pesquisa, e são elas: ADI 851-0/RJ, 845-5/AP, 2649-6/DF (sobre lei distrital), 2349-7/ES e 107-8/AM, sendo quatro delas referentes especificamente à dispositivos de Constituições Estaduais. Vejamos então quais foram os pontos altos desse estudo a seguir.

2. Políticas de transportes e a repartição de competências na Constituição Federal de 1988

Conforme exposição introdutória da temática, o federalismo traz em si mesmo a ideia implícita de organização política de Estado que deve estar baseada na solidariedade e na cooperação e, no caso brasileiro, essa

forma de organização passa pelo desafio de administrar as diversas aspirações referentes ao desenvolvimento nas distintas regiões que o integram, nas palavras de Furtado, que complementa a ideia afirmando que a raiz da riqueza cultural brasileira está na diversidade das suas regiões, e a preservação dessa riqueza exige que o desenvolvimento material se difunda por todo território nacional. E, para tanto, as políticas estaduais de infraestrutura representam papel fundamental na superação do subdesenvolvimento, entre elas se encontram as políticas de transportes. (FURTADO, 2013, p. 378)

Antes de tratar especificamente das disposições constitucionais sobre transportes, e a forma como as competências nessa matéria foram tratadas na Carta de 1988, mister se faz destacar o lugar das políticas de transportes nos processos de participação do Estado na vida privada, para fins de reiterar a importância da matéria no cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil de promoção do desenvolvimento nacional ou, nas palavras de Furtado, para a superação do subdesenvolvimento.

Nesse sentido, corroboramos com as palavras de André Ramos Tavares (2017) que, ao tratar de acesso a infraestrutura rodoviária, nos chama a atenção para o fato de que a Constituição Econômica tem por finalidade, entre outras, encontrar a “revelação normativa prioritária” para o desenvolvimento, o que traz em si implicações como a elaboração de instrumentos normativos que consagrem a livre iniciativa e, do mesmo modo, o Estado Social e a organização da atividade econômica. Para Tavares, a infraestrutura rodoviária é um exemplo de como essa Constituição Econômica, considerando inclusive os seus pressupostos socioeconômicos, pode atuar na mesma direção de interesses empresariais típicos. Note-se que a correlação tratada pelo autor diz respeito à infraestrutura rodoviária e ao espaço ocupado por essas

políticas na ordem econômica e no planejamento e execução de políticas que vão ao encontro do desenvolvimento nacional. Esse destaque nos permite, mais uma vez, retirar a importância de se pensar políticas de transportes como elemento essencial ao cumprimento dos objetivos instituídos na Constituição de 1988.

Nesse mesmo sentido, Anthony B. Atkinson (2015), ao tratar da realidade de países desenvolvidos e do lugar da desigualdade na continuidade do progresso econômico e social dessas regiões afirma que a análise econômica padrão, ao desconsiderar as precauções inseridas no projeto institucional de proteção social, acaba por ignorar que haja contribuições deveras positivas do Estado do bem-estar social para o desempenho econômico. Isso reforça a ideia apontada por Tavares de que é possível pensar o desenvolvimento econômico e social a partir de políticas de organização da atividade econômica pelo Estado, sem necessariamente obstar os interesses da iniciativa privada. Em verdade, políticas com esse escopo de abrangência acabam por efetivar não só o objetivo da garantia do desenvolvimento, mas também o fundamento da República Federativa do Brasil de valor social da livre iniciativa.

Diante da importância da matéria, necessário se faz elencar o papel de cada ente federativo nos processos legislativos e administrativos correlatos a transportes. Ainda sobre a pesquisa recente realizada por Tavares (2017) sobre acesso a infraestrutura rodoviária e práticas administrativas inconstitucionais, já mencionada, o autor encerra o debate com a conclusão de que o Poder Público não tem sido eficiente na viabilização de um sistema nacional de desenvolvimento viário conforme exige a Constituição Federal de 1988.

A nossa hipótese é que, em partes, essa ineficiência apontada pelo autor supracitado pode estar relacionada ao fato de que os papéis de cada ente federativo na matéria podem não estar ainda bem definidos para os

Estados-membros, em termos de extensão e limites das suas competências, ao menos é o que indicam as decisões em Ações Diretas de Inconstitucionalidade analisadas neste artigo. Tanto a pesquisa de Tavares (2017), quanto os debates teóricos sobre desenvolvimento e políticas de infraestrutura, e as ADIs aqui analisadas, revelam a importância do bom funcionamento do federalismo cooperativo em matéria de transportes também para a superação do subdesenvolvimento, e o quão importante é que as competências federativas brasileiras estejam claras e bem definidas para todos os entes, para que essa cooperação possa acontecer na sua plenitude.

Inicialmente cumpre trazer ao trabalho uma breve apresentação dos dispositivos constitucionais cuja matéria explícita ou implícita é objeto da presente análise, ou seja, cabe-nos uma sumária exposição daquilo que convencionamos chamar de pulverização de dispositivos constitucionais sobre competência em transportes, e que pode ter gerado algumas incertezas quando da elaboração de políticas nessa matéria pelos Estados-membros, desde a promulgação das Constituições Estaduais. Para inaugurar a referida exposição, podemos citar o artigo 23, incisos IX e X da Constituição Federal de 1988, que trata das competências comuns, dispositivo que traz para a responsabilização dos entes federativos, em conjunto, o combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização, para promoção da integração social de setores desfavorecidos. (BRASIL, 1988).

Ora, e se a marginalização e segregação urbana estiverem relacionadas a uma política de transportes ineficiente na promoção da integração entre áreas urbanas? Teriam, os Estados-membros, competência comum para instituir, por lei, políticas de transportes?

A resposta a esse questionamento só aparece quando da leitura conjunta dos artigos correlatos às competências dos entes federativos, e

podemos citar, na sequência, os artigos 21 inciso XX e 22, inciso XI, como alternativa a uma resposta sobre o questionamento supracitado. Esses extratos da Constituição Federal postulam que compete exclusivamente à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, e privativamente ao mesmo ente legislar sobre transporte e trânsito (BRASIL, 1988, art. 22). Até aqui, se tomarmos por base os artigos até então expostos, seria possível aduzir que a competência dos Estados-Membros em matérias urbanas habitacionais, de saneamento e transportes, restringe-se à adoção de políticas locais ou regionais de execução de diretrizes nacionais, já que legislar sobre o tema e instituir diretrizes de transportes urbanos compete à União. Aos demais entes, teria restado, então, a incumbência de planejar e executar programas de construção de moradias e de saneamento básico, conforme competência comum já mencionada.

Diante de todo o exposto, e considerando que a Constituição Federal de 1988 adota o critério da residualidade para definir o papel dos Estados-membros na repartição de competências, podemos concluir, a partir do texto constitucional e de uma leitura na literalidade dos dispositivos, seguindo os ditames teóricos de uma interpretação gramatical e uma análise constitucional por exclusão, que compete aos Estados-Membros legislar em matéria de Direito Econômico e Urbanístico, sobre tudo aquilo que não seja enquadrado em instituição de “diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, nem tampouco que se enquadre no papel de legislar sobre transporte e trânsito.

Considerada, então, essa interpretação gramatical e, ao mesmo tempo, articulada dos artigos da Constituição Federal que tratam das competências dos entes federativos, parece claro que transporte especificamente urbano é matéria que não compete aos Estados-

membros, uma vez que legislar sobre transportes e instituir diretrizes de transportes urbanos, com fim no desenvolvimento das cidades, compete à União.

Ademais, apesar de competir concorrentemente aos Estados, à União e ao Distrito Federal legislar sobre Direito Econômico e Direito Urbanístico, é aos municípios que incumbe organizar e prestar o serviço de transporte coletivo e legislar sobre assuntos de interesse local, conforme disposto no artigo 30, incisos V e I, respectivamente (BRASIL, 1988). À propósito, Borges Netto afirma que essa competência concorrente pode ser conceituada como aquela que abre a possibilidade de atuação conjunta de duas ou mais entidades federadas sobre uma mesma matéria, como é o caso das normas de Direito Econômico e de Direito Urbanístico. (BORGES NETTO, 1999, p. 46).

Sobre o lugar dos municípios da instituição de políticas urbanas, entre as quais se inserem também as de transportes, André Ramos Tavares nos recorda a importância de destacar, num debate como este, o art. 182 da Constituição Federal, que vincula a atividade municipal ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes, como parte da meta estabelecida pela Constituição Federal de funcionamento de um federalismo cooperativo, que tem por finalidade, entre outras, a promoção de interesses e direitos sociais.

Ainda segundo o autor, é papel do Plano Diretor conferir ao planejamento urbano uma dinâmica que atenda aos direitos sociais. Nesse sentido, ao atender aos direitos sociais, também o Plano diretor contribui para a efetivação do desenvolvimento econômico e social que se preocupa com a redução de desigualdades sociais. (TAVARES, 2018, p. 501)

Outrossim, apesar das políticas de transportes interessarem à ordem econômica e integrarem o grupo de temáticas que pode contribuir

significativamente para o desenvolvimento nacional, não se pode olvidar que a interpretação acerca das competências dos entes federativos precisa levar em consideração o conjunto de dispositivos constitucionais que trata do assunto, para além dos motivos óbvios, porque há áreas em que competências específicas foram atribuídas privativamente ou exclusivamente à União, como é o caso de legislar sobre transporte e trânsito, artigo já mencionado. Ademais, essa interpretação que leva em consideração a unicidade constitucional, se mostra ainda mais importante quando a investigação em questão envolve a competência do Estados-membros, entes federativos aos quais se atribuiu competência residual.

Os Constituintes Decorrentes então, demandados que estavam para enfrentar essa distribuição de competências que envolvem direta ou indiretamente a instituição de políticas de transportes, acabaram por considerar a temática nos textos das Constituições Estaduais, em especial nos capítulos que instituíam diretrizes de políticas urbanas e de infraestrutura, do jeito que interpretaram que lhes competia.

Promulgadas essas Constituições, ficou para o Supremo Tribunal Federal o papel de extrair da Carta de 1988 a competência exata dos Estado-membros em matéria de transportes, a partir também do critério da residualidade, considerando a unicidade da Constituição e os princípios de interpretação constitucional. Vejamos como essas políticas apareceram nas Cartas Estaduais e como esse tratamento estadual foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Transportes nas Constituições Estaduais e no Supremo Tribunal Federal

Antes de proceder à exposição analítica acerca das políticas estaduais de transportes, é preciso apresentar uma síntese dos debates

sobre competência expostos no subitem anterior, nos pontos que podem ser extraídos de uma interpretação literal dos dispositivos constitucionais sobre a matéria, para destacarmos onde exatamente residem as controvérsias e possíveis obscuridades nas interpretações dos Constituintes Decorrentes. Sobre competência para legislar em matéria de transporte e trânsito, está é privativa da União, assim como a instituição de diretrizes para transportes urbanos é matéria de competência exclusiva desse ente e isso é incontroverso. Ainda sobre transportes e competência, é do Município a prerrogativa de organização e prestação, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” e aqui também restam claros os limites estaduais. (BRASIL, 1988, art. 30, inciso V)

Esses são os pontos da repartição de competências menos controversos. Todavia, se considerarmos os demais dispositivos constitucionais sobre competência que podem estar relacionados a transportes, resta uma incógnita sobre os limites legislativos dos Estados-Membros, sempre que o procedimento esteja respaldado pela prerrogativa da Competência Concorrente em matéria de Direito Econômico. Em outras palavras, ao estabelecer normas constitucionais estaduais que interessam à ordem econômica (e, porque não, social) do Estado-Membro, sempre que alinhadas à ideologia econômica nacional, quais seriam as prerrogativas e limites desses entes, quando o assunto for transportes, dada a distribuição de competências constitucionais sobre a matéria?

A resposta a essa incógnita está na própria Constituição Federal, no seu artigo 25, §1º, e essa afirmativa está chancelada pelo entendimento da Suprema Corte, mais especificamente na Ação Direita de Inconstitucionalidade 845-5, que punha em xeque a

constitucionalidade de dispositivo da Carta Estadual do Amapá, que versa sobre direito à redução em cinquenta por cento no valor da passagem de ônibus municipais e intermunicipais². Sobre o referido dispositivo, o entendimento do STF foi o de que é inconstitucional somente o trecho “municipais e”, estabelecendo, assim, o limite do Constituinte Decorrente para dispor sobre a matéria. Nos moldes da referida decisão, a competência estadual para instituir redução tarifária encontra-se entre normas sobre transporte interestadual, que são de competência da União, e transporte municipal interno, de competência dos Municípios, restando aos Estados-Membros a competência para tratar dos sistemas intermunicipais.

Entretanto, por se tratar de um serviço geralmente prestado mediante concessão, há, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionamento sobre a constitucionalidade para outorgar benefícios de gratuidade de transportes, inclusive em relação à competência da União, fundamentado em afronta aos princípios da Ordem Econômica, da Isonomia, da Livre Iniciativa e mesmo do Direito de Propriedade, como foi o caso da ADI 2649-6 do Distrito Federal, interposta pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros, a ABRATI, que questiona a constitucionalidade da Lei 8.899/94 que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência, em transportes coletivos interestaduais.

Apesar de não se tratar de Ação Direta de Inconstitucionalidade que questiona matéria constitucional estadual em transportes, mas sim Lei Ordinária Federal, julgamos relevante abordar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre competência para outorga de gratuidade ou redução tarifária de transportes, considerando uma análise de

² Art. 224. O Estado garantirá o direito à meia passagem ao estudante de qualquer nível, nos transportes coletivos urbanos, rodoviários e aquaviários, municipais e intermunicipais, mediante lei. (AMAPÁ, 1991).

ponderação principiológica, a partir do questionamento do papel da iniciativa privada em políticas de cunho assistencialista, voltadas a garantia de acesso à mobilidade espacial, por tratar indiretamente sobre limites à autonomia para legislar sobre transportes. A referida ação foi julgada improcedente por estar resguardada pelo Princípio Da Isonomia Substancial ou Material, garantindo o cumprimento do Princípio da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana, ao promover a inclusão dessas pessoas, a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais.

Em linhas gerais, sobre o tratamento dado à matéria nas Cartas Estaduais, as políticas de natureza econômica que se apresentaram sobre transportes giraram em torno da criação de câmaras de compensação tarifária, como foi o caso das Constituições do Pará³ e do Amapá⁴, de isenções tarifárias, como foi o caso das Cartas Estaduais do Amazonas, novamente do Pará, do Mato Grosso e do Espírito Santo – cujos artigos das Constituições trataremos na sequência -, e da proibição de “subsídios financeiros” até que autorizados por lei, como foi o caso da Constituição Estadual do Espírito Santo⁵.

Sobre as isenções, considerando o precedente da ADI 845-5, resta claro que ao Estado não compete legislar em matéria de transporte municipal, tampouco conceder isenções tarifárias nessa esfera territorial

³ Art. 249. Os sistemas viários e os meios de transporte atenderão, prioritariamente, as necessidades de deslocamento da pessoa humana no exercício do direito de ir e vir, e, no seu planejamento, implantação e operação serão observados os seguintes princípios: § 1º. O Estado e os Municípios, em regime de cooperação, criarão câmaras de compensação tarifária relativas ao transporte rodoviário de passageiros, nos termos da lei. (PARÁ, 1989)

⁴ Art. 222. O transporte coletivo de passageiros é um serviço público essencial, incluído entre as atribuições do Poder Público, responsável por seu planejamento e normatização, que pode operá-lo diretamente ou mediante concessão ou permissão, obrigando-se a fornecê-lo com tarifa justa e digna qualidade de serviço: § 1º O Estado e os Municípios, em regime de cooperação, criarão câmaras de compensação tarifária relativas ao transporte rodoviário de passageiros, nos termos da lei. (AMAPÁ, 1991)

⁵ Art. 230. É vedado ao Poder Público subsidiar financeiramente as empresas concessionárias ou permissionárias de transporte coletivo, salvo autorização expressa em lei. (ESPÍRITO SANTO, 1989).

de prestação do serviço, e esse entendimento foi mantido também pela ADI nº 2349-7 de 2005 que declara a inconstitucionalidade do trecho “urbano e” do §2º do artigo 229 da Constituição Estadual do Espírito Santo, cujo texto era originalmente o seguinte:

Art. 229. Aos maiores de sessenta e cinco anos e aos menores de cinco anos de idade, e às pessoas com deficiência é garantida a gratuidade no transporte coletivo urbano, mediante a apresentação de documento oficial de identificação e, na forma da lei complementar de iniciativa do Poder Executivo, em cujo texto constará parâmetros necessários para a habilitação do deficiente ao benefício, especialmente em relação ao grau de sua capacidade física, à condição financeira de sua família e à limitação do uso da gratuidade. § 2º Fica vedada a concessão de gratuidade no transporte coletivo **urbano e** rodoviário intermunicipal, redução no valor de sua tarifa fora dos casos previstos neste artigo e, ainda, a inclusão ou manutenção de subsídio de qualquer natureza para cobrir déficit de outros serviços de transporte. (ESPÍRITO SANTO, 1989)

Desta forma, percebe-se que a limitação do poder Constituinte Decorrente em matéria de transporte público está expressamente definida pela Suprema Corte, que tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos estaduais que tratem de transportes municipais, por entenderem que os mesmos integram o rol de matérias de interesse local, de competência legislativa dos Municípios. Mas aí é que reside uma curiosidade: há artigo de Constituição Estadual que versa sobre gratuidade de transporte coletivo municipal e que ainda não foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, como é o caso da Constituição Estadual do Pará e seu artigo 249, inciso VI e alíneas, vejamos:

Art. 249. Os sistemas viários e os meios de transporte atenderão, prioritariamente, as necessidades de deslocamento da pessoa humana no exercício do direito de ir e vir, e, no seu planejamento, implantação e operação serão observados os seguintes princípios: VI - isenção tarifária nos transportes coletivos, rodoviários e aquaviários, **municipais e intermunicipais**, para: a) pessoas portadoras de deficiência mental, sensorial e motora, todas de caráter permanente, através de laudo comprobatório proveniente de junta médica. b)

crianças de até seis anos, inclusive; c) policiais civis e militares e carteiros, quando em serviço. (PARÁ, 1989)

No caso em tela, a Carta Constitucional paraense concede benefício de gratuidade de transportes coletivos municipais a pessoas portadoras de deficiência mental, e cumpre destacar como observação transversal ao objetivo da abordagem do referido dispositivo que essa especificidade de deficiência para outorga do benefício fora encontrada também na Constituição Estadual do Mato Grosso, além das hipótese comuns gratuidade para pessoas com deficiência sensorial e motora, crianças até seis anos e policiais civis, militares e carteiros, sempre que em serviço. Se considerarmos as duas ADIs anteriores que trataram de transportes municipais, resta evidente a invasão de competência do Constituinte Decorrente do Estado do Pará, apesar de o referido dispositivo também não encontrar, ainda, contestação em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade.

Ademais, considerando as Constituições estudadas, e tomando por base as que tiveram e as que não tiveram dispositivos sobre isenção tarifária declarados inconstitucionais, é possível afirmar que alguns artigos das Cartas Estaduais sobre o assunto se mantêm vigentes, sem interpretações de invasão da competência municipal, mesmo quando tratam de transportes urbanos, talvez porque intermunicipal em zonas metropolitanas, sejam também urbanos, posto que não foi somente na Constituição paraense que a vigência de artigo com esse conteúdo ainda está mantida. Também a Constituição Estadual do Mato Grosso usa o termo urbano para legislar sobre isenções, no seu artigo 317 e alíneas, senão vejamos:

Art. 317 São isentos de pagamento de tarifas nos transportes coletivos urbanos: a) pessoas maiores de sessenta e cinco anos, mediante apresentação de documento oficial de identificação; b) pessoas de qualquer idade, portadoras de deficiências físicas, sensorial ou mental, com reconhecida dificuldade de locomoção

e seu acompanhante; c) outros casos previstos em lei. (MATO GROSSO, 1989)

Sobre a Constituição Estadual do Mato Grosso, interessante observar que além da concessão do benefício aparentemente invadir competência municipal, ao tratar de transporte coletivo urbano, conforme entendimento da ADI 2349-7 já tratada, que declarou inconstitucional justamente o termo “e urbano” do §2º do artigo 229 da Constituição Estadual do Espírito Santo, e a Carta daquele Estado-membro ainda estende o benefício ao acompanhante, conforme parte final da alínea *b*) do artigo 317. Esse é outro caso de dispositivo constitucional estadual ainda vigente, e cuja abrangência da concessão do benefício é idêntica a outra que já fora declarada inconstitucional por decisões em controle abstrato sobre artigo de Constituição Estadual de outro estado, conforme já tratamos.

De igual modo, a Constituição Estadual do Amazonas, e o uso do termo “transportes coletivos, fluviais e terrestres”⁶, que curiosamente já teve o referido artigo impugnado em Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas com a redação anterior à emenda que deu a redação atual, qual seja “são isentos do pagamento de tarifas nos transportes coletivos, urbanos e fluviais”. Dada a alteração, essa foi a decisão do Ministro Relator Nelson Jobim:

O dispositivo questionado foi alterado pela EC nº 10 de 16.12.1991.(...) Por sua vez, a EC 10/91 alterou o caput do dispositivo questionado e substituiu a palavra urbanos por terrestre. A nova redação ampliou o espectro dos meios de transporte ao incluir a palavra terrestre. Também ampliou o público alvo das isenções. Houve acréscimo de inciso e de parágrafo. Nos termos da jurisprudência deste tribunal, a

⁶ Art. 255. São isentos do pagamento de tarifas nos transportes coletivos, fluviais e terrestre: I - as pessoas portadoras de deficiências com reconhecida impossibilidade de locomoção; II - policiais em serviço; III - idosos maiores de sessenta e cinco anos; IV - durante o período letivo, o aluno da rede escolar oficial devidamente uniformizado e identificado; V - crianças menores de até 10 (dez) anos de idade devidamente acompanhadas de um responsável. (“Caput” com a redação dada pela EC nº 10, D.Of. de 16.12.91) (AMAZONAS, 1989).

superveniência de norma que lhe altere o sentido impede o seu conhecimento. (...) Nego seguimento (art. 38 da lei 8.038/90). (BRASIL. ADI 107-8. Relator (a): Min. Nelson Jobin. Brasília: 20 de novembro de 2001)

Entretanto, se levado em consideração o aspecto material da norma jurídica em comento, das duas últimas Constituições supracitadas, é possível considerar que a amplitude da terminologia usada, assim como a abrangência das escolhas gramaticais do texto, levam a crer que também os transportes municipais se inserem no âmbito de alcance da norma, e a Constituição Estadual do Espírito Santo teve dispositivo declarado inconstitucional exatamente no trecho “e urbano” quando impõe concessão de gratuidade no transporte coletivo, restando constitucional somente a outorga do referido benefício aos transportes intermunicipais, conforme artigo e ADI já citadas.

Não obstante, em tese, até que o fato jurídico conduza ao questionamento de constitucionalidade desses dispositivos, pelos legitimados para tal, para que haja uma manifestação sobre os limites desse alcance, presumem-se constitucionais tais quais estão dispostos. Todavia, já temos exemplos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade deferidas em dispositivos de outras constituições com conteúdos semelhantes.

Em relação às matérias que envolvem os municípios e as normas que se enquadram no espectro do Direito Econômico, Giovani Clark (2001, p. 12) afirma, sobre o Controle de Constitucionalidade e legalidade em matéria de Direito Econômico, que a inexistência de uma codificação das suas normas obsta um exercício de controle que garanta segurança jurídica à coletividade. Ao analisar as questões que envolvem o Município, e a sua possível intervenção no domínio econômico através dos processos legislativos, ele afirma que a isso se soma a morosidade do judiciário e a sua falta de familiarização com esse ramo do direito aumentam as

aflições sociais especialmente de comunidades locais. Talvez essa possa ser também outra possível razão para a letargia dos legitimados a interposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos casos dessas Constituições Estaduais que remanescem com artigos que tratam de benefícios tarifários invadindo a competência dos municípios.

4. Conclusão

A democracia no Brasil é considerada relativamente jovem, pois a nossa Constituição que inaugura o processo de redemocratização do país data de 1988. Igualmente jovem a concessão do status de Estado Desenvolvimentista ao Brasil, vez que a referida Carta é a primeira a tratá-lo como tal. Por óbvio, é igualmente recente a transferências de determinadas responsabilidades federativas correlatas a esse desenvolvimento e, ao mesmo tempo, vinculadas a uma repartição de competências constitucionais mista, tal qual o apresentam os dispositivos constitucionais de 1988.

Ao analisar a forma pela qual os Estado-membros entenderam as suas competências em matéria de instituição de políticas e diretrizes constitucionais estaduais de transportes, é possível concluir que os limites entre as suas competências e as competências municipais não estavam exatamente claros aos Constituintes Decorrentes, e parecem que ainda restam obscuros aos legitimados ao exercício do Controle Abstrato de Constitucionalidade. Isso porque algumas Constituições Estaduais concederam benefícios tarifários a transportes intermunicipais e municipais ou urbanos e essa repetição nos indica uma obscuridade em relação aos limites municipais a atuação legislativo-constitucional dos Estados-membros. Da mesma forma, a vigência ainda hoje de artigos de Cartas Estaduais que procederam a essa invasão de competência

municipal, indica um controle abstrato de Constitucionalidade precários dos legitimados a levarem o debate ao Supremo Tribunal Federal.

Consideradas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade analisadas, as conclusões que se pode extrair são as de que política tarifária municipal e interestadual não estão dentro dos limites de competência estadual para instituição de políticas de transportes. Além disso, podemos também concluir que há entendimento no Supremo Tribunal Federal, num exercício de ponderação entre princípios aparentemente conflitantes, de que a isonomia substancial em matéria de concessão de gratuidade de transportes interestaduais, a pessoas com deficiência nos moldes do postulado pela Lei 8.899/94, deve prevalecer em relação à livre iniciativa e ao direito de propriedade. Por motivos óbvios, pois ambos estão vinculados a valores ou função social, na Constituição Federal, respectivamente.

Referencias

AMAPÁ. Constituição (1991). **Constituição Estadual do Amapá**. Amapá: Assembleia Legislativa, 1991. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70441/CE_Amapa.pdf?sequence=11 Acesso em: 30/11/2018

AMAZONAS. Constituição (1989). **Constituição Estadual do Amazonas**. Amazonas: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2013/08/Constituicao-do-Estado-do-Amazonas-atualizada-2013.pdf> Acesso em: 07/06/2017

ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade: o que pode ser feito?** Tradução de Elisa Câmara. São Paulo: Leda, 2015

BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01.12/2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 851-0**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: 01 de abril de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346646> Acesso em: 10/07/2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 845-5**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: 22 de novembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513619> Acesso em: 05/07/2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2649-6**. Relator (a): Min. Carmen Lúcia. Brasília: 08 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513619> Acesso em: 20/06/2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2349-7**. Relator (a): Min. Eros Grau. Brasília: 31 de agosto de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513619> Acesso em: 20/06/2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 107-8**. Relator (a): Min. Nelson Jobin. Brasília: 20 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=107&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=MA> Acesso em: 20/06/2017

CLARK, Giovanni. **O Município em Face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ESPÍRITO SANTO. Constituição (1989) **Constituição Estadual do Espírito Santo**. Espírito Santo: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/downloads/c_est.pdf Acesso em: 30/11/20218

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 1999. In: Essencial Celso Furtado. São Paulo: Penguin, 2013.

HORTA, Raul Machado. **Organização Constitucional do federalismo**. Rev. de Informação Legislativa. Brasília. a. 22. nº 87. jul./set. 1985.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual**: competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MATO GROSSO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Mato Grosso**. Mato Grosso: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao_estadual.pdf Acesso em: 05/05/2017. art. 317.

PARÁ. Constituição (1989) **Constituição Estadual do Pará**. Pará: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243099/CE_Para.pdf?sequence=3 Acesso em: 29/11/2018

TAVARES, André Ramos. **Acesso Especial à infraestrutura rodoviária e práticas administrativas inconstitucionais**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. v. 1/2017. Abr - Jun/2017. p. 39-67

_____. Planos Urbanísticos na Constituição Econômica de 1988. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MENDES, Gilmar Ferreira. (orgs.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Artigo recebido em: 15/01/2019.

Aceito para publicação em: 19/11/2019.

É possível combater à corrupção sem ofender a Constituição Federal de 1988?

Is it possible to combat corruption without offending the 1988 Federal Constitution?

Antônio Leonardo Amorim¹

Nélia Mara Fleury²

Ícaro Melo dos Santos³

Resumo: Historicamente nossa sociedade tem estabelecido que determinadas condutas merecem maior reprimenda do direito penal, no Brasil sempre criminalizou com mais frequência determinados grupos, exemplo disso, foi a perseguição por contravenção penal de vadiagem contra os escravos recém libertos em 1888, a continuidade nesse processo de criminalização dos negros pela guerra às drogas. A bola da vez é o combate à corrupção, o que se verifica quando a Operação Lava Jato, deixa de ser regionalizada, para se tornar nacional, diferente do que acontece em todas outras investigações criminais. O modus operandi do processo penal em que se tem um acusado por corrupção é com sensacionalismo midiático, exposição desses acusados, penas cumpridas publicamente, acontece que a Constituição Federal de 1988 traz garantias fundamentais a todos os investigados. Com isso, surge a problemática, é possível combater à corrupção sem ofender a Constituição Federal de 1988? A resposta a esse problema de pesquisa se dará a partir da pesquisa bibliográfica, documental, pelo método hipotético dedutivo, trazendo discussões sobre o combate à corrupção no Brasil, pontuando que toda persecução criminal e investigação precisa obedecer a lei, o que faz a partir de disposições expressas da Constituição Federal de 1988. Para isso será necessário a definição de comportamentos corruptos, a caracterização de como são definidos, além do papel midiático na construção da figura do “corrupto”. Relacionar o combate à corrupção a partir de suas regras processuais (persecução penal), diferente da vigente “perseguição” criminal, na qual direitos básicos do acusado são violados em prol do combate à corrupção, não pode ser uma metodologia de investigação adotada em nível nacional, vez que mitiga garantias constitucionais. Por isso, toda investigação criminal e persecução penal, precisam obedecer às regras procedimentais, em especial, das que constam na Constituição Federal, sob pena de serem inválidas.

Palavras-chave: Corrupção; Constituição Federal de 1988; Proteção; Regras Processuais Penais; Persecução Penal.

Abstract: Historically our society has established that certain conducts deserve a greater reprimand of criminal law, in Brazil it has always criminalized certain groups more frequently, an example of which was the

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Professor no Curso de Direito da Universidade Federal de Jataí/GO e na Universidade do Estado de Mato Grosso - UEMT.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Jataí/GO.

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Jataí/GO

persecution for criminal contravention of vagrancy against newly freed slaves in 1888, the continuation of this criminalization process of blacks for the war on drugs. The catch is to fight corruption, which occurs when Operation *Lava Jato* ceases to be regionalized, to become national, unlike what happens in all other criminal investigations. The modus operandi of the criminal process in which there is an accused of corruption is with media sensationalism, exposure of those accused, sentences served publicly, it happens that the Federal Constitution of 1988 brings fundamental guarantees to all those investigated. With this, the problem arises, is it possible to fight corruption without offending the Federal Constitution of 1988? The answer to this research problem will be based on bibliographic, documentary research, using the hypothetical deductive method, bringing discussions about the fight against corruption in Brazil, pointing out that all criminal prosecution and investigation must obey the law, which it does from express provisions of the Federal Constitution of 1988. For that it will be necessary to define corrupt behaviors, to characterize how they are defined, in addition to the media role in the construction of the “corrupt” figure. Relating the fight against corruption based on its procedural rules (criminal prosecution), different from the current criminal “persecution”, in which basic rights of the accused are violated in order to fight corruption, cannot be an investigation methodology adopted at the national level, as it mitigates constitutional guarantees. For this reason, all criminal investigations and prosecutions must obey procedural rules, especially those contained in the Federal Constitution, under penalty of being invalid.

Keywords: Corruption; Federal Constitution of 1988; Protection; Penal Procedural Rules; Criminal Persecution.

1. Introdução

Essa pesquisa se propõe analisar se é possível combater a corrupção, sem que para isso, sejam violados pelo Estado direitos constitucionais e regras processuais previstas na Constituição Federal de 1988. A possibilidade desse estudo está relacionada ao momento político em que vive o país, em que assuntos que abarcam a corrupção se fazem presente diariamente nos noticiários e no cotidiano dos brasileiros.

Historicamente quando o Estado decide criminalizar determinadas condutas, se vale da construção dessa figura eliminável do inimigo, num processo de demonização e eliminação (BARATTA, 2002). Para isso, o Estado cria esse “eliminável” que poderá ser abatido ou, quando pertencente à elite brasileira, que tenha penas públicas e direitos fundamentais violados.

Com a Operação Lava Jato, esse processo de demonização e eliminação de políticos no Brasil ascendeu substancialmente, quando apoiados pela mídia, todos os atores da referida operação deram publicidade as execuções das penas, conduções coercitivas, sentenças e fatos a toda sociedade, o que criou um sentimento nacional de que “político é corrupto”.

Fato é, que a Operação Lava Jato se torna nacional, isso não é a regra das investigações policiais no Brasil, ou seja, várias outras operações com o mesmo nome “Lava Jato”, são deflagradas no Brasil, ainda que não tenham nenhuma relação de fato, sendo apenas o mesmo objetivo de combate à corrupção, o que para muitos representa a tentativa de fortalecimento nacional do lavajatismo, algo que historicamente não é comum, visto que cada operação deflagrada pela polícia judiciária recebe nome peculiar e não há uma única operação com o mesmo objeto de investigação.

Diante dessas situações, indaga-se, é possível combater à corrupção sem ofender a Constituição? A resposta a esse problema de pesquisa se dará a partir do método hipotético dedutivo, utilizando-se da metodologia bibliográfica e documental, com objetivo geral de verificar se é possível obedecer a Constituição Federal de 1988 nos processos de investigação criminal de corrupção.

Inicialmente a pesquisa se encarrega de apresentar o combate à corrupção no Estado Democrático de Direito, conceituando o que é corrupção, a importância de que seja combatida, desde que obedecendo regras do processo penal constitucional. Na terceira seção será discutido o direito processual penal constitucional, como forma de obedecer a regras previamente estipuladas e, que não seja violado garantias fundamentais dos investigados.

Na quarta seção, apresenta-se resposta ao problema de pesquisa levantado, dialogando com a Constituição Federal de 1988, analisando se

é possível combater à corrupção de modo que garantias fundamentais não sejam violadas pelo Estado na persecução penal ou investigação criminal.

2. Combate à corrupção no Estado democrático de Direito

2.1. O que é corrupção?

Definir o que é corrupção não é atividade fácil e, tal dificuldade está relacionada a um antigo “*déficit*” que deveria ter sido suprimido a partir do momento em que o fenômeno começou a ser considerado e apontado como realidade socialmente. A ausência de definição sólida e cristalizada permite englobar diversos comportamentos que poderão ser julgados, individualmente, como corruptos ou não.

Com a Operação Lava Jato tentou-se criminalizar a política no Brasil, determinados atores políticos de representatividade nacional foram perseguidos criminalmente, processado publicamente e teve sua pena pública. Somando-se a isso, tem-se as disputas ideológicas em que vive o Congresso Nacional, que não colabora para a facilitação da conceituação do que é corrupção, já que se trata de um comportamento universal.

Para alguns, apenas delitos que possuem grande repercussão são enquadrados na categoria de corrupção, ao passo que para outros, subornos e benefícios administrativos ou governamentais de pequena monta também podem se enquadrar nessa condição. Zani Andrade Brei (1996) faz diferentes tipos de classificação de corrupção com enfoques: no mercado, no interesse público, nas regulamentações formais e na opinião pública. A autora, decidiu iniciar seu trabalho com as definições do termo que abarcam o mercado (BREI, 1996). Nesse viés, a forma de se obter vantagens – ilícitas – está conexas a forma como grupos dominantes expressam seus interesses através de ações do governo vigente, manipulando caminhos que lhes são mais favoráveis.

São as trocas de favores, os valores que não vão para os cofres públicos, mas para a figura do político que realiza essa ponte e, se beneficia pessoalmente cobrando taxas combinadas, vantagens negociais que seguido o devido processo administrativo não seria viável àquele que suborna ou oferece a propina.

Em viés econômico ainda mais literal, clássicos inclusive, na qual a livre concorrência e a autorregulação do mercado imperam, pode-se considerar o servidor público como um agente econômico, que utiliza dos meios necessários que lhes são alcançáveis para aumentar sua produtividade, mesmo que no processo o interesse público seja lesado (BREI, 1996).

Para a definição de corrupção de mercado é necessário oportunidade, e com base na análise da realidade brasileira e em constantes desdobramentos de escândalos políticos, há fartura delas no âmbito nacional. O fato de o mercado ser o pilar, o único e principal foco para alguns agrupamentos, faz com que condutas morais sejam desconsideradas quando comparadas a lucratividade, marginalizando os meios, tendo como visão a maximização do lucro.

Outra faceta da corrupção analisada por Brei (1996) é a caracterização de corrupção com base no interesse público. Contrária à de mercado, nessa visão é importante atender o bem comum, as demandas gerais da população e o ganho pessoal é visto como vilão, como algo a ser combatido. Essa corrente de definição é amplamente criticada pelo fato de ser complexo separar o que faz - ou não - parte do interesse da nação, já que esse não é homogêneo, podendo encontrar diferenciações bastante nítidas conforme cada grupo e nicho que representar.

Devido a forma orgânica na qual se tem a sociedade e o elevado grau de sociabilidade da troca, maior a dificuldade de identificar um comportamento como corrupto. Isso porque, algumas espécies de corrupção são facilmente aceitas pelos cidadãos, já que a elite intelectual constrói a ideologia em que determinada atitude é tolerável (sobre

comando da elite financeira, responsável pela compra e organização de todas as outras), para mascarar seus pensamentos com análises que podem ser ditas intelectuais, disseminando o pensamento que mais tarde, torna-se senso comum (SOUZA, 2016).

Entretanto, Horta (2004, p. 121), em aspectos gerais, define a corrupção nos seguintes termos:

No domínio do Direito, identifica o crime, tipificado no Código Penal, na categoria dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, ao lado de outros crimes, como o peculato, o excesso de exação, a prevaricação, o tráfico de influência, o contrabando e a condescendência criminosa.

O problema, entretanto, é quando comportamentos não são bem delimitados, tipificados, e há conflitos entre grupos políticos sobre a caracterização da conduta como algo corruptível ou não. Somada a essa dificuldade de separar atuações desejadas das indesejadas, está a constante descrença pública nos meios Estatais para garantir a justiça e manter uma sociedade minimamente coesa. Ademais, é crescente o descrédito popular para ter suas demandas atendidas, criando a percepção de que política é algo inalcançável, que somente alguns participam e em suma, não se adequa aos moldes constitucionais de igualdade (HORTA, 2004).

Para Bruno Amaral e Marina Quezado (2018, p. 149) “na perspectiva de explicação sociológica, os estudos pretendem reconhecer as condições sociais, ambientais e organizacionais subjacentes ao comportamento desviado” para caracterizar o que é corrupção, mais que isso, continuam os autores afirmando que “a própria teoria da associação diferencial de Sutherland, que vê o comportamento criminoso como apreendido por meio da interação social com pessoas e grupos que compartilham distintos valores e violam as regras” (p. 149).

Vannucci (2017) utiliza de três paradigmas para explicar a corrupção: o econômico, o cultural e o neoinstitucional. O papel econômico

está associado aos incentivos individuais das oportunidades de engajamento que a atividade corrupta promove e, a decisão individual do sujeito em participar da atividade depende da valoração do risco de punição. O paradigma cultural se relaciona com as tradições culturais e normas de convívio social interiorizado pelo sujeito, aqui os padrões éticos colaboram para o desvio corrupto. O paradigma neoinstitucional, considera para a corrupção os mecanismos que permite a organização social da rede de corrupção.

Todavia, nas atuais configurações sociais a responsabilidade - além de ser do governo - é partilhada por outras estruturas sociais organizadas e pelos meios de comunicação. Articulado as partes consegue-se criar um discurso no qual a autonomia política deveria existir, e na teoria há a possibilidade de analisar o processo penal e tecer críticas de maneira separada das instituições jurídicas encarregadas. Nesse aspecto, a mídia seria essencial para incentivar o funcionamento propício das estruturas governamentais, já que seu poder em si seria suficiente para derrubar governantes e iniciar processos sancionadores (MESQUITA; MOISÉS; RICO, 2013).

O problema se encontra quando esse “julgamento” antecipado exercido pela mídia e pela opinião pública influencia no fluxo do devido processo penal garantido ao acusado, levando a uma condenação prévia sem o trânsito em julgado e prejudicando direitos como o contraditório e ampla defesa, norteadores constitucionais para a defesa do réu.

A Lei Orgânica n.º 8.625/93 do Ministério Público, em seu artigo 27, parágrafo único, inciso II, discursa a respeito da racionalização dos procedimentos administrativos, o que influi no andamento do processo através das normas positivadas e não no sentimento criado pelos setores midiáticos nos cidadãos, que provocam o judiciário brasileiro a atender suas convicções, mesmo que elas mais tarde se provem equivocadas.

Tal racionalização exigida está interligada ao fato de que as emoções e sentimentos, criados pelos meios de comunicação, nas massas

são manipuláveis e volúveis, ensejando em uma relativização aberta a constantes mudanças de posicionamento e, portanto, a uma insegurança jurídica no que diz respeito a condenação do acusado. Nesse sentido, Silva e Lopes Jr. (2019, p. 1) acentuam que:

Não se tratava da “corrupção penal tradicional” (solicitar ou receber vantagem indevida). Ao que tudo indica, tratava-se de corrupção sistêmica institucionalizada. Buscou-se corromper o “ser”, desvirtuando a verdadeira função do Estado-juiz para satisfazer, única e exclusivamente, seus anseios, interesses pessoais e aprovação do grande público para se estabelecer um projeto de poder. Mais do que isso, corrompeu-se o devido processo e a garantia de ser julgado por um juiz imparcial, de forma jamais vista.

Por outro lado, caso seguido racionalmente os parâmetros legais, julgando os fatos e não o agente que ocupa o polo passivo, tem-se maior pertinência quanto a um processo legal adequado e justo.

Maurício Dieter levanta uma indagação que está diretamente relacionada a insegurança trazida por decisões baseadas em sentimentos e em crenças particulares; questiona o professor de criminologia “se o que decide é o sentimento subjetivo sobre a ética universal, qual o controle democrático que você tem sobre a decisão de alguém?” (DIETER, 2018, p. 16).

Eugênio ao comentar sobre o exercício de defesa em um processo de corrupção, indica que o “o acusado não pode estar entregue, nem à (má) sorte da (in)eficácia da atuação de seu defensor e tampouco à ira de um acusador movido pelo desejo de vingança” (PACHELLI, 2019, p. 64). Com essa afirmação é possível, mais uma vez, entender que critérios subjetivos devem estar afastados da análise do caso concreto do que é corrupção e, o julgamento deverá depender do convencimento do juiz pelas provas produzidas no processo (dispostas de recursos paritários) e não por uma expectativa social de vingança nem do pensamento que apenas alguém simplesmente por “parecer” culpado é o caminho ideal a ser trilhado.

Frisa-se que nesse tópico não se esgotará todas as definições possíveis de corrupção, até mesmo porque a doutrina brasileira

atualmente já está discutindo temas de corrupção no setor privado, privado internacional, público internacional.

É válido ressaltar ainda que “os legisladores optaram por criar um sistema de tripla responsabilidade no qual o agente corrupto pode enfrentar cumulativa e independentemente sanções criminais, cíveis e administrativas por suas ações.” (ALENCAR; GICO JR, 2011). Essa amplidão nas áreas do direito que possibilitam inúmeros julgamentos apenas denota a complexidade desse ilícito, que poderá ainda ser diversamente definido quando visado por diferentes facetas jurídicas.

2.2. Combate à corrupção

Combater a corrupção é necessário, pois diretrizes para a administração pública são traçadas e alguns princípios são norteadores para sua atuação. Legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade e eficiência (art. 37, da Constituição Federal), não dialogam com o fenômeno alvo do estudo, que apresenta características negativas e que apontam declínio acerca do desenvolvimento social do país.

O combate à corrupção está imbricado no fato de que indiretamente a corrupção afeta direitos fundamentais, isso porque ao prejudicar o erário público, os indivíduos que manifestam tal conduta, impedem que recursos sejam transferidos para áreas que necessitam de investimento, contribuindo para a má administração pública (SABELLA, 2008).

Dessa maneira, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, inciso II, dispõe sobre a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da Carta, que é lesado quando prejudica-se a boa administração estatal. Investigar e punir os corruptos é fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito, o que não pode o Estado fazer é se utilizar do processo penal como instrumento

de espetáculo e, aproveitando o sensacionalismo midiático criminalizar opositores políticos.

Por isso que as normas penais tem caráter de garantia, servem para que o Estado não incorra em excesso, praticando barbáries, por isso, deve o aplicador da norma penal e todos os demais atores atuantes no processo buscar o que Alessandro Barata (2002) chama de segurança dos direitos.

A Constituição Federal no artigo 127, atribuiu ao Ministério Público (MP) a obrigação de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público com os poderes previstos na Constituição tem dentre sua atuação a escolha do que perseguirá e o que não será perseguido criminalmente, o que importa em um poder discricionário para definir que tipo de corrupção e a corrupção de quem será levada a julgamento.

Ao atribuir a ideia da realização dessas tarefas ao MP condiciona-se a circunstância de um bom desenvolvimento social, em que as instituições estatais estejam em pleno funcionamento, desimpedidas de possuir completa eficiência ao combate à corrupção ou quaisquer outros atos que lesem a ordem pública.

Para que o papel regularizador seja enfatizado, a Lei Complementar nº 75/1993, relaciona as atribuições do Ministério Público da União e nela, mais uma vez, é possível identificar expressamente tarefas como a correção de irregularidades ou abuso de poder, a garantia dos objetivos republicanos, a defesa do patrimônio nacional, público e social, e novamente são reafirmados os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficácia.

Ainda que outros órgãos possam fazer controle de corrupção como os Tribunais de Contas, o Ministério Público atua de modo mais amplo, podendo propor ação penal, cível, processos administrativos contra os servidores públicos que se envolvam com corrupção. No entanto, qualquer que seja o órgão responsável pelo controle/fiscalização, deve agir de modo

a respeitar as regras legais, visto que qualquer abuso de direito deve ser considerado como ato ilegal, passível de anulação.

3. Regras processuais penais constitucionalmente asseguradoras das garantias fundamentais

De acordo com Aury Lopes Jr. (2021) o processo (mais especificamente acerca da resposta do acusado) poderá ser iniciado com a confrontação das provas que constam no processo, no intuito de apontar a verdade sobre o fato em que o denunciado está sendo processado. Ação penal pública é aquela em que o MP figura como representante do Estado e da coletividade, por isso, figura no polo ativo processual. Por representar o interesse punitivo do Estado deve estar livre de cunhos políticos, ideológicos e partidários, buscando apenas garantir o contrato social e preservar a segurança de todos e todas, seja essa segurança garantida através da retribuição (sanção) ou até mesmo pelo temor instaurado com o processo. Ainda que não seja esse o modelo ideal, é o vigente.

É válido ressaltar que não somente o Ministério Público figura como detentor dos interesses públicos, mas, através da figura do acusado tem-se também a vontade social de “ficar livre de acusações infundada e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas” (LOPES JR, 2021, p. 84).

Assim, essa ideia entra em convergência com o texto constitucional sobre direitos e garantias fundamentais, elencados no artigo 5º, em que se tem previsão de lealdade processual entre os atores do processo penal, quando se menciona no inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988), dessa forma, possibilita-se reconstruir os fatos delitivos narrados tanto na versão da vítima quanto do acusado. Acontece, que o sistema acusatório e a organização da justiça criminal brasileira,

não permite que investigações deem conta de trazer elementos que possam proporcionar a defesa do acusado, sendo certo que são colhidos tão somente elementos de que servirão de base para condenação do acusado (LOPES JR, 2021).

Da mesma forma, Eugênio Pachelli (2019) ao relacionar o processo como um espaço argumentativo, que será capaz de fornecer uma decisão democraticamente formada, aponta a ampla participação de agentes, tais como o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados, cada qual exercendo uma postura coerente com o andamento processual legal.

Entretanto, Pacelli também escreve sobre o fato de o acusado estar submetido ao poder do Estado, que utiliza de seus órgãos para atribuição da prática de ato criminoso, cuja consequência não gira em torno da reparação da vítima, mas sim a atribuição de uma pena, isto é, de uma sanção pública (PACELLI, 2017).

A atual sistemática do processo penal de fato deve obedecer aos preceitos do direito constitucional, como por exemplo, ampla defesa e não o da ampla acusação. Assim, deve ser garantido a defesa que apresente suas objeções, participando da construção do processo, refutando o fato danoso atribuído ao acusado ou até mesmo inserindo atenuantes e outros fatores que influem na culpabilidade, que podem gerar a diminuição da pena. É pertinente, ainda, ressaltar que tal fato [danoso, apontado como cometido pelo réu] será pressuposto como incerteza (princípio da presunção da inocência) e não como uma verdade que deverá ser provada contrária.

Assim, é válido fazer a diferenciação entre contraditório e ampla defesa, embora ambos estejam na mesma previsão Constitucional (art. 4º, LV), tratam de garantias importantes. O primeiro, enquanto possibilitador da participação da parte acusada, insere o réu no processo dando a oportunidade que ele se manifeste acerca do que está sendo acusado. Enquanto isso, ampla defesa abarca o exercício de todos os

recursos possíveis, disponíveis no trâmite processual, em que ao polo passivo é possível contrariar o polo ativo, sendo exaurida apenas quando a sentença transita em julgado (LOPES JR, 2021).

Além do contraditório e da ampla defesa, garante a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LIV, o devido processo legal, o qual assegura a todos os jurisdicionados que o processo penal será devido, desde a sua deflagração, obedecendo as regras processuais vigentes, sem que o Estado por seus atores processuais (Ministério Público e Juiz) possam agir de modo a prejudicar os interesses de alguém processualmente. A garantia do devido processo legal, previsto na Constituição Federal de 1988, serve como base para todos os ramos do direito, tem como pressuposto essencial a promoção de processos justos, em que, os atores processuais que representam o Estado não poderão se valer do processo penal para promover a “Santa Inquisição⁴” de seus inimigos políticos.

É necessário entender, portanto, que a existência do processo penal é garantida por motivos definidores e asseguradores de garantias sociais, para que barbáries como a da Santa Inquisição não voltem a acontecer. Isso porque, o fim do processo penal não é a mera aplicação da pena, como é divulgado e incentivado através dos meios midiáticos, a pretensão condenatória não é uma verdade absoluta incontestável e irrevogável, mas sim meio de tentativa de se alcançar a pacificação social.

Gunther Jackobs (2017), contrariando a presunção de inocência, em sua obra *Direito Penal do Inimigo*, faz legitimações sobre os indivíduos que serão rotulados como vilões; para ele, sujeitos merecedores de tratamento diferenciado daquele recebido pelos cidadãos probos, que teriam suas garantias atendidas. O autor reconhece e normativa essa diferenciação, criando um direito desigual com base nos “inimigos”, isto é,

4 Santa Inquisição é uma espécie de Tribunal de Exceção, em que perseguiu e criminalizou todos que eram contra os dogmas da Igreja Católica.

em pessoas que diretamente afetam a coesão social e as normas responsáveis pela harmonia da sociedade (JACKOBS, 2007).

É possível estabelecer conexão com essa visão de direito penal do inimigo elencando o tema da corrupção. O combate à corrupção e desrespeito à Constituição andaram lado a lado na Operação Lava Jato, visto que direitos de investigados foram suprimidos, em prol do combate a corrupção. Assim sendo, aplica-se todas as formas possíveis para imputar o crime ao autor, mesmo que para tanto seja ferido no processo o sistema acusatório, no qual o contraditório e a ampla defesa são diretrizes que deveriam comandar toda a fase processual (LOPES JR; SILVA, 2019). Phillipe Benoni Melo e Aury Lopes Jr (2019, p. 4) relatam que:

No entender de Jakobs, que aborda a legitimidade de um tratamento diferenciado àqueles que rotula como inimigos, deveria existir um direito penal do cidadão e outro direito penal do inimigo, para a preservação do próprio direito penal do cidadão. Assim, nesse espaço, idealizou-se a corrupção como um inimigo e, com táticas de uma guerra-onde-tudo-vale, fere-se de morte a Constituição para combater esse inimigo.

Maurício Stegemann Dieter (2012) ao comentar esse ponto traz a discussão sobre a necessidade de superação tanto de parâmetros axiológicos de justiça, quanto como o da automação da repressão, que transforma policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários em gestores, sujeitos que predefinirão suas ações em interpretações pessoais, a partir do cálculo atuarial aplicado (DIETER, 2012, p. 119-120).

Por cálculo atuarial aplicado, o autor entende fórmulas e gráficos, por exemplo, que servem para alimentar ou gerar fatores de riscos - isto é, tratar daqueles indivíduos que apresentassem a probabilidade de reincidência criminal - baseados em aspectos de classe, raça, gênero, nacionalidade - que foram naturalizados no sistema penal brasileiro e derrubaram o direito penal igualitário (DIETER, 2013).

A tese de Maurício (2013, p. 13) dialoga com a ideia de direito penal do inimigo, pois seleciona alvos que apresentam uma tendência a serem vítimas de perseguição criminal através do:

[...] afastamento das normas jurídicas do campo da segurança pública, instituindo-se a repressão em um espaço livre do Direito. A ideia era desvencilhar a violência institucional de seus inconvenientes amarras jurídicas, sobretudo as que expressavam garantias penais e processuais penais. Os direitos fundamentais eram postos, portanto, como entraves à eficiência e precisavam ser derrubados - ou, ao menos, retoricamente driblados.

Sendo assim, como o crime de corrupção é um crime de colarinho branco, na qual o polo passivo é preenchido por políticos, a construção ideológica midiática de que “todo político é corrupto” e portanto, deve ser considerado culpado, cria uma nova categoria garantidora de desigualdade, que será refletida no andamento do processo penal e no suprimento de garantias processuais, tais como a presunção de inocência e o esgotamento recursal antes da prisão (que agora pode ser determinada após a decisão de segunda instância e mais uma vez é assunto de debate no Supremo Tribunal Federal).

Percebe-se assim, a tentativa da construção de uma “frente unida” da mídia com a população, que tenta se passar por representante dos interesses do povo em um contexto diverso, que como percebe-se não há unidade política, por isso a afirmação “a política, manifestada por meio de discursos em processos de deliberação coletiva, seria sempre a tentativa de criação de uma unidade, de uma ordem, num contexto conflituoso, repleto das diferenças e interesses dos participantes” (GOMES; ALENCAR, 2019, p. 32) enquadra-se perfeitamente no momento experimentado pela população brasileira pós lavajatismo.

4. É possível combater à corrupção obedecendo às regras processuais penais previstas na Constituição Federal de 1988?

De acordo com a Constituição de 1988, pelo “*caput*” do artigo 127, infere-se que ao Ministério Público é atribuída “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Nesse dispositivo constitucional, o legislador constituinte

atribuiu papel fiscalizador a esse órgão (MP), em promover a defesa da ordem jurídica e fiscalizar o cumprimento da norma pelos outros Poderes da República.

Ocorre que, a atuação do Ministério Público tem sido mais eficiente, quando o objeto da investigação ou da denúncia é corrupção, analisando isso, Sabatella (2008, p. 3-4) constatou a eficiência do MP em ações desse porte:

[...] é que ao Ministério Público não se proíbe, ao contrário, se permite, que atue nas fases antecedentes da execução administrativa, quando se fixam as metas e se formulam as políticas públicas, vistas estas como conjunto de ações e programas governamentais preordenados a articular os meios estatais e privados na prossecução de objetivos que tenham relevância social.

A relativização do processo penal para atender as demandas negociais presente, por exemplo, nas delações premiadas, faz com que direitos que antes seriam inegociáveis tornem-se flexíveis, tornado possível até a renúncia do processo (ROSA, 2019).

Em uma tentativa de acelerar o andamento do processo e descarregar o sistema sobrecarregado do judiciário, o Ministério Público adota uma posição inquisitória, na qual se tem uma verdade pré-determinada cujo objetivo é obter provas suficientes para garantir a condenação do réu. O encurtamento do processo, sem que se dê o seu devido andamento, promove a barbárie no sistema de justiça criminal.

Com isso, os direitos fundamentais (garantias constitucionais) manifestados na forma de garantias processuais penais que só poderiam ser mudados caso ampliasse seu rol, está sendo enxuto pelo próprio Ministério Público, que em tese, deveria posicionar-se contrário a ações desse porte. Tal relativização prejudica o direito de contraditório, ampla defesa, até o princípio da presunção de inocência, que passa a ser mitigado pelo desejo popular, menosprezando uma garantia constitucional a fim de adquirir a aprovação da massa social.

Importante lembrar que o Ministério Público conforme art. 127, § 1º, da CF, é regido pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Com isso, tem-se que o MP não deve agir com sensacionalismo, nem mesmo promover ações para que tenha aprovação massiva da população brasileira, deve agir de modo independente, que não represente cunhos políticos e partidários, seguindo apenas os moldes garantidores da igualdade e do devido trâmite do processo penal como determina a Constituição Federal de 1988.

Assim, “todos os Estados [...] possuem uma instituição responsável pela ação penal. Se o monopólio da violência é do Estado cabe a um ator estatal, o promotor, exigir que aquele que lançou mão da violência de maneira ilegítima seja punido” (Weber, 1972 *apud* Kerche, 2018). E mais, cabe ainda ao MP quando da deflagração de eventual ação penal dar cumprimento integral as regras previstas no processo penal, sob pena de estar exercendo um papel arbitrário no Estado Democrático de Direito (BATISTA, 2011).

O posicionamento adotado por Arnaldo Silva Júnior (2018, p. 61) é no sentido de que todo procedimento judicial deve-se garantir efetivamente os preceitos constitucionais:

[...] em todo procedimento, administrativo ou judicial, que tenha por consequência a aplicação de uma sanção, há que se garantir a ampla defesa, tendo em vista o seu caráter de direito fundamental. [...] Para garantir a ampla defesa, torna-se imprescindível a individualização da conduta de cada agente público envolvido nos fatos. Como consequência da individualização da conduta, impõe-se a limitação da responsabilidade administrativa, para que cada um, acusado no procedimento apuratório, responda na exata medida de seus atos praticados.

Combater à corrupção não é apenas função essencial do Ministério Público, mas de todos aqueles que servem à administração pública, no entanto, sempre caberá a estrita obediência a todas as regras previstas nos procedimentos específicos de apuração de responsabilização, seja na esfera criminal quanto na administrativa e Constitucional (BATISTA, 2011).

Essa pesquisa ainda que motivada pela Operação Lava Jato, não se propõe a analisar atos praticados na referida operação pelos atores processuais (Juiz e Ministério Público), ainda que aproveitando de diversas situações factuais vivenciadas nessa operação, as menções aqui expressas são no sentido de demonstração, já que é a operação com maior repercussão nacional. Em outras pesquisas os autores tem discutido as ações praticadas pelos atores do processo e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a parcialidade do Ex-Juiz Sérgio Moro no processo do Ex-Presidente Lula.

Mesmo assim, importante consignar que não se deve admitir de representantes do Estado, em pleno Estado Democrático de Direito, ações voltadas à perseguição de opositores políticos pelo processo penal.

5. Conclusão

A possibilidade de combater a corrupção no Brasil sem ofender as regras processuais penais constitucionais na persecução penal está diretamente relacionada à habilidade do judiciário (juiz proferir sentença conforme os fatos e argumentos apresentados) em separar a vontade de atender aos anseios populares - muitas vezes cegos pela ideia de justiça - com a aplicação simples e estrita da lei, tal como positivada e proporcional a ação realizada pelo acusado.

Do mesmo modo, para o Ministério Público, como representante da garantia da ordem constitucional e dos direitos difusos da população, deve atuar com ausência de manifestações políticas, garantindo que no processo penal seja visualizado apenas a igualdade garantida para todos pela Constituição, em seu artigo 5º, LIV e LV, na qual há a situação de impossibilidade de privação de liberdade ou patrimônio sem que ocorra o devido processo legal, que se obedeça ao contraditório e ampla defesa.

O combate à corrupção apenas se torna legítimo pelo Estado se obedecer às regras que constam na Constituição Federal de 1988, sob pena de tornar a letra da lei em desuso e, por via reflexa deslegitimar o

poder constituinte. O direito penal e processo penal funcionam como limitadores da atuação do Estado, são na verdade, meios de proteção dos cidadãos dos arbítrios do Estado.

Importante consignar, que as garantias constitucionais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência) não podem ser vistos como privilégios de determinadas pessoas, uma vez que essas garantias individuais foram conquistadas a duras penas e devem ser respeitadas no Estado Democrático de Direito. Além disso, os poderes constitucionais designados ao Ministério Público não devem ser irrestritos, devendo ser controlados, transparentes, públicos e sempre pautados na garantia da ordem constitucional, ressaltando que o “*parquet*” é responsável pelo fiel e integral cumprimento da lei.

O que se pretende não é limitar os poderes de investigação do Ministério Público, pelo contrário, busca-se a partir das garantias constitucionais legitimar a atuação do MP, para que além de ser legal, seja juridicamente garantidora de garantias individuais. A mediação dos processos penais de corrupção, cumprimento de pena pública pelos denunciados, além das exposições do fato, violam o contraditório e a ampla defesa, já que previamente na sociedade já se terá um sentimento de condenação de determinado sujeito. Esse sentimento de condenação influi na posição do julgador, que em razão do clamor social acaba por usar do processo como instrumento de controle social.

No Estado Democrático do Direito, não se pode admitir que o sentimento popular possa influir diretamente no julgamento de um processo, sob pena do acontecimento da barbárie pelo Estado. O que se busca é o processo penal justo, obedecendo a legalidade e que oportunize ao acusado o devido processo legal. Desse modo, entende-se que a persecução penal em processo de corrupção apenas é legítima e legal se obedecer aos preceitos de garantia da ordem constitucional e do direito penal constitucional e processual penal constitucional, perseguições criminais devem ser coibidas pelo Estado.

Referências

ALENCAR. Carlos Higino Ribeiro; GICO JR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Regulação e Problemas Brasileiros: Temas Contemporâneos**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 7 n. 1 Jan./Jun. 2011. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100005&lang=pt. Acesso em 13 de out. de 2019.

BARATTA. Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA. Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 10 de abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de fev. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em 10 de abr. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de fev. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em 10 de abr. 2021.

BREI. Zani Andrade. **Corrupção**: dificuldades para definição e para um consenso. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>. Acesso em 29 de jul. de 2019.

DIETER. Maurício Stegemann. **Lógica atuarial e incapacitação seletiva**: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2013000100003. Acesso em 01 de ago. de 2019.

DIETER. Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**, a Criminologia do fim da história. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de ago. de 2019.

GOMES. Emanuel Pedro Martins; ALENCAR, Claudiana Nogueira de. **A mídia como ator político**: uma análise de textos da revista veja sobre casos de corrupção política. Alfa: Revista de Linguística, São Paulo, v. 63 n.1, Jan./Mar. 2019.

HORTA. Raul Machado. **Improbidade e corrupção**. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44682/44985>. Acesso em 30 de jul. de 2019.

JÚNIOR. Arnaldo Silva. Os limites da responsabilidade administrativa dos agentes públicos nos processos administrativos dos tribunais de contas: a necessidade da individualização de conduta como garantia da ampla defesa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. Uberlândia, vol.46, n.2, p. 50-65, jul./dez. 2018.

KERCHE. Fábio. **Ministério Público, Lava Jato e mãos limpas**: uma abordagem institucional. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n.105, Set./Dez. 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACHADO. Bruno Amaral. Marina Quezado. **Corrupção Pública Pelos Olhos da Criminologia: Dano Social e Violação dos Direitos Humanos**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 17, n. 70, p. 133-174, 2018.

MESQUITA. Nuno Coimbra; MOISÉS. José Álvaro; RICO, Bruno. **As Diferentes Dinâmicas da Corrupção: Mídia, Percepção e Instituições no Contexto Brasileiro**. Disponível em:

http://nupps.usp.br/downloads/relatorio2013/Anexo_31_Mesquita.pdf. Acesso em: 30 de jul. de 2019.

PACELLI. Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

ROSA. Alexandre Morais da. **A distinção entre normas constitutivas e regulativas: onde a culpa é negociada**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jun-28/limite-penal-distincao-entre-normas-processuais-constitutivas-regulativas>. Acesso em 30 de jul. de 2019.

SABELLA. Walter Paulo. **Ministério Público, combate à corrupção e controle das políticas públicas**. Disponível em: <http://revistajustitia.com.br/artigos/b29529.pdf>. Acesso em 30 de jul. de 2019.

SILVA. Phillipe Benoni Melo; LOPES JR. Aury. **Daqueles que violam direitos e garantias fundamentais, o inimigo sou eu**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jun-21/limite-penal-daqueles-violam-direitos-garantias-fundamentais-inimigo-sou-eu>. Acesso em 30 de out. de 2019.

SOUZA. Jessé. **A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado**. Rio de Janeiro: LeYa, 2016.

TATEMOTO. Rafael. **Prisão após segunda instância viola regra de lógica, diz professor da USP**. Disponível em:

<https://www.brasildefato.com.br/2018/08/27/prisao-apos-segunda-instancia-viola-regra-da-logica-diz-professor-da-usp/>. Acesso em 01 de ago. de 2019.

VANNUCCI. Alberto. **Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n.1, p. 255-267, jan./abr.2017.

Artigo recebido em: 24/12//2019

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

A Utilização de Paraísos Fiscais na Lavagem de Dinheiro

The use of Tax Havens in Money Laundering

Diogo Castor de Mattos¹

Resumo: O presente estudo objetiva tratar de utilização de paraísos fiscais para a prática do crime de lavagem de capitais. Trabalha, inicialmente, com a definição de paraísos fiscais, suas características, reduzida tributação, desburocratização sob o ponto de vista societário, bancário e estratégico e o alto grau de sigilo bancário nas operações financeiras lá desenvolvidas. Na sequência, estuda-se a regulamentação brasileira sobre o tema à luz da Instrução Normativa nº 1037/2010, com uma explanação sobre as principais nomenclaturas utilizadas, o Sistema Internacional antilavagem e papel do GAFI e OCDE na luta contra paraísos fiscais, para, em seguida analisar de que forma os paraísos fiscais são usados para lavagem de dinheiro, com a abertura de *offshores* e transação de recursos com pouco controle. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e estudo de caso, objetivando como combater eficazmente a lavagem de dinheiro em paraísos fiscais e que a pressão internacional é fundamental para que tais jurisdições passem a adotar uma postura mais colaborativa na cooperação jurídica internacional de investigação desses crimes, obtendo uma maior efetividade na descoberta da lavagem de dinheiro nessas jurisdições.

Palavras-chave: Direito econômico; globalização; investigações; paraísos fiscais; lavagem de dinheiro.

Abstract: This study aims to deal with the use of tax havens for the practice of the crime of money laundering. It works, initially, with the definition of tax havens, their characteristics, reduced taxation, debureaucratization from the corporate, banking and strategic point of view and the high degree of bank secrecy in the financial operations developed there. Next, we study the Brazilian regulation on the subject in the light of Normative Instruction No. 1037/2010, with an explanation of the main nomenclatures used, the International Anti-Laundering System and role of FATF and OECD in the fight against tax havens, and then analyze how tax havens are used for money laundering, with the opening of offshore and resource transactions with little control. Using the hypothetical-deductive method and case study, aiming at how to effectively combat money laundering in tax havens and that international pressure is fundamental for such jurisdictions to adopt a more collaborative stance in international legal cooperation to investigate these crimes, obtaining greater effectiveness in the discovery of money laundering in these jurisdictions.

Keywords: Economic law; Globalization; Investigations; Tax Heaven; Money Laundering.

¹ Doutorando em direito econômico da PUCPR. Mestre em função política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduação em Direito pela PUCPR. Foi procurador federal da Advocacia Geral da União (2011-2012) e promotor de justiça do Ministério Público do Paraná (2012-2013). Atualmente, é procurador da República em Jacarezinho/PR.

1. Introdução

Trata-se de texto que tem como objetivo abordar a questão de investigações de lavagem de dinheiro em paraísos fiscais, os quais vêm sendo frequentemente utilizados para ocultação de recursos de origem criminosa. Levando-se em conta que em termos de direito internacional, os Estados são soberanos, isto é, possuindo direito de legislação e de jurisdição, o problema central é como pressionar os paraísos fiscais a aumentarem a fiscalização a fim de combater eficazmente a lavagem de dinheiro, mormente por intermédio de uma eficaz cooperação jurídica internacional.

A justificativa do tema emerge de sua relevância para compreender a tônica atual das investigações da criminalidade organizada transnacional. Afinal, qual seria a solução para obter uma investigação efetiva de crime de lavagem de dinheiro em paraísos fiscais? Para isso, serão usados os métodos hipotético-dedutivo e o estudo de caso.

De início, será tratada da origem e definição de paraísos fiscais, sob a perspectiva de suas principais características e vantagens, quais sejam, tributação nula ou reduzida em relação a não residentes; desburocratização de operações societárias e alto grau de sigilo bancário nas operações. Ainda, no mesmo tópico, serão analisados os principais atrativos estratégicos relacionados à lavagem de dinheiro. Nesse contexto, o alto grau de sigilo e a baixa fiscalização das operações societárias e bancárias realizadas funcionam como forte atrativo para criminosos especializados em lavagem de dinheiro buscarem paraísos fiscais como um eficaz esconderijo de recursos de origem espúria.

Em seguida, será analisada a regulamentação brasileira sob paraísos fiscais sob uma perspectiva crítica, mormente quanto à omissão de menção de conhecidas jurisdições especiais, como o estado da Delaware nos Estados Unidos. No tópico seguinte será explicado em linhas gerais o Sistema

Internacional Antilavagem e os órgãos internacionais que atualmente agem para combater a atividade criminosa em paraísos fiscais.

Assim, será examinado o uso dos esconderijos fiscais por criminosos especializados em lavagem de dinheiro, em duas direções: (1) a constituição de sociedades *offshores* (com diversas composições societárias como holdings, tradings, fundações, sociedades anônimas, companhias de responsabilidade limitada etc.) com sede em paraísos fiscais, cujos estatutos constam o nome de “ laranjas” usado para esconder o nome dos criminosos; e (2) a criação de contas bancárias em nome dessas empresas *offshores* em paraísos fiscais diferentes daqueles da constituição societária da empresa, a fim de proporcionar a manutenção e circulação dos recursos sujeitos nessas jurisdições especiais, cobertos pela proteção do sigilo bancário e pela pouca cooperatividade desses paraísos fiscais, resistentes em oferecer uma cooperação jurídica internacional eficaz.

Por fim, será analisado um caso prático, envolvendo o então gerente do Banco BSI da Suíça, David Muino, que foi acusado de lavagem de dinheiro no bojo da Operação Lava Jato, por ter atuado na abertura de offshore e contracorrente em favor de cliente que transacionou valores desviados do escândalo da Petrobras. A hipótese em geral que se busca confirmar é que, em geral, os paraísos fiscais acabam sendo utilizados para a prática frequente de lavagem de dinheiro e como esconderijo eficiente para recursos de origem espúria de crimes de corrupção, tráfico de drogas e armas e mesmo terrorismo. Nesse contexto, ter-se-ia que a pressão internacional da OCDE e de outros órgãos internacionais, como o GAFI, seriam de salutar importância para obter uma maior transparência e efetividade nas cooperações jurídicas internacionais com estas jurisdições.

2. Paraísos Fiscais

Os primeiros paraísos fiscais foram constituídos no último quarto do século XIX, nos estados de Delaware e Nova Jersey nos Estados Unidos, que

criaram uma legislação favorável a empresas estrangeiras, com reduzida tributação e alto grau de sigilo sobre a composição societária e fiscal. Na sequência, por volta de 1920, Suíça e Áustria também criaram suas legislações relacionadas a vantagens competitivas para constituição e abertura de contas de *offshores* em seus territórios (PALAN, 2010).

Em geral, os paraísos fiscais, também chamados de jurisdições especiais, apresentam uma característica básica e duas complementares. Como fator central “a tributação reduzida ou nula dos rendimentos de não residentes, ou de equiparados a não residentes, incluídas nesta categoria as sociedades lá constituídas e que não exercem atividades na economia local (*offshores*); (DALLAGNOL, 2012, p. 417)”. Como características complementares, basicamente, as jurisdições especiais podem contar com o “oferecimento de facilidades para constituição de pessoas jurídicas (como sociedades *offshores*) e arranjos legais (como *trust*) que garantem o anonimato a seus reais titulares (DALLAGNOL, 2012, p. 407)”.

Essa desburocratização societária é importante para atrações de clientes para constituição de empresas nesses locais. Pessoas que procuram paraísos fiscais querem pragmatismo no momento de constituição das suas sociedades, sendo que essas jurisdições muitas vezes contam com escritórios de advocacias e contábeis especializados nas chamadas “empresas de prateleiras”, que são sociedades já constituídas à espera de um comprador.

Como segunda característica complementar, os paraísos fiscais contam com a “a existência de um sistema bancário consolidado e estável com sigilo bancário quase ou totalmente impenetrável.” (DALLAGNOL, 2012, p. 407). Normalmente, um alto grau de sigilo sobre as operações financeiras é uma exigência dos clientes que procuram as jurisdições especiais para não expor as suas riquezas, garantindo discrição e privacidade. Além disso, como a seguir será melhor tratado, muitas vezes os valores financeiros transacionados não possuem rastro lícito e declarável, o

que gera uma necessidade de proteção dos dados das operações financeiras realizadas.

Aliado ao alto grau de sigilo sobre as operações financeiras, é comum que os paraísos fiscais oferecem uma situação de sistema econômico e monetário estável e previsível. Instabilidades econômicas não são atrativas para a manutenção de recursos de estrangeiro, pois sujeitaria o investidor a severas perdas ocasionadas pela inflação ou mesmo pela desvalorização da moeda local frente ao dólar.

Por essa razão, para serem caracterizados como paraísos fiscais, os países não podem estar sujeitos a fortes instabilidades políticas institucionais, o que geraria o risco de golpes de Estado, com ruptura abrupta da política econômica de determinado governo constituído. Isso possibilitaria mudança radical na manutenção do sigilo e, em alguns casos, confisco de valores depositados em instituições financeiras, o que, logicamente, afasta investidores. Quando a característica do alto grau de sigilo bancário está presente, o paraíso fiscal é, “simultaneamente, um Centro Financeiro *Offshore*” (DALLAGNOL, 2012, p. 409).

Esses paraísos fiscais normalmente possuem um conjunto de vantagens para atrair seus clientes. Essas benesses podem vir de forma isolada ou conjunta. Para uma classificação didática, como registra Dallagnol (2012, p. 409 et seq.) pode-se citar cinco principais:

1) as *tributárias*, forte na já citada “baixa ou nenhuma tributação em ganhos de negócios ou investimentos de não residentes”, que se trata da principal característica atrativa dos paraísos fiscais. A simplificação das leis tributárias e pouca regulação acabam se tornando um bom atrativo para investimentos estrangeiros, especialmente quando da “inexistência de tributos retidos na fonte para não residentes”.

2) as *societárias*, que refletem em um “baixo nível de exigências, custos e prazos constituição de sociedades”. Como já salientado, há

escritórios especializados, inclusive, na disponibilização das chamadas “empresas de prateleira”, que se tratam de sociedades pré-constituídas à espera de seu dono. Trata-se de um “regime de licenciamento de empresas aberto e flexível”, que, diferentemente ao que ocorre no Brasil, apresenta uma desburocratização para abertura de pessoas jurídicas, não se exigindo licenças administrativas diversas e autorização municipais.

Vale frisar que o Relatório *Doing Business* 2016 do Banco Mundial², que avalia os países com maiores facilidades do mundo para fazer negócios, classificou o Brasil na 116ª posição, num ranking das 189 economias avaliadas. Isso se deve principalmente ao alto grau de burocracia para abertura de sociedades empresariais, o que envolve uma infinidade de alvarás, licenças, além de uma complexa legislação tributária. Sobre o tema, Raphael Monteiro (2016) menciona que:

Entre 189 países, o Brasil é o 174º em abertura de empresas, 178º em pagamento de impostos e 145º em comércio internacional! Quando a gente entra nos detalhes do relatório descobre por exemplo que em São Paulo, o número de procedimentos para abrir uma empresa são 11, o tempo gasto para calcular e pagar os tributos chega a 2600 horas por ano e a alíquota de impostos é em média 69%. Em Cingapura, a primeira do ranking, o número de procedimentos são 3, as horas necessárias para calcular tributos são 83 e a alíquota de impostos é de 18%.

Ainda acerca desta característica, menciona-se a “desnecessidade de presença física para empresas e instituições financeiras”. Refere-se, assim a outro bom atrativo para abertura de empresas e contas nos paraísos fiscais se relaciona à possibilidade de abertura de conta e empresas de forma remota, sem a necessidade da ida do cliente até o local, o que reforça a discrição e facilidade.

O “uso flexível de *trusts* e veículos corporativos especiais (*offshores*) que permite a ocultação de ativos” também é um elemento central dentro dos benefícios em matéria societária. Como será a seguir narrado, a

² Cf. o relatório em: <https://www.investidorinternacional.com/empresa-offshore/> (acesso em 24 nov. 2020).

ocultação de valores de proveniência ilícita em nome de empresas *offshores* é a tipologia clássica para a prática da lavagem de dinheiro transnacional. Contudo, recentemente, também cresceu a utilização dos *trusts*, espécie de agentes fiduciários localizado em paraísos fiscais que também contribuem para ocultação do destinatário final dos valores transacionados nesses locais. Até mesmo porque, é prática comum o “uso de ações aos portadores para indicar a titularidade de empresas”.

3) as *bancárias*, que se referem à “existência de sistemas financeiros bancários e não bancários bem estabelecidos”. A estabilidade do sistema bancário é imprescindível para qualquer paraíso fiscal. Diretamente relacionada a esta vantagem, está a necessidade de estabilidade política.

Como salientado em tópico anterior, países suscetíveis à instabilidade bancária e política não são atrativos para estrangeiro, porque haveria o risco concreto de confisco e perda dos valores depositados no sistema bancário. Além disso, países sujeitos à relevantes perdas inflacionárias e desvalorização da moeda local em relação ao dólar também afastam eventuais investimentos *offshores*.

Outra característica desse benefício está na “existência de contas anônimas, numeradas ou *nominees*”. Paralelo a isso está a própria “indisponibilidade de incentivos similares para residentes”. As vantagens e benefícios relacionados aos paraísos fiscais são restritos aos estrangeiros. Residentes nas próprias jurisdições especiais não possuem estes incentivos;

4) as *legais*, quanto ao sigilo, na medida em que há um “alto nível de confidencialidade baseado em leis de sigilo de câmbio liberal, com pouco ou nenhum controle, inclusive quanto ao ingresso e saída de recursos do país”. Assim como nos pontos anteriores, a falta de controle relacionado aos contratos de câmbio também funciona como um ponto positivo para eventuais clientes de paraísos fiscais. Assim sendo, o que se vislumbra é

uma “liberdade de remessas financeiras de renda ou capital e econômica (o que engloba a estabilidade política)”.

Há também outros fatores que colaboram com este ponto, a saber: a “estabilidade jurídica, com legislação bancária, comercial e fiscal clara e estável”, a “vinculação da moeda local a moeda estrangeira”; “regimes de supervisão leves e flexíveis”; o “uso de instrumentos monetários pagáveis ao portador”;

5) por fim, as *estratégicas*, atreladas à “posição geográfica” dos paraísos fiscais; ao “acesso [facilitado] a zonas francas de comércio”; a “adequada infraestrutura de transportes e telecomunicações” oferecida pelo Estado; além de uma “boa estrutura de profissionais contábeis, notariais e advogados”.

Por certo que há, ainda, vantagens relacionadas ao baixo de custo de manutenção das *offshores* nesses paraísos fiscais se comparados com a brasileira. Como registra Monteiro (2016):

Os custos variam bastante, mas em geral são bem mais baratos do que uma empresa equivalente no Brasil. Em geral é cobrada uma taxa na abertura da empresa e taxas anuais para o governo. O custo anual pode variar de U\$ 1.000 a U\$ 2.000 nos países mais em conta, mas pode chegar a mais de U\$7.000 dependendo da complexidade da estrutura. É menos do que se gasta apenas com contador no Brasil.

Assim, os paraísos fiscais contam com uma ampla gama de vantagens para atrair clientes. Quando presentes todas essas características, além de paraíso fiscal, a jurisdição é caracterizada como sendo um Centro Financeiro Offshore.

Importante frisar que essas vantagens podem atrair empresas para utilização em finalidades lícitas, mormente investimento no estrangeiro e planejamento tributário e sucessório. Isso se deve principalmente ao menor grau de regulação estatal e ao menor nível de custos financeiros. Contudo, como a seguir será melhor demonstrado, essas jurisdições especiais podem ser utilizadas com finalidades desviadas para ocultação de capitais.

3. Normatização doméstica brasileira

Conforme a legislação brasileira: “Art. 1º Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições”: (...)

Apesar de não existir espaço aqui para detalhar a regulação brasileira sobre os paraísos fiscais, deve-se apontar que a IN 1037/2010 da Receita Federal identificou os países com tributação favorecida ou que opunham sigilo quanto à composição societária das pessoas jurídicas em uma lista negra de 61 nações, pecando em omitir paraísos reconhecidos como Uruguai e Delaware/EUA.

Alguns países anteriormente conhecidos por serem utilizado para lavagem de dinheiro foram excluídos recentemente da lista brasileira. Como exemplo, a Suíça deixou de ser considerada um paraíso fiscal em 2014. O mesmo ocorreu com Cingapura e San Marino, excluídos da lista de paraísos fiscais em 2017. Em compensação, outras jurisdições foram incluídas na lista, que passa por atualizações periódicas. Este foi o caso de Curaçao, São Martinho e Irlanda, incluídos por Instrução Normativa nº 1658/2016 da Receita Federal.

A lista brasileira comparada a outros países é discreta. Como exemplo, a lista negra de paraísos fiscais argentina arrola hoje 87 jurisdições de baixa ou nula tributação.

4. Nomenclatura

Conforme registra Dallagnol (2012, p. 407) há uma série de nomenclaturas utilizadas como sinônimos de paraísos fiscais, sendo são

termos como: “refúgio fiscal, oásis fiscal, esconderijo fiscal, país de tributação favorecida, jurisdição fiscal mais vantajosa, regime tributário mais vantajoso, zona de exclusão fiscal, regime fiscal preferencial território de regime fiscal privilegiado ou simplesmente paraísos fiscais”.

O mesmo autor ainda alerta a controvérsia envolvendo o termo Centro Financeiro *Offshore* (CFO ou *Offshore Financial Center*), que para a maioria dos autores “está vinculada à presença no território de um atrativo no mercado bancário internacional offshore, o que não ser encontrado, como efetivamente não é, em vários dos paraísos fiscais”, ou seja, CFO caracterizar-se-ia por ser um paraíso fiscal que acumula vantagens bancárias. Também pode ser usado como sinônimo de paraísos fiscais o termo ‘jurisdições especiais’.

5. Lavagem de dinheiro

No mundo moderno, a globalização diminuiu as fronteiras entre as nações e incrementou radicalmente a lavagem de dinheiro transnacional com a utilização de *offshores* em paraísos fiscais. O acesso facilitado à lavagem de dinheiro em tais jurisdições já foi há tempos objeto de preocupação pela OCDE, que tem publicado relatórios periódicos sobre este problema.

O combate a organizações criminosas é um compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção de Palermo pelo Decreto nº 5015/2004, que orienta a atuação dos signatários no sentido de atuar contra o crime organizado transnacional “na medida em que os princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional o permitirem” (art. 20 da Convenção de Palermo).

Em que pese disponham de um enorme conjunto de vantagens tributárias, societárias, bancárias, legais e estratégica, tais benesses não são suficientes para atrair lavadores de dinheiro aos paraísos fiscais. Como

salientado, em princípio, essas vantagens podem atrair investimentos lícitos e lastreados.

Na realidade, os dois principais atrativos para criminosos da lavagem de dinheiro são: 1) anonimato com um alto grau de sigilo sobre operações societárias e financeiras; e 2) uma postura generosa e benevolente em relação à fiscalização de eventuais atos de lavagem de dinheiro. Sobre o tema, Edson Pinto (2007, p. 151) salienta que os lavadores de dinheiro:

[...] priorizam o exercício de atividades bancárias ou financeiras e não requerem maiores exigências patrimoniais ou fiduciárias, possuindo estabilidade política ou institucional, ausência de transparência jurídica e administrativa, de controle cambial, plenos segredos bancários, financeiro e societário, não realizando troca de dados com o restante da comunidade internacional em investigações criminais, notadamente de natureza fiscal, mas também podendo recursar-se a prestar informações até em casos onde haja uma investigação criminal formal sobre outros tipos de ilícitos.

Assim, os mesmos atrativos dos paraísos fiscais do ponto de vista de planejamento tributário e da sonegação fiscal, também atendem as exigências dos profissionais da lavagem de dinheiro. De um lado, oferecem o anonimato e a descrição ampla das operações bancárias e societárias sobre as atividades desenvolvidas nestas jurisdições. De outro, também há baixa probabilidade de um início de investigação criminal local para apuração da origem dos recursos, tendo em conta o alto grau de sigilo envolvido nas atividades, como também pela inexistência de vontade política por parte desses países em cooperar de forma efetiva com investigações internacionais.

Em geral, nessas jurisdições especiais não tipificam lavagem de dinheiro como crime ou então a tipificam como uma lista de crimes antecedentes bastante restrita, o que inviabiliza eventual cooperação jurídica internacional. Além disso, o aparato persecutório criminal nesses locais costuma ser precário, apresentando uma capacidade reduzida de investigação e coibição da lavagem de dinheiro, o que abrange o bloqueio e

perdimento de valores. Por fim não raro, há ausência de identificação no fechamento de operação financeira.

A metodologia clássica de lavagem de dinheiro em paraísos fiscais em geral segue a mesma metodologia. Em primeiro lugar, o lavador de dinheiro abre uma empresa offshore em paraíso fiscal cujo quadro societário é composto por terceiros. No Panamá, há “laranjas” que figuram como diretores de milhares de empresas. Sobre o tema, registra Dallagnol (2012, p. 410) que:

[...] a primeira [etapa] é a constituição de empresas *offshores* (com variados tipos societários: holdings, tradings, fundações, sociedades anônimas, companhias de responsabilidade limitada etc.), com sede neles, em cujos estatutos não aparece o nome dos criminosos, ou a formalização neles de outros arranjos legais, especialmente *trusts*.

Recentemente, o Panamá ficou conhecido pelo escândalo do *Panama Papers*, em que o sigilo relacionado a milhares de *offshores* foi quebrado³, sendo que: “o conjunto de dados mostra como a indústria global de bancas de advocacia e grandes bancos vende sigilo para políticos, fraudadores e traficantes de drogas, assim como para bilionários, celebridades e astros dos esportes.”

Após a constituição da empresa *offshore*, o segundo passo é a abertura de conta bancária em nome da *offshore* em outro paraíso fiscal. Considerando que as vantagens dos paraísos fiscais são exclusivas para não residentes, em geral as contas bancárias são abertas em países diferentes daqueles cuja composição societária foi feita.

Como regra, o administrador “laranja” da *offshore* subscreve uma procuração para movimentação da conta com exclusividade para o lavador de dinheiro e real beneficiário. Assim, torna-se complexa a identificação do real beneficiário dos valores depositados em nome da *offshore* pelas seguintes razões: 1) os extratos aparecem o nome da *offshore*; 2) ainda que se acesse os

³ Cf. em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/panama-papers,11-5-milhoes-de-registros-financeiros-expoem-corrupcao-global,10000024510> (acesso em 17 nov. 2020).

atos constitutivos da offshore, a composição societária é formada por “laranjas”; 3) única forma que identificação do beneficiário final da conta é o acesso à procuração com indicação do *beneficial owner*, que em geral fica em posse da instituição financeira da conta bancária. Contudo, considerando que essas jurisdições especiais são pouco colaborativas, muitas vezes o acesso a este documento é impossível.

Nessa linha, ensina Dallagnol (2012) explica que:

A segunda direção é a manutenção e circulação dos recursos sujos em bancos e instituições financeiras localizados nos paraísos (bancos correspondentes, *offshores banks* ou *shell banks*), o que é uma utilização aliada a *trusts* e *offshores*, isto é, a movimentação de valores em nome de *offshores* ou com emprego de *trusts* em instituições sediadas também em paraísos fiscais.

Alguns autores como Richards (1999) salientam que a manutenção de valores em paraísos fiscais é a principal técnica mais utilizada na segunda fase da lavagem de dinheiro, conhecida como estruturação. O GAFI salienta que esta é uma das seis técnicas mais associadas à grande corrupção.

6. Sistema Internacional antilavagem de dinheiro

A fim de coibir a disseminação de paraísos fiscais pródigos em ocultar valores com origem criminosa, o Sistema Internacional antilavagem de dinheiro tem se destacado com órgãos internacionais combativos às práticas ilícitas nessas jurisdições. Nessa seara, destaque-se a atuação da OCDE e do GAFI no controle e monitoramento dos locais classificados como jurisdições especiais.

O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) “é uma entidade intergovernamental criada em 1989 pelos Ministros de seus Estados membros. Sua composição engloba 35 países e territórios, dentre eles o Brasil, além de duas organizações regionais⁴.” Conforme exposto no site do

⁴ Cf. em: <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/as-recomendacoes-do-gafi> (acesso em 24 nov. 2020).

Ministério da Justiça⁵: “os objetivos do GAFI são o desenvolvimento de padrões e a promoção da efetiva aplicação das medidas legislativas, regulamentares e operacionais contra a lavagem de dinheiro”. Além disso, “em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também identifica vulnerabilidades, em âmbito nacional, que possam permitir o uso do sistema financeiro internacional para fins ilícitos.”

O GAFI ficou conhecido por desenvolver um conjunto de recomendações internacionais a fim de estimular a realização de reformas legislativas e regulamentares a fim de prevenir lavagem de dinheiro. O primeiro conjunto de recomendações foi publicado em 1990, com atualizações em 1996, 2001, 2003 e 2012. Tais recomendações têm como foco identificar riscos de lavagem de dinheiro; possibilitar o desenvolvimento de coordenação doméstica para o enfrentamento a esta modalidade criminosa; aplicação de medidas preventivas à lavagem de dinheiro nos setores mais sensíveis da economia; aumentar a transparência na disponibilidade de informações, além de facilitar a cooperação jurídica internacional.

O principal sistema de monitoramento do GAFI é o relatório *peer review* (avaliação mútua) dos países integrantes do órgão, no qual é verificado o cumprimento das recomendações e a implementação das medidas contra a lavagem de dinheiro. Na última avaliação realizada no Brasil em 2012 o país ficou “em processo de acompanhamento” para cumprimento das recomendações do órgão.

As recomendações do GAFI têm natureza jurídica de *soft law* no direito internacional, não apresentando cogência jurídica. Contudo, o poder de *embarrassment* internacional muitas vezes traz resultados eficientes. Nessa linha, o GAFI tem uma lista negra de paraísos fiscais com publicação

⁵ Cf. em: <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/as-recomendacoes-do-gafi> (acesso em 24 nov. 2020).

periódica, classificando as jurisdições com alto risco de lavagem de dinheiro. Assim, embora não exista cogência jurídica no cumprimento das recomendações do órgão internacional, a inclusão de uma jurisdição na lista de paraísos fiscais acaba gerando constrangimentos no cenário internacional.

Outro órgão internacional relevante na fiscalização dos paraísos fiscais é a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que é “uma entidade internacional e intergovernamental que agrupa as nações mais desenvolvidas economicamente no mundo”⁶. O seu objetivo é troca de informações entre os países. A OCDE elabora o Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais chamado de *Harmful Tax Competition - An Emerging Global Issue*, editado em 1998. Cuida-se de um documento base de luta pela transparência entre os Estados, incluindo disposições sobre paraísos fiscais e sigilo bancário.

Trata-se do documento base do Comitê na luta pela transparência entre os Estados, no qual se destacam disposições sobre paraísos fiscais e sigilo bancário que foram de fundamental importância para que países não cooperantes firmassem tratados para a troca de informações. Ademais, a OCDE também editou outros documentos voltados para os auditores fiscais como o ‘Manual de Sensibilização dos Inspectores Tributários para a Lavagem de Dinheiro’, publicado em 2009 e o ‘Manual de Sensibilização dos Inspectores Tributários para o Fenômeno da Corrupção’, publicado em 2013.

Em 2017 a OCDE publicou o relatório ‘Combatendo crimes fiscais: os dez princípios globais’, que estabeleceu os 10 princípios essenciais a serem observados na luta contra os crimes fiscais, o que incluiu questões legais, institucionais, administrativas e operacionais necessárias para um sistema eficiente de combate a esta modalidade de delitos.

⁶ Cf. em: <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/as-recomendacoes-do-gafi> (acesso em 24 nov. 2020).

Recentemente, o GAFI e a OCDE reagiram à polêmica decisão liminar, de julho de 2019, do min. Dias Toffoli, do STF, que, durante o plantão judiciário, deferiu uma liminar em favor do senador Flavio Bolsonaro, então investigado pelos crimes de lavagem de dinheiro, peculato e organização criminosa no bojo do RE 1.055.941/SP. Sob argumento de possível invalidade de provas provenientes do COAF, Toffoli suspendeu o processo de Bolsonaro e todos os processos do país que utilizaram algum compartilhamento de dados sigilosos sem autorização judicial.

A decisão provocou danos imensuráveis as investigações sobre corrupção no país inteiro. A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e o GAFI (Grupo de Ação Financeira), que é o principal órgão de combate à lavagem de dinheiro do mundo manifestaram perplexidade. Cogitou-se a inclusão do Brasil no rol de paraísos fiscais. O presidente da OCDE chegou a afirmar que a decisão de Toffoli⁷: ‘torna combate à lavagem impossível’.

A pressão pode ter surgido efeito porque pouco tempo depois. Após quatro meses de paralisação de todas investigações relacionadas a crimes financeiros, o STF julgou o mérito do RE nº 1.055.941/SP em 21/11/2019. Ao final, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Nesse ponto, ficaram vencidos somente os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Com isso, foi revogada a decisão liminar dada por Dias Toffoli, restabelecendo os processos que utilizaram de compartilhamento de dados bancários por intermédio da Receita Federal ou pela Unidade de inteligência financeira.

Assim, tanto o GAFI quanto a OCDE exercem papel fundamental no enfrentamento da lavagem de dinheiro em paraísos fiscais, sendo que a

⁷ Cf em: <https://www.poder360.com.br/justica/decisao-de-toffoli-torna-combate-a-lavagem-impossivel-diz-diretor-da-ocde-dw/> (acesso em 7 ago. 2020).

pressão internacional realizada por estes órgãos é uma ferramenta importante na luta contra a criminalidade econômica.

7. Estudo de caso-gerente do BSI Suíço

Para fins de uma abordagem prática, o presente artigo optou para apresentar um estudo de caso a fim de melhor esclarecer o processo de utilização de *offshores* para lavagem de dinheiro. Nessa linha, no bojo da Operação Lava Jato, foi escolhido o processo nº 5055362-06.2017.404.7000 – Chave eletrônica n. 621139987217, protocolado em 17/11/2017, em que é autor o MPF Paraná e Réu David Muino gerente do banco BSI, na Suíça.

David Muino era um cidadão suíço que foi preso pela Polícia Federal em 27/11/2017 ao desembarcar no Aeroporto de Guarulhos. Ele figurava na lista de alerta vermelho da Interpol. Conforme a acusação, o detido praticou o crime de lavagem de dinheiro ao atuar para abertura de *offshores*, contas e com posterior depósito de numerários provenientes de desvios na Petrobras para clientes do Banco na Suíça.

De acordo com as provas, David Muino foi o responsável pela abertura da *offshore* ACONA em favor do cliente João Augusto Henrique, operador do PMDB no esquema de corrupção da Petrobras, junto ao escritório Mossack Fonseca no Panamá. Para isso, colocou no quadro diretivo da empresa a pessoa de Mirco Lombardi, cidadão suíço, que emprestou o seu nome para ser “laranja” da empresa. Isso se comprovou pela apreensão de documentos que demonstravam que o contato com o escritório panamenho era feito pelo gerente do Banco.

Assim agindo, ao abrir uma empresa *offshore* no Panamá no nome de um terceiro, David Muino concluiu a primeira etapa da lavagem de capitais por intermédio de paraísos fiscais. Logo em seguida, o próprio David Muino deu início à segunda etapa do processo de lavagem de dinheiro envolvendo

paraísos fiscais: deu entrada nos documentos para abertura de uma conta da offshore ACONA no BSI suíço. Segundo constou da denúncia:

em 30 de novembro de 2011, em Zurique, Suíça, o denunciado deu entrada nos documentos de abertura da conta n° Z203217, titularizada pela *Acona International Investments*, conforme consta no documento intitulado “*Application for the opening of an account/custody account*”

Apesar de abrir o nome na conta da *offshore* Acona, cujo diretor era Miro Lombardi, David Muino indicou como beneficiário *owner* (beneficiário final) dos valores que seriam depositados a pessoa de João Augusto Henriques que, como salientado, era operador de propinas do PMDB na Petrobras e real destinatário do dinheiro. Este foi o terceiro passo na operação de lavagem de capitais, sendo que toda estratégia anterior tinha por única finalidade a ocultação da pessoa de João Henriques.

Da denúncia, constou:

Foi estabelecido como beneficiário econômico (beneficial owner) dessa conta João Augusto Rezende Henriques, com assinaturas autorizadas para sua esposa e filho. Em todos esses documentos e formulários constam carimbos e rubricas de David Muino como “*Account Officer*” da conta. Conforme apurado na Ação Penal n° 5027685-35.2016.4.04.7000, João Henriques foi o operador financeiro responsável pela intermediação do pagamento de propinas referentes à aquisição, pela Petrobras, de 50% dos direitos de exploração do campo petrolífero em Benin, pelo preço de USD 34,5 milhões (correspondentes a R\$ 138.345.000,00), da empresa *Compagnie Beninoise des Hydrocarbures* (CBH), subsidiária da empresa *Lusitania Petroleum*, de propriedade do empresário português Idalécio de Oliveira.

Como último passo da operação de lavagem de dinheiro, João Henriques indicou a conta da Acona para o empresário Idalécio de Oliveira, dono de uma empresa que recebeu recursos da Petrobras, para depositar a “comissão” de Henriques que, na realidade era propina destinada a Eduardo Cunha e outros políticos do PMDB.

O caminho do dinheiro foi bem sintetizado na denúncia que acusou o diretor Jorge Luiz Zelada, ex-diretor da área internacional da Petrobras e mantido no cargo por influência de Eduardo Cunha, de corrupção passiva

(autos nº 5027685-35.2016.4.04.7000):

- 1) Em 3/05/2011 a Petrobras transferiu USD 34,5 milhões a empresa CBH como pagamento pela aquisição do campo de exploração 4 em Benin (Anexo 37);
- 2) na mesma data de 3/05/2011, houve a transferência de USD 31 milhões da CBH para a *Lusitânia Petroleum Ltd*, que era sua controladora (Anexo 28, p. 13);
- 3) em 5/05/2011 é feita a transferência de USD 10 milhões da *Lusitânia Petroleum Ltd* em favor da Acona, pertencente ao denunciado João Augusto Rezende Henriques;
- 4) Entre 30/05/2011 e 23/06/2011 são realizadas cinco transferências bancárias da conta da *offshore* Acona para a conta Orion, cujo beneficiário era Eduardo Cunha (grifos do autor).

Dessa forma, todos os atos do denunciado David Muino tinham por finalidade ocultar que o real proprietário das contas da *offshore* Acona era João Henriques, lobista e operador de propinas a Políticos do PMDB. Além disso, a atuação do gerente fugiu completamente da conduta normal que se espera de um gerente de banco, pois atuou ativamente para construir a engenharia societária para ocultação do beneficiário final da conta. Não suficiente, descumpriu as normas básicas de conformidade do banco em relação ao conhecimento do cliente e de suas operações financeiras.

Em dezembro de 2019 o MPF pediu a condenação do gerente nos termos da denúncia. Até 20/11/2020 ainda não havia sentença. Em 25/5/2017, Jorge Luiz Zelada e João Henriques foram condenados por corrupção passiva e lavagem de dinheiro em fatos envolvendo pagamentos de propina para políticos do PMDB pela *offshore* Acona.

8. Conclusão

Os Paraísos Fiscais representam uma opção atrativa para investidores estrangeiros que intentam buscar uma alternativa à enorme gama de burocracia existente nas legislações locais. Nessa linha, a constituição de *offshores* pode estar ligada a finalidades lícitas, como planejamento tributário, sucessório ou mesmo investimento no exterior. As vantagens dessas jurisdições especiais com foco em não residente são

inúmeras e referem-se a questões societárias, tributárias, legais e de sigilo bancário, entre outras coisas.

Contudo, em geral, as mesmas jurisdições especiais que apresentam vantagens para investidores estrangeiros acabam se tornando um porto seguro para criminosos internacionais, que usam suas facilidades para ocultação de recursos de origem criminosa. Isso ocorre principalmente em razão da ausência de fiscalização e do alto grau de sigilo imposto às operações comerciais e financeiras nesses países.

Em geral, tais países acabam demonstrando uma política pouco cooperativa no cenário internacional para auxílio mútuo penal, o que dificulta e às vezes até mesmo inviabiliza a investigação de tais práticas criminosas. Assim, a única ferramenta disponível atualmente é poder de *embarrassment* das organizações internacionais que atuam para coibir a utilização indevida de paraísos fiscais.

Nessa seara, é louvável o papel da OCDE e do GAFI como órgãos internacionais de credibilidade que vem atuando com monitoramento dos paraísos fiscais e publicando relatórios periódicos com os atrasos e evoluções nessa temática. A pressão há que ser política, já que os Estados são soberanos, mas uma pressão muito mais pautada por uma cooperação jurídica entre jurisdições, demonstrando que, em caso de ilícitos, não pode haver conforto para quem lesa. E, dada a natureza de evasões fiscais, o prejuízo à sociedade, tende a ser grande.

Referências

- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- COSTA, Carlos Jorge Sampaio. **O Código de Conduta das Empresas Transnacionais**. RJ, Forense, 1984.
- DALLAGNOL, Deltan. In CARLI, Carla Veríssimo de (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6ªed.,SP: Malheiros, 2001.

PALAN, R.; MURPHY, R.; CHAVAGNEUX, C. *Tax Havens: How Globalization Really Works*. [S.l.]: Cornell University Press, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. 2a.ed., Curitiba: Juruá, 2016.

MONTEIRO, Raphael. **Como abrir sua empresa offshore**, disponível em <https://www.investidorinternacional.com/empresa-offshore/>

PINTO Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. Editora Atlas. São Paulo: 2007.

RICHARDS, James. **Transnational criminal organizations, cybercrimes, and money laundering**. CRC Press, 1999.

Artigo recebido em: 22/12//2020

Aceito para publicação em: 29/04//2022.

O Impacto das Fake News na Democracia e o Papel da Cláusula Democrática

The Impact of Fake News on Democracy and the Role of the Democratic Charter

Marina Sanches Wunsch¹
Natasha Alves Ferreira²

Resumo: O desenvolvimento da tecnologia e da internet provocou uma revolução tecnológica, diminuindo as distâncias, incrementando a comunicação e a disseminação do conhecimento. Também não se pode negar as facilidades que esses avanços trouxeram para um mundo globalizado, como a possibilidade de comunicações instantâneas, entre outras vantagens. O presente artigo pretende analisar de que forma as *Fakes News* podem ser/são um novo instrumento de ruptura da democracia na América Latina. Para tanto, parte da hipótese de que as *Fakes News* são uma nova forma de ameaça à democracia, na medida em que promove uma desinformação entre a população, influenciando no pleno exercício dos direitos políticos e na realização de eleições livres e justas. Além disso, discute a possibilidade de aplicação da cláusula democrática da OEA, enquanto um instrumento de resposta para novas formas de ruptura democrática. A metodologia da pesquisa se assenta no método hipotético dedutivo.

Palavras-chaves: *Fakes News*; Globalização; Democracia; Cláusula Democrática; OEA

Abstract: The development of technology and the internet has sparked a technological revolution, shortening distances, increasing communication and disseminating knowledge. Nor can we deny the facilities that these advances have brought to a globalized world, such as the possibility of instant communications, among other advantages. This article aims to analyze how *Fakes News* can be/are a new instrument of democratic rupture in Latin America. To this end, it is hypothesized that *Fakes News* is a new form of threat to democracy, to the extent that they promote disinformation among the population, influencing the full exercise of political rights and the holding of free and fair elections. It also discusses the possibility of applying the OAS Democratic Charter as an

¹ Doutora em Estudos Estratégicos Internacionais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, bolsista CAPES, com período sanduíche junto ao Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, com bolsa CAPES. Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA). E-mail: marinawunsch@gmail.com

² Mestra em Direito pela Faculdade Meridional – IMED com período sanduíche na Queen's University of Belfast. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Advogada. Professora e membro do Núcleo Docente Estruturante do curso de Direito nas Faculdades Integradas São Judas Tadeu. E-mail: naf.natasha@gmail.com.

instrument of response to new forms of democratic erosion. The research methodology is based on the hypothetico-deductive method.

Keywords: *Fakes News*; Globalization; Democracy; Democratic Charter; OAS

1. Introdução

O processo de globalização e o desenvolvimento da tecnologia avançam conjuntamente e, o aprofundamento do fenômeno da globalização com o avanço das tecnologias da informação e da comunicação, ampliam as relações sociais e possibilitam uma nova dimensão da ação coletiva, sendo a rede ao mesmo tempo local e global, assim como personalizada e genérica. Deste modo, um aspecto positivo da globalização da tecnologia é que os movimentos sociais se apropriam da rede em uma luta contra a dominação social, favorecendo-se do fato dela não poder ser facilmente controlada nem por governo nem por empresas.

Por outro lado, aplicações de internet estão sendo utilizadas por novos movimentos políticos, geralmente com marcas totalitárias, para manipular o cidadão através do compartilhamento de informações falsas, conhecidas como *Fake News*. Ademais, as redes têm sido utilizadas para promover ataques ao sistema de justiça, ao sistema eleitoral, à imprensa, entre outras instituições democráticas, criando um ambiente em que o excesso de informação tem promovido a desinformação.

Portanto, este artigo parte da hipótese de que as *Fakes News* são uma nova forma de ameaça à democracia, acarretando um risco de ruptura democrática, na medida em que promove uma desinformação entre a população, influenciando no pleno exercício dos direitos políticos e na realização de eleições livres e justas. Por conseguinte, pretende analisar de que forma as *Fakes News* podem ser/são um novo instrumento de ruptura da democracia na América Latina.

Nesse sentido, considera-se oportuno o alerta de Barreto de que, a teoria democrática não tem se ocupado de analisar os fundamentos de uma

nova ordem interestatal e qual o papel do Estado nacional no âmbito do processo de globalização e, tem se ocupado, principalmente, com as estruturas partidárias, a burocracia, a fragmentação do poder, a governabilidade, o peso do Estado, etc (BARRETTO, 2009, p. 258) . Por isso, entende-se que é preciso avançar para uma análise mais ampla do conceito de democracia e o impacto da globalização causado na democracia, especialmente levando em consideração as transformações proporcionadas pela internet. Nos últimos anos, ficou evidente que o uso da internet e das redes sociais para propagar desinformação tem um baixo custo operacional, mas um grande impacto na opinião pública, se consolidando cada vez mais presente nas eleições.

No caso da América Latina o problema é ainda mais grave, na medida em que, temos democracias jovens com enormes desigualdades sociais, especialmente em áreas importantes como saúde e educação. De modo que, esse cenário, acompanhado do uso negativo da tecnologia pode levar a outras formas de ruptura de democrática³.

Nesse contexto, a disseminação de *Fake News* associada a interesses econômicos e políticos nos provoca a repensar nossas democracias e a questionar como a cláusula democrática poderia ser aplicada para assegurar a democracia na América Latina diante do crescimento/utilização das fake News. Esse questionamento será explorado a seguir.

³ Tradicionalmente, observa-se que os momentos de rupturas democráticas são associados a instauração de regimes totalitários e, especialmente no caso da América Latina a implementação de ditaduras militares. Recentemente, outras formas de ruptura colocam em risco a democracia, que pode ocorrer através da quebra instaurada por meio do mau uso do processo de impeachment promovido pelo parlamento para destituir um representante democraticamente eleito; como exemplo pode ser mencionado o impeachment do presidente eleito do Paraguai, Fernando Lugo, já que o país foi suspenso do Mercosul com base na cláusula democrática em razão do caráter ilegítimo deste processo de impeachment, o que deu visibilidade à denúncia de golpe institucional com uso de um aparente caráter legal por meio do mau uso desse procedimento. Ainda, outra forma de ruptura democrática, como propõe o presente artigo, pode ocorrer pelo uso da desinformação das pessoas, disseminação de Fake News de modo a influenciar diretamente o processo eleitoral, conforme será explorado ao longo do texto.

Para tanto, em termos metodológicos a pesquisa se assenta no método hipotético dedutivo. E, para dar conta do problema apresentado, o desenvolvimento do artigo foi estruturado em três partes. Inicia-se com uma discussão acerca do conceito de democracia, analisando-o conjuntamente com o texto da Carta Democrática Interamericana e as mudanças provocadas pelo uso de novas ferramentas tecnológicas. Na segunda parte, será aprofundada a discussão acerca das novas tecnologias e sua relação com o futuro da democracia para, por fim, pensar na possibilidade de aplicação da cláusula democrática da OEA, enquanto um instrumento de resposta para novas formas de ruptura democrática.

2. O conceito de democracia e a cláusula democrática

O conceito de democracia é difícil de ser entendido, pois muitas vezes se contradiz com as próprias escolhas do povo. A ideia de democracia, geralmente, nos remete aos gregos; para os mesmos o poder supremo (*kyrion*) pertencia ao povo (*demos*), que o exerce diretamente e nunca por meio de representantes. É por isso que, no pensamento político grego, a democracia representava a exata antítese da oligarquia (COMPARATO, 2007. p. 63).

Em sentido contrário, o espírito original da democracia moderna não foi a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos (burguesia) contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável (absolutismo). Se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*demos*), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica (COMPARATO, 2007. p. 64).

Cumprido ressaltar que estes ideais da democracia moderna despertaram no continente americano e, ao mesmo tempo, na França. A

independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais, juntamente com um novo estatuto das liberdades civis e políticas, indispensáveis para o desenvolvimento do sistema capitalista.

A Carta democrática interamericana, aprovada em 2001 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ressalta a importância da democracia representativa (base da democracia moderna) como indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região. Ainda, segundo a mesma, a democracia representativa é a base do Estado de Direito e dos regimes constitucionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos e se consolida através do sistema democrático representativo de governo, reforçando-se e aprofundando-se com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 2001).

Desse modo, a democracia moderna é a soberania exercida pelo povo, aplicada na maioria das vezes através da escolha de representantes para a tomada de decisões importantes. Contudo, esse Estado de Direito apenas assegura uma democracia formal, que salvaguarda apenas uma igualdade (formal) de direitos civis e políticos perante a lei, que por vezes não permite efetiva correlação de forças dentro da esfera política do Estado.

Nesse sentido, é importante destacar que a ausência de condições materiais compromete o pleno exercício dos poderes políticos. A própria Carta Democrática Interamericana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 2001) também ressalta que a democracia e o desenvolvimento econômico e social são interdependentes e reforçam-se

mutuamente. Portanto, a pobreza, o analfabetismo e os baixos níveis de desenvolvimento humano são fatores que incidem negativamente na consolidação da democracia.

Uma ausência de condições materiais, como as que a Carta ressalta, faz com que, apesar de serem permitidos espaços de atuação na democracia, paradoxalmente, quem ocupa esses espaços e é legitimado pelo direito atende geralmente ao interesse das elites políticas e de experts jurídicos (CARNEIRO LEÃO; TEIXEIRA; BRAGATO, 2018. p. 120) não da população em geral. Com isso, “[...] a leitura da democracia não pode ser adstrita aos seus contornos legais ou formais” (CARNEIRO LEÃO; TEIXEIRA; BRAGATO, 2018. p. 120), mas deve ser observada em atento ao contexto em que foi estabelecida e a realidade.

Assim, a ausência de condições tanto formais quanto materiais faz com que, dentro da democracia, seja possível que governos totalitários se estabeleçam, especialmente no caso de países com uma democracia jovem ou que vivenciem grandes crises econômicas e desigualdades sociais, fazendo regredir o ambiente democrático já estabelecido.

Ao se observar a história no seio geral das sociedades, a experiência dita democrática acaba por ser mais uma exceção do que uma regra (MASCARO, 2013, p. 85). Basta uma breve análise ao histórico da América, de modo geral, e mais especificamente do Brasil. A América Latina e o Caribe são democracias jovens, e tiveram sua história marcada pela presença de ditaduras militares, conforme se pode observar na tabela abaixo:

Quadro 1. Os golpes militares na América Latina

Local	Período
<i>Argentina</i>	1930-1938, 1955-1958, 1966-1973 e 1976-1983
<i>Bolívia</i>	1971-1985
<i>Brasil</i>	1889-1894, 1930 e 1964-1985

<i>Chile</i>	1973-1990
<i>Colômbia</i>	1953-1957
<i>Costa Rica</i>	1863-1866, 1868-1876, 1877-1882 e 1917-1919
<i>Cuba</i>	1933-1959
<i>República Dominicana</i>	1889-1899 e 1930-1961
<i>El Salvador</i>	1931-1979
<i>Equador</i>	1972-1979
<i>Guatemala</i>	1954-1996
<i>Haiti</i>	1988-1990 e 1991-1994
<i>Honduras</i>	1963-1974
<i>México</i>	1853-1855 e 1876-1910
<i>Nicarágua</i>	1925-1936, 1936-1956, 1956-1966, 1966-1976 e 1976-1985
<i>Panamá</i>	1968-1989
<i>Paraguai</i>	1954-1989
<i>Peru</i>	1968-1980
<i>Suriname</i>	1980-1988
<i>Uruguai</i>	1875-1890 e 1973-1984
<i>Venezuela</i>	1847-1858, 1908-1935 e 1948-1958

Fonte: Elaborado pelas autoras

No caso do Brasil, dos 130 anos de República (1889 – 2019), cerca de 72 anos foram governados por representantes eleitos diretamente pelo povo, ou seja, somente em pouco mais da metade do tempo tivemos regimes democráticos, considerando, inclusive, somente o aspecto formal da democracia. Cabe mencionar que a própria República foi instaurada a partir de um golpe militar. Além disso, se considerarmos somente o período de redemocratização, pós-ditadura militar, a partir da Constituição de 1988, nesses 31 anos, dois presidentes já sofreram processos de impeachment (HAYEK, 2010, p.84).

O momento exato em que a democracia passa a ser totalitarismo é de difícil percepção. De acordo com o filósofo político Friederich Hayek, o

totalitarismo pode ser a consequência da decadência da democracia. O autor (HAYEK, 2010, p.84) utiliza o exemplo da Alemanha de Hitler

Na Alemanha, mesmo antes de Hitler subir ao poder, o avanço nesse sentido já havia sido bem maior. É importante recordar que, muito antes de 1933, a Alemanha alcançara um estágio em que não lhe restava senão ser governada de forma ditatorial. Ninguém duvidava então de que a democracia entrara em colapso, ao menos por certo tempo, e de que democratas sinceros como Brüning eram tão incapazes de governar democraticamente como o eram Schleicher ou von Papen. Hitler não precisou destruir a democracia; limitou-se a tirar proveito da sua decadência e no momento crítico conseguiu o apoio de muitos que, embora o detestassem, consideravam-no o único homem bastante forte para pôr as coisas em marcha.

A carta democrática interamericana é um instrumento bastante recente de defesa da democracia, mas vem em um momento importante. Recentemente, observou-se uma mudança do *modus operandi* para controle do poder político, não mais utilizando o golpe militar e instituindo uma ditadura, mas usando as instituições, a tecnologia, a desinformação e justificando uma aparente legalidade a fim de legitimá-la. Com isso, dentro da democracia é possível que governos totalitários, ou com tendências totalitárias, se estabeleçam, especialmente no caso de países com uma democracia jovem ou que passem por grandes crises econômicas e desigualdades sociais, a exemplo do ocorrida na Alemanha.

Para tanto, o uso da desinformação como ferramenta para a manipulação da opinião pública tem aparecido como uma grave ameaça à democracia. Claro que, ao longo da história, as conspirações e mentiras circularam entre todas as classes sociais, sendo parte indissociável dos governos de reis, imperadores, democratas e ditadores, ou seja, a desinformação sempre foi usada como tática política (TADEU, 2020). Contudo, com o avanço da tecnologia e o surgimento das redes sociais, a manipulação da informação se potencializa a ponto de interferir diretamente na democracia.

Segundo pesquisa do Datafolha de 2018, dois em cada três eleitores brasileiros (66%) têm contas em redes sociais. Entre os mais jovens, o índice alcança 90% de uso das redes sociais, dentre essas o WhatsApp é a rede ou aplicativo social mais utilizado pelos eleitores (DATA FOLHA, 2018). Ainda, segundo um levantamento realizado pela Universidade de São Paulo - USP e a Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, em parceria com a agência Lupa de checagem, em 347 grupos de WhatsApp foi identificado entre as imagens mais compartilhadas que apenas 8% poderiam ser classificadas como verdadeiras. De acordo com os pesquisadores, os resultados não podem ser generalizados, mas trazem indícios significativos para a compreensão do fenômeno das notícias falsas (ESTUDO, 2018).

Esses dados revelam que as tecnologias da informação e da comunicação, em especial a Internet, fazem parte do cotidiano de grande parte da população. É difícil imaginar um mundo sem computadores conectados à rede, celulares, e-mails, e uma infinidade de novas tecnologias que se tornaram parte do dia-a-dia da população. As pessoas estão interligadas com o mundo, as notícias são vinculadas instantaneamente, é possível estabelecer comunicação com praticamente qualquer lugar do globo terrestre. Enfim, estamos na era da informação e está nunca circulou de forma tão rápida como agora. Entretanto, essas possibilidades de uso cada vez maiores fazem das redes de computadores um espaço novo, com novas problemáticas e novas situações a serem enfrentadas pelo homem moderno.

Vive-se na época da mercantilização e da valorização das informações. Os dados pessoais e as informações de foro íntimo e privado têm serventia tanto para contribuir com pesquisas de cunho benéfico à sociedade, como para direcionar estratégias de marketing baseadas em dados privados, discriminar certos tipos de pessoas e até tolher a liberdade de determinada categoria de indivíduos, bem como de provocar rupturas

democráticas. Nesse sentido, na sequência será aprofundado como as novas tecnologias e a desinformação impactam no futuro da democracia.

3. Novas tecnologias, desinformação e seu impacto no futuro da democracia

É inegável que a Internet provocou uma revolução tecnológica, diminuindo as distâncias, incrementando a comunicação e a disseminação do conhecimento, bem como criando novas perspectivas econômicas transnacionais. A Internet e a informática são capazes de aproximar pessoas do outro lado do mundo, entretanto, também é capaz de criar um abismo entre pessoas próximas, já que, hoje em dia, com essas tecnologias, é possível ter contato com pessoas que tenham as mesmas afinidades, e que, conseqüentemente, podem estar em qualquer lugar do planeta.

O enfraquecimento das mídias tradicionais, rádio, televisão e jornal, não é fato novo. É um longo processo que apenas se acelerou com o desenvolvimento das redes sociais e da internet. Além disso, a internet ainda reduziu os custos de comunicação de massa e modificou a dinâmica da opinião pública.

Dentro do processo de comunicação de massa, a que as notícias e a mídia estão sujeitas, é importante compreender o conceito de opinião pública, que, de acordo com Da Viá, não seria apenas a soma de opiniões individuais, mas um fenômeno social ancorado em manifestações coletivas que ultrapassam os resultados de opiniões particulares. A opinião pública estaria ligada tanto às influências recebidas pelo meio como aos tipos de interações sociais e a uma série de fatores psicológicos que interferem na sua condução. Além disso, para existir uma opinião pública seria necessária a existência de opiniões divergentes, caso contrário seria uma crença (DA VIÁ, 1983. p.8).

De acordo com Habermas (1984. p.80), na descrição de uma esfera pública política se cruzam ao menos dois processos: a criação comunicativa do poder legítimo e o uso manipulador do poder dos meios de comunicação para reproduzir lealdade das massas. Segundo o autor (HABERMAS, 1984. p.80),

[...] a questão pendente sobre a base e as fontes de uma formação informal de opinião em esferas públicas autônomas não pode mais ser respondida com referência às garantias de status fornecidas pelo Estado de bem-estar-social e com a demanda holística de uma auto-organização política da sociedade. Ao contrário, completa-se círculo entre a mudança estrutural da esfera pública e aquelas tendências de longo prazo que a teoria da ação comunicativa conceituou como racionalização do mundo da vida. Uma esfera pública politicamente ativa precisa de mais do que as garantias das instituições do Estado de direito. Precisa também das conciliabilidades de tradições culturais e padrões de socialização voltados para a cultura política de uma população acostumada com a liberdade.

Se para Habermas, a opinião pública consistiria no processo da defesa do melhor argumento a partir de interações ocorridas na esfera pública, faz-se importante ressaltar que o debate de ideias e argumentações é prejudicado pelo modo como as redes sociais são construídas, uma vez que seus algoritmos buscam promover o agrupamento de pessoas com interesses comuns, fato que poderia isolar as pessoas em bolhas, segregando-as do contraditório.

De acordo com Lippmann (2008. p.223), a opinião pública deveria supostamente ser a principal força motriz mobilizadora das democracias. Entretanto, a sociedade pode estar vivendo um período em que a opinião pública é artificialmente alterada pelas notícias falsas por meio do uso massivo de tecnologia, que automatiza e massifica a disseminação de informações falsas a partir de interesses privados.

Nesse contexto surgem as *Fake News*, conhecidas como o fenômeno de divulgação de notícias falsas, que pode se dar por qualquer meio, com intuito de desinformar ou trazer alguma vantagem política ou econômica. Alguns estudos levantam a possibilidade de as *Fake News* terem sido

utilizadas em eleições. No meio informático, em especial nas redes sociais e aplicativos de comunicação, se verifica uma maior disseminação das *Fake News*, produzidas e reproduzidas por meio de sinais distorcidos, ou seja, englobando montagens, memes e qualquer outro conteúdo com a finalidade de desinformar (BRAGA, 2018. p. 205 e 207).

Na Internet, as *Fake News* costumam tornar-se virais. Algo viral é aquilo que possuiu maior probabilidade de se propagar. Assim, em um curto espaço de tempo o conteúdo se torna o centro das atenções nas mídias digitais. Muitas das notícias falsas atraem uma enorme quantidade de atenção em virtude de estarem em sites que possuem aparência de legítimos, mas geralmente não tem tradição ou respaldo (BRAGA, 2018. p. 209 e 210).

Grande parte dos internautas não verifica a veracidade ou a fonte das notícias falsas, o que auxilia na disseminação de informações equivocadas. Dessa forma, encontram terreno fértil nas redes sociais, já que os utilizadores privilegiam conteúdos que confirmam suas visões de mundo (DELMAZO; VALENTE, 2018, p. 157). As notícias falsas prosperam justamente em ambientes politicamente polarizados, na ausência da tolerância e pluralismo político. As *Fake News*, em especial no Brasil, tratam de forma caricatural as desavenças entre os grupos políticos de direita e esquerda (BRAGA, 2018. p. 210).

Além disso, as *Fake News* estão intimamente ligadas ao discurso de ódio. Este se apresenta como característica a estigmatização de um indivíduo ou grupo identificável de indivíduos. A estigmatização seria, ainda, direcionada ao insulto, à perseguição ou à privação de direitos. Assim, as notícias falsas atreladas ao discurso de ódio podem levar a vantagens políticas (BRAGA, 2018. p. 211 e 215). Para a divulgação de *Fake News* são utilizados *bots* (contas automatizadas) nas redes sociais, assim é possível aumentar o engajamento. Outro ponto crucial, é que o uso da tecnologia tem um efeito em rede e um baixo custo operacional, aumentando

a desinformação e promovendo a polarização (NOBRE; ALMEIDA; FERREIRA, 2019, p. 117 e 118).

A relevância da internet em campanhas políticas teve forte um crescimento a partir de 2008, que marcou a disputa eleitoral para a presidência norte americana entre Barack Obama e John McCain. Houve um grande investimento em plataformas como Myspace, Facebook e YouTube, além anúncios e links patrocinados no Google. Desde então, as redes sociais e a internet ganharam destaque cada vez maior em eventos políticos, como na Primavera Árabe, nas jornadas de junho de 2013 do Brasil, no Brexit e nas eleições norte americanas de 2016 (ARRUDA; TADEU, 2020).

Com relação as eleições americanas e o Brexit, estes estão ligadas a graves denúncias feitas pelo jornal The Guardian e The New York Times contra o Facebook e a empresa Cambridge Analytica, em 2018. A Cambridge Analytica é uma empresa de análise de dados de comportamento, que direciona propagandas com uma finalidade, seja ela arrebanhar eleitores para um candidato ou consumidores para uma marca (RONCOLATO, 2018). A mesma trabalhou com o time responsável para campanha de Donald Trump nas eleições de 2016, nos Estados Unidos e na Campanha pelo Brexit no Reino Unido.

Segundo os jornais que fizeram as denúncias, a Cambridge Analytica teria comprado acesso a informações pessoais de usuários do Facebook e, através desses dados, criado um sistema que permitiu prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas (ENTENDA, 2018). Após as denúncias, o Facebook prestou depoimento em uma audiência na Comissão Europeia e declarou que, em 2017, sua empresa bloqueou 200 aplicativos que recolham dados dos usuários, ainda que os usuários não tenham dado permissão para transferência dos dados (MENÁRGUEZ, 2018). Ainda após as denúncias, o Facebook publicou um comunicado na página oficial da empresa que o n° de usuários que tiveram dados explorados pela Cambridge Analytica chegaria a

87 milhões. Além disso, em 2019 a Campanha do Brexit foi multada no Reino Unido por enviar de cerca de 200 mil mensagens a pessoas que não tinham solicitado⁴.

É importante mencionar que, com as informações obtidas pela Cambridge Analytica junto ao Facebook, foi possível fazer uma análise refinada dos usuários, aos quais poderia direcionar mensagens e propagandas para as quais seus perfis apontassem ser mais suscetível do que outras (RONCOLATO, 2018). Esses casos revelaram o impacto nocivo que o uso de dados e das redes sociais podem ter para a democracia, pois se está claramente diante da violação de uma série de direitos fundamentais para sua efetivação como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do sigilo dos dados e, também, da autodeterminação informativa⁵.

Durante as eleições brasileiras em 2018, verificou-se que cerca de 2% dos usuários mais ativos no Twitter indicavam alto nível de automação, sendo assim eficientes para influenciar usuários comuns (NOBRE; ALMEIDA; FERREIRA, 2019, p.117 e 118). Diante do crescimento destas mídias, agentes políticos começaram a utilizá-las como armas para impulsionar suas campanhas ou interesses, bem como para denegrir seus adversários. Nesse contexto, em 2019, o Governo federal promulgou a Lei 13.834/2019, que tipifica o crime de denunciação caluniosa com a finalidade eleitoral.

Entre exemplos de *Fake News* utilizadas como armas políticas, em meio à pandemia do Coronavírus, e disseminadas pelas redes sociais e grupos de WhatsApp, é possível citar: curas milagrosas baseadas em alimentos alcalinos, que matariam o vírus por possuir PH superior; o uso de casos de recuperação falsos para justificar o uso massivo da

⁴ CAMPANHA do Brexit é multada no Reino Unido por enviar “spam”. **Revista exame**, 19 mar 2019. Disponível em: <<https://exame.com/mundo/campanha-do-brexit-e-multada-no-reino-unido-por-enviar-spam/>> Acesso em: 02 mai.2020.

⁵ a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD (Lei nº 13.709/18), que deve entrar em vigor no começo de 2021, traz como um dos fundamentos da proteção de dados a autodeterminação informativa

hidroxicloroquina contra a doença, que ainda não possui comprovação científica de sua eficácia; a afirmação de que o isolamento social sugerido pelos governadores brasileiros seria um complô para desestabilizar o governo Bolsonaro; a divulgação de que hospitais estariam atribuindo mortes de outras causas ao Coronavírus, entre diversas outras notícias falsas intencionalmente divulgadas com interesses políticos para manobrar a opinião pública (CORONAVÍRUS, 2020).

Desse modo, o uso de novas tecnologias para disseminar a desinformação através de *Fake News* é um novo aspecto de preocupação para a democracia e que cujo olhar sobre ele através da cláusula democrática é extremamente importante, já a utilização de disseminação de notícias falsas tem sido utilizada no sentido de promover uma radicalização discursiva, especialmente por governos com perfil autoritário, além de serem utilizá-las como armas para impulsionar campanhas ou interesses políticos ou, ainda, para difamar adversários, de modo que questiona-se o processo eleitoral, enquanto justo e, efetivamente democrático.

4. Novas formas de ruptura democrática e um outro olhar sobre a cláusula democrática

Antes de tudo, é importante ressaltar que a carta democrática estabelece que qualquer alteração ou ruptura inconstitucional da ordem democrática em um Estado do Hemisfério constitui um obstáculo insuperável à participação do Governo do referido Estado no processo de Cúpulas das Américas. Nesse sentido, ao falar em alteração ou ruptura inconstitucional da ordem democrática, a carta permite que novas conjunturas possam ser analisadas e compreendidas como violação a mesma. Não bastasse isso, o artigo 3º da referida Carta afirma que

são elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, **o respeito aos direitos humanos e às liberdades**

fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, **livres, justas** e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 2001, grifo nosso)

Atualmente, o acesso instantâneo a uma quantidade quase ilimitada de informações vem modificando as disputas políticas. A tecnologia e a internet se consolidam como ferramentas que fornecem para a sociedade um acesso a informações que possibilitam vislumbrar uma democracia quantitativamente mais representativa, ou seja, um número maior de meios e de conteúdos diversos mas, ao mesmo tempo, cria-se uma guerra da informação em que a sociedade tem dificuldade de perceber o que é verdade e o que não é.

Nesse contexto, passa-se a questionar a legitimidade de um processo eleitoral enquanto livre e justo, quando “o sistema de comunicação talha diretamente a construção de vontades e das informações pertinentes” (MASCARO, 2013, p. 86). Como exemplo da influência da tecnologia nas eleições, o jornal brasileiro Folha de S. Paulo fez uma denúncia grave ao revelar que empresários pagaram pelo serviço de “disparo automático de mensagens” no WhatsApp a fim de promover campanha contra o partido dos trabalhadores (PT) durante as eleições brasileiras de 2018 (MELLO, P. 2018). Além disso, o próprio WhatsApp já admitiu envio ilegal de mensagens durante as eleições de 2018 no Brasil (WHATSAPP, 2019), já que as mesmas violavam os termos de uso do aplicativo.

A repercussão destas e de uma série de outras denúncias do uso da tecnologia para interferir nas eleições brasileiras de 2018, levou o Congresso Nacional Brasileiro a criar em 2019 uma comissão parlamentar mista de inquérito que investiga notícias falsas nas redes sociais e assédio virtual, a também chamada comissão das *Fake News*. O objetivo da comissão é investigar ataques contra a democracia, o uso de perfis falsos nas eleições de

2018, a prática de assédio virtual e o aliciamento de menores para o cometimento de crimes (SENADO FEDERAL, 2019).

Durante as eleições brasileiras de 2018, a utilização e a difusão de notícias falsas e de desinformação durante a campanha eleitoral chamou a atenção da missão de observadores da Organização de Estados Americanos (OEA) para as eleições brasileiras. Na ocasião, Laura Chinchilla, chefe da missão de observação eleitoral da OEA, afirmou que o Brasil enfrentava um fenômeno “sem precedentes” em relação a difusão de notícias falsas e que o fato preocupava o grupo de especialistas; ainda para a especialista da OEA o uso de notícias falsas para mobilizar vontades dos cidadãos é fator que tem preocupado a Organização (MELLO, D. 2018), bem como o recebimento por escrito de denúncias sobre um esquema supostamente financiado por empresários para o envio em massa de notícias anti-PT utilizando o WhatsApp.

Diante de fatos como os relatados, a qualidade e a liberdade da disputa eleitoral democrática se colocam a prova, além disso, demonstram como o uso negativo da tecnologia rompem com elementos essenciais da democracia representativa, elencados na Carta Democrática, como o respeito às liberdades fundamentais e a celebração de eleições livres e, principalmente, justas.

O artigo 4 da Carta que afirma que a “subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 2001). Assim, poder-se-ia dizer que uma eleição justa respeita o Estado de Direito e, de fato o é, mas é preciso lembrar dos demais elementos essenciais para a democracia.

Novamente, fazendo referência a Carta Democrática, uma das funções da democracia é a defesa e proteção aos direitos humanos fundamentais. Entre esses direitos estão a liberdade de expressão, religiosa, política, econômica e cultural, exemplo de direitos civis e políticos. Contudo, a ideia de democracia associada somente a participação, a igualdade formal e a liberdade individual, deixa de considerar como necessário para a democracia efetiva, a necessidade destas condições aliadas às condições sociais materiais, espirituais para que todos possam participar de maneira ativa e autônoma na formação do governo e no controle da vida social.

Para Bobbio (1997, p 65), o sentido da democracia é justamente o conjunto de maiorias, entre as quais destaca o peso igual dos votos e a ausência de distinções econômicas, sociais, religiosas, e étnicas na constituição do eleitorado. Tão logo, a democracia não apenas exalta o valor da igualdade na política e não se resume a característica da participação do povo no poder político, mas exalta a capacidade da política igualar as condições sociais dos indivíduos.

Segundo Mascaro (2013, p. 86), “ao se fazer uma associação imediata da democracia à mera institucionalização de sistemas eleitorais, perde-se de vista o mérito da quantidade de abertura e mesmo da qualidade de tais sistemas”. O fato da nossa Constituição estabelecer que todos são iguais perante a lei cria uma igualdade formal, criando a ilusão de que todos são agentes políticos livres e agem de acordo com a sua subjetividade.

Contudo, para que a subjetividade do indivíduo possa se desenvolver é preciso considerar fatores como melhoria nos indicadores de distribuição da renda e acesso da população aos bens e serviços básicos para a sobrevivência, ou seja, a efetivação de direitos humanos. Além disso, a violação de direitos humanos não atinge a todos igualmente, uma vez que alguns indivíduos são mais vulneráveis à violação que outros e necessitam, de fato, da proteção desses direitos.

Segundo a Carta democrática Artigo 11(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 2001), a democracia e o desenvolvimento econômico e social são interdependentes e reforçam-se mutuamente. Sendo cidadãos, os sujeitos de direito se tornam aptos a votar e a serem votados, contudo, apesar dessas garantias não se observa as condições materiais para o pleno exercício desses direitos. Os direitos civis e políticos somente podem ser exercidos com a efetivação dos direitos sociais econômicos e culturais. Nesse sentido, os direitos humanos são indivisíveis, se inter-relacionam e são interdependentes.

Ao se observar os índices de desenvolvimento humano no Brasil e, também, em outros países da América Latina resta evidente a falta de implementação de políticas públicas a fim de melhorar as condições de vida da população, especialmente, no que diz respeito à saúde, educação, renda, entre outros.

Segundo o relatório “A Ineficiência da Desigualdade”, elaborado pela comissão econômica das Nações Unidas para os 33 países latino-americanos e caribenhos, a CEPAL, a América Latina e Caribe continua sendo a região mais desigual do mundo, com um coeficiente de Gini estimado em 0,5⁶, a Organização também analisou a relação entre renda e educação e demonstrou que o Brasil tem o menor índice de conclusão do Ensino Fundamental II entre os 20% mais pobres e, o relatório também apontou que a parcela da população brasileira que não concluiu o Ensino Fundamental II teria ganhos na renda de mais de 7,5%, caso chegasse ao final desse ciclo (NAÇÕES UNIDAS, 2018).

A desigualdade é ainda maior quando observadas questões de raça e gênero, no que diz respeito a educação formal, os dados mostram que entre

⁶ O índice de Gini mede a diferença de renda entre as parcelas mais ricas e mais pobres de uma determinada população. Quanto mais próximo do zero, mais igualitária é a repartição de riquezas numa sociedade. Na África Subsaariana, a taxa é de 0,45. No Leste da Ásia e no Pacífico, o coeficiente chega a 0,4. Nos países da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a 0,3 (NAÇÕES UNIDAS, 2018).

os profissionais com 12 anos ou mais de escolaridade, os homens negros ganham em média pouco mais de 1,1 mil dólares, valor que representa cerca de 500 dólares a menos que os homens brancos, já comparação com as mulheres negras, a diferença é ainda maior — homens brancos ganham cerca de 750 dólares a mais do que essas trabalhadoras (NAÇÕES UNIDAS, 2018).

Essa realidade foi reafirmada no relatório de desenvolvimento humano de 2019 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); no mesmo a América Latina foi apontada como a região do mundo com a maior desigualdade de renda, onde os 10% mais ricos da América Latina concentram uma parcela maior da renda do que qualquer outra região (37%) (LISSARDY, 2020). Dentre as possíveis explicações está no passado colonial dos países da América Latina. De acordo com Mascaro (2013, p. 90):

Economias que se posicionaram internacionalmente como colonialistas, imperialistas ou exploradoras de outras sociedades puderam ter margens para o incremento de suas formas políticas e de participação democrática. Por outro lado, economias coloniais, dependentes ou exploradas externamente tiveram grande dificuldade em assentar bases de liberdade política aos seus próprios grupos e classes explorados internamente. A variada consolidação histórica dessas posições em cada Estado deu também diversos arcabouços culturais de democracia e participação política.

Portanto, observa-se que a verdadeira liberdade, a verdadeira democracia, somente ocorrerá quando alcançar melhores condições de vida. Nesse sentido, o artigo 12 da Carta Democrática afirma que “a pobreza, o analfabetismo e os baixos níveis de desenvolvimento humano são fatores que incidem negativamente na consolidação da democracia” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 2001) e que “os Estados membros da OEA se comprometem a adotar e executar todas as ações necessárias para a criação de emprego produtivo, a redução da pobreza e a erradicação da pobreza extrema” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS

AMERICANOS - OEA, 2001). Contudo, conforme os dados apontam esse é um longo caminho a ser percorrido.

Por isso, constata-se a importância de se advertir sobre o risco da legitimação do poder, através do regime da democracia, dos grupos minoritários e desprovidos de condições sociais, culturais e econômicas aos grupos que detêm interesses diversos no sistema da política. Portanto, dentro do sistema político, o ideal democrático deve prezar pela igualdade de condições de participação, da elaboração e destinação das políticas públicas e não ser reduzido apenas à formalidade dos atos de eleições e pluralidade de partidos.

A realidade da América Latina, conforme dados acima, mostra que atualmente foi criado o ambiente perfeito para a desinformação e conseqüentemente limitando o exercício pleno dos direitos civis e políticos. Como afirmam Carneiro Leão, Teixeira e Bragato (2018, p. 125), essa organização política sempre requer a produção de subjetividades e, por isso, devemos criar uma multidão capaz de uma ação política democrática e de uma autogestão do comum; isso somente será alcançado com a investimento nos direitos sociais, econômicos e culturais, somente assim será possível combater a desinformação.

A Organização de Estados Americanos em março de 2017 já havia proclamado uma declaração acerca do tema, a “Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación Y Propaganda”, na qual salienta a importância do acesso irrestrito a uma ampla variedade de fontes de informação e ideias, que a existência de uma diversidade de mídias é parte da sociedade democrática e que os Estados devem considerar outras medidas para promover a igualdade, a não discriminação, o entendimento intercultural e outros valores democráticos, inclusive deve abordar os efeitos negativos da desinformação e da propaganda.

A carta democrática, por sua vez, não faz menção expressa ao uso da desinformação como forma de ruptura da democracia, mas traz muitos elementos, que nos possibilitam refletir sobre essa nova forma de ameaça à democracia, por exemplo, em seu preâmbulo ao afirmar que “a educação é um meio eficaz para fomentar a consciência dos cidadãos com respeito a seus próprios países e, desta forma, lograr uma participação significativa no processo de tomada de decisões, e reafirmando a importância do desenvolvimento dos recursos humanos para se alcançar um sistema democrático sólido”, conjuntamente com os demais dispositivos analisados acima.

Uma forma de fortalecer a nossa democracia, como própria Carta defende é através do respeito e efetivação de direitos, mas a Organização dos Estados Americanos também precisa estar atenta a esta nova forma de ataque a democracia, em que por meio da tecnologia é possível manipular a opinião pública, estabelecer agendas, propagandear ideias e criar subjetividades com desinformação e cuja a tendência é ser cada vez mais usada por governos ou movimentos políticos.

5. Conclusão

A revolução tecnológica em rede, ocorrida com a Internet, diminuiu distancias, incrementando a comunicação e a disseminação do conhecimento, bem como criando outras perspectivas econômicas transnacionais. Em adição, verifica-se que o enfraquecimento das mídias tradicionais, rádio, televisão e jornal, não é fato novo, sendo um longo processo que apenas se acelerou com o desenvolvimento das redes sociais e da internet.

Os movimentos sociais se fortaleceram com a tecnologia, e atualmente são um elemento fundamental de todas as democracias sólidas.

Através da reunião de pessoas com ideias que se interconectam em algum ponto de interesse para um bem comum, usufruem da tecnologia para promover transformação social. Por meio da mobilização social, é possível fomentar o debate público e promovem a esperança por uma democracia que represente um maior número de pessoas.

Entretanto, diante dos exemplos trazidos sobre a utilização da tecnologia de forma negativa, verifica-se que a qualidade e a liberdade nas disputas eleitorais democráticas estão sendo colocadas a prova, uma vez que elementos essenciais da democracia representativa elencados na Carta Democrática, como o respeito às liberdades fundamentais e a celebração de eleições livres e, principalmente, justas, estão sendo rompidos.

Nesse cenário afloram as *Fake News*, fenômeno conhecido como sendo a divulgação de notícias falsas, ocorrendo em qualquer meio, visando desinformar ou trazer alguma vantagem política ou econômica. No Brasil, e em alguns outros países, verificaram a possibilidade de as *Fake News* terem sido utilizadas intencionalmente em eleições. Em especial nas redes sociais e aplicativos de comunicação, verifica-se uma maior disseminação das *Fake News*, sendo produzidas e reproduzidas por sinais distorcidos, ou seja, englobam montagens e qualquer outro conteúdo com a finalidade de desinformar e manipular.

Para que a participação popular se consolide e colabore para o fortalecimento da participação de todos nas decisões políticas é importante que se respeite as regras (BOBBIO, 1997, p.171) do jogo. A democracia é, por excelência, o governo das leis e o respeito a elas. Portanto, a igualdade jurídica, social e econômica, assim como a resolução de conflitos de forma pacífica, levará a sociedade para uma democracia que atenda aos anseios de uma fatia maior da população.

Vale ressaltar que a disseminação de *Fakes News* é, de fato, considerada uma forma de ameaça à democracia, acarretando o risco de

ruptura democrática. As notícias falsas promovem desinformação entre a população e influenciam no pleno exercício dos direitos políticos e na realização de eleições livres e justas.

Apesar da Carta Democrática não mencionar de forma expressa o uso da desinformação como forma de ruptura da democracia, existem diversos elementos que possibilitam a reflexão sobre essa nova ameaça à democracia. A principal forma de fortalecimento da democracia se dá pelo respeito e efetivação de direitos. Assim, a Organização dos Estados Americanos também precisa estar atenta a esse ataque à democracia por meio da tecnologia, já que é possível manipular notícias, estabelecer agendas, propagandear ideias e criar subjetividades com desinformação.

Referências

- ARRUDA, Gabriela; TADEU, Daiane. **A desinformação influencia eleições ao redor do mundo. Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 12 fev.2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-desinformacao-influencia-eleicoes-ao-redor-do-mundo/>. Acesso em: 01 mai.2020.
- BARRETTO, V. P. Direitos Humanos, Democracia e Globalização. In: Lenio Luiz Streck; Vicente de Paulo Barretto; Alfredo Santiago Culleton. (Org.). **20 Anos de Constituição - Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. 1ed.São Leopoldo: Oikos, 2009, v. 1, p. 257-272.
- BRAGA, Renê Morais da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**: volume I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- BORBA, Mário Pereira; BALDISSERA, Dr. Rudimar. **Das Mídias à Midiatização: Reflexões Sobre Opinião Pública**. Disponível em: http://www.abrapcorp.org.br/anais2009/pdf/IC_Borba.pdf. Acesso em 02, ABRIL 2020.
- CAMPANHA do Brexit é multada no Reino Unido por enviar “spam”. **Revista exame**, 19 mar 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/campanha-do-brexit-e-multada-no-reino-unido-por-enviar-spam/> Acesso em: 02 mai.2020
- CARNEIRO LEÃO, Daniel; TEIXEIRA, João Paulo A; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Reflexões sobre o exercício democrático: uma análise teórico-crítica dos limites do direito e da conjuntura jurídico-política atual**. Revista Thesis Juris, v. 7, 2018. p. 113-134.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORONAVÍRUS: Grupos usam notícias falsas para apoiar postura de Bolsonaro. **Uol**, São Paulo, 31 mar 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas->

noticias/2020/03/31/atos-anti-isolamento-de-bolsonaro-ativam-rede-de-fake-news-cientificas.htm> Acesso em: 01 mai.2020.

DATA FOLHA. **24% dos eleitores usam Whatsapp para compartilhar conteúdo eleitoral.** 27 out 2018. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/10/1983765-24-dos-eleitores-usam-whatsapp-para-compartilhar-conteudo-eleitoral.shtml>> Acesso em: 02 mai.2020

DA VIÁ, Sarah Chucid. **Opinião Pública: técnica de formação e problemas de controle.** São Paulo: Loyola, 1983.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C.L.. **Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques.** Media & Jornalismo, Lisboa, v. 18, n. 32, p. 155-169, abr. 2018. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-54622018000100012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 03 maio 2020.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. **BBC News.** 20 mar 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>> Acesso em: 02 mai.2020

ESTUDO: só 8% das imagens mais difundidas no Whatsapp são verdadeiras. **Deutsche Welle,** 18 set 2018. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/estudo-s%C3%B3-8-das-imagens-mais-difundidas-no-whatsapp-s%C3%A3o-verdadeiras/a-45939251>> Acesso em: 02 mai.2020

FAKE NEWS: A desinformação influencia eleições ao redor do mundo desde os tempos do papiro. **Diálogos do Sul,** 14 fev 2020. Disponível em: <<https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/mundo/63085/fake-news-a-desinformacao-influencia-eleicoes-ao-redor-do-mundo-desde-os-tempos-do-papiro>> Acesso em: 02 mai.2020

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na esfera pública.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAYEK, Friederich A. **O caminho da Servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública.** Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2008.

LISSARDY, Gerardo. Por que a América Latina é a 'região mais desigual do planeta'. **BBC News,** 16 fev 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51406474>> Acesso em: 02 mai.2020

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.

MELLO, Daniel. Para OEA, difusão de notícias falsas no Brasil não tem precedentes. **Agência Brasil,** 25 out 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/para-oea-difusao-de-noticias-falsas-no-brasil-nao-tem-precedentes>> Acesso em: 02 mai.2020.

MELLO, Patrícia Campos. Empresas contrataram disparos pró-Bolsonaro no WhatsApp, diz espanhol. **Folha de SP,** 18 out 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-ot-pelo-whatsapp.shtml>> Acesso em: 02 mai.2020.

MENÁRGUEZ, Ana Torres. Facebook compartilhou dados dos usuários com fabricantes de celulares. **El país,** 04 jun 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/04/tecnologia/1528102021_796611.html> Acesso em: 02 mai.2020.

NAÇÕES UNIDAS. **América Latina e Caribe é região mais desigual do mundo, revela comissão da ONU,** 09 mai 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/america-latina-e-caribe-e-regiao-mais-desigual-do-mundo-revela-comissao-da-onu/>> Acesso em: 03 mai.2020

NOBRE, Gabriel P.; ALMEIDA, Jussara M. ; FERREIRA, Carlos H. G. Caracterização de bots no Twitter durante as Eleições Presidenciais no Brasil em 2018. In: **Brazilian workshop on social network analysis and mining** (BRASNAM), 8 , 2019, Belém. Anais do VIII Brazilian Workshop on Social Network Analysis and Mining. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, July 2019. p. 107-118.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **La Carta Democrática Interamericana**, 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm> Acesso em: 10 jan. 2020.

RONCOLATO, Murilo. O uso ilegal de dados do Facebook pela Cambridge Analytica. E o que há de novo. **Nexo Jornal**, 19 mar 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/19/O-uso-ilegal-de-dados-do-Facebook-pela-Cambridge-Analytica.-E-o-que-h%C3%A1-de-novo>> Acesso em: 02 mai.2020

SENADO FEDERAL. **Congresso cria CPI Mista para investigar fake News**. Agência Senado, 03 jul 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/07/congresso-cria-cpi-mista-para-investigar-fake-news>> Acesso em: 02 mai.2020

TADEU, Gabriela Arruda Daiane. Fake News: A desinformação influencia eleições ao redor do mundo desde os tempos do papiro. **Diálogos do Sul**, 14 fev 2020. Disponível em: <<https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/mundo/63085/fake-news-a-desinformacao-influencia-eleicoes-ao-redor-do-mundo-desde-os-tempos-do-papiro>> Acesso em: 02 mai.2020

WHATSAPP admite envio ilegal de mensagens nas eleições 2018. **Época Negócios**, 08 out 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/whatsapp-admite-envio-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-2018.html>> Acesso em: 02 mai.2020

Artigo recebido em: 25/05/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O Direito Brasileiro e Direito Internacional: em busca da compatibilização com a soberania

Brazilian Law and International Law: in search of the compatibilization with sovereignty

Guilherme Massau¹

Carolina Paulsen²

Marta Marques Avila³

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a abertura do Estado soberano ao plano internacional. Salienta-se a mudança de paradigma entre a concepção clássica das relações internacionais, quando havia um Estado plenamente soberano, e a atual configuração estatal, ainda soberana, mas relativizada por dispositivos que possibilitam a comunicação entre o direito interno e o direito internacional. A fim de objetivar o estudo, tomaram-se como exemplo decisões das cortes internacionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para realizar a análise empregou-se o método dedutivo, indo da legislação ao fato. Adotaram-se, como aportes de referencial, o bibliográfico e o documental. O primeiro consistiu na busca da teoria para embasar a análise e o segundo ofertou os casos concretos cotejados com a dimensão teórica.

Palavras-Chave: Constituição; Direito Interno; Direito Internacional; Estado; Soberania.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the sense of openness of the sovereign State to international regulation. In this sense, the change of paradigm from the classical conception of international relations -when the State was completely sovereign- to the current State configuration - still sovereign, but relativized by regulations that allow the communication between internal and International Law- was stressed. In order to simplify the analysis, the decisions of international courts and the Inter-American Court on Human Rights were taken as examples. The

¹ Professor do Curso de Direito e do Mestrado em Direito da UFPel; Pós-doutorando na PUCRS; Doutor em Direito pela Unisinos; mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra; Especialista em Ciências Penais pela PUCRS.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (2004) e Especialização em Direito pela Universidade de Coimbra (2008). Realizou programas de formação profissional na Missão do Brasil junto à ONU em Genebra e no Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas

³ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (2003), Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2006), Pós-graduada em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Buenos Aires (2006), Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005) e Doutora em Fundamentos da Experiência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2013).

deductive method was used to perform the proposed analysis, as it went from the general to the particular, from law to fact. As referential contributions, bibliographical and documental research were performed. The bibliographical contribution provided the framework against which the case law of international courts was compared with the theoretical dimension.

Keywords: Constitution; Internal Law; International Law; State; Sovereignty.

1. Introdução

O direito internacional é um ramo do direito que disciplina as relações que ultrapassam um Estado. Os Estados encontram-se vinculados a relações multilaterais, regionais e globais e a percepção de Estado soberano altera-se, na medida em que tanto o direito internacional como o direito nacional exigem constantes contatos entre si. Um dos desafios do direito internacional é harmonizar as decisões proferidas, em seu âmbito jurisdicional, ao direito interno dos Estados envolvidos. Fundamentalmente, trata-se da efetivação de normas internacionais nos Estados soberanos, os levando a cumprir as normas de direito internacional.

O presente estudo tem como objetivo mostrar a abertura constitucional ao âmbito do direito internacional. Parte-se do pressuposto da ainda prevalência do Estado nacional em relação às organizações internacionais, ou seja, da relação de horizontalidade entre os Estados (soberanos) e entre os Estados e as organizações internacionais de direito internacional público. Tem-se igualmente como pressuposto o enfraquecimento da soberania do Estado nacional em consequência dos fenômenos internacionais oriundos da economia, da política, da cultura e de outros âmbitos. Destarte, com apoio nesses pressupostos prático-teóricos, analisam-se as aberturas constantes do sistema constitucional, por conseguinte, do ordenamento jurídico brasileiro à ordem jurídica internacional.

Assim, este trabalho está desenvolvido em três partes, excetuando-se as considerações iniciais e finais. A primeira seção aborda a relação entre o

direito internacional e o direito nacional, sob a perspectiva clássica e, posteriormente, a mudança de paradigma para uma nova leitura da compreensão de soberania nacional.

Na segunda seção, intitulada “a abertura constitucional e o direito internacional”, expõem-se as características da Constituição brasileira de 1988 e os dispositivos constitucionais que têm relação direta com o direito internacional, os quais versam sobre os objetivos e/ou limites da atuação do Estado brasileiro perante os demais Estados e as organizações internacionais.

A terceira parte concentra-se na difícil tarefa de conciliar o direito interno com o direito internacional, analisando uma organização internacional específica – a Corte Interamericana de Direitos Humanos – que tem diversos casos já julgados envolvendo o Estado brasileiro, os quais demonstram a dificuldade de o Estado cumprir as decisões.

2. O Direito Internacional e o Direito Interno

O direito interno e o direito internacional tendem à aproximação de tal maneira que já se projetam forma de os unir. A perspectiva clássica do Estado soberano autossuficiente cede espaço ao Estado – ainda soberano – que sente a necessidade de estar inserido em uma ordem internacional. Os efeitos da Segunda Guerra Mundial foram decisivos nesse aspecto. A fim de evitar tragédias como as nela ocorridas, os Estados agregaram-se através da Organização das Nações Unidas, a qual prioriza a segurança e a paz mundial. Explanam-se, na sequência, duas perspectivas de visão de mundo: a clássica e a da mudança de paradigma.

2.1. Perspectiva clássica

Ao iniciar o estudo sobre a relação entre o Estado (direito interno) e o direito internacional, destaca-se que o atual Estado constitucional sofre

algumas pressões para revisar sua relação com o direito internacional, sendo preciso aproximar a realidade global ao contexto constitucional. Um fato histórico importante na formação do Estado – o qual se reflete no atual contexto constitucional – é a chamada “Paz de Westfália”, que contribuiu decisivamente para a formatação do Estado moderno no que tange à soberania⁴ e ao direito internacional.

“Paz de Westfália” é o nome atribuído aos tratados de Münster (assinado pelos católicos) e Osnabrück (assinado pelos protestantes)⁵ que formalizaram o fim da Guerra dos Trinta Anos, conflito religioso entre católicos e protestantes. Por esses tratados, houve o reconhecimento do conceito moderno de Estado e dos padrões atuais do direito internacional. Desde então, aceitou-se o conceito moderno de Estado (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 36, 40; MENEZES, 1972, p. 145), que tem como base física o território sobre o qual se assenta seu povo. O Estado moderno surgiu quando se constituiu a ideia de soberania, pois ele é entendido como uma sociedade política com características específicas (DALLARI, 2007, p. 51).

De acordo com a visão clássica de direito do Estado, o conceito de Estado moderno contém as ideias de: 1.um Estado detentor de um território, minimamente delimitado; 2. burocracia exercida por um corpo de funcionários, de poder concentrado, ou seja, um poder central (diferente da organização política e social da Idade Média, quando o poder estava dissolvido e espalhado em diversos feudos); 3. nacional, pois reconhecido pelos habitantes, que com ele estabelecem um vínculo; 4. moderno, sob o aspecto temporal, tendo em vista o momento histórico de seu surgimento: a Idade Moderna (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 31-33).

⁴ Por soberania, em sua concepção clássica, entende-se: “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República” (a palavra república é usada com o significado de Estado”. Tal conceito é de Jean Bodin (DALLARI, 2007, p. 77).

⁵ Cidades hoje pertencentes à Alemanha (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 94).

O surgimento do Estado soberano, com governo completamente autônomo, refletiu-se tanto nas normas constitucionais como na metodologia de sua aplicação. Como corolário, a Constituição era, no primeiro momento, um documento sucinto que legitimava o poder soberano, situado no legislador, que preceituava de forma a organizar a sociedade conforme seu alvitre. Eis aí o Estado liberal legalista (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 16).

Em consequência dos movimentos sociais e suas reivindicações, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições ganharam caráter substancial. Elas deixaram de ser documentos normativos, sistematizadores de formalidades jurídicas, e passaram a prever direitos e garantias de toda a ordem. Por isso, as constituições contemporâneas apresentam textos extensos e normatizam tanto aspectos formais quanto materiais. Ao legislador restaram um campo reduzido de discricionariedade e o dever de regulamentar, a fim de que as normas constitucionais sejam efetivadas. A constituição passou a ter, portanto, caráter dirigente, com a função de garantir o futuro das condições sociais internas do Estado. Nesse contexto, a soberania encontra-se com o Estado e apresenta-se intocada (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 18).

Devido às mudanças nas relações sociais, no âmbito da globalidade, a visão clássica do direito do Estado constitucional enfrenta demandas que não consegue responder adequadamente, criando, de certa forma, uma crise do Estado constitucional calcado na soberania.

2.2. Mudança de paradigma

A mudança de paradigma em termos de Estado constitucional ganhou força pelo aumento de influências externas no âmbito interno do Estado. Com isso, emergiu uma espécie de crise relacionada à ideia de soberania clássica. Atualmente, se reconhece a necessidade de maior abertura do

Estado, dito soberano, às influências internacionais, devido a: 1) ampliação do reconhecimento e da legitimidade das organizações internacionais, principalmente, da Organização das Nações Unidas e dos Tribunais Internacionais, no que condiz à manutenção da paz e da segurança internacionais (Art. 1º, 1 da Carta das Nações Unidas – ONU, 1945), após o término da Segunda Guerra Mundial; 2) mais influência político-jurídica nos Estados soberanos do direito internacional; 3) aumento da relevância de problemas ambientais, migratórios, econômicos, políticos, culturais, dentre outros, que ganharam amplitude internacional; 4) intensificação da interação cultural, política, social, religiosa e econômica entre cidadãos de diferentes estados nacionais; 5) expansão da interdependência dos Estados e de seus programas políticos em relação ao mercado econômico global e suas instâncias de regulação (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 83 e 85).

Tais motivos, dentre outros, forçam a mudança na relação entre direito interno e direito externo, levando a pensar em um constitucionalismo no contexto de globalização e com envolvimento com o direito internacional. Existem problemas internos dos Estados que ultrapassam suas fronteiras atingindo outros. Isso se reflete na ordem soberana do Estado constitucional. Por conseguinte, não se pode considerar como absoluta a ideia de a soberania manter suas características sem sofrer alterações, mesmo que essas sejam pontuais. Entre tais características, citam-se: unidade (não se admite, dentro de um Estado, a coexistência de duas soberanias); indivisibilidade (ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado); inalienabilidade (aquele que a detém não pode dispensá-la); imprescritibilidade (jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo de duração) (DALLARI, 2007, p. 81; BONAVIDES, 2007 p. 126).

O Estado tem a soberania em duas dimensões: interna e externa. A interna corresponde à última palavra no território, à superioridade frente aos demais componentes do Estado (Art. 1º, I, da CF). A externa corresponde

à independência (Art. 4º, I, da CF) com relação aos demais Estados, à igualdade frente aos demais Estados, o que significa afirmar que não há hierarquia nas relações internacionais, que tal relação se desenvolve entre iguais, sem qualquer submissão a um poder superior (MAZZUOLI, 2015, p. 490). Nesse sentido, o governo é autônomo e independente ao corresponder ao conceito de: “um poder governante ser capaz de organizar e manter a ordem interna e de participar das relações internacionais com total independência” (MAZZUOLI, 2015, p. 489), como condição para a existência do Estado.

Segundo Jorge Miranda⁶, o entendimento do princípio da soberania não pode ser, de jeito algum, comparado àquele de duzentos ou mesmo de cem anos atrás. O princípio da soberania está a par de outros princípios. O essencial é garantir a igualdade dos Estados, um em relação aos outros. Soberania hoje significa essencialmente que os Estados são iguais e não que os Estados excluem qualquer poder proveniente da ordem jurídica internacional.

As abordagens do conceito de soberania pela doutrina de direito do estado clássica e pela doutrina de direito internacional moderno e contemporâneo são consideravelmente diversas, principalmente em seu viés externo. Na doutrina de direito do estado e de direito constitucional já se vem reconhecendo a releitura de conceitos tradicionais, inclusive o de soberania.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe a adequação à representatividade da soberania. Ao tratar do tema, ele explica que, no plano das relações exteriores, soberania corresponde à não sujeição a qualquer outro poder, apresentando, como exemplo, a não sujeição ao poder religioso, ao poder papal, atrelando, pois, tal instituto à ideia de

⁶ Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

independência (FERREIRA FILHO, 2011, p. 26). No plano interno, de acordo com Ferreira Filho, a soberania importaria na “supremacia sobre todo e qualquer outro poder, ilustrando, com o caso dos senhores feudais.” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 26)

A manifestação do doutrinador de direito constitucional remete a aspectos históricos, a questões que foram objeto de preocupação do Estado no passado e mostra estar “a pretensa soberania em contradição com a realidade” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 26). Explana Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 26) que

[...] é preciso ter presente que, se o poder estatal se impôs como soberano no final da Idade Média, isto decorreu, de um lado, por ser ele incontestável por parte dos poderes que se lhe antepunham no plano interno. De outro, por contar com força suficiente para salvaguardar a sua autonomia em face de poderes externos.

Alega o autor que o “quadro nacional era, na época, o espaço em que deviam ser tomadas as grandes decisões políticas” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 26). No entanto, tendo em vista a globalização, o território de um Estado é insuficiente para realizar as demandas da sociedade, (FERREIRA FILHO, 2011, p. 26) o que leva ao agrupamento de Estados para resolver questões como segurança e bem-estar de seu povo. Eis aí a importância do direito internacional.

Considera-se que o direito internacional seja fruto de inúmeros fatores sociais, políticos, econômicos e religiosos que transformaram a ordem política da Europa, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Como exemplo, referem-se as relações entre os senhores feudais, com o objetivo de resguardar a segurança externa, e, posteriormente, as relações econômicas e políticas entre as cidades-estados italianas como um esboço do direito internacional que se pratica atualmente.

2.3. A releitura do conceito tradicional de soberania e de jurisdição doméstica exclusiva

A criação das Nações Unidas, a adoção da Carta da ONU, os tratados de direitos humanos que se seguiram alteraram profundamente a configuração do direito internacional. Delineou-se um cenário de obrigações internacionais em matéria de direitos humanos – que buscam vincular a atuação estatal na esfera interna e internacional⁷ –, incompatível com o conceito tradicional de soberania ilimitada. Esse conceito vem sendo mitigado para ceder lugar aos valores humanísticos da nova ordem internacional.

Como assinala Louis Henkin (1989, p. 215):

O movimento dos direitos humanos representou uma mudança radical nos axiomas do sistema interestatal e assinalou uma mudança no direito internacional. Ele reflete o comprometimento com valores humanos, e não estatais, ainda que ambos estejam em conflito. Ele penetrou no monólito do Estado e destruiu a tradição de caráter quase axiomático de que o que ocorria dentro de um país e como um governo tratava seus nacionais dentro de seu território não era assunto de outros Estados, do sistema interestatal, ou do direito internacional.

Os eventos da Segunda Guerra Mundial evidenciaram que a paz e a estabilidade mundiais dependem, em larga medida, do respeito aos direitos humanos nas fronteiras dos Estados. Sem garantias mínimas de dignidade em todos os cantos do planeta, a ordem mundial encontra-se ameaçada. O respeito aos direitos humanos emerge, nesse cenário, como condição para a paz e a estabilidade mundiais, como proclama a Carta das Nações Unidas⁸.

Com efeito, no período após a Segunda Guerra Mundial, delinearam-se esforços para a concepção de uma ordem mundial capaz de garantir os

⁷ Como elucidada Christian Tomuschat, “Os Estados, em sua maioria, vestiram uma camisa de força que limita consideravelmente sua liberdade de ação, não só externamente, mas também internamente. Em lugar de ser um conjunto de normas que limita e orienta os Estados em sua política externa, o direito internacional se converteu em um corpo jurídico de facetas múltiplas que impregna todos os âmbitos da vida, onde os governos atuam para promover a causa da utilidade pública” (TOMUSCHAT, 1999, p. 70).

⁸ Nesse sentido, vão o preâmbulo e art. 1º, que trata dos propósitos das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

direitos humanos. Como consectário, as violações desses direitos não podem ser entendidas como questão interna do Estado, mas como tema de legítima preocupação da comunidade internacional.

A necessidade de uma ação estatal mais eficaz para assegurar os direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização de sua garantia, culminando na elaboração de normas internacionais sistematizadas, que permitem a responsabilização internacional do Estado, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de asseverar tais direitos.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, que pressupõe a delimitação da soberania estatal, é uma resposta da consciência jurídica universal às atrocidades cometidas durante o holocausto (TRINDADE, 2005, p. 67). Como explicam Richard Pierre e Burns Weston (2006, p. 6-7):

No entanto, não foi até depois da Segunda Guerra Mundial –com a ascensão e queda da Alemanha nazista– que a doutrina da soberania estatal mudou dramaticamente. A doutrina em defesa da soberania ilimitada foi atacada, durante o século XX, sobretudo em função dos horrores e atrocidades cometidos pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra Mundial, o que levou muitos estudiosos a afirmarem que a soberania do Estado não é um princípio absoluto, senão que deve estar sujeita a certas limitações em matéria de direitos humanos. Os direitos humanos se convertem em legítima preocupação internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos pela Assembleia-Geral da ONU em 1948 e, como corolário, ocupam um lugar central na agenda das instituições internacionais. No período pós-guerra, as pessoas se convertem em foco de atenção internacional. A estrutura do direito internacional contemporâneo começou a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no final do século XX, *‘that king can do no wrong’*.

A ordem internacional erigida no pós-guerra exigiu que o conceito de soberania fosse repensado, de modo a abarcar as obrigações livremente assumidas diante da comunidade internacional, em benefício da resolução de problemas que afetam a humanidade, como paz, segurança e a realização dos direitos humanos. Destaca Dworkin (2013, p. 17) que a verdadeira base

moral do direito internacional hodierno é o fato de que os Estados aceitam limitações em seu próprio poder.

É certo que ainda há concessões à soberania dos Estados, mas muitas instituições desafiaram esse modelo e moldaram uma ordem legal de base humanitária, na qual não faz sentido apegar-se aos dogmas da soberania irrestrita e da jurisdição estatal exclusiva. É também emblemático que já em sua primeira sessão, em 1949, a Comissão de Direito Internacional tenha adotado o Projeto de Declaração de Direitos e Deveres dos Estados, cujo artigo 14 enuncia: “Todo Estado tem o dever de conduzir suas relações com outros Estados em conformidade com o direito internacional e com o princípio de que a soberania do Estado está subordinada à supremacia do direito internacional”⁹.

Gustav Radbruch (2004, p. 290) chama atenção para a necessidade de considerar a soberania sob o ponto de vista do Direito Internacional:

A soberania, contudo, não é senão a característica do sujeito de direito internacional: um Estado não é sujeito de direito internacional por ser soberano, mas é soberano por ser sujeito de direito internacional. De fato, não se deve desenvolver o conceito de soberania a partir de uma especulação jusnaturalista, como conceito independente do direito internacional, mas justamente a partir do próprio direito internacional. Quando obtido por esse método, não significa que um Estado não tenha sobre si nenhum outro poder jurídico, nem mesmo o próprio direito internacional – como se deve necessariamente concluir-, mas, precisamente, que está diretamente ligado ao direito internacional, que ‘em razão do direito não está obrigado a obedecer a outras normas jurídicas senão as do direito internacional.

Com o crescimento da normativa internacional em matéria de direitos humanos, competências e regulamentações, que antes eram confinadas ao domínio estatal, tornaram-se objeto de regulamentação e escrutínio por órgãos internacionais. Nesse contexto, conceitos como soberania e jurisdição nacional exclusiva reconfiguraram-se diante das necessidades prementes de proteção do ser humano.

⁹ O texto, na íntegra, está disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf (acessado em 05 set. 2018).

3. Abertura Constitucional ao Direito Internacional

Nesse cenário de crescente regulação internacional, observa-se que as Constituições ocidentais do pós-guerra promoveram uma abertura ao direito internacional.¹⁰ Essa abertura operou-se por meio de princípios referentes às relações internacionais e pela previsão de cláusulas que regulam a recepção dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos. É comum a atribuição de hierarquia constitucional a tais documentos jurídicos. Como exposto na sequência, a Constituição brasileira alinha-se à nova tendência dos textos constitucionais. Trata-se de uma constituição cosmopolita, com um olhar também voltado ao plano internacional e às relações jurídicas que ali se desenvolvem.

3.1 Características da Constituição brasileira de 1988

Ressaltam-se as características da Constituição brasileira de 1988, a fim de estabelecer os parâmetros de como se processou a abertura constitucional às influências do direito internacional. Sem isso, não se tem como pensar de que modo, atualmente, pode ocorrer a troca de influências entre o direito interno e o externo.

A Constituição Federal de 1988 apresenta, em termos gerais, características de uma constituição classificada como dirigente¹¹. Isso faz com que ela preveja formas específicas de comunicação¹² com o direito

¹⁰ Exemplificativamente cita-se as Constituições da Alemanha (artigo 25), da França (artigo 55), de Honduras (artigo 18), da Costa Rica (artigo 7º), do Paraguai (artigo 137) (MAZZUOLLI, 2015, p. 113-116).

¹¹ A característica do Art. 4º da Constituição brasileira é de dirigente, justamente por preestabelecer programas e finalidades normativas ao plano político. A característica de dirigente deve-se ao fato de a pretensão ser um meio calculável e racional da política internacional, a qual, por conseguinte, acaba por influenciar as dimensões da eficácia e da efetividade (CANOTILHO, 1994, p. 12 e 48).

¹² Entenda-se, aqui, que a abertura refere-se à ideia comunicacional. Trata-se do reconhecimento constitucional da relação entre o Estado brasileiro e o plano internacional. Nesse âmbito, existem diversos dispositivos normativos que disciplinam como o Estado

internacional, pois uma constituição dirigente busca regulamentar exaustivamente aspectos formais e materiais dessa comunicação. Por conseguinte, a Constituição de 1988 adotou a forma dualista, ou seja, o ordenamento interno apresenta-se como distinto do ordenamento internacional. Diferentemente, na forma monista, os ordenamentos interno e internacional seriam tratados como único ordenamento (GUASTINI, 2010, p. 463; MASSAU, 2018, p. 22).

Qualquer diálogo entre constitucionalistas e internacionalistas precisa assumir a perspectiva da forma dualista. Não é possível transplantar, acriticamente, o direito internacional ao ordenamento jurídico interno sem observar as diretrizes formais e materiais da própria Constituição, pois o Brasil, no processo constituinte de 1988, escolheu uma forma como predominante, ou seja, a dualista. Isso não significa, contudo, que a Constituição tenha deixado de prever meios de acolhimento de ordem normativa internacional. Ela possui aberturas a temáticas e a procedimentos que o Estado brasileiro deve observar quando estiver em relação internacional.

3.2. Dispositivos constitucionais vinculados ao direito internacional

O primeiro trecho da Constituição a destacar, embora não tenha força jurídica, mas política¹³, é o preâmbulo, por demonstrar indubitavelmente a preocupação com o direito internacional ao trazer a seguinte redação: “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

brasileiro deve se postar diante dos estímulos da esfera internacional. A ideia de comunicação, aqui, está vinculada à de abertura, no sentido de possibilitar uma combinação incontável de relações e resultados entre elas (MASSAU, 2018, p. 21-22).

¹³ Cf. ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, *DJ* de 8-8-2003.

Ressalta-se, posteriormente, o Art. 4º da Constituição da República de 1988, constante no primeiro título da Constituição – “Dos Princípios Fundamentais”. Ele contém onze princípios baseados materialmente no direito internacional. Para compreendê-los é necessário buscar seus significados no direito internacional. Como corolário, tem-se um texto normativo constitucional com princípios de ordem normativa internacional. Trata-se de um ineditismo no constitucionalismo pátrio. Cita-se a Resolução 2.625 (XXV) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 24.10.1970 que contém princípios constantes na Constituição brasileira, tais como não intervenção, solução pacífica de conflitos, defesa da paz, igualdade entre os Estados, independência nacional, autodeterminação dos povos e cooperação entre os povos (UZIEL; MORAES; RICHE, 2017, p. 100).

A Constituição de 1988 adotou valores guias constantes do direito internacional, como se evidencia pela análise dos incisos de seu Artigo 4º. O inciso I (independência nacional) encontra correspondência no Artigo 2º, 4 da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU). O inciso II (prevalência dos direitos humanos) está relacionado ao Preâmbulo e aos Artigos 1º / 3º / 13, 1, b, dentre outros dispositivos da Carta da ONU. O princípio do inciso III (autodeterminação dos povos) liga-se ao Art. 1º, 2 da Carta da ONU. O inciso IV (não intervenção) conecta-se com o Artigo 1º, 2, *in fine* e com o Artigo 2º, 7, da Carta da ONU. O inciso V (igualdade entre os Estados) está inserto no Artigo 2º, 1 da Carta da ONU. O inciso VI (defesa da paz) é um dos princípios da ONU exposto, juntamente com a segurança, no Artigo 1º, 1, de sua Carta. O inciso VII (solução pacífica dos conflitos) consta do Artigo 2º, 3 da Carta da ONU.

No que tange o inciso VIII (repúdio ao terrorismo e ao racismo), tem-se a Convenção Interamericana contra o Terrorismo e o Artigo 2º, 1 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. O inciso IX (cooperação entre os povos para o progresso da humanidade) está vinculado ao

Preâmbulo e ao Artigo 1º, 3 da Carta da ONU. O inciso X (concessão de asilo político) relaciona-se ao Artigo 14, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O parágrafo único do Art. 4º da Constituição brasileira encerra um objetivo constitucional (DALLARI, 1994, p. 183): o Estado brasileiro deve se esforçar para alcançar o objetivo da integração latino-americana (MELLO, 1994, p. 115).

Completando o Artigo 4º, o texto constitucional em vigor prevê expressamente, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito internacional, conforme os §§ 3º e 4º do Artigo 5º, pertencente ao segundo título do texto constitucional, denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

No § 3º do Artigo 5º, a Constituição estabelece para a recepção dos tratados de direitos humanos o procedimento equivalente ao previsto no artigo 60, para a alteração do texto constitucional, no âmbito interno, formalizando o reconhecimento aos tratados de direitos humanos, que forem recepcionados com tal procedimento, do *status* de norma constitucional, tendo, portanto, o direito internacional recepcionado o poder de alterar o direito interno e, mais, o próprio texto constitucional. O mesmo § 3º pôs fim a uma longa discussão sobre a natureza das normas de direitos humanos recepcionadas pelo direito brasileiro. Desde sua inserção no Artigo 5º, foi recepcionada a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Registra-se a existência de corrente doutrinária em sentido diverso à evolução provocada pela previsão do § 3º do Artigo 5º, sinalizando que, na realidade, tal inovação corresponde a um retrocesso à recepção dos tratados de direitos humanos. De fato, antes da entrada em vigor do referido parágrafo, com base no § 2º do Artigo 5º, o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição não era exaustivo. Parte da doutrina defendia a hierarquia de norma constitucional dos tratados de direitos humanos tão somente pela recepção do tratado pelo direito brasileiro (MAZZUOLLI, 2015, p. 915). A partir da entrada em vigor da referida redação, se exige um

procedimento mais complexo de recepção dos tratados de direitos humanos para que mereçam hierarquia de norma constitucional.

Outro parágrafo inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 é o § 4º do Artigo 5º, o qual prevê a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, instalado em Haia, em 2003, quando entrou em vigor a Convenção de Roma de 17 de julho de 1998. Pela observação da ordem cronológica dos acontecimentos, percebe-se que, tão logo o Tribunal Penal Internacional foi instaurado, o Brasil constitucionalizou sua submissão.

Esses dois parágrafos resultantes de Emenda Constitucional, portanto não contidos na redação original, demonstram a abertura da Constituição em vigor ao direito internacional. Quanto ao § 3º, é possível interpretar que a incorporação de um direito humano pelo Brasil torna esse direito como fundamental brasileiro. O § 4º pode ser entendido como uma garantia fundamental, na medida em que limita o poder do Estado e demonstra uma nova compreensão com relação à soberania.

Por fim, se refere o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias demonstra que o Brasil contribuirá para a formação de um tribunal internacional de direitos humanos, o que ainda não se concretizou em âmbito global.

4. Assimilação das decisões das cortes internacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

A proliferação de órgãos judicantes internacionais tem sido o feito mais marcante do Direito Internacional, após o fim da Guerra Fria. Desde 1989, doze tribunais foram criados ou reformulados profundamente, em contraste com os sete que existiam até então.

A mudança não foi apenas numérica, porquanto esses tribunais também tiveram alteradas sua natureza e suas competências. O surgimento de tribunais regionais introduziu um elemento de diversidade, pois eles

emitem interpretações consonantes com as idiossincrasias dos continentes de sua atuação.

Para Christian Tomuschat (1999, p. 709-751), que estudou profundamente a adjudicação internacional, há cinco critérios básicos para definir uma corte internacional: (i) ser permanente, no sentido de que sua existência não está vinculada a um caso específico; (ii) ter sido estabelecida por um instrumento legal internacional; (iii) aplicar o Direito Internacional ao decidir; (iv) preexistirem as regras de procedimento ao caso em exame, não podendo ser modificadas por acordo das partes; (v) deve ser vinculante o resultado do processo.

Os critérios identificados por Tomuschat (1999) reduzem os órgãos existentes a um *corpus* bastante homogêneo. Diversos órgãos passaram no ‘teste de judicialidade’ de Tomuschat, como a Corte Internacional de Justiça¹⁴, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar¹⁵, a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁶.

O presente estudo foca na Corte Interamericana de Direitos Humanos por apresentar relevantes desdobramentos jurídicos para o direito interno brasileiro. Esta é parte do sistema interamericano de direitos humanos, que foi elaborado sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA), entidade criada pela IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, em 1948.

A Carta da OEA define, em seus artigos 106 e 145, o marco geral da proteção dos direitos humanos no continente. Ela erige os direitos humanos entre os objetivos da Organização; determina a implantação de um regime protetivo, por intermédio da Convenção Americana de Direitos Humanos; estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a função

¹⁴ Criada pela Carta da ONU, arts. 7.1, 36.3, 92-96.

¹⁵ Criado pela Convenção do Direito do Mar, de 10.12.1982.

¹⁶ Estabelecida pela Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 04.11.1950.

de zelar pelos direitos humanos nos Estados-partes da Convenção Americana¹⁷.

O instrumento jurídico central do sistema interamericano de direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José. Firmada em São José, Costa Rica, em 1969, entrou em vigor em 1978, somente os Estados-membros da OEA podem a ela aderir¹⁸. A Convenção Americana abriga uma pletera de direitos, que abrange o direito básico à personalidade jurídica, passando por proteção à vida, integridade física, privacidade, consciência, liberdade, nome, nacionalidade, garantias judiciais¹⁹.

Existem, no continente americano, dois órgãos de monitoramento dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁰ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como assinala Claudio Grossman (2000, p. 17):

Além de entregar justiça no caso concreto, o sistema de casos é um meio de evitar a regressão, expandir a democracia e articular as normas regionais de direitos humanos. O sistema de casos também serve como um mecanismo de alerta precoce, baseado na premissa de que uma única violação de direitos humanos pode ser o primeiro indício de um processo que, se continuado, poderia levar a uma regressão ao autoritarismo.

¹⁷ Posteriormente, a Convenção incorporou a Comissão Interamericana como órgão. Ela ainda detém, entretanto, competência para zelar pelos direitos humanos e fazer observações sobre os Estados que não sejam partes da Convenção. A base jurídica do trabalho da Convenção, nesses casos, são a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

¹⁸ Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

¹⁹ A Convenção não prevê quaisquer direitos econômicos, sociais e culturais, porém determina que os Estados os realizem progressivamente, mediante a adoção de medidas legislativas ou outras que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26 da Convenção. Posteriormente, a Assembleia-Geral da OEA adotou um Protocolo Adicional à Convenção, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em 1999.

²⁰ A Comissão tem amplos poderes, que incluem visitas *in loco*, adjudicação de casos individuais, propositura de casos perante a Corte, redação de informes por países, designação de relatorias temáticas etc.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do sistema, é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção.

Essa Corte detém competência consultiva e contenciosa. No âmbito de sua competência consultiva, qualquer Estado-membro da OEA – seja parte ou não na Convenção – pode solicitar seu parecer sobre a interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção de direitos humanos nas Américas. A Corte tem também possibilidade de emitir opiniões sobre a compatibilidade da legislação doméstica com os instrumentos internacionais.

No plano contencioso, a competência da Corte restringe-se aos Estados-partes da Convenção que tenham reconhecido sua jurisdição expressamente. Nos termos do art. 61.1 da Convenção Interamericana, somente a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte.²¹

As sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis²²²³. Além de declarar a responsabilidade do Estado pela violação de um ou mais direitos da Convenção Americana, a Corte pode ordenar a reparação e o pagamento de uma justa indenização à vítima. Os critérios da indenização buscam a

²¹ Originalmente, os indivíduos não tinham *jus standi* perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa limitação foi, entretanto, superada paulatinamente. No caso El Amparo, em 1990, durante a audiência pública realizada em 1996, um dos juízes da Corte afirmou que, pelo menos naquela etapa do processo, não havia dúvidas de que os reais demandantes eram os representantes da vítima e não a Comissão. Desde então, dirigiu as perguntas diretamente a eles. Em 1997, com o Terceiro Regulamento da Corte, ficou estabelecido que as vítimas e seus representantes poderiam apresentar provas e argumentos de forma autônoma. No ano de 2000, com a edição do quarto Regulamento da Corte, ficou estabelecido que os indivíduos poderiam argumentar perante a Corte em todas as etapas do procedimento contencioso. Sem embargo, os indivíduos ainda não podem iniciar uma ação internacional, *motu proprio*, no sistema interamericano.

²² Art. 67 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”.

²³ A sentença pode ser executada no respectivo país de acordo com o procedimento interno para a execução de sentença desfavorável ao Estado (artigo 68.2 da Convenção).

restitutio in integrum, ou seja, a reconstituição da situação preexistente ao dano, quando possível²⁴.

O conceito de reparação delineado pela Corte é amplo, suas decisões estabelecem medidas indenizatórias, medidas simbólicas e medidas de não repetição da violação constatada. Dentre essas últimas, destaca-se a obrigação de investigar, processar e punir os responsáveis pelos atos que caracterizaram a violação de direitos humanos.

Durante a análise de casos concretos no sistema interamericano, podem ser determinadas medidas antecipatórias, com vistas a evitar danos irreparáveis às vítimas e o perecimento do direito. É viável a Comissão ditar, nos casos por ela analisados, medidas cautelares, de ofício ou a requerimento da parte. A Comissão também pode solicitar que a Corte as determine, ainda que o caso não tenha sido submetido ao Tribunal. É possível solicitar essas medidas até mesmo contra Estados que não sejam partes da Convenção Americana ou não tenham aceitado a jurisdição da Corte.

Em casos de extrema gravidade e urgência, há possibilidade de a Corte Interamericana ordenar medidas provisionais. Tais medidas são determinadas de ofício, ou a requerimento da parte – inclusive em casos ainda não submetidos –, ou a pedido da Comissão. As medidas provisionais só cabem ser determinadas em relação à Estados que tenham expressamente aceitado a jurisdição da Corte. Todas as medidas determinadas pela Corte são incluídas no relatório anual submetido à Assembleia Geral da OEA, que aborda também a situação de sua execução e as recomendações pertinentes.

²⁴ Nos termos do julgado: “A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional consiste na plena restituição (*restitutio in integrum*), o que inclui o restabelecimento da situação anterior e a reparação das consequências que a infração produziu, além do pagamento de uma indenização compensatória dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, incluindo o dano moral”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995, Serie C No. 19.

Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, caberá recurso ou pedido de interpretação, semelhante aos embargos de declaração do direito brasileiro. Podem manejar o pedido a parte (vítima ou Estado) ou a Comissão. O prazo é de noventa dias a contar da data da notificação da sentença.

Pela abordagem da Corte Interamericana, identifica-se a concordância prévia de o Estado brasileiro submeter-se a tal Tribunal, o que, dependendo do ponto de análise, é viável ser considerado exercício da soberania ou redução desta. No que se refere especificamente ao Estado brasileiro, há previsão expressa no ordenamento jurídico, com destaque às normas constitucionais, que demonstram a intenção de observar as regras e as decisões provenientes do direito internacional. Contudo, também se verifica, pela prática, a dificuldade de compatibilizar esses dois âmbitos de decisão da ciência jurídica.

Com relação a essa contraposição, direito internacional, direito interno e soberania, salientam-se dois aspectos diretamente relacionados aos tribunais internacionais, no presente caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, são eles: a) a falta de mecanismo coercitivo para fazer o Estado cumprir a decisão, como se percebe nas diversas decisões proferidas contra o Estado brasileiro que foram descumpridas ou cumpridas parcialmente; b) a possibilidade de o Estado deixar de se submeter aos tribunais internacionais a qualquer tempo, como se verifica na redação do artigo 78 da Convenção Americana de Direitos Humanos, documento regulamentador do respectivo tribunal. Esses dois aspectos confirmam, apesar da mitigação, a efetiva permanência da soberania dos Estados.

De acordo com o art. 65 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado

cumprimento a suas sentenças. Ademais, nos termos do art. 68 da Convenção, os Estados-partes comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem componentes.

A Corte realiza a supervisão do cumprimento de suas sentenças como elemento do efetivo e integral acesso à justiça. Primeiro, ela solicita informação ao Estado sobre as atividades desenvolvidas para os efeitos de dito cumprimento em prazo determinado pela própria Corte. No segundo momento, a Corte recolhe as observações da Comissão e das vítimas ou seus representantes. Tendo essas informações, ela pode apreciar se houve cumprimento da decisão, orientar as ações do Estado para esse fim e informar à Assembleia Geral sobre o cumprimento dos casos que tramitam perante ela. Quando considerar pertinente, a Corte convocará o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões. Nessa audiência, será ouvida também a Comissão Interamericana.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos contribuiu para a evolução das instituições jurídicas do continente em vários temas, especialmente democracia, justiça transicional e desaparecimentos forçados. Essa evolução operou-se tanto no domínio interno dos Estados quanto no próprio sistema interamericano.

Um dos casos mais emblemáticos julgados pela Corte foi o caso *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, de 1988. Tratou-se de desaparecimentos forçados, levados a cabo por agentes da ditadura militar hondurenha, nos anos 80 do século passado. A Corte fixou a regra do ônus da prova em desfavor do Estado no caso de desaparecimentos; fixou indenizações por danos morais e materiais aos familiares das vítimas; determinou investigações e punições criminais aos responsáveis.

Em relação ao Brasil, destacam-se alguns casos emblemáticos dos desafios enfrentados pelo país na garantia dos direitos humanos.

O caso *Damião Ximenes Lopes*, de 2004, expõe as graves violações de direitos humanos impostas às pessoas com doença mental. O Sr. Damião Ximenes Lopes, pessoa com doença mental, foi torturado e assassinado, em 1999, na Casa de Repouso de Guararape, no Ceará. Devido à morosidade dos processos cível e criminal, a família peticionou à Comissão, alegando violação dos direitos à vida e da integridade psíquica dos familiares, devido à impunidade e não resolução do homicídio, assim como da razoável duração do processo.

A Corte reconheceu a violação do direito à vida e à integridade pessoal, bem como das garantias judiciais e, por conseguinte, foram ordenadas diversas obrigações de reparação. A sentença outorgou indenizações a título de danos morais e materiais e exigiu punições criminais aos autores do homicídio. Foram também fixados deveres relacionados à política antimanicomial.

O caso *Gomes Lund e outros* tratou do desaparecimento forçado de 60 pessoas que resistiram à ditadura militar brasileira, na região do Araguaia (Tocantins), durante a década de 70. O paradeiro das vítimas ou de seus restos mortais nunca foi revelado pelo Exército. A Corte estabeleceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica; à vida; à integridade física e à liberdade pessoal; às garantias judiciais (pela falta de investigação dos fatos e processamento dos culpados); à liberdade de expressão e de buscar e receber informação; à verdade.

Em consequência, ela impôs uma ampla série de medidas para a reparação dos danos causados, incluindo a obrigação de envidar esforços para determinar o paradeiro das pessoas desaparecidas e investigar, processar e punir, em foro criminal comum (não na Justiça Militar), os responsáveis pelas violações de direitos humanos na ditadura militar. A

Corte declarou a anistia aos agentes da ditadura militar incompatível com a Convenção, considerando inconveniente a Lei de Anistia.

O caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* envolve fatos ocorridos no interior da propriedade que dá nome ao caso, no estado do Pará. Desde 1988, foram apresentadas à Polícia Federal e ao Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana (CNDPH) diversas denúncias de trabalho escravo e de desaparecimentos de jovens na referida fazenda.

A fiscalização do Ministério Público do Trabalho confirmou a existência de condições laborais degradantes e o Ministério Público Federal denunciou os gerentes da fazenda pelos delitos de escravidão, atentado contra a liberdade do trabalho e tráfico de trabalhadores. O proprietário do imóvel rural também foi denunciado por atentar contra os direitos laborais.

Em relação ao proprietário da Fazenda Brasil Verde, a Justiça Federal autorizou, em 1999, a suspensão condicional do processo por dois anos, em troca da entrega de seis cestas básicas a uma entidade beneficente. Em relação aos gerentes do estabelecimento, a Justiça Federal declarou-se incompetente e enviou os autos à Justiça Estadual, a qual também se declarou incompetente. Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça determinou que a Justiça Federal era competente para julgar o caso. Em 2008, foi extinta a ação penal.

A Corte, ao julgar o caso, fez importantes considerações sobre a natureza imperativa da proibição da escravidão (*jus cogens*), que acarreta obrigações *erga omnes* para os Estados. Há uma proibição absoluta e universal consolidada no Direito Internacional.

A Corte considerou que houve violação ao artigo 6º .1 da Convenção, em conjunto com os artigos 1º.1, 3º, 5º, 7º, 11 e 22 do mesmo instrumento, em detrimento dos 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde, entre os quais, havia um adolescente. A Corte consignou que a submissão ao trabalho infantil, somada à ausência de medidas para promover o acesso à

educação e a inserção social da criança, configurou violação ao artigo 6º.1 da Convenção, em conjunto com o artigo 19.

A Corte indicou que, de todos os procedimentos criminais instaurados, nenhum resultou na responsabilização dos violadores, tampouco na reparação do dano às vítimas. Nesse aspecto, a prescrição dos crimes foi um obstáculo para a investigação dos fatos, a sanção dos responsáveis e a reparação das vítimas, em que pese o caráter de delito de direito internacional dos fatos objeto da denúncia. A Corte concluiu que houve violação ao direito à proteção judicial (art. 25 da Convenção), em conjunto com os artigos 1º.1 e 2º do mesmo instrumento. Em relação ao menor, declarou a violação aos artigos 19 e 25 da Convenção Interamericana.

A título de reparação, a Corte assim determinou ao Estado brasileiro: (i) publicar a sentença e seu resumo; (ii) reiniciar as investigações e os processos penais em um prazo razoável, identificar e punir os responsáveis; (iii) adotar as medidas internas cabíveis para que o crime de escravidão seja imprescritível; (iv) pagar indenizações às vítimas.

Nota-se que o legado de anos de regime militar ainda prevalece nos sistemas jurídicos da região, havendo uma cultura de violência e impunidade que, combinada à fragilidade institucional, leva ao *deficit* na aplicação das normas de direitos humanos. Nesse sentido, a criação de um sistema de direitos humanos dentro de uma organização regional produz impacto positivo na consolidação do regime democrático.

O funcionamento de órgãos de proteção e suas respectivas decisões e resoluções podem ocasionar mudança positiva na prática estatal, obrigando os Estados a revisarem práticas ultrapassadas e prejudiciais aos direitos humanos. No caso brasileiro, a morosidade da justiça, a impunidade, o devido processo legal penal e o direito das vítimas à justiça são temas recorrentes. As decisões da Corte adquirem importante peso, pois expõem a interpretação internacionalista, vocacionada a expandir os direitos

consagrados no plano internacional. De acordo com o princípio da boa-fé, que rege a adesão dos Estados aos compromissos internacionais, os órgãos internos devem seguir, nos âmbitos administrativo, legislativo e judicial, as decisões dos tribunais sobre as normas de direitos humanos às quais o Brasil está vinculado.

Em suma, a linguagem jurídica desses órgãos, em complementação com a dos poderes locais, pode ajudar na consolidação da democracia na região.

5. Conclusão

Por fim, chegar-se à conclusão de que o ordenamento jurídico é um só e que as relações que em um passado não muito distante ocorriam na órbita de um Estado, atualmente ultrapassam diversas fronteiras, tornando-se multilaterais, regionais e até mesmo globais. Nesse contexto, se impõe o constante desafio de flexibilizar o apego excessivo ao ordenamento nacional para harmonizá-lo/compatibilizá-lo com os compromissos assumidos na órbita internacional, ou seja, com o próprio Direito Internacional que está em franca expansão nas relações jurídico-sociais.

Identifica-se que especificamente a Constituição de 1988 confere importância ao direito internacional, prevê princípios a serem observados pelo Estado brasileiro nas relações internacionais e, também, estabelece objetivos para a compatibilização dos direitos interno e externo, já que, indubitavelmente, os vê como duas ordens jurídicas distintas e complementares.

Sendo assim, o direito internacional e os tribunais internacionais, atualmente, desempenham um importante papel no desenvolvimento do direito. Tal crescimento pode ser atribuído à expansão do direito internacional, que hoje regula assuntos que antes eram de domínio exclusivo do Estado (v.g., direitos humanos e justiça criminal) ou, simplesmente,

vacua legis (e.g., recursos naturais oceânicos e patrimônio comum da humanidade). Como consectário do crescimento legislativo do direito internacional, tem-se a atribuição de faculdade de agir a órgãos internacionais e a transferência de poder para interpretar os novos *standards* criados.

No caso específico, o sistema interamericano constitui o *locus* de uma nova instância de argumentação jurídica, que pode conduzir os Estados a revisar práticas prejudiciais, a reconsiderar o desenho de suas instituições e o exercício do poder e a reformar as políticas públicas, com a finalidade de subministrar recursos judiciais eficazes e reparações adequadas para as vítimas de violações de direitos humanos.

Os antecedentes substantivos e procedimentais estabelecidos, tanto pela Comissão Interamericana, como pela Corte Interamericana, transcendem casos individuais *sub judice*, por terem efeito pedagógico e de difusão, forçando os governos a repensarem suas atitudes em relação a importantes questões de direitos humanos.

Trata-se de decisões que ultrapassam o caso específico e irradiam seus efeitos em todo o continente, adjudicando as mais emblemáticas violações de direitos humanos na região. A Corte vem se firmando como um *locus* de afirmação da democracia e dos valores humanos no continente. Suas decisões fomentaram discussões jurídicas que levaram a reformas positivas de leis, práticas e instituições nas Américas.

Os dois estratos do sistema interamericano criaram uma nova retórica jurídica a qual, em contraste com os resquícios de autoritarismo nas legislações do continente, promoveu novas interpretações a institutos já conhecidos, como devido processo legal, duração razoável da detenção, tortura. Ela também introduziu novos conceitos sobre dano ao projeto de vida, ilegalidade das leis de anistia, justiça transicional, direito à verdade, memória e justiça, entre outros.

Tais conceitos formam uma nova jurisprudência *pro persona*, alterando a perspectiva dos sistemas jurídicos da América Latina. É o reconhecimento de que as pessoas são o objetivo final de todos os sistemas legais e que esses são legítimos apenas na medida em que servem aos seres humanos para os quais foram criados. A jurisprudência dos órgãos de proteção do sistema interamericano contribui para o fortalecimento da democracia no continente e a introdução de uma nova ordem jurídica, inspirada na prevalência da dignidade humana.

Depois de lidar com um passado autoritário, a introdução da jurisprudência *pro persona* pelos órgãos do sistema interamericano representa, por meio de uma nova linguagem jurídica de natureza humanista e democrática, renovada esperança para as inúmeras vítimas de violações de direitos humanos e suas famílias. Deriva daí o valor transcendente desse sistema para as Américas e para as pessoas cuja última esperança reside no sistema internacional – que é acionado quando as instituições nacionais não ofereceram garantias suficientes para a manutenção de um nível mínimo de dignidade.

No entanto, apesar do reconhecimento do direito brasileiro ao direito internacional, da releitura ao conceito de soberania, da concordância de o Estado brasileiro se submeter a Tribunais internacionais, no caso específico à Corte Interamericana de Direitos Humanos, permanece a dificuldade de compatibilizar as diversas ordens jurídicas e, mais, de dar efetividade às mesmas. Eis um novo desafio dessa tricotomia – direito interno, direito internacional e soberania.

Referências

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns (eds.), **Human Rights in the World Community: Issues and Action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006.

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso El Amparo vs. Venezuela**. Fondo. Sentença de 18 de janeiro de 1995, Serie C No. 19.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, nº 318.
- DALLARI Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DWORKIN, Ronald. A new philosophy for International Law. In: **Philosophy and Public Affairs**, vol. 41, Issue 1, Winter 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Comentário ao Art. 5º, §4º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Almedina:Saraiva, 2013. p. 524-533.
- GROSSMAN, Claudio. Moving Toward Improved Human Rights Enforcement in the Americas. In: **Human Rights Magazine**, n. 16, 2000, p. 17.
- GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**. Fundamenti teorici. Milano: Giuffrè, 2010.
- HENKIN, Louis. International Law: politics, values and functions. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, n. 216, 1989.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constituição em tempos de globalização**. Trad. José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. México: Fondo de Cultura Economica, 1943.
- MASSAÚ, Guilherme. **Princípios constitucionais e relações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 41, n. 164 out/dez. 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. 3 ed. São Paulo: Forense, 1972.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da Organização das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nacoes-Unidas.pdf>. Acesso em 16/07/2018.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova teoria da separação dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TOMUSCHAT, Christian. International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, vol. 281, 1999.

TOMUSCHAT, Christian. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. In: **NYU Journal of International Law and Politics**, n. 709, p. 709-751. Disponível em: Heinonline. Acesso em: 24.07.2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. International Law for Humankind: towards a new jus gentium. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, n. 316, 2005.

UZIEL, Eduardo, MORAES, Henrique Choer e RICHE, Flavio Elias. Entre direito e política externa – elementos para a interpretação do Art. 4º da Constituição. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. a. 25, v. 99, jan.-fev. 2017, São Paulo: RT. p. 95-120.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da Organização das Nações Unidas**. <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf>. Acesso em 16/07/2018.

Artigo recebido em: 14/05/2020

Aceito para publicação em: 27/01/2022

Dos crimes de guerra e suas consequências ambientais à luz do sistema regional africano de direitos humanos

War Crimes and Its Environmental Consequences in the Light of The African Regional Human Rights System

Sidney Guerra¹

Divo Augusto Cavadas²

Rafael Moura de Figueiredo Silva³

Resumo: Intenta-se neste artigo científico apresentar a sistemática de proteção dos direitos humanos no âmbito do Tribunal Penal Internacional sob um recorte cronológico que contemple os órgãos jurisdicionais criados ao longo do século XX para julgar crimes internacionais (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão internacional), bem como relacionar este arcabouço fático-normativo aos danos ambientais causados no entorno dos territórios em que foram praticados crimes internacionais, destacando-se o recorte geográfico dos conflitos étnicos centroafricanos e o papel da União Africana como organização internacional relevante para uma hermenêutica plural, universal e cosmopolita dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: direitos humanos, crimes internacionais, África, meio ambiente.

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra. Visiting Researcher pela Stetson University Law School. Pós-Doutor em Cultura pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE/SP). Professor Titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO/RJ). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Doutorado e Mestrado) da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-FND/UFRJ). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Internacional (Doutorado e Mestrado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ).

² Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), com parte dos estudos pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Possui Especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Especialização em Filosofia e Direitos Humanos pela AVM Faculdade Integrada (IAVM/RJ). Especialização em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) em convênio com a Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul (ESMAFE-RS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), com parte dos estudos pela Universidad de La Habana (Cuba) e pela Universität Wien (Áustria). Professor efetivo de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Procurador efetivo do Município de Goiânia (GO). Advogado.

³ Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional (GPDI-FND/UFRJ).

Abstract: The intention of this scientific article is to present the systematic for the protection of human rights within the scope of the International Criminal Court under a chronological outline that includes the jurisdictional bodies created throughout the 20th century to judge international crimes (genocide, crimes against humanity, war crimes and international aggression), as well as to relate this factual-normative framework to the environmental damage caused in the surroundings of the territories in which international crimes were committed, highlighting the geographical profile of the Central African ethnic conflicts and the role of the African Union as a relevant international organization for a plural, universal and cosmopolitan hermeneutics of Human Rights Law.

Keywords: human rights, international crimes, Africa, environment.

1. Introdução

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é disciplina jurídica construída sobre os escombros da II Grande Guerra (1939-1945), e embora dotado da pretensão de imparcialidade típica do pensamento científico, circunscreve-se pelo movimento intelectual pós-positivista, também fruto da segunda metade do século XX.

Ademais, a intrínseca característica de historicidade presente no Direito Internacional dos Direitos Humanos permite estabelecer relações com o Direito Internacional Humanitário e com o Direito Internacional dos Refugiados como antecedentes históricos significativos nos séculos XIX e primeira metade do século XX, respectivamente.

As graves violações de direitos humanos constituem-se em tema sensível aos sujeitos de Direito Internacional Público, entabulando-se a imperiosa necessidade do estabelecimento de cortes internacionais específicas para a matéria. Exemplos relevantes, nesse aspecto, são a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Todavia, determinadas condutas caracterizam-se como ilícitos qualificados, que não representam apenas graves violações aos direitos humanos, mas também legítimos crimes internacionais. A competência para

seu julgamento transpassou o século XX em dois períodos: o dos tribunais *ad hoc* e o do estabelecimento de uma corte permanente internacional para julgamento destes crimes, intitulada Tribunal Penal Internacional, criada pelo Estatuto de Roma de 1998 (incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 4.388/2002).

Verifica-se também nas zonas de guerra, considerando sua dissociação com as normas firmadas nas Quatro Convenções de Genebra de 1949 (incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Federal n. 42.121/1957), profunda inobservância das normas de proteção ambiental com cariz internacional. Semelhante cenário revela outra face das guerras, pouco debatida no âmbito doutrinário internacionalista: a múltipla infringência das normas de proteção internacional dos direitos humanos, na medida em que se viola a dignidade humana no tocante à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos considerados como espécies de direitos humanos de primeira e de terceira dimensão segundo a teoria geracional ou dimensional do jurista italiano Norberto Bobbio (2004).

Ademais, considerando não apenas a natureza dimensional, mas também processual dos direitos humanos com esteio na perspectiva teórica de Flores (2009), o processo de implementação dos direitos humanos em sua óptica universal e cosmopolita resta vulnerado quando se interpreta a guerra não albergada pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados enquanto violadora de normas internacionais protetivas da dignidade humana não apenas no aspecto da vida e da incolumidade física e moral do indivíduo, mas também em seu contexto existencial a partir da clivagem do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O presente artigo científico abordará o tema das graves violações de direitos humanos no contexto dos crimes de guerra previstos no Estatuto de Roma de 1988 e de competência do Tribunal Penal Internacional, acrescentando ao estudo as consequências ambientais no entorno das zonas de conflito, a

fim de se propor uma hermenêutica plural, universal e cosmopolita do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dada a múltipla violação de bens jurídicos que a guerra proporciona.

Além do recorte lógico acerca dos crimes de guerra e suas consequências ambientais, o recorte cronológico da pesquisa que subsidiou o presente estudo diz respeito ao período que imediatamente antecedeu a criação do Tribunal Penal Internacional (com foco no Tribunal *Ad Hoc* de Ruanda), bem como as perspectivas a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma, ocorrida em 2002.

Enfim, o recorte geográfico da pesquisa realizada enfocou a realidade centro-africana, com especial destaque à participação da União Africana como organização internacional de relevo para o equilíbrio do poder e manutenção da paz na África, o que enseja breve incursão no estudo do Direito das Organizações Internacionais.

Logo, elabora-se este estudo sob uma abordagem multidisciplinar, interdisciplinar e com pretensão transdisciplinar, no espectro da teoria da complexidade do filósofo francês Edgar Morin (2015), com especial enfoque ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Penal, sem olvidar do Direito Internacional Ambiental e de um estudo sistemático do papel das organizações e tribunais internacionais na sociedade internacional, destacando-se o papel da União Africana e do Tribunal Penal Internacional na coibição dos crimes de guerra nos conflitos étnicos centro-africanos.

2. Introdução ao Sistema Regional Africano de Direitos Humanos

O sistema africano foi concebido pela sua Carta, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos

Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. A Organização da Unidade Africana teve seu nome modificado no ano de 2000 para União Africana (UA) e congrega todos os Estados africanos, com exceção de Marrocos, que se retirou no ano de 1985 da Organização por não reconhecer a soberania do Saara Ocidental.⁴ Apresenta como objetivos fundamentais a defesa da soberania dos Estados, bem como da integridade territorial e independência de seus membros, o desenvolvimento e a integração socioeconômica do continente africano e o respeito aos direitos humanos.

Além da Carta Africana sobre Direitos Humanos, o sistema africano de proteção aos direitos humanos apresenta outros documentos importantes e que versam sobre temas específicos, como a Convenção para eliminação dos mercenários e a Carta Africana sobre os direitos e bem-estar da criança.

Como se sabe, o continente africano também foi palco de grandes atrocidades em relação aos direitos humanos, e o desenvolvimento desse sistema de proteção é igualmente importante para promover melhores condições para os povos africanos. Entretanto, deve-se alertar que o texto produzido na África distingue-se em seus traços gerais dos documentos produzidos na Europa e na América, isso porque em vez de consagrar de forma preponderante os direitos civis, como os outros continentes, o aludido texto preconiza a proteção de direitos dos povos. Foi assim que os Estados africanos estabeleceram nesse documento internacional direitos relativos à afirmação da independência, da autonomia e do progresso dos referidos Estados.

Chama a atenção também para a livre disposição, em seu interesse exclusivo, de seus recursos naturais, o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento econômico, cultural e social. A preocupação desses povos

⁴ Salienta-se que o Marrocos retornou à UA em 30 de janeiro de 2017, após ter ficado de fora da Organização por 33 anos. Foram 39 votos (de um total de 54) a favor do reingresso marroquino, o qual enfrentou um forte *lobby* argelino e sul-africano, cuja resistência centrava-se justamente na necessidade daquele reconhecer o Saara Ocidental enquanto Estado independente – o que ainda não ocorrera.

com os direitos supra indicados não poderia ser diferente por terem sido vítimas de um processo extremamente excludente ao longo de suas existências.

Com efeito, a consagração de um texto de proteção dos direitos humanos no continente africano é motivo de júbilo e alegria principalmente em razão da manifestação de vontade de “Estados novos” em promover o bem-estar e a dignidade de sua população. Não se pode olvidar que o continente africano se apresentava como uma grande colônia e o processo de descolonização é extremamente recente.

Para que a Carta Africana produza os efeitos que são tão esperados, os Estados-partes devem adotar uma série de medidas legislativas para o alcance desses resultados. Sem dúvida que há vários entraves, mas talvez o problema maior consista no fato de que muitos dos dispositivos previstos na Carta dependem do desenvolvimento do direito interno dos Estados, ou seja, existem pontos que remetem à leitura da lei estatal para o alcance da eficácia do documento internacional.

Em interessante obra que versa sobre os direitos humanos na África e que aborda questões muito particulares em vários Estados daquele continente (Etiópia, Gana, Moçambique, Nigéria, Ruanda, Sudão, Uganda etc.), podem ser identificados problemas sérios para que haja efetiva proteção aos direitos humanos na África, como nas palavras de Na'im (2003, p. 16):

The legal protection of human rights under the constitutions of present African states that are the product of arbitrary colonial histories and decolonization processes. By their very nature, these states have tended to continue the same authoritarian policies and to enhance their ability to oppress and control, rather than to protect and serve, their citizens. The constitutional systems by which these states rule were hurriedly assembled at independence, only to collapse or be emptied of all meaningful content within a few years. The legal systems these states rule were hurriedly assembled at independence, only to collapse or be emptied of all meaningful content within a few years. The legal systems these states continue to implement are usually poor copies of the colonial legal systems, lacking legitimacy and relevance to the lives of the population at large. Many African states also suffer from cycles of civil

*wars and severe civil strife that undermine any prospects of the stability and continuity needed for building traditions and institutions of government under the rule of law. Their economies are weak and totally vulnerable to global processes beyond their control.*⁵

De toda sorte, é importante que sejam realizadas medidas efetivas de proteção aos direitos humanos naquele continente para que o texto idealizado não caia em um grande vazio.

A África apresenta vários problemas para que o referido texto possa ser efetivamente implementado, além dos já indicados: falta de recursos financeiros; de interesse político por alguns Estados; de maturidade política; de unidade; do desenvolvimento de maior cultura dos direitos humanos; de desenvolvimento econômico e social; outros fatores que comprometem o alcance de bons resultados nesse mister. Ou seja, o continente africano, diferentemente do continente europeu e do continente americano, apresenta diversas dificuldades, mas não menos importância ao consagrar um texto que procura estabelecer proteção aos direitos da pessoa humana, conclamando aos Estados signatários do documento que observem um extenso compromisso relacionado ao bem-estar e à dignidade da população, à adoção de medidas legislativas concebidas no plano doméstico etc.

O Sistema Africano de Direitos Humanos, quando confrontado com os demais sistemas regionais, é o que mais destoa, pois possui feições próprias

⁵ Tradução livre dos autores: “A proteção legal dos direitos humanos ao abrigo das constituições dos atuais Estados africanos que são produto de histórias coloniais arbitrárias e processos de descolonização. Por sua própria natureza, esses Estados tendem a continuar as mesmas políticas autoritárias e a aumentar sua capacidade de oprimir e controlar, em vez de proteger e servir seus cidadãos. Os sistemas constitucionais pelos quais esses Estados governam foram montados às pressas na independência, apenas para entrar em colapso ou serem esvaziados de todo o conteúdo significativo em poucos anos. Os sistemas jurídicos que esses Estados governam foram rapidamente montados na independência, apenas para entrar em colapso ou serem esvaziados de todo o conteúdo significativo dentro de alguns anos. Os sistemas jurídicos que esses Estados continuam a implementar são geralmente cópias precárias dos sistemas jurídicos coloniais, sem legitimidade e relevância para a vida da população em geral. Muitos Estados africanos também sofrem com ciclos de guerras civis e conflitos civis severos que minam quaisquer perspectivas de estabilidade e continuidade necessárias para a construção de tradições e instituições de governo sob o Estado de Direito. Suas economias são fracas e totalmente vulneráveis a processos globais além de seu controle”.

que espelham as particularidades históricas e culturais do continente, em especial os aspectos referentes à luta pela descolonização e direito à autodeterminação dos povos.

Como anteriormente mencionado, a Carta de Banjul, como é conhecida a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, entrou em vigor em 1986, e neste ano de 2021 completa 35 anos. Esse documento de suma importância foi ratificado por 53 Estados da UA, com a exceção do Sudão do Sul e do Marrocos que integram a Organização, mas não assinaram ou ratificaram tal documento. Após três décadas, ainda se pode constatar violações massivas e constantes dos direitos humanos nesse continente historicamente subjugado pelas potências ocidentais, tendo seu próprio território partilhado a esmo sem considerar suas particularidades culturais.

O resultado não poderia ser diferente: o continente enfrenta até os dias atuais democracias frágeis e falta de coesão e homogeneidade política. Por isto, a Carta Africana denota dentre seus artigos a lógica coletivista e de autodeterminação dos povos para preservação da sua cultura. Os deveres quanto à coletividade são expressos, de forma que até mesmo os deveres quanto à família e a comunidade são convencionados formalmente, assim como o respeito a outrem.

Os longos séculos de exploração também tiveram seu saldo no que concerne à falta de recursos: não é tão produtivo falar em proteção de dignidade humana quando há dificuldade em garantia de um mínimo existencial em alguns Estados. Portanto, a Carta de Banjul assegura a garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, além dos civis e políticos já tradicionais em Tratados de Direitos Humanos. Vale salientar algumas lacunas nos artigos quanto aos direitos políticos, privacidade e vedação de trabalhos forçados, deixando informações implícitas para a interpretação da própria Comissão Africana. Por outro lado, o direito à habitação ou moradia

é implícito nos direitos à saúde, vida em família e propriedade, e apesar de não convencionado na Carta é reconhecido jurisprudencialmente.

Atualmente, há cinco instrumentos vinculativos ainda não ratificados por todos os Estados, a saber: Carta Africana sobre a Democracia, Carta da Criança, Convenção dos Refugiados, Protocolo da Mulher e Protocolo sobre o Estabelecimento do Tribunal Africano. Na Carta de Banjul há a permissão para que, além dos atores tradicionais, quais sejam, Estados e Organizações Internacionais, os atores não-estatais também possam demandar na Comissão.

Esse é um importante aspecto que permite que pessoas físicas, grupos de indivíduo e organizações não governamentais (ONGs) possam levar casos de abusos e violações de direitos humanos e casos de privação de liberdades à Comissão de Direitos Humanos do continente. Os requisitos para requerer na Comissão Africana são semelhantes aos da Americana: esgotamento interno de todas as vias recursais, não se tratar de caso amplamente difundido na mídia, nem tratar de caso já anteriormente discutido com os princípios da Carta da ONU ou da Carta de Banjul.

Dentre as Instituições de Garantia e de Controle da Carta Africana, as principais são a Comissão Africana, que busca promover e garantir a realização dos Direitos Humanos no continente, e a Corte Africana, que reforça a atuação da Comissão com seu caráter contencioso e consultivo. A Comissão é a primeira a analisar os casos, porém como não possui caráter vinculante, apenas pode fazer recomendações aos Estados. A Corte, por outro lado, tem força vinculante e pode até menos punir os Estados por sua negligência ou violação direta dos direitos humanos.

3. Crimes de guerra nos conflitos étnicos centro-africanos e sua coibição pelo Sistema Regional Africano de Direitos Humanos e Tribunal Penal Internacional

Apesar do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos ser voltado para as necessidades de suas nações, houve sequelas ocasionadas pelos Estados pós-coloniais, assim como aponta a definição do preâmbulo da Carta de Banjul de 1981. Este foi o último sistema regional de proteção do indivíduo a ser criado, portanto, pode ser considerado menos robusto de todos os outros sistemas regionais, onde nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 119):

Se o sistema regional europeu apresenta-se como o mais amadurecido e consolidado dos sistemas regionais, estando o sistema interamericano em posição intermediária, o sistema regional africano é o mais recente e incipiente, em pleno processo de consolidação e construção.

O ponto de partida elementar do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos deu-se pela antiga Organização da Unidade Africana (atual União Africana), organização internacional criada para institucionalizar o sistema de proteção dos direitos humanos regional, nos termos da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul de 1981)⁶.

A Carta foi elaborada com um escopo que reconhecesse a realidade da África como um continente marcado pelo colonialismo e neocolonialismo assim como posta no preâmbulo da Carta de Banjul, visando a eliminar a marca causada pela perversidade da exploração decorrente do colonialismo quinhentista (em primeiro momento), bem como do imperialismo

⁶ Ressalte-se que embora haja um Sistema Universal de Direitos Humanos criado na ONU especialmente com a publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, a proposta deste estudo é explicitar a proteção que o Sistema Regional Africano de Direitos Humanos também empreendida sob uma óptica universalista e cosmopolita no contexto da história africana composta por séculos de exploração, o esforço da União Africana como organização internacional regional na busca por uma África mais harmoniosa.

novecentista (em segundo momento), com a desestabilização da ordem social, das instituições e da própria geografia da África, uma vez que suas fronteiras políticas não correspondem às étnicas e socioculturais, o que serve como agente catalisador dos conflitos étnicos que ainda assolam o continente.

A Carta Africana foi publicada no seio da então Organização da Unidade Africana (atual União Africana) em 1981 e colocada em vigor somente em 1986, com pretensão de consolidação dos direitos e garantias nela previstos, originando-se desta forma o Sistema Regional Africano de Direitos Humanos. Contudo, é cediço que há uma prevalência ideológica na Carta de Banjul para a questão da descolonização⁷ e da emergência de um sistema regional que tivesse o poder de intervenção contra graves violações dos direitos humanos como o racismo e o *apartheid*⁸ que grassaram na África do Sul, fluxos migratórios forçados, causas políticas, étnicas e religiosas que conduzam ao refúgio, bem como tudo aquilo que se relaciona à dignidade humana e à proteção do meio ambiente que circunscreve os povos africanos⁹.

Outrossim, salientam-se as falhas a serem colmatadas pelos Estados pós-coloniais nos terrenos da democracia e da economia, sendo possível reconhecer os empecilhos causados por motivos infraestruturais e de políticas ditatoriais, conforme explica Fabiana Gondinho (2006, p. 130):

⁷ Neste sentido, cite-se o Artigo 2 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos: “Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

⁸ O preâmbulo da Carta de Banjul expõe: “Conscientes do seu dever de libertar totalmente a África cujos povos continuam a lutar pela sua verdadeira independência e pela sua dignidade, e comprometendo-se a eliminar o colonialismo, o neocolonialismo, o apartheid, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política”.

⁹ Destaque-se o Artigo 24 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos: “Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento”.

A África sempre enfrentou um especial obstáculo para a promoção e o estabelecimento de um sistema regional efetivo de proteção aos direitos humanos: a falta de homogeneidade política. Não se pode negar que, na Europa e nas Américas, a existência de democracias fortes e consolidadas tem oferecido solo fértil para a concretização de ideais mais universais de proteção humana. A histórica escassez de recursos financeiros na África é o outro grande fator que dificulta enormemente o estabelecimento de um nível mínimo e real de proteção e de dignidade para as pessoas, ainda que se desenvolva a consciência em torno desses direitos. Essa dura realidade constitui o cenário em vista do qual os direitos e os deveres estabelecidos pela Carta Africana devem ser analisados.

A Corte e a Comissão do Sistema Regional Africano são os principais órgãos supranacionais de resguardo e fortalecimento às infrações de direitos humanos na África. De acordo com os Artigos 30¹⁰ e 31¹¹ da Carta de Banjul, é possível afirmar que a Comissão é responsável pela promoção e proteção, sendo esta mesma composta por 11 membros que sejam reconhecidos e de notório saber jurídico. Já a Corte tem um papel complementar à Comissão na proteção dos direitos humanos e dos povos¹². Explicita-se o fato de que os conflitos étnicos se perduraram de tempos em tempos na África, principalmente na região da África Central, recorte geográfico da pesquisa.

Sobre o panorama do caso do genocídio de Ruanda, talvez um dos casos que mais tenha tido repercussão na década de 1990, é muito bem representado na obra cinematográfica “Hotel Ruanda” (2004), em que se observa de forma simples e direta a existência do embate direto de duas etnias ruandesas: tutsis e hutus. Tutsis eram minoria, na qual dominou o

¹⁰ “Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Artigo 30. É criada junto à Organização da Unidade Africana uma Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, doravante denominada 'a Comissão', encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva proteção na África”.

¹¹ “Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Artigo 31. 1. A Comissão é composta por onze membros que devem ser escolhidos entre personalidades africanas que gozem da mais alta consideração, conhecidas pela sua alta moralidade, sua integridade e sua imparcialidade, e que possuam competência em matéria dos direitos humanos e dos povos, devendo ser reconhecido um interesse particular na participação de pessoas possuidoras de experiência em matéria de direito. 2. Os membros da Comissão exercem funções a título pessoal”.

¹² Disponível em: <http://pt.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-africancourt#:~:text=O%20Tribunal%20Africano%20dos%20Direitos,Direitos%20Humanos%20e%20dos%20Povos>. Acesso em 19/11/2020.

país durante muito tempo enquanto Ruanda ainda estava sob domínio belga. Após os belgas terem deixado Ruanda, hutus subiram ao poder e assim poderiam finalmente se vingarem dos tutsis pelos anos de repressão. Neste contexto, explica em determinado momento da filmagem:

[...] Se alguém me pergunta, caros ouvintes, por que eu odeio os tutsis, eu digo: “Leia nossa história”. Os tutsis se aliaram aos colonos belgas. Roubaram as nossas terras hutus e nos açoitaram. Agora, esses rebeldes tutsis voltaram. São baratas. São assassinos. Ruanda é terra dos hutus. Somos a maioria. Eles são uma minoria de traidores e invasores. Acabaremos com os rebeldes da Frente Patriótica de Ruanda. Esta é a RTLM, a rádio do poder hutu. Fique alerta. Vigie seus vizinhos.

Apesar da semelhança étnica afrodescendente, existia uma confiscação documental identitária que dizia a etnia de cada pessoa, e assim a milícia *Interahamwe* (milícia de maioria étnica hutus, um dos grupos responsáveis pelo genocídio em Ruanda) continuava o então genocídio incentivada pelo governo Ruandês frente aos rebeldes da Frente Patriótica Ruandesa (grupo rebelde formado por ruandeses de maioria étnica tutsi no qual fazia embate direto contra as milícias hutus e suas alianças com exército ruandês) e civis, que para Luiz Augusto Modolo de Paula (2011), foi uma disputa pela centralização política, entretanto, a principal intenção do novo Estado hutu era uma forte frente armada organizada para impedir que a facção rebelde tutsi tivessem chances de governar novamente através do extermínio.

Mesmo com o esforço histórico da formação do Sistema Regional Africano de proteção dos direitos humanos, fato este não cessou o genocídio ruandês. Nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 119):

Embora os Estados africanos tenham ratificado os principais tratados de direitos humanos do sistema global, que se somam à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e à normatividade protetiva interna, violações graves e sistemáticas têm marcado a realidade africana na década de 90. Como afirma John Otieno Ouko: “Ao menos 800.000 tutsis e hutus foram brutalmente assassinados no genocídio ruandês em 1994 [...]”.

O caso do genocídio em Ruanda foi julgado no Tribunal *Ad Hoc* de Ruanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), no qual foi julgado como crime de genocídio, conforme a definição da Convenção de Genocídio de 1948 na resolução n. 260-A(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, também adotada na atualidade pelo Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda, embora seja considerado órgão distinto e antecedente ao Tribunal Penal Internacional estabelecido pelo Estatuto de Roma de 1998, tem destacada relevância no estudo do Direito Internacional Penal. Neste sentido, relevante a opinião de José Cretella Neto (2008, p. 197-198) acerca das justificativas para a criação de órgão jurisdicional internacional destinado a julgar os casos de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressões internacionais no conflito travado entre as etnias hutu e tutsi:

A favor da criação de um Tribunal Internacional militaram ponderáveis argumentos. Primeiramente, a magnitude dos atos criminosos fazia com que transcendessem as fronteiras do país, convertendo-se em motivo de viva preocupação de toda a comunidade internacional. Assim, parecia lógico que intervesse um órgão que expressasse a consciência jurídica da Humanidade. Em segundo lugar, os atos praticados não constituíam apenas crimes segundo o Direito de Ruanda, mas representavam condutas que violavam normas de Direito Internacional. E um tribunal internacional tem a necessária competência técnica para interpretar o Direito Internacional muito mais do que qualquer tribunal nacional. Em terceiro lugar, apenas um tribunal internacional poderia oferecer a máxima garantia de imparcialidade e independência absolutas. Sua composição e normas procedimentais poderiam alcançar elevado grau de credibilidade e avaliação, o que dificilmente seria conseguido por tribunais nacionais.

Outrossim, ressalte-se que também na República Democrática do Congo ocorreram conflitos entre as etnias tutsi e hutu. Mobutu, Presidente da República de 1965 até 1997 apoiava o regime hutu em Ruanda. Com a queda de Mobutu e ascensão do líder tutsi Laurent Kabila, dá-se início à chamada “Primeira Guerra do Congo”, em decorrência de um descontentamento da queda de Mobutu entre os Estados de Ruanda, Angola

e Burundi. A guerra deflagrada resultou na morte de 200.000 pessoas (cf. CASTELLANO, 2011).

Enfim, mencione-se o caso de Thomas Lubanga, líder de grupo rebelde congolense denominado como União de Patriotas Congolenses, no qual foi levado ao Tribunal Penal Internacional e julgado por alicia-los, fornecer armamento de fuzis AK-47 a menores de idade entre 2002 e 2003, expô-los e os usar para o combate armado. Lubanga foi condenado nos termos dos Artigos 8¹³ e 25¹⁴ do Estatuto de Roma de 1998, tendo sido o primeiro julgamento de mérito realizado pelo Tribunal Penal Internacional após sua efetiva criação, a partir de 2002 (cf. ANNONI e MENDONÇA, 2014).

4. Efeitos dos conflitos étnicos no meio ambiente

Conforme supramencionado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é abrangido no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, classificação que abarca os direitos de natureza difusa, coletiva e individual homogênea¹⁵. Os crimes de guerra na forma do Artigo 8 do

¹³ O Artigo 8 do Estatuto de Roma de 1998 (incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Federal n. 4.388/2002) estatui uma série de atos ilícitos classificados sob a rubrica de “Crimes de Guerra”. O presente estudo sustenta a necessidade de adequação típica dos crimes de guerra sob maior amplitude, a fim de abranger não apenas os conflitos armados abusivos entre Estados distintos, mas também o que se conhece por “guerras civis”, atualmente subsumidas de forma mais evidente aos demais delitos tipificados no Estatuto de Roma de 1998 (genocídio, crimes contra a humanidade e agressão internacional).

¹⁴ O Artigo 25 do Estatuto de Roma de 1998 trata da “responsabilidade criminal individual”, uma vez que os sujeitos ativos dos crimes internacionais são chefes de Estado ou funcionários da Alta Administração Pública do local em que ocorre o delito. Nesse sentido, é possível classificar o crime internacional como próprio, na medida em que se exige especial qualidade de seu sujeito ativo. A classificação delitiva dos crimes próprios é didaticamente exposta por Fernando Galvão, nos termos que seguem: “Os crimes são denominados *próprios* quando a previsão típica traz, implícita ou explicitamente, exigências relativas à determinada qualidade ou condição especial do sujeito que realiza a conduta. Tais exigências restringem a possibilidade de imputação objetiva, já que a pessoa que não possui a qualidade ou condição exigida pelo tipo não pode violar a norma incriminadora que é subjacente ao tipo” (GALVÃO, 2013, p. 1.018).

¹⁵ No Direito Brasileiro, o Artigo 81, parágrafo único, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990) apresenta definição legal relevante para os fins do presente estudo: “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Art. 81. Parágrafo Único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim

Estatuto de Roma de 1988, neste sentido, podem ser considerados atos jurídicos dotados de múltipla ilicitude, não apenas repercutindo em responsabilidade pela prática de crime internacional, mas também violam as normas de proteção internacional do meio ambiente.

Mais especificamente, entende-se que o item 2 do Artigo 8 do Estatuto de Roma de 1988, que apresenta a definição legal de crimes de guerra permitiria, pelo seu amplo espectro, sustentar a hipótese de que o meio ambiente no entorno da zona de conflito fatalmente restará degradado, na medida em que não se perquirirá em estado de guerra, salvo melhor juízo, acerca da proteção do meio ambiente no território de conflito.

A referida hipótese torna-se grave quando transposta ao mundo fenomênico, uma vez que o Item 6 e os Princípios 24 e 26 da Declaração de Estocolmo¹⁶ sobre o Ambiente Humano de 1972 – marco na proteção

entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

¹⁶ “Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972. [...] 6. Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente mais de acordo com as necessidades e aspirações do homem. As perspectivas de elevar a qualidade do meio ambiente e de criar uma vida satisfatória são grandes. É preciso entusiasmo, mas, por outro lado, serenidade de ânimo, trabalho duro e sistemático. Para chegar à plenitude de sua liberdade dentro da natureza, e, em harmonia com ela, o homem deve aplicar seus conhecimentos para criar um meio ambiente melhor. A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantém as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas. [...] Princípio 24. Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam Ter para o meio ambiente,, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados. [...] É preciso livrar o homem e seu meio ambiente dos efeitos das armas nucleares e de todos os demais meios de destruição em

internacional do meio ambiente, decorrente da Conferência de Estocolmo de 1972 –, são claros ao reafirmar a necessidade da manutenção da paz e respeito aos tratados internacionais de direitos humanos como meios de se resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Logo, infere-se que os crimes de guerra praticados no contexto histórico dos conflitos étnicos da África Central, além de se constituírem em ato ilícito nos termos das Quatro Convenções de Genebra de 1949 (incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 42.121/1957), bem como crimes de competência do Tribunal Penal Internacional na forma do Estatuto de Roma de 1998 (incorporado ao Brasil por meio do Decreto Federal n. 4.388/2002), também podem ser caracterizados como ato ilícito ambiental nos termos da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972 – que, embora não ostente natureza normativa, constitui-se no vetor interpretativo para todos os tratados que envolvam a matéria de Direito Internacional Ambiental, haja vista ter inaugurado os debates sobre a matéria no contexto da fragmentação do Direito Internacional Público ocorrida ao longo do século XX.

5. Conclusão

Sustentou-se ao longo do presente estudo que os danos ao meio ambiente no entorno das zonas de conflitos étnicos na África Central que resultem na prática de crimes de guerra qualificam semelhante espécie delitiva na forma de atos ilícitos pluriofensivos, por violarem a dignidade humana em seus valores vida, incolumidade física, incolumidade moral e, no que se refere ao objeto de pesquisa privilegiado deste estudo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. O vilipêndio a múltiplos valores

massa. Os Estados devem-se esforçar para chegar logo a um acordo – nos órgãos internacionais pertinentes- sobre a eliminação e a destruição completa de tais armas.

intrínsecos ao conceito de dignidade humana contribui para a natureza pluriofensiva dos crimes de guerra, neste particular sob o recorte geográfico do Sistema Regional Africano de Direitos Humanos.

Semelhante natureza pluriofensiva permite firmar o suporte legal do fenômeno em diplomas a uma primeira vista diversos como o Estatuto de Roma de 1998, a Carta de Banjul de 1981 e a Declaração de Estocolmo de 1972. Todavia, dada a fragmentação do Direito Internacional Público ocorrida ao longo do século XX, bem como a natureza sistêmica dos estudos desta província da Ciência Jurídica em conjunto com outras áreas do conhecimento em regime de interdisciplinaridade – tais como a Teoria das Relações Internacionais e a História Política Internacional –, induzindo inclusive em parte dos teóricos a crença na existência de uma “Disciplina Internacional” enquanto matéria dotada de transdisciplinaridade na pesquisa em Humanidades (cf. CAVADAS, 2018), compreende-se a pertinência do estudo dos crimes de guerra à luz dos diplomas pesquisados ao longo deste estudo.

As guerras étnicas centro-africanas, nada obstante dotadas de repercussões no âmbito da Antropologia dadas as suas raízes socioculturais, relevam também a grave violação do princípio da vedação ao uso da força enquanto decorrência da não intervenção e corolário do equilíbrio do poder no tabuleiro da política internacional.

O princípio da vedação ao uso da força, histórico no Direito Internacional Público a partir da Sociedade Internacional estruturada em torno da Organização das Nações Unidas a partir de meados do século XX, deita suas raízes também no universalismo ético cosmopolita como fundamento filosófico da proteção internacional dos direitos humanos, estabelecida sob bases semelhantes também ao fim da II Grande Guerra (1939-1945). Nesse desiderato, cabe o magistério de Marcelo Böhlke (2011, pp. 77-78) acerca da natureza jurídica das “guerras civis” para o Direito

Internacional Público e a aplicação das Quatro Convenções de Genebra de 1949 em tais hipóteses:

A classificação a ser atribuída a cada situação de instabilidade interna e a autorização para eventual envolvimento de outros Estados dependem da intensidade das disputas. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, “o reconhecimento como insurgente ou 'estado de insurgência' ocorre em revoltas que não assumem a proporção de uma guerra civil”. Trata-se mais do reconhecimento de situação de fato, da qual emanam poucas consequências jurídicas, tais como a concessão de *status* de prisioneiro de guerra para os insurgentes, isenção do governo de direito quanto aos danos causados pelos insurgentes e possibilidade de que terceiros Estados declarem neutralidade. A guerra civil inicia-se com o aumento da violência. Não existem normas convencionais delimitando o momento em que o conflito assume a forma de guerra civil. O direito internacional humanitário contribui para o debate ao definir conflito armado não-internacional como aquele que ocorre no território de um Estado “entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a direção de comando responsável, exerçam sobre parte desse território controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e concentradas”. Não são considerados conflitos armados não-internacionais “as situações de tensões internas e distúrbios internos, tais como os motins, os atos esporádicos e isolados de violência e outros atos análogos”. A principal consequência jurídica do reconhecimento de uma situação como conflito armado não-internacional é a incidência do direito internacional comunitário, tanto do artigo 3º comum das Convenções de Genebra de 1949 quanto do II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949.

Verifica-se, pois, que os conflitos armados não internacionais, categoria jurídica a que se recaem a maioria das guerras étnicas centro-africanas, exigem uma hermenêutica heterodoxa no tocante à aplicação das normas de Direito Internacional Público, na medida em que haverá a imperiosa necessidade de se ponderá-las com as normas de proteção internacional dos direitos humanos, dotadas de alta carga valorativa no Direito Internacional Público contemporâneo.

Portanto, a atuação do Tribunal Penal Internacional far-se-á extremamente necessária, pois os conflitos armados não internacionais por vezes desbordam-se em guerras – fenômeno proscrito pelo Direito Internacional Público – o que ensejará o enquadramento típico do cenário de

disputas daí decorrentes ao conceito de “crimes de guerra”, resultando na responsabilidade penal dos chefes de Estado e altos funcionários públicos que pratiquem crimes internacionais em tal contexto.

Referências

- ANNONI, Danielle; MENDONÇA, Camila Dabrowski de Araújo. O Primeiro Julgamento do Tribunal Penal Internacional: o Caso Lubanga. In.: ANNONI, Danielle; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. (orgs.). **Cooperação e Conflitos Internacionais: globalização, regionalismo e atores**. Curitiba: Multideia, 2014, pp. 35-50.
- BÖHLKE, Marcelo. **A Proibição do Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BRANT, L. N. C.; PEREIRA, L. D. D.; BARROS, M. A. E.. **Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos**. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007. Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.
- CASTELLANO, Igor. **Guerra e Construção do Estado na República Democrática do Congo: a definição militar do conflito como pré-condição para a paz**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2011.
- CAVADAS, Divo Augusto. **Direito ao Desenvolvimento nos Estados Árabes**. São Paulo: Agbook, 2018.
- CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- FILME. **Hotel Ruanda**. Direção de Terry George. Reino Unido/Itália/África do Sul/Estados Unidos, 2004. 121 minutos. Color. Son.
- GONDINHO, Fabiana de Oliveira. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Col. Para Entender. Belo Horizonte: Edições Del Rey, 2006.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- NA'IM, Abdullahi Ahmed. **Human Rights under African Constitutions**. Philadelphia: Pennsylvania Press, 2003.
- PAULA, Luiz Augusto Modolo de. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. Curitiba: Appris, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Artigo recebido em: 21/04/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022

O Direito à acessibilidade das pessoas idosas ao Patrimônio Cultural da Humanidade: o centro histórico de Diamantina/MG

The right to accessibility of the elderly to the Cultural Heritage of Humanity: the historic center of Diamantina/MG

*Michelle Batista¹
Noara Silva Rabelo²*

Resumo: Trata-se de trabalho com o objetivo de analisar se o Centro Histórico de Diamantina, MG, tombado pelo IPHAN e reconhecido pela UNESCO como Patrimônio Cultural da Humanidade, garante o devido acesso à cultura ali preservada, por pessoas idosas, quando possuem alguma deficiência ou mobilidade reduzida. Aplica o método observacional, e realiza pesquisas bibliográfica e documental. Ao traçar um panorama geral sobre a acessibilidade do Centro Histórico, e da legislação aplicável ao tema, conclui sobre a falta de opções acessíveis para turistas idosos, e que seriam potenciais fomentadores do turismo. Ainda, que é possível aliar a proteção do patrimônio a um maior acesso à cultura preservada, desde que não haja a descaracterização dos bens tombados.

Palavras-chave: Diamantina. Patrimônio Cultural da Humanidade. Direito à cultura. Acessibilidade. Pessoas idosas.

Abstract: This paper analyzes whether the Historic Center of Diamantina, MG, listed by IPHAN and recognized by UNESCO as a Cultural Heritage Site, guarantees due access to the culture preserved there, by the older people, when they have a disability or reduced mobility. It applies the observational method, and performs bibliographic and documentary research. By outlining the accessibility of the Historic Center and the applicable legislation, it concludes that there is a lack of accessible options for older tourists, who could be potential tourists. Still, it is possible to combine the protection of heritage with greater access to preserved culture, as long as the characterization of the site is preserved.

Keywords: Diamantina. Cultural Heritage. Right to culture. Accessibility. Older people.

1. Introdução

Segundo a Organização Mundial da Saúde, mais de um bilhão de pessoas vivem com alguma forma de deficiência, o que corresponde a 15% da

¹ Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (FUIT). Graduada em Direito pela mesma universidade.

² Mestre em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Viçosa - UFV (2019). Bolsista da FAPEMIG - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais. Possui graduação em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de Itaúna (2017).

população mundial. Além do mais, estes números têm aumentado em decorrência do envelhecimento da população e do aumento global das doenças crônicas, sendo que as pessoas com deficiência estão entre as mais marginalizadas do mundo. Por esta razão, a deficiência deve ser encarada como questão relevante na proteção dos direitos humanos, uma vez que as pessoas com deficiência não precisam enfrentar somente barreiras físicas, mas também barreiras criadas pela sociedade que as marginaliza. A fim de garantir a inclusão social e a proteção dos direitos dessas pessoas, é necessária a colaboração conjunta dos governos, organizações não-governamentais, profissionais, pessoas com deficiência e suas famílias (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017). E nesse contexto discriminatório muitas vezes se insere a pessoa idosa, que como consequência da idade avançada pode apresentar uma mobilidade reduzida³, necessitando, portanto, de adaptações no ambiente, a fim de torna-lo acessível⁴.

As pessoas idosas, por sua vez, têm procurado cada vez mais “manterem-se ativas, e para isso procuram as mais diversas atividades, entre estas as turísticas” (EVANGELISTA; BRAMBILLA; VANZELLA, 2018, p. 248). E a questão do turismo leva, conseqüentemente, ao acesso à cultura dos locais visitados, e à memória da humanidade, já que entre os direitos elencados tanto na legislação interna como em tratados internacionais, e que devem ser assegurados a todos, indistintamente, estão

³ A pesquisa adota a definição de “pessoa com mobilidade reduzida” conforme o disposto no art. 3º, inciso IX do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja: “aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso” (BRASIL, 2015).

⁴ A pesquisa adota a definição de “acessibilidade” conforme o disposto no art. 3º, inciso I do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja: é a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida” (BRASIL, 2015).

os direitos culturais, e como desdobramento destes o direito de acesso à cultura. Logo, como direito assegurado a todos, este deve ser garantido também às pessoas idosas com mobilidade reduzida.

Ocorre que grande parte da memória cultural da humanidade encontra-se preservada em locais protegidos em âmbito interno por institutos nacionais, como o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e em alguns casos reconhecidos pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO⁵) como Patrimônio Cultural da Humanidade. No entanto, devido à necessidade de preservação, são impostas restrições à alteração desses locais, que não podem sofrer modificações prejudiciais às suas características arquitetônicas originais. Assim, vem à tona a questão da garantia do direito de acesso à cultura, e ao patrimônio cultural da humanidade, pelas pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida. No caso do presente estudo, a análise se volta para as pessoas idosas, mas a relevância do tema se estende também às pessoas com outros tipos de deficiência e mobilidade reduzida como um todo.

Voltando-se para a questão do turismo em cidades com locais tombados e com reconhecimento pela UNESCO, no cenário brasileiro encontra-se um sítio apto a ser potencialmente explorado: o Centro Histórico da cidade de Diamantina, em Minas Gerais. Diamantina teve o seu Centro Histórico tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), no ano de 1938, e em 1999 angariou o reconhecimento mundial como Patrimônio Cultural da Humanidade. Com os referidos reconhecimentos vieram as barreiras de modificação, o que pode se mostrar como problema (ou até mesmo desculpa) para a inclusão das pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida, nos casos em que o poder público não

⁵ Sigla em inglês para *The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*.

se interesse pela busca de alternativas que aliem preservação e acessibilidade, simplesmente ignorando a ampla legislação que trata do tema, e que será demonstrada ao longo do estudo.

Assim, verifica-se a hipótese de que o Centro Histórico de Diamantina, em Minas Gerais, tombado pelo IPHAN e reconhecido pela UNESCO como Patrimônio Cultural da Humanidade, não garante o devido acesso à cultura ali preservada por pessoas idosas com mobilidade reduzida. Desse modo, acaba também perdendo em termos de aproveitamento do potencial turístico que poderia gerar emprego e renda para a cidade, além de não garantir o exercício de direitos humanos, como o direito de acesso à cultura.

Para a coleta de informações necessárias ao desenvolvimento do trabalho, foram feitos alguns registros fotográficos no Centro Histórico de Diamantina, a fim de verificar a facilidade, ou a dificuldade de acesso a alguns dos seus principais pontos turísticos, aplicando-se o método observacional. Através de pesquisa bibliográfica e documental, o trabalho identifica o que há de mais relevante na legislação sobre o tema, e que é aplicável às pessoas idosas com mobilidade reduzida, ao acesso à cultura, e às barreiras de modificação de locais tombados. (GIL, 2008, p.16).

A partir daí torna-se possível traçar um panorama geral sobre a acessibilidade do Centro Histórico de Diamantina, para então discorrer sobre a sobreposição de direitos, no que diz respeito à (não) preponderância do interesse pela conservação, em detrimento de um maior acesso à cultura preservada, que deve ser garantido às pessoas idosas.

2. Diamantina: patrimônio cultural da humanidade inacessível?

Diamantina é uma cidade histórica rica em tradições, e possui um grandioso patrimônio arquitetônico, cultural e natural altamente

preservado. Seu passado é marcado pela incessante exploração de ouro e diamante, sobretudo no século XVIII, que acarretou na construção de um povoado que se expandiu às margens dos rios que eram garimpados, formando o antigo Arraial do Tijuco. Após alguns anos o Arraial deu origem ao conjunto urbano de Diamantina (ALBUQUERQUE, 2012, p. 3-4).

Com suas edificações, igrejas seculares, inspiração barroca, entre outros, o Conjunto arquitetônico e urbanístico de Diamantina foi inscrito pelo IPHAN no Livro do Tombo de Belas-Artes em 1938, sob o processo nº 0064-T-38. O tombamento, realizado a partir de iniciativa da própria instituição, foi justificado na preservação do conjunto urbano de “excepcional valor histórico e artístico”, que a constitui em “monumento” (IPHAN, 2007, p.88). Diamantina foi, em 1938, classificada como monumento histórico pelo IPHAN, e, ao contrário de outras cidades mineiras, como por exemplo Ouro Preto, se destaca pela exploração de diamantes e não do ouro, além de ter tido outro regime político, influenciando também em sua cultura, o que a diferencia das outras cidades tombadas no Brasil.

A relevância do conjunto urbano do Centro Histórico de Diamantina é também internacional. Entre as agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU), interessa ao estudo a UNESCO, que trabalha na “identificação, proteção e preservação do patrimônio cultural e natural em todo o mundo, considerado de valor excepcional para a humanidade”. Assim, quando a UNESCO considera que determinado local é dotado desse valor, o inclui na Lista do Patrimônio Mundial, com base na Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural e Natural da Humanidade, de 1972 (UNESCO, 2008, p.3, tradução nossa).

Em dezembro de 1999, após o 23º encontro anual da UNESCO, que ocorreu em Marrakesh, no Marrocos, Diamantina angariou o título de Patrimônio Cultural da Humanidade, e teve seu Centro Histórico inscrito na

lista do Patrimônio Mundial pela UNESCO. Os critérios⁶ defendidos pela representação brasileira para fundamentar a inscrição foram: (ii), pelo fato de Diamantina representar um período do século XVIII permeado de descobertas do território brasileiro, de exploradores em busca de diamantes e de representantes da Coroa enviados à região, propiciando a formação de uma cultura original, adaptando os modelos europeus a um contexto americano; (iv), pelo fato de o conjunto urbano e arquitetônico de Diamantina apresentar uma situação combinada de espírito aventureiro e de busca de refinamento, que são características significativas da história da humanidade; e (v), pelo fato de ser um dos últimos exemplos representativos da formação territorial e cultural do Brasil, além de sua excepcionalidade em razão do modo de mineração, tão raro quanto seu objeto, os diamantes. No entanto, o Comitê adotou a inscrição do Centro Histórico de Diamantina com base nos critérios (ii) e (iv) (ICOMOS, 1999, p.21).

No entanto, além de preservar, é necessário garantir à sociedade atual o acesso mais amplo possível aos sítios tombados, uma vez que ao excluir e segregar as pessoas com mobilidade reduzida (e aqui se incluem as pessoas idosas), “estas não estabelecerão nenhum vínculo com esses lugares, de modo que não contribuirão para salvaguarda dos mesmos”. Em um estudo do ano de 2011, a autora Zélia Lopes de Sousa, ao tratar dos “entraves na promoção da acessibilidade em Diamantina”, já afirmava que

⁶ Todos os critérios estabelecidos pelo Comitê do Patrimônio Mundial foram mencionados anteriormente no presente trabalho. No entanto, vale mencionar novamente os critérios que fundamentam a inscrição do conjunto de Diamantina. São eles: (ii) exibir um intercâmbio de influências consideráveis, durante um período ou numa determinada área cultural do mundo, sobre os desenvolvimentos da arquitetura ou da tecnologia, das artes monumentais, do planejamento urbano ou da criação de paisagens; (iv) representar um exemplo excepcional de um tipo de construção ou de conjunto arquitetônico ou tecnológico, ou de paisagem que ilustre um ou mais períodos significativos da história humana; (v) ser um exemplo excepcional de povoamento humano tradicional, da utilização tradicional do território ou do mar, que seja representativo de uma cultura (ou culturas), ou da interação humana com o meio ambiente, especialmente quando este último se tornou vulnerável sob o impacto de alterações irreversíveis.

ainda não é possível sentir um “despertar” para o problema na cidade (SOUSA, 2011, p.93).

A própria UNESCO demonstra a sua preocupação com o acesso aos Patrimônios Culturais da Humanidade por ela reconhecidos, apontando os seguintes questionamentos:

[...] como se pode trabalhar em conjunto a acessibilidade e a proteção do patrimônio, ao mesmo tempo em que se lida com os requisitos estatutários e arquitetônicos? Como se pode quebrar as barreiras à acessibilidade em monumentos históricos e locais culturais na Europa? Como se pode aceitar que sites ou monumentos inscritos na Lista do Patrimônio Mundial, que deveriam ser universais e unirem culturas, podem ainda ser inacessíveis para algumas categorias de pessoas? Como alguém pode fornecer acesso a tudo sem ameaçar o valor patrimonial dos edifícios e seu ambiente? Como os países europeus estão trabalhando para atingir esses objetivos que podem parecer contraditórios à primeira vista? (UNESCO, 2013, tradução nossa)

Conforme se observa, trata-se de discussão relativamente antiga na Europa, que ainda parece caminhar lentamente no Brasil. No caso de Diamantina, as ruas da cidade, por si só, já oferecem grande dificuldade de locomoção. O calçamento de todo o Centro Histórico é de pedras, em parte conhecidas como “capistranas”, em homenagem a João Capistrano Bandeira de Mello, que em 1877 era presidente da província de Minas Gerais e mandou pavimentar as ruas da cidade (PAES, 2017, p. 77).

Entretanto, conforme ressalta o IPHAN, responsável pela proteção do patrimônio histórico e artístico em âmbito nacional, “a ideia de mobilidade deve estar voltada para as pessoas e deve valorizar o espaço urbano como lugar de encontro, circulação, cruzamento de diferenças e, no caso de centros históricos, lugar de fruição do patrimônio” (IPHAN, 2014, p.16). Desse modo, torna-se indispensável a busca por meios que possibilitem a integração das pessoas idosas com mobilidade reduzida com o patrimônio preservado.

Em Diamantina, o que indica a bibliografia consultada, é que há uma falta de atenção por parte do poder público para o problema. Assim, a

cidade que dispõe em sua Lei Orgânica (artigo 136), que “o Município promoverá e incentivará o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico” (CÂMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINA, 1990), pode estar perdendo muito do seu potencial turístico ao se omitir diante do problema. Além disso, acaba por não garantir direitos constitucionalmente previstos, e internacionalmente reconhecidos. O método observacional, quando aplicado ao Centro Histórico de Diamantina, permite verificar nitidamente o problema da acessibilidade.

Conforme dito anteriormente, não é somente o conjunto arquitetônico de Diamantina que chama a atenção. Diamantina é também rica em tradições, e em belezas naturais, como cachoeiras. O *site* Viva Diamantina aponta, na cidade, os seguintes atrativos, entre outros: Seresta, “Vesperata”, Festa do Rosário, Festa do Divino, Café no Beco, Feirinha de Sábado no Mercado Velho. Também fala das inúmeras igrejas para se visitar, da Casa de Juscelino Kubitschek, que foi presidente do Brasil e nasceu em Diamantina, do Teatro Santa Izabel, do Museu do Diamante, da casa de Chica da Silva, personagem emblemática da história do Brasil, do Passadiço da Casa da Glória, entre outros (VIVA DIAMANTINA, 2019).

A “Vesperata”, evento cultural de destaque na cidade, é definida pela Lei Municipal nº 3.935, de 12 de setembro de 2016, como uma apresentação realizada na Rua da Quitanda, com “a disposição dos músicos das bandas diamantinenses orquestradas nas sacadas dos prédios [...], com a regência alternada de maestros posicionados em um tablado no centro da referida rua” (CÂMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINA, 2016). Considerando-se que as famosas apresentações da “Vesperata”⁷ parecem atrair um número considerável de pessoas idosas, para a elaboração do

⁷ “A “Vesperata” é um evento musical periódico que acontece no centro histórico de Diamantina/MG, ao ar livre, durante os meses de baixa pluviosidade (entre março e outubro). Por sua qualidade e singularidade ajudou a cidade a alcançar o título de Patrimônio Cultural da Humanidade da UNESCO e, ao longo dos anos, configurou-se como o principal produto turístico do destino” (SILVEIRA et al., 2012, p. 1).

presente projeto foram buscados dados a respeito do número de pessoas idosas (e com possível mobilidade reduzida) que frequentam o evento.

No entanto, esses dados não parecem ter sido elaborados até o momento. Tampouco há informações sobre pessoas com deficiência. A Rua da Quitanda é íngreme (Figura 1), como é o padrão de toda a cidade. Durante o evento, é impossível o acesso de cadeirantes ao local onde são colocadas as mesas vendidas para se assistir à apresentação, a menos que as cadeiras sejam carregadas por outras pessoas. Provavelmente pessoas idosas caminham por ali com muita dificuldade. As irregularidades no pavimento, que parecem carecer de manutenção, tornam difícil até mesmo a locomoção de pessoas jovens.

Figura 1. Beco da Tecla, Mercado Velho e Rua da Quitanda



Fonte: elaborada pelas autoras.

Legenda: À esquerda o Beco da Tecla, famoso pelas apresentações de músicos locais, e pelo “Café no Beco”. A foto superior direita mostra o Mercado Velho, onde ocorrem as feiras aos sábados, apresentações de bandas e festivais. A foto inferior direita mostra a Rua da Quitanda, onde é realizada a “Vesperata”.

Em 2000, teve início o Programa “Monumenta”, de iniciativa do Ministério da Cultura. O objetivo do programa foi recuperar sítios históricos, através de financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento, e assessoria técnica do IPHAN e da UNESCO. Em Diamantina, o programa restaurou a Igreja São Francisco de Assis, a Praça Barão de Guaicuí (praça

do Mercado Municipal ou Mercado Velho), e a Cadeia Velha, onde atualmente funciona o Teatro Santa Isabel (MINISTÉRIO DA CULTURA,2010). No caso da Igreja de São Francisco de Assis, há um acesso lateral do lado esquerdo, sem escadas, que facilita a movimentação de pessoas idosas e cadeirantes na entrada da igreja.

A dificuldade, mais uma vez, está no acesso do lado de fora da igreja, devido às más condições das calçadas e pavimentação. Já o Teatro Santa Izabel parece ter recebido um projeto mais cuidadoso após a reforma, e conta com acesso para cadeirantes e pessoas com mobilidade reduzida aparentemente facilitado. Entretanto, a dificuldade mais uma vez é chegar até o local onde o teatro passa a ser acessível, o que só é fácil para pessoas que porventura estejam de carro.

A Casa onde morou o ex Presidente Juscelino Kubitschek (Figura 2) possui apenas uma escadaria, ou uma rampa estreita de acesso, que não permite a circulação de uma cadeira de rodas, pois termina na porta de entrada, onde há um degrau para acesso ao interior da casa. Embora não seja impossível, o acesso a esse ponto turístico é difícil, e pode-se dizer que já na entrada há risco de queda para pessoas idosas com mobilidade reduzida.

Figura 2. Casa de Juscelino Kubitschek



Fonte: elaborada pelas autoras

A situação da entrada do Museu do Diamante é ainda pior, conforme mostra a Figura 3. Nesse caso, há somente uma escadaria íngreme para acessar o interior do Museu.

Figura 3. Museu do Diamante



Fonte: elaborada pelas autoras

O Mercado Municipal, famoso pelas feiras de sábado, apresentações musicais, venda de comidas e bebidas típicas, festas juninas e festivais, também é repleto de degraus e pavimentação irregular (Figura 1). Já o Beco da Tecla, famoso pelas suas habituais apresentações musicais, também é ponto de encontro aos domingos de manhã, onde as pessoas se reúnem para o “Café no Beco”, realizado a céu aberto desde 2001. O Beco “vira ponto de encontro de músicos, artesãos, poetas, corais e seresteiros, que se reúnem para celebrar as tradições mineiras. As quitandeiras também fazem sua parte, (...). Há também jogos de bola, corda, mesas de xadrez e bilboquês” (VIVA DIAMANTINA, 2019). Entretanto, infelizmente é um local de difícil acesso, como demonstram as Figuras 1 e 4.

Figura 4. Beco da Tecla



Fonte: elaborada pelas autoras

As observações acima demonstram uma cidade inegavelmente rica na preservação das suas tradições. No entanto, é fácil concluir que a cultura preservada em Diamantina não é acessível a todos. Pessoas com deficiência e pessoas com mobilidade reduzida raramente são vistas caminhando pela cidade, e usufruindo de tantas coisas boas que ela oferece. Pensar no aproveitamento do potencial turístico de Diamantina sem incluir de forma devida as pessoas idosas, que infelizmente acabam sofrendo com a questão da mobilidade reduzida, é ignorar uma questão que, além de econômica, é também humana, social, e, portanto, interessa ao Direito. A Seção seguinte analisará em que pontos a legislação trata do tema.

3. Proteção da pessoa idosa, do patrimônio, e do acesso à cultura: quando só legislar não basta

A começar pela tratativa internacional sobre o tema, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 27, que “toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam” (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). A partir do momento em que uma pessoa idosa se encontra

privada do acesso a locais onde se preserva a cultura, tem-se um nítido desrespeito ao que o País se comprometeu, a nível internacional.

Em âmbito interno, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, no artigo 23, inciso III, ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, ao passo que o inciso V do mesmo dispositivo prevê a competência dos mesmos entes para “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”. Logo, ao mesmo tempo que se deve preservar, deve-se também garantir o acesso. E ainda com relação à Constituição, o artigo 215 dita que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Cabe, assim, ao Estado, de acordo com o §1º, proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Logo, tendo em vista a competência dos três entes federativos na elaboração de leis referentes à “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” (artigo 24, inciso XIV da Constituição Federal brasileira de 1988), os diplomas legais mais específicos sobre o tema serão tratados a seguir (BRASIL, 1988).

Primeiramente, deve-se citar o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), elaborado com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, e seu Protocolo Facultativo. Segundo o artigo 8º do Estatuto, é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à acessibilidade, à cultura, ao turismo, ao lazer, dentre outros. Reforça, ainda, o artigo 42, que o

acesso deve ser conferido em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantido às pessoas com deficiência o acesso a bens culturais em formato acessível, e a monumentos e locais de importância cultural e a espaços que ofereçam serviços ou eventos culturais e esportivos.

Para isto, deve o poder público “adotar soluções destinadas à eliminação, à redução ou à superação de barreiras para a promoção do acesso a todo patrimônio cultural, observadas as normas de acessibilidade, ambientais e de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional” (BRASIL, 2015). Em segundo lugar, considerando-se que as pessoas idosas sofrem frequentemente com o problema da mobilidade, merece ser citado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), que dita em seu artigo 20 que “o idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade” (BRASIL, 2003).

Sobre a acessibilidade, de forma específica, a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 (artigo 4º), diz que as normas de construção dos os logradouros e sanitários públicos, bem como os edifícios de uso público, devem prever a facilitação do acesso e uso desses locais pelas pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 2000a). Por sua vez, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, em seu artigo 11, prevê que “a construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida”. Para isto, dispõe no artigo 23 que “a Administração Pública federal direta e indireta destinará, anualmente, dotação orçamentária para as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso”.

Logo, se a própria legislação prevê a dotação orçamentária, permanece a pergunta: por que persiste, de forma tão clara, o problema da

acessibilidade em cidades que guardam a memória nacional, elevada pela UNESCO a nível de interesse da humanidade? Ainda mais, a mesma lei prevê (artigo 25), que as regras citadas “aplicam-se aos edifícios ou imóveis declarados bens de interesse cultural ou de valor histórico-artístico, desde que as modificações necessárias observem as normas específicas reguladoras destes bens” (BRASIL, 2000b)

Já no Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, tem-se a exigência da observância da utilização das normas técnicas de acessibilidade da ABNT (artigos 14 e 15), “no planejamento e na urbanização das vias, praças, dos logradouros, parques e demais espaços de uso público”. Segundo o artigo 19 do Decreto, “a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso público deve garantir, pelo menos, um dos acessos ao seu interior, com comunicação com todas as suas dependências e serviços, livre de barreiras e de obstáculos que impeçam ou dificultem a sua acessibilidade”. Para isto, dispõe do artigo 20 que “os desníveis das áreas de circulação internas ou externas serão transpostos por meio de rampa ou equipamento eletromecânico de deslocamento vertical”, quando outro meio não estiver disponível (BRASIL, 2004).

Quanto às normas da ABNT sobre o tema, a NBR 9050/2004 trata da adaptação para acessibilidade de bens tombados em seu item 8.1, e segundo esta as modificações devem ser aprovadas pelos órgãos do patrimônio histórico e cultural competentes. Nos locais onde a adaptação é impossível, prevê a norma que “deve-se garantir o acesso por meio de informação visual, auditiva ou tátil das áreas ou dos elementos cuja adaptação seja impraticável”. Ainda, “no caso de sítios considerados inacessíveis ou com visitação restrita, devem ser oferecidos mapas, maquetes, peças de acervo originais ou suas cópias, sempre proporcionando a possibilidade de serem tocados para compreensão tátil” (ABNT, 2004) Já o IPHAN dispõe, em sua Instrução Normativa nº 01/2003, que “os limites

para a adoção de soluções em sustentabilidade decorrerá de avaliação sobre a possibilidade de comprometimento do valor testemunhal e da integridade estrutural resultantes” (IPHAN, 2003). As intervenções devem se pautar pela Portaria nº 420/2010, do IPHAN (IPHAN, 2010), e normalmente se baseiam nos princípios das Cartas de Nara, Burra e Veneza, elaboradas pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS⁸).

Os diplomas legais acima citados demonstram, portanto, a importância dada não só à preservação do patrimônio, mas também ao acesso à cultura guardada por ele. Ainda, permitem concluir que as adaptações não são completamente restritas, mas devem tão somente garantir o menor comprometimento possível do bem. E além disso, quando não possíveis as adaptações recomendadas, devem ser consideradas outras formas de compreensão e acesso à memória cultural ali preservada.

Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Rodrigo de Brito Lanes (2011, p. 157) lembram que “a inclusão dos direitos sociais, particularmente os dos portadores de deficiência, no ordenamento dos direitos humanos, ao lado dos direitos civis e políticos, tem sido há anos objeto de debate jurídico tanto no Direito Internacional quanto no Direito Interno”. Sob a ótica dos direitos humanos, conforme anteriormente colocado, a inobservância do direito de acesso à cultura de locais tombados em decorrência da falta de acessibilidade, como ocorre em locais tombados, acaba por ferir direitos que atingem a humanidade como um todo. Conforme lembra Juliana Neuenschwander Magalhães:

no contexto de uma sociedade globalizada, os “direitos humanos” parecem tender a vencer a luta com a soberania. A noção de direitos revela-se, de forma inédita, capaz de desvincular-se das referências territoriais, políticas e jurídicas atinentes à noção de Estado. Cada vez mais, vislumbra-se que a expectativa entorno aos direitos humanos é de que estes transcendam as fronteiras dos Estados, do poder e do direito estabelecido. Da mesma forma, reacendem-se velhas esperanças de que, pela via dos direitos humanos, a sociedade moderna possa encontrar um caminho para

⁸ Sigla em inglês para International Council on Monuments and Sites.

sua integração. Ou seja, que não apenas direito e política, mas também os outros sistemas sociais, como a economia ou a educação, possam se deixar regular pelo primado dos direitos humanos (MAGALHÃES, 2010, p.46).

Em âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 demonstra claramente em seu texto a preocupação do legislador constituinte com a organização do espaço urbano. Tamanha a preocupação que o autor Luigi Bonizzato (2010, p. 31) afirma que existem, no Brasil, elementos para elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico, como ramo autônomo do Direito, em conjunto com uma ampla legislação que trata do tema.⁹ E a organização do espaço urbano, de modo que possa ser amplamente utilizado por todas as pessoas, passa necessariamente pela busca de alternativas que garantam a acessibilidade. À vista disto, através da inclusão das pessoas idosas com mobilidade reduzida na participação cultural de locais historicamente preservados, o uso da cidade passa a ser visto sob a ótica cidadã, ao contrário do que se dá pela ótica da Administração, assim como ressaltado por Henri Lefebvre em sua obra *Le Droit à la Ville* (“O Direito à Cidade”) (1971). Ademais, a inclusão das pessoas idosas, possibilitando a interação destas com a cidade e a cultura humana, acaba por garantir a sua própria dignidade enquanto pessoa humana¹⁰, sendo este um dos fundamentos elencados da República

⁹ “O Direito Urbanístico possui como objeto promover o controle jurídico do desenvolvimento urbano, vale dizer, dos diversos processos de uso, ocupação, subdivisão e gestão do solo nas cidades. Seus institutos são claramente hoje identificados, sobretudo diante da ampla legislação a respeito, incluindo a Constituição da República, o Estatuto da Cidade, demais leis federais de divisão do solo e ambientais, planos diretores etc (...) seus princípios reforçam claramente sua autonomia. Portanto, a singularidade atual do Direito Urbanístico, ancorada em teoria, conceitos, regras e princípios próprios, além de crescente reconhecimento didático, confere-lhe patente autonomia, encarada sob quaisquer dos aspectos acima indicados” (BONIZZATO, 2010, p.31).

¹⁰ “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 corresponsável nos destinos

Federativa do Brasil. Além disso, conforme estudo de Emerique, Gomes e Sá (2006, p.167) acerca da “abertura constitucional a novos direitos fundamentais”, “toda doutrina pesquisada adota, mesmo que indiretamente, a dignidade da pessoa humana como um parâmetro para aferição da fundamentalidade material de um direito”. Para isto, no entanto, é necessário um despertar para o problema da integração social, conforme lembra a obra de Nancy Fraser e Axel Honneth (2003).

Todavia, conforme assevera Fabiana Rodrigues Barletta, (2014, p.120) o que normalmente ocorre quando se trata dos direitos da pessoa idosa, é que “há, na legislação brasileira, suficientes direitos a amparar o idoso, mas tais direitos carecem de concretude prática, o que demanda atuação das instituições democráticas, da iniciativa privada e dos cidadãos a fim de cumprir o projeto constitucional”. E a respeito das vulnerabilidades da pessoa idosa, a autora lembra dos ensaios sobre a velhice de Simone de Beauvoir, das obras de Norberto Bobbio, *Tempo da Memória*, e de Norbert Elias, *Solidão dos moribundos e Sobre envelhecer e morrer*, que escreveram já idosos. Nestas são narradas as “experiências dos anos de velhice” como tempos sofridos (BARLETTA, 2010, p.25-26).

E como se não bastasse os dias difíceis enfrentados por aqueles que por vezes têm que lidar com questões psíquicas, com o abandono afetivo, com a discriminação social, ainda se veem privados do acesso à cultura do mundo, devido às condições precárias de acessibilidade. A falta (ou a insuficiência) de acessibilidade, para as pessoas idosas, acaba por se tornar um obstáculo ao acesso a locais que talvez elas tenham passado anos sonhando em conhecer, e que não fizeram por falta de tempo, ou até mesmo de dinheiro. E quando se vêm em um momento oportuno, encontram-se privadas por barreiras físicas que poderiam ser, se não eliminadas, pelo

da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos” (SARLET, 2001, p. 60).

menos amenizadas, bastando para isto um pouco mais de atenção por parte da sociedade como um todo.

Além disso, melhorias na acessibilidade poderiam beneficiar também as pessoas com deficiência e as pessoas idosas que já residem no Município, além de fomentar o turismo em Diamantina, que se situa no Vale do Jequitinhonha, região no Estado de Minas Gerais conhecida também pelas desigualdades econômicas e sociais. Diamantina pode, desta forma, não estar aproveitando todo o seu potencial turístico, que poderia gerar mais empregos e renda para os moradores da região. Como lembram Evangelista, Bambilla e Vanzella (2018, p. 275), muitos estudos surgiram com o aumento da expectativa de vida da população. Entretanto, “no que se refere especificamente ao turismo, observa-se a necessidade de mudanças na análise do comportamento das pessoas que compõem a chamada terceira idade, ou seja, aquelas que possuem sessenta anos ou mais”.

Isto porque esta parcela da população mostra-se cada vez mais independente, em busca de “uma vida mais dinâmica e pelo desejo de realizar diversas atividades, entre as quais as viagens”. E neste sentido o turismo seria uma “oportunidade de vivenciar as mais diversas experiências na terceira idade, com destaque para o turismo cultural voltado ao descobrimento e/ou ao contato com as mais diversas culturas”.

O reconhecimento do valor cultural, arquitetônico ou urbano de um bem, que o transforma em patrimônio, é feito através do tombamento, com o objetivo de salvaguardar o patrimônio e garantir a continuidade de sua memória. Essa proteção tem como um de seus principais fundamentos o princípio da igualdade, uma vez que se busca garantir o direito das futuras gerações, de apreciarem esses bens de valor histórico e cultural em sua integralidade, com a mesma liberdade que possui a presente geração (PEREIRA; LIMA, 2016, p.1)

Todos os projetos de intervenção em bens culturais imóveis, inclusive os projetos de acessibilidade, devem ser aprovados pelos órgãos de preservação, seja em nível federal, estadual ou municipal. No âmbito federal, o bem é protegido por órgão de preservação em nível federal, o IPHAN. O Decreto-Lei nº 25/1937 em seu artigo 17, determina que “as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas” (BRASIL, 1937) Portanto, há restrições ou impossibilidade de modificações de lugares consagrados como patrimônio, podendo levar, por exemplo, a impasses relacionados à acessibilidade. No entanto, a Constituição Federal de 1988 garante a igualdade a todos sem distinção de qualquer natureza, bem como o direito das pessoas com deficiência à acessibilidade. Dessa forma, questiona-se: como tornar os bens imóveis patrimoniais acessíveis, sem que haja prejuízo dos valores históricos?

A falta de acessibilidade pode ser encarada como um fator redutor de importância e de exclusão social (SILVA, 2015, p.27). E a trajetória histórica revela que as pessoas portadoras de deficiência por muito tempo viveram (e ainda vivem) marginalizadas, vítimas de exclusão social. Há muito não contam com um olhar humano sensível àqueles que convivem com as barreiras impostas por uma deficiência (ASSIS, 2012, p.44). E isso se agravava em épocas passadas, diante da inexistência de legislação apta a proteger essas pessoas.

Daí vem uma das dificuldades de se promover a acessibilidade em edifícios, sítios ou cidades históricas, pois estes não foram projetados e planejados para receber as pessoas com deficiência. Tampouco havia uma expectativa de vida tão longa quanto há hoje, o que fazia com que o problema relacionado à mobilidade de pessoas idosas também fosse menos relevante. No entanto, em âmbito global, a valorização dessas pessoas mereceu

destaque em 1981, com a instituição do Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD) pela ONU. Momento este de motivações para ações contínuas voltadas às pessoas com deficiência. A partir deste marco, leis e normas foram estabelecidas com o objetivo de promover acessibilidade e integração (ASSIS, 2012, p.47). Exemplo disto é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que serviu de base para a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil.

Segundo o artigo 11 da Lei Federal nº 10.098/2000, regulamentada pelo Decreto nº 5.296/2004, “a construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida” (BRASIL, 2000). Essa mesma legislação, em seu artigo 30, dispõe que a adaptação de bens culturais imóveis deve estar de acordo com a Instrução Normativa nº 1/2003 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN que dispõe sobre a acessibilidade especificamente em bens culturais imóveis. Vale ressaltar que esta Instrução Normativa tem como referência básica a além da Lei Federal 10.098/2000, já mencionada, e a Norma Técnica “Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos” (NBR9050), que estabelece critérios e parâmetros técnicos às condições de acessibilidade de forma a garantir segurança e autonomia às pessoas com deficiência.

Além de atender aos parâmetros estabelecidos pela Norma, os projetos de adaptação à acessibilidade devem atender aos preceitos do Desenho Universal que visa a concepção de que os espaços, artefatos e produtos atendam a todas as pessoas, com diferentes características antropométricas e sensoriais, de forma autônoma, segura e confortável, ou seja, atendendo os preceitos dos 7 Princípios do Desenho Universal. São eles: 1) uso equitativo; 2) flexibilidade no Uso; 3) uso Simples e intuitivo; 4)

informação perceptível; 5) tolerância ao erro; 6) baixo esforço físico; 7) tamanho e espaço para aproximação e uso (CAMBIAGHI, 2007).

Deve-se ainda ressaltar que os projetos de acessibilidade em bens culturais imóveis devem prever que as intervenções que garantam às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, a possibilidade de acesso ao interior do imóvel, sempre que possível e preferencialmente pela entrada principal, ou uma outra integrada à esta, de modo que não haja distinção entre as pessoas sob qualquer natureza, garantindo a igualdade. Quanto aos equipamentos prediais e urbanos, também se faz necessário a adaptação, por exemplo, de sanitários, telefones públicos e bebedouros acessíveis e vagas de estacionamento reservadas; todos devidamente sinalizados com o Símbolo Internacional de Acesso, sinalização tátil e sonora (PEREIRA; LIMA, 2016, p.3).

Ao se falar do traçado de uma cidade histórica ou centro histórico, estes, muitas vezes, caracterizam-se pela presença de percursos íngremes, ruas estreitas, pavimentos inadequados e em mau estado de conservação, escadas e degraus, e o desequilíbrio de uso do espaço público entre o automóvel e o pedestre. Consequentemente, torna-se necessário a requalificação dos centros históricos com foco na mobilidade e acessibilidade voltado para as pessoas, valorizando o espaço urbano como local de encontro, circulação (GEHL, 2015, p.3; p.175; FERREIRA, 2011, p. 175), e utilização do patrimônio de modo que facilmente possibilite as pessoas a conhecerem a história da cidade em que se encontram (SILVA, 2015, p.28-30): “reabilitar o passado, fazendo-o vibrar como se fosse presente” (CHOAY, 2001, p.16). E nesse sentido, a contribuição de autores como Françoise Choay e Beatriz Kühl torna-se relevante, pois trazem posicionamentos para entender as questões sobre intervenções contemporâneas, seja em edificações, sítios ou cidades de valor histórico e importâncias patrimoniais.

De acordo com Choay (2001, p.11), patrimônio histórico “designa um bem destinado ao usufruto de uma comunidade que se ampliou a dimensões planetárias, constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que se congregam por seu passado comum: obras e obras-primas das belas artes e das artes aplicadas, trabalhos e produtos de todos os saberes e savoir-faire dos seres humanos”. A cidade, enquanto ambiente construído torna-se então, objeto essencial na socialização e democratização da cultura que, com suas exceções e impedimentos, a cidade se contradiz quanto ao seu papel democrático, cultural e social na sociedade (SARMENTO; MATIAS; COSTA, 2012, p.8).

A preservação do bem imóvel pode dificultar a aprovação das intervenções de acessibilidade. No entanto, de acordo com Lemos (2006, p.68), a primeira norma de conduta relacionada em como preservar o bem cultural, especialmente o edifício, é mantê-lo “em uso constante e sempre que possível satisfazendo a programas originais”. Portanto, pode-se pensar que com a facilidade de acesso em razão da adaptação do local para torna-lo mais acessível, haverá uma possibilidade de um aumento de fluxo no local. Muitas vezes as pessoas deixam de frequentar determinado lugar por não ter condições de acesso, deixando de viver a cultura pela inacessibilidade.

Já o uso e conservação da edificação tem a seguinte recomendação pela Carta de Veneza:

a conservação dos monumentos é sempre favorecida por sua destinação a uma função útil à sociedade; tal destinação é, portanto, desejável, mas não pode nem deve alterar a disposição ou a decoração dos edifícios. É somente dentro destes limites que se deve conceber e se podem autorizar as modificações exigidas pela evolução dos usos e costumes (ICOMOS, 1964).

Entende-se que o uso é algo desejável, entretanto não é o objetivo da intervenção, uma vez que o artigo 3º menciona que “se o uso não é objetivo da intervenção, mas favorece a preservação da obra, isso significa que o uso é o meio de preservar” (KÜHL, 2010, p.310). A autora também aponta a

respeito daquilo que pode ou não ser modificado para promover a sobrevivência do bem cultural imóvel. Há interpretações quanto à menção de que “não pode nem deve alterar a disposição ou a decoração dos edifícios”, citado no artigo 5º da Carta de Veneza, de modo intensamente restritivo, desqualificando a Carta em sua totalidade, bem como a continuação do próprio artigo, onde diz que “é somente dentro destes limites que se deve conceber e se podem autorizar as modificações exigidas pela evolução dos usos e costumes”.

Deste modo, “se modificações podem ser autorizadas, significa que é possível alterar”. Desta forma, supõe-se que as intervenções contemporâneas podem ser contempladas em monumentos históricos, desde que respeitem suas características originais. É possível alterar, desde que se leve em conta os objetivos da intervenção, citados no artigo 3º da Carta de Veneza que diz que “a conservação e a restauração dos monumentos visam a salvaguardar tanto a obra de arte quanto o testemunho histórico” (ICOMOS, 1964), e que entenda o uso como meio e não como finalidade. Neste contexto, a Carta de Washington (1987) menciona que “no caso de ser necessário efetuar transformações nos edifícios [...], qualquer operação deverá respeitar a organização espacial existente [...]. A introdução de caráter contemporâneo, desde que não perturbe a harmonia do conjunto, pode contribuir para o seu enriquecimento”. Dessa forma, é essencial que qualquer intervenção de elementos contemporâneos (como elementos de adaptação à acessibilidade) em contextos históricos deve partir de uma análise do edifício, conjunto ou área que estará inerido, para que façam propostas pertinentes e justificáveis (KÜHL, 2008, p.169-171; KÜHL, 1998, p.205). Portanto, “não será a impossibilidade que determinará a adequação [...] e, sim, o respeito ao seu aspecto original” (ASSIS, 2012, p.354).

Conforme se verifica, existe uma necessidade de se fazer cumprir a legislação que trata do direito das pessoas com deficiência e mobilidade

reduzida, uma vez que o problema maior não parece, a princípio, ser a impossibilidade de alteração, como inicialmente se crê. Ao contrário, o problema parece residir na falta de atenção por parte do poder público para o problema, o que acaba por perpetuar lesões a direitos que deveriam estar sendo garantidos a essas pessoas, em decorrência de tratados de direitos humanos assumidos pelo Brasil, e pela própria Constituição Federal. Pesquisas relacionadas à temática, como a presente, servem não só para compilar dados, mas também para despertar a comunidade para um problema que precisa ser urgentemente resolvido.

5. Conclusão

Nas palavras de Carlos Drummond de Andrade (1972, p. 5), “quem, conhecendo Diamantina, será capaz de não gostar de Diamantina? Mesmo não conhecendo: ouvindo falar”. A fala de Drummond traz justamente a lembrança de uma cidade rica na manutenção de suas tradições. Trata de seresta, de música, de festas religiosas. E os estudos trazidos acima demonstram que em 2019 Diamantina ainda preserva, além de sua cultura, um rico patrimônio arquitetônico, frutos dos tombamentos do IPHAN, e também do título de Patrimônio Cultural da Humanidade concedido pela UNESCO.

No entanto, garantir o acesso de um patrimônio cultural tão rico somente a um grupo de pessoas, ainda que majoritário, como hoje acontece, é deixar de observar direitos já garantidos a outro grupo minoritário. Ainda que o Centro Histórico de Diamantina esteja preservado para qualquer pessoa que queira conhecê-lo, muito provavelmente as barreiras na acessibilidade fazem com que várias pessoas idosas (ou até mesmo jovens), com mobilidade reduzida ou deficiências, deixem de visitá-lo. Assim, ao deixar de buscar soluções para o problema da acessibilidade nas suas cidades, e neste caso as que contam com um patrimônio histórico

preservado, o Estado brasileiro deixa de cumprir vários compromissos assumidos, tanto na legislação interna, quanto em tratados internacionais. O estudo comprova que é possível proceder a alterações do patrimônio tombado, desde que não haja descaracterizações. Mas em Diamantina a falta de acessibilidade ainda não parece ter chamado a atenção dos gestores públicos.

O que se espera é que o poder público se atente para o problema o mais rápido possível, permitindo, assim, que as pessoas idosas gostem de Diamantina por, de fato, conhece-la, deixando somente de “ouvir falar” sobre a cidade. E pedindo-se, humildemente, uma pequena licença, as autoras deste estudo, que ainda tem muito a evoluir, se arriscam a completar a frase de Drummond (1972, p. 5): “que Deus conserve Diamantina gostosa, musical, hospitaleira”, e também acessível!

Referências

- ABNT. NBR 9050, de 2004. **Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos**. Rio de Janeiro, 2004.
- ALBUQUERQUE, Fernanda de Alencar Machado. Diamantina: Patrimônio Cultural da Humanidade. **Designarecon**, Uberlândia, v. 5, n. 10, p. 3-4, nov. 2012.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. Encanto de Diamantina. **Jornal do Brasil. Caderno B**. Rio de Janeiro, 14 out. 1972. p. 5.
- ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 217 A III, de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948.
- ASSIS, Elisa Prado de. **Acessibilidade nos bens culturais imóveis: possibilidade e limites nos museus e centros culturais**. 2012. Universidade de São Paulo. (Tese de Doutorado).
- BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. O direito à educação inclusiva das crianças portadoras de deficiência. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 1, p.155-174, jan./jun. 2011.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A pessoa idosa e seu direito prioritário à saúde: apontamentos a partir do princípio do melhor interesse do idoso. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 15, n. 1, p.119-136, mar./jun. 2014.
- _____. **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONIZZATO, Luigi. **A Constituição Urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do Direito Constitucional Urbanístico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.
- _____. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, RJ, 1937.

- _____. Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Brasília, DF, 2004.
- _____. Lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000. Brasília, DF, 2000a.
- _____. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Brasília, DF, 2000b.
- _____. Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF, 2003.
- _____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Estatuto da Pessoa Com Deficiência**. Brasília, DF, 2015.
- CÂMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINA. **Lei Orgânica do Município de Diamantina**. Diamantina, MG, 1990.
- _____. **Lei nº 3.935, de 12 de setembro de 2016**. Dispõe sobre os eventos “Vesperata” e “Seresta” no Município de Diamantina e dá outras providências. Diamantina, MG, 2016.
- CAMBIAGHI, Silvana. **Desenho Universal: métodos e técnicas para arquitetos e urbanistas**. São Paulo: Senac, 2007.
- CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. São Paulo: Editora Unesp, 2001.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacases, Ano VII, nº 8, p.123-170, jun. 2006.
- EVANGELISTA, Gabriela Patrício Diniz; BRAMBILLA, Adriana; VANZELLA, Elídio. Acessibilidade para idosos: um estudo aplicado ao Theatro Santa Roza. In: VANZELLA, Elídio; BRAMBILLA, Adriana; SILVA, Márcia Félix da. **Turismo e hotelaria no contexto da acessibilidade**. João Pessoa: Editora do CCTA, 2018. p. 248-279.
- FERREIRA, Oscar Luís. **Patrimônio cultural e acessibilidade: as intervenções do programa Monumenta, de 2000 a 2005**. 2011. 321 f. Tese (Doutorado) - Curso de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. New York: Verso Books, 2003.
- GEHL, Jan. **Cidade para Pessoas**. Tradução Anita Di Marco. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ICOMOS – INTERNATIONAL COUNCIL ON MONUMENTS AND SITES. **Carta de Veneza**. Veneza, 1964.
- _____. **Diamantina (Brazil): No 890**. Advisory Body Evaluation (ICOMOS). 1999. Disponível em: <<https://whc.unesco.org/en/list/890/documents/>>. Acesso em 08 maio 2019.
- IPHAN – INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Instrução Normativa nº 1, de 25 de novembro de 2003.
- _____. **Inventário nacional de bens imóveis: sítios urbanos tombados – INBI-SU**. Manual de preenchimento. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2007.
- _____. Portaria nº 420, de 22 de dezembro de 2010.
- _____. **Mobilidade e acessibilidade urbana em centros históricos**. Brasília: Iphan, 2014.
- KÜHL, Beatriz Mugayar. **Arquitetura do ferro e arquitetura ferroviária em São Paulo**. Ateliê Editorial, 1998.
- _____. Notas sobre a Carta de Veneza. **Anais do Museu Paulista: história e cultura material**, v. 18, n. 2, p.287-320, 2010.
- _____. **Preservação do patrimônio arquitetônico da industrialização: problemas teóricos de restauro**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

- LEFEBVRE, Henri. **Le droit a la ville**. 2 ed. Editions Anthropos.
- LEMOS, Carlos Alberto Cerqueira. **O que é patrimônio histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 52, p.31-48, 2010.
- MINISTÉRIO DA CULTURA. **Monumenta**. Diamantina: Ministério da Cultura, 2010.
- PAES, Maria Tereza Duarte; SOTRATTI, Marcelo Antonio. **Geografia, turismo e patrimônio cultural: identidades, usos e ideologias**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.
- PEREIRA, Ana Carolina Araújo; LIMA, Erlon de Paula. Acessibilidade em imóveis tombados. **MPMG Jurídico**, ed.3, dez. /jan., 2006.
- SILVEIRA, Carlos Eduardo et al. Visões Qualitativas dos Atores da Vesperata em Diamantina/MG e suas possibilidades diante da teoria do marketing de destinos. **ABET**, Juiz de Fora, v. 2, n. 1, p.1-66, jan. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.
- SARMENTO, Bruna Ramalho; MATIAS, Emanoella Bella Sarmiento S. E.; COSTA, Angelina Dias Leão. Acessibilidade em sítios históricos: avaliando o centro de João Pessoa – PB. **III Seminário Internacional Urbicentros: Morte e vida dos centros urbanos**. Salvador, 2012.
- SILVA, Marta Braga de Miranda Duarte. **Intervenções contemporâneas em espaços e edifícios públicos: efeitos patrimoniais, sociais e urbanos**. 2015. Instituto Superior Técnico de Lisboa. Arquitetura. (Dissertação de Mestrado).
- SOUSA, Zélia Lopes de. **Os entraves na promoção da acessibilidade em Diamantina: uma abordagem das vias públicas do sítio tombado pelo IPHAN**. Diamantina: UFVJM, 2011.
- UNESCO – THE UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **World Heritage Information Kit**. Paris: World Heritage Centre, 2008.
- _____. **Heritage and Accessibility**. 2013. Disponível em: <<https://whc.unesco.org/en/events/1005>>. Acesso em: 10 set. 2018.
- VIVA DIAMANTINA. **Atrativos**. Disponível em: <<http://vivdiamantina.com.br/atrativos/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **10 facts on disability**. 2017. Disponível em: <<http://www.who.int/features/factfiles/disability/en/>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

Artigo recebido em: 29/08/2019

Aceito para publicação em: 20/04/2021

Avaliação dos aspectos de configuração urbana facilitadores da mobilidade nos planos de ordenamento territorial e de transportes do Distrito Federal

Assessment of the aspects of urban configuration that facilitate mobility in the land use and transportation plans of the Brazilian Federal District

Henrique Vitorino S. Alves¹

Maria do Carmo de Lima Bezerra²

Karoline Cunha Blanco³

André Leal Santos⁴

Resumo: Mobilidade é um tema relativamente recente nas discussões sobre qualidade urbana no Brasil e, ainda, quase sempre é tratada como relacionada apenas ao transporte público e sua gestão. Por outro lado, a abordagem escolhida neste artigo é a relação entre forma urbana e a eficiência de políticas públicas para o estabelecimento de uma mobilidade mais sustentável. Utilizando como estudo de caso o Distrito Federal, analisou-se como a forma urbana se relaciona com a promoção da mobilidade sustentável e como essa relação se dá nas diretrizes presentes nos planos de ordenamento territorial e de transportes do Distrito Federal. Como resultado, apresentou-se um

¹ Doutor em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade de Brasília (2020). Mestre em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal de Uberlândia (2013). Graduado em Arquitetura e Urbanismo (2008) e Engenharia Elétrica (2003) pela Universidade Federal de Uberlândia. Docente na Faculdade UNIESSA e proprietário do Estúdio Vitorino Arquitetura. E-mail: henriquevsa@hotmail.com.

² Doutora em Estruturas Ambientais Urbanas pela Universidade de São Paulo (1996). Mestre em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade de Brasília (1988). Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal do Ceará (1980). Estágio Pós doutoral no AAP, Cornell University, USA (2009-2010) e no DUyOT da Universidade Politécnica de Madri (2019-2020). Professora Titular da Universidade de Brasília. Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa em Gestão Ambiental Urbana (UnB/CNPq). Bolsista de Produtividade CNPQ (2020-2023). E-mail: mdlbezerra@gmail.com.

³ Mestra em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de Brasília - UnB (2018) na área de Projeto e Planejamento Urbano. Especialista em Análise Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2012). Graduada em Arquiteta e Urbanista pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2010). Arquiteta e Urbanista no Núcleo de Regularização Fundiária da Diretoria Técnica na Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap. E-mail: blanco.karoline@gmail.com.

⁴ Mestre em Arquitetura e Urbanismo pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília (PPG-FAU UnB), na linha de pesquisa Planejamento Urbano e Regional. Especialista em Geoprocessamento Ambiental pelo Programa de pós-graduação do Instituto de Geociências da UnB. Graduado em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de Brasília. E-mail: andreleal.s07@gmail.com.

quadro sintético dos elementos facilitadores da mobilidade e de como esses elementos compõem nos referidos planos. Ambos documentos apresentam conceitos importantes para o alcance da mobilidade sustentável: multimodalidade, acessibilidade universal, multicentralidade, ocupação de vazios urbanos, preferência a modos não-motorizados e motorizados coletivos de transporte, integração do sistema de transportes, dentre outros. No entanto, constatou-se a ausência de instrumentos jurídicos que possibilitem materializar os princípios, objetivos e diretrizes arroladas em tais documentos, sem superar a tradicional distância entre planejamento e produção do espaço urbano nas cidades brasileiras.

Palavras-chave: Plano de ordenamento territorial; Plano de transportes; Mobilidade urbana sustentável; Atributos espaciais da mobilidade; Distrito Federal.

Abstract: Mobility is a relatively recent topic in the discussions on the quality of urban space in Brazil. However, it's still treated as a matter only related to public transportation and its management. However, the guiding approach of this paper is the relationship between urban form and the efficiency of public policies to achieve a more sustainable urban mobility. Using as a study case the Brazilian Federal District, it was analyzed how urban form relates to sustainable mobility and how this relation occurs within the guidelines presented in the Federal District's land use and the transportation plans. As a result, this paper presents a synthetic framework of the configurational elements that facilitate mobility and how these elements appear in those plans. Both documents present important concepts for the achievement of sustainable mobility: multimodality, universal accessibility, multicentrality, occupation of urban voids, preference for non-motorized and collective motorized transportation, integration of transport system, among others. However, it was verified the absence of instruments that make possible to materialize the principles, objectives and guidelines listed in those documents, maintaining the traditional separation between urban planning and the concrete production of Brazilian urban spaces.

Keywords: Land use plan; Transportation plan; Sustainable urban mobility; Spatial attributes of mobility; Brazilian Federal District.

1. Introdução

O crescimento urbano se dá por meio de diferentes configurações de uso e ocupação do solo. No Brasil, tais arranjos têm levado a estruturas urbanas com baixo desempenho em termos de mobilidade urbana, consequência de ações de planejamento que outorgam excessiva liberdade à expansão do tecido urbano que, dentre outras consequências, produzem uma malha viária bastante desarticulada (GENTIL, 2015). Esse quadro ocasiona efeitos negativos sobre a mobilidade e a qualidade de vida da população

urbana brasileira, o que tem reforçado a necessidade de uma nova abordagem para a mobilidade urbana, considerando os conceitos da sustentabilidade.

A partir de uma vasta revisão bibliográfica, Gentil (2015) elencou características da forma urbana consideradas fundamentais para que se possa produzir mobilidade de forma sustentável em uma cidade. No Quadro 1 abaixo são apresentados os aspectos que sintetizam a mobilidade urbana sustentável, segundo a autora:

Quadro 1. Resumo conceitual da sustentabilidade na mobilidade urbana

ASPECTOS ESSENCIAIS DA SUSTENTABILIDADE NA MOBILIDADE	ESTRATÉGIAS	AÇÕES
<ul style="list-style-type: none"> - maior eficiência dos sistemas de transporte em termos de custo, capacidade, pontualidade e oferta - menor consumo de energia e emissões de poluentes e ruídos - maior otimização do uso da infraestrutura existente - acesso amplo e democrático aos espaços urbanos 	<ul style="list-style-type: none"> - Favorecer modos de transporte coletivo e não-motorizado - Proporcionalidade e otimização entre desenvolvimento urbano e transporte 	<ul style="list-style-type: none"> - adequação da infraestrutura viária - ampliação da frota de transporte coletivo - integração entre modos de transporte e linhas - subsídios ao transporte coletivo - uso de tecnologia - estimular adensamento onde há oferta ou possibilidade de aumento de oferta de transporte coletivo - controle sobre a expansão urbana para manutenção de densidade, compacidade e conectividade

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de dados de GENTIL (2015)

No âmbito da legislação urbana brasileira, o discurso sobre cidades sustentáveis surge no Estatuto da Cidade (2001), mas é apenas com a Lei Federal de Mobilidade (2012) que a sustentabilidade passa a ser associada à mobilidade. A lei define elementos estruturadores para os planos de mobilidade, com enfoque na mudança da matriz de deslocamentos tradicional da população para modos mais sustentáveis (coletivo e não-motorizado). No entanto, de acordo com Gentil (2015), há pouca ou nenhuma indicação sobre as características da forma urbana como fatores relevantes para o alcance da mobilidade sustentável. Por forma urbana, se refere aqui à maneira com que os elementos físicos da cidade (vias, espaços públicos, edificações, lotes, quadras etc.) se estruturam e se relacionam – e essas

características, articuladas às de transporte e circulação, são condicionantes da mobilidade.

Em teorias e investigações recentes sobre forma urbana e sustentabilidade, muito tem sido discutido sobre dois tipos morfológicos opostos: a cidade compacta e a cidade dispersa. Vários autores, como Rueda (2002), Cervero e Kockelman (1997) ou Rogers e Gumuchdjian (2001), trazem análises sobre os dois padrões espaciais, apontando as qualidades e fraquezas dos dois padrões espaciais (disperso e compacto). Entretanto, segundo Gentil (2015), as características de sustentabilidade estão predominantemente presentes nas cidades compactas, cuja configuração morfológica é caracterizada pela presença de níveis superiores de densidade populacional, uso misto do solo (mistura dos usos residencial e comercial), continuidade do tecido urbano e o nível de conectividade do desenho urbano.

Em tese, essas quatro características levam à redução das distâncias de viagem e contribuem para a implantação de um sistema de transporte integrado, fomentando a utilização dos transportes coletivos e não-motorizados e, sobretudo, auxiliando na redução do uso do transporte individual – em outras palavras, estas variáveis, quando adequadamente configuradas, permitem o estabelecimento de uma mobilidade mais alinhada com as premissas da sustentabilidade.

2. Método de análise: características da forma urbana relacionadas à mobilidade sustentável

A partir desse contexto, este trabalho analisa de que forma os planos de ordenamento territorial e de transportes do Distrito Federal promovem estes quatro atributos da forma urbana que podem potencializar a mobilidade urbana sustentável. Para tal, em primeiro lugar, o artigo apresenta uma breve apresentação conceitual desses atributos, seguida por uma caracterização do objeto de estudo (Distrito Federal) e de seus planos

de Ordenamento Territorial (PDOT/DF) e de Transportes (PDTU/DF). Por fim, são feitas considerações finais a partir da análise, incluindo a proposição de diretrizes para uma maior integração entre forma urbana e mobilidade no Distrito Federal.

2.1. Densidade

A densidade é obtida por meio da razão entre o total da população de determinada área urbana por unidade de solo urbano, com o objetivo de informar o grau de concentração populacional. A ampla revisão de literatura desenvolvida por Gentil (2015) indica que a densidade é um dos parâmetros mais recorrentes entre os apontados para se atingir o padrão de cidades mais sustentáveis. A densidade populacional urbana está diretamente relacionada à otimização do espaço urbano em aspectos ambientais, econômicos e sociais. Em geral, a discussão recente tem defendido que níveis maiores de adensamento populacional facilitam a implementação de sistemas de transporte mais eficientes.

2.2. Características do uso do solo urbano

As características de uso do solo urbano são mensuradas a partir do percentual de área urbana destinada a cada tipo de uso do solo, de acordo com a legislação de zoneamento ou equivalente. Além do sistema viário, a forma urbana é delineada a partir de parâmetros de uso e ocupação do solo, os quais, por sua vez, também influenciam os padrões de deslocamento da população. A multifuncionalidade (ou uso misto do solo), que corresponde à coexistência de múltiplas funções urbanas, é um desses parâmetros. Essa diversidade de usos, desde que compatíveis entre si, resulta em benefícios sociais, econômicos e ambientais. A implementação do uso misto ocasiona uma maior distribuição de serviços e atividades no interior das cidades, tornando seus bairros mais autônomos e, conseqüentemente, reduzindo a extensão e o tempo das viagens – o que favorece, especialmente, o

deslocamento por meio de modos de transporte não motorizados. Por sua vez, isso confere maior dinamismo aos espaços públicos, maior acesso da população às atividades econômicas, bem como redução de ruídos, atropelamentos e poluição atmosférica devido a diminuição da quantidade de viagens motorizadas. Segundo o raciocínio, o uso singular do solo urbano (zonas monofuncionais) impacta negativamente a mobilidade sustentável.

2.3. Continuidade

É a característica que mensura a proporção entre a área total consolidada da cidade e as áreas não parceladas ou desocupadas em seu interior. A presença destas áreas vazias (ou vazios urbanos) gera descontinuidades na malha viária que, por sua vez, produzem uma forma urbana marcada pela presença de espaços fragmentados e desconectados entre si, tornando a locomoção difícil e as distâncias a serem percorridas maiores – elevando tanto o tempo quanto os oferecem mais possibilidades de percursos e menores distâncias entre os locais de interesse da população, o que sobrecarrega menos o sistema de transportes e favorece o deslocamento por meio de caminhadas ou bicicletas.

2.4. Características de conectividade do tecido urbano

A conectividade do tecido urbano pode ser mensurada a partir do grau de conexão entre pontos de interesses como residências, estacionamentos, serviços públicos, áreas verdes, comércio etc., além da interligação entre elementos do sistema viário, como faixas de rolamento, calçadas e ciclovias. A conectividade entre os elementos do tecido urbano impacta a acessibilidade aos espaços, pois ela condiciona a forma como os deslocamentos são feitos.

Como consequência, a conectividade é responsável pela maior ou menor dependência da utilização do automóvel, ocasionando não apenas

deslocamentos mais eficientes mas também níveis superiores de interações sociais e dinamismo no espaço público: a redução no número de automóveis nas vias e o aumento de deslocamentos a pé, por bicicletas e por transporte coletivo favorece maior presença de pessoas nos espaços públicos da cidade, favorecendo os encontros e a utilização do comércio, dos serviços e das amenidades existentes ao longo dos percursos.

O quadro a seguir apresenta, em síntese, os quatro fatores relacionados à forma urbana compacta e sua influência nos padrões de mobilidade urbana sustentável conforme apresentado por Gentil (2015).

Quadro 2. Síntese dos fatores relacionados à forma urbana compacta e a sua influência em padrões de mobilidade urbana sustentável

Fatores relacionados à forma urbana compacta	Influência na Mobilidade Urbana Sustentável
Densidade	A densidade é influenciada pelos índices urbanísticos (taxa de ocupação, índices de aproveitamento, gabarito). Criar uma diversidade urbana de tipologia de habitações, diferentes densidades, tamanhos diferentes de terrenos públicos ou privados implicaria em menor segregação espacial e poderia também influenciar a mobilidade urbana porque é um atributo condicionador da densidade. O aumento da densidade pode auxiliar na redução das viagens por veículo se planejado junto com a oferta de transporte público e uso misto do solo. Baixa densidade impacta de forma negativa a mobilidade urbana.
Características do uso do solo urbano (uso misto, multifuncionalidade/uso singular)	Promover o uso misto e maior proximidade entre as diversas atividades pode reduzir a necessidade de utilização do automóvel. Uso singular ou zoneamento rígido pode gerar mais deslocamentos no tecido urbano, impactando de maneira negativa na mobilidade urbana.
Continuidade	Tendência à limitação do processo de expansão urbana. Crescimento próximo ao centro. Preenchimento dos espaços vazios, requalificação dos espaços degradados. A expansão das cidades é um fator que gera mais viagens de automóvel.
Características do desenho urbano/ (conectividade/acessibilidade)	As características do desenho urbano podem auxiliar na redução de viagens de automóvel, principalmente se o mesmo permitir articulação com o serviço de transporte público por meio de melhor conectividade e acessibilidade entre ruas, calçadas e ciclovias. Dependendo da concepção do desenho urbano, pode-se atribuir em determinadas áreas urbanas uma maior ou menor utilização para os transportes não-motorizados ou transporte público, reduzindo a dependência do automóvel.

Fonte: GENTIL (2015)

3. Análise dos resultados: relação entre forma urbana e mobilidade sustentável no Distrito Federal

Brasília, capital do país, foi fundada em 1960 seguindo preceitos do urbanismo modernista, sendo marcada por uma extensa dependência do modal rodoviário de transporte, pelo emprego de zoneamento rígido (monofuncional) e baixa densidade populacional. Sua estruturação espacial metropolitana é fortemente dispersa, caracterizada pela presença de diversos núcleos isolados periféricos (cidades-satélites) bastante populosos e essencialmente habitacionais, fortemente dependentes do Plano Piloto (o centro), estão concentradas as principais atividades econômicas. Essa configuração gera grandes movimentos pendulares ao longo do dia. Essa lógica de desenvolvimento urbano, além de ser responsável por agravar problemas de segregação social, gera demandas cada vez maiores de locomoção, dificultando a implementação de soluções de mobilidade adequadas.

Para enfrentar esses problemas, é possível contar com o aparato legal do Estatuto da Cidade, que determina que o plano de transportes deve fazer parte do plano diretor municipal e ser compatível com o mesmo. Por isso, serão analisados os vigentes Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal (PDOT/DF) de 2012 e o Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal (PDTU/DF) de 2011, tendo como base as quatro características da forma urbana que impactam os padrões de mobilidade tratadas anteriormente.

3.1. Análise do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal

O PDOT/DF contempla em seu artigo 8º a garantia da circulação da população por todo o Distrito Federal, e destaca que isso deve se dar com a

implantação de multimodalidade, a acessibilidade, a promoção da qualidade ambiental e da preservação dos ambientes natural e construído. O plano menciona a hierarquia modal consensual, que prioriza o pedestre em relação aos demais modos de transporte - seguido pelos veículos não motorizados, motorizados coletivos e, finalmente os veículos individuais (art. 17). Assim, o plano contempla os principais conceitos relacionados à mobilidade urbana segundo a Lei Federal de Mobilidade (2012).

Embora o plano traga definições e os princípios relacionados diretamente à mobilidade e aos transportes, suas estratégias são bastante incipientes no sentido de como concretizar tais intenções. Em linhas gerais, pode-se afirmar que PDOT delega a materialização de seus objetivos de transportes e mobilidade para o PDTU/DF (apresentado a seguir). Isto fica claro quando se constata que o único instrumento que o PDOT explicitamente relaciona ao desenvolvimento da mobilidade distrital é o próprio PDTU (art. 22). Em outras palavras, não vislumbra que os instrumentos urbanísticos de configuração do uso e ocupação do solo são essenciais para a promoção da mobilidade – mas considera a mobilidade um problema relacionado apenas com o sistema de transportes.

Por outro lado, merece destaque a seção que trata de estratégias de implantação de polos multifuncionais (seção VI, artigos 138 a 140):

Art. 138. A estratégia de implantação de Polos Multifuncionais tem o objetivo de fomentar o desenvolvimento de subcentralidades no território vinculadas à acessibilidade decorrente da Rede Estrutural de Transporte Coletivo.

§ 1º Os Polos Multifuncionais serão implantados em um raio de 600m (seiscentos metros) dos terminais de integração da Rede Estrutural de Transporte Coletivo(...).

§ 2º Os Polos Multifuncionais deverão abrigar espaços para oferta de emprego, comércio e serviços, lazer, esporte, cultura e moradia para diferentes faixas de renda.

§ 3º A implantação dos Polos Multifuncionais está condicionada à implantação prévia da Rede Estrutural de Transporte Coletivo.

No trecho da lei citado, ainda que não faça parte da seção que trata de mobilidade, percebe-se a consideração do uso do solo misto e da agregação de atividades a fim de se reduzir as distâncias e reduzir uso de modais motorizados pela população – indiretamente, implica ainda em aumento de densidade. Além disso, o sistema de transportes é tratado como elemento indutor e viabilizador do desenvolvimento urbano. Assim, o PDOT, embora explicitamente trate muito pouco e de modo abstrato sobre mobilidade territorial, traz uma importante estratégia de estruturação urbana que tem o potencial de favorecer o estabelecimento de condições mais sustentáveis de circulação de pessoas no Distrito Federal.

3.2. Análise do Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal

O PDTU/DF é um documento que se define como sendo um instrumento de planejamento urbano de caráter estratégico, que objetiva definir diretrizes e políticas de gestão dos transportes urbanos no âmbito do Distrito Federal, além de apresentar proposta de gestão para a RIDE de Brasília - Região Integrada de Desenvolvimento⁵. O texto oficial ainda afirma que o PDTU foi desenvolvido a partir da noção de multimodalidade e com a intenção de atender às exigências de deslocamento da população e de aumentar a eficiência do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal (STPC/DF).

Em seu texto, o PDTU contempla grande parte das reflexões e proposições apontadas na teoria sistematizada. O documento menciona a necessidade da multimodalidade, da qualidade e acessibilidade das calçadas, do desestímulo ao uso do automóvel particular e da priorização do pedestre, do ciclista e do transporte coletivo, dentre outros temas da

⁵ Uma RIDE é um tipo de região metropolitana que engloba municípios de diferentes estados da federação. No caso de Brasília, é denominada Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno, englobando, além do próprio Distrito Federal, municípios dos estados de Goiás e Minas Gerais.

mobilidade sustentável. Porém, não cria instrumentos jurídicos para efetivar suas intenções, incorrendo em um problema recorrente da legislação urbanística brasileira: possuir princípios e objetivos corretos, porém abstratos e desacompanhados de meios para a concretização de suas propostas, carente de instrumentação jurídica adequada e de gestão que permita sua efetiva implementação. O próprio plano reconhece isso ao afirmar que caberá à Secretaria de Estado de Transportes a criação de dos adequados instrumentos legais (art. 6º) para sua realização.

Quanto ao grau de compatibilidade com a Política Nacional de Mobilidade, o PDTU abarca a maioria de seus objetivos, deixando apenas dois de fora: 1., “A justa distribuição dos ônus e benefícios no uso dos diferentes modos de transporte” e 2., “O transporte público como estruturador do território e indutor do desenvolvimento integrado” (BRASIL, 2012).

A ausência do segundo objetivo, em especial, é importante sintoma da visão que o PDTU expressa em relação à mobilidade: percebe-se no plano ainda a presença do paradigma tradicional de transportes, que enxerga o sistema de transportes apenas como uma infraestrutura que deve acompanhar o desenvolvimento urbano - e não como um meio de desenvolvimento urbano e inclusão social (por outro lado, no PDOT, mostrou-se que este segundo item aparece na seção sobre as subcentralidades).

4. Análise das características da forma urbana relacionadas à mobilidade sustentável previstas nos planos do Distrito Federal

Nessa etapa é identificado como o PDOT/DF e o PDTU/DF abordaram em seus objetivos e diretrizes as quatro características relacionadas à mobilidade sustentável: densidade, uso do solo, continuidade e conectividade do tecido urbano.

4.1. Análise do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal

4.1.1. *Densidade*

Ao analisar a abordagem da densidade no PDOT/DF, é possível observar que o plano volta sua atenção para a consolidação de subcentralidades em localidades que já se apresentam enquanto áreas de atração em seus contextos. A densidade populacional é utilizada como parâmetro de ocupação do solo em todo o zoneamento do Distrito Federal, sendo apresentados valores de referência para cada zona. É importante ressaltar que a lei considera densidade alta, valores superiores 150 hab/ha – enquanto que as propostas de densidade que a literatura apresenta como necessárias para viabilizar mobilidade sustentável geralmente orbitam em torno de 400 hab/há. Isso aponta para a pouca força do PDOT, no sentido de conter o espraiamento dos assentamentos urbanos que busca regular.

Apesar da ampla área urbanizada que pode ser observada no território do Distrito Federal e de sua baixa densidade, em geral, o PDOT indica novas áreas econômicas a serem implantadas, além de dedicar parte dos seus esforços em regularização fundiária, de modo a promover a urbanização de novos núcleos com oferta de áreas habitacionais dispersas em diferentes partes do território. Dessa forma, apesar de pregar o “estabelecimento de áreas urbanizadas mais compactas no território”, o plano tende a dar continuidade ao processo de urbanização tradicional, dirigido muito mais pelas forças de mercado do que pela legislação.

4.1.2. *Características do uso do solo urbano*

A análise do PDOT/DF permite observar que existe preocupação relacionada às “Características do Uso do Solo Urbano”, uma vez que, já na definição dos objetivos gerais do Plano, é ressaltada a importância de

diversificação dos usos em relação à ampliação das oportunidades de trabalho e distribuição equilibrada pelo território do Distrito Federal.

As diretrizes relacionadas à diversidade de usos podem ser observadas em dois momentos. Primeiramente, nas diretrizes relacionadas ao desenvolvimento econômico, onde consta a promoção da diversificação de atividades econômicas em áreas consolidadas e a adoção de uso misto, ambas justificadas, no plano, como estratégias de consolidar e potencializar o desenvolvimento econômico e também para melhor aproveitar a infraestrutura instalada. Também estão presentes diretrizes com relação ao uso e ocupação do solo, destacando a necessidade de evitar a segregação de usos e, desta forma, reduzir deslocamentos e equilibrar a distribuição dos locais de interesse da população (sobretudo emprego, equipamentos públicos e moradia).

Em suma, percebe-se que a relação entre forma urbana e mobilidade sustentável está presente no PDOT/DF através de seus objetivos e diretrizes, especialmente com a estratégia de fortalecimento das outras centralidades do DF.

4.1.3. Continuidade

O PDOT reconhece que a existência de diversos vazios em meio ao território do Distrito Federal dificulta a contenção da ocupação irregular e a otimização da infraestrutura. Entretanto, ao destacar a prioridade da regularização fundiárias (de áreas invadidas), acaba regulamentando a consolidação da cidade desconexa e dispersa. Além disso, ao prever áreas para a implementação de empreendimentos de habitação social, o faz segundo o padrão tradicional do país, reservando as localidades mais distantes das centralidades para essa população.

A ênfase nesse caso é dada ao tema ambiental, sem incluir argumentos relacionados à mobilidade. Isso, porque o plano traz como

prioridade a regularização e estruturação de ocupações urbanas que se encontram em áreas que já possuem uma base de infraestrutura implantada, os chamados vazios urbanos, desde que seja observada a capacidade de suporte socioeconômica e ambiental desses territórios.

O plano também traz como diretriz o estímulo à ocupação de vazios urbanos das áreas residuais onde existem equipamentos públicos, serviços e infraestrutura, buscando otimizar a capacidade da infraestrutura instalada e reduzir custos de urbanização. Outra diretriz é a necessidade de promover a integração dos parcelamentos residenciais que se encontram distribuídos de forma dispersa e fragmentada, entre si e em relação aos núcleos vizinhos consolidados, e a expansão do solo urbano em continuidade com os núcleos urbanos existentes, assim como na transição com as áreas rurais que sofrem pressão urbana.

Dessa forma, é possível concluir que o PDOT/DF, ao elencar diversas estratégias para promover a otimização da infraestrutura urbana por meio da estruturação de vazios urbanos e a consolidação de novas centralidades, contribui de forma indireta para mobilidade. Novamente, é delegada à instrumentalização legal a real realização de tais objetivos.

4.1.4. Características do desenho urbano (conectividade/ acessibilidade)

A análise do PDOT permite observar que não há nenhum objetivo geral que trate especificamente sobre o tema da conectividade/acessibilidade. Há apenas um objetivo que aborda de maneira mais genérica a mobilidade urbana, indicando que o plano deve promover mobilidade urbana e rural, mas pouco avança para além dessa constatação.

Em relação às diretrizes para o transporte no Distrito Federal, é possível identificar intenções relacionadas à redução da utilização do transporte individual motorizado por meio da priorização do transporte

coletivo e do transporte não-motorizado. Há também a abordagem relacionada à garantia da acessibilidade universal por meio do sistema de transporte coletivo, embora não proponha diretrizes que especifiquem como tais intenções deveriam ser concretizadas.

Já na apresentação das diretrizes setoriais para o sistema viário e de circulação, postula-se o incentivo ao uso do transporte coletivo e não-motorizado por meio da implantação de faixas exclusivas ou preferenciais. Também se defende a promoção de acessibilidade de pedestres e ciclistas ao sistema de transporte.

A análise permite concluir que o PDOT/DF não possui diretrizes que abordem características de conectividade do espaço urbano com foco no pedestre, pois não apresenta ações específicas em relação ao modal peatonal. Apenas é indicada a necessidade de promoção de acessibilidade ao sistema de transporte, sem maiores detalhamentos. De outro modo, apesar da menor intensidade textual em relação ao modo tradicional de se pensar a mobilidade, ainda há predominância de ações que acabam por contribuir com a continuidade da utilização do transporte motorizado e visões já rechaçadas sobre como relacionar a forma urbana e os deslocamentos no interior do espaço urbano.

4.2. Análise do Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal

4.2.1. *Densidade*

É de bastante interesse o fato de o termo densidade não aparecer na redação do PDTU/DF. Esse documento enfatiza a definição de diretrizes e políticas estratégicas para a gestão dos transportes urbanos e, sendo assim, quase não aborda a relação entre as características do tecido urbano e o provimento da mobilidade urbana sustentável. O plano apenas resvala no

tema ao afirmar que as normas gerais básicas para implementação do PDTU devem estar em consonância com o PDOT.

No trecho em que são apresentadas diretrizes relacionadas ao uso e ocupação do solo que favoreçam a redução das necessidades de deslocamentos motorizados, pode-se incluir a densidade. No entanto, o trecho não explicita o ensejo por densidades maiores, não existindo, portanto, uma indicação direta no PDTU/DF da relação desta característica da forma urbana com a mobilidade sustentável.

4.2.2. Características do uso do solo urbano

Assim como no caso da densidade, as características de uso do solo urbano necessárias à realização de uma mobilidade sustentável não são abordadas de forma direta no Plano de Mobilidade. Percebe-se que o PDOT ainda apresenta uma visão compartimentada da realidade e de gestão: se o plano é de transportes, ele não fala de uso do solo.

4.2.3. Continuidade

A característica da continuidade também não aparece de forma direta nas diretrizes e objetivos atribuídos ao PDTU/DF. Por estar vinculada à forma de urbanização, a continuidade aparece mais especificamente apenas no PDOT/DF.

4.2.4. Características de conectividade do tecido urbano

Apesar de não trazer elementos relativos à forma urbana, o PDTU apresenta objetivos e características que fazem referência à conectividade e a acessibilidade como pontos de melhoria da mobilidade urbana no DF.

O PDTU traz como objetivo geral a necessidade de desenvolver e estimular os meios de transporte não-motorizados, além de reconhecer a importância dos deslocamentos de pedestres e ciclistas através de propostas

de melhorias e intervenções que aumentem o conforto e a acessibilidade dos espaços de circulação.

Além dos objetivos, também podem ser observadas diretrizes que se relacionam à conectividade e à acessibilidade como: “implantação, recuperação e adaptação de infraestrutura de transporte voltada a atender às necessidades de melhoria da acessibilidade, da informação ao público e da mobilidade dos usuários” (Art. 4º, inciso V). O documento também traz a proposição de intervenções viárias que gerem maior fluidez e segurança, tanto para veículos, quanto para pedestres e ciclistas, além da implantação de medidas que ampliem o uso de bicicletas e deslocamento de pedestres nas viagens diárias.

A análise mostra que, embora o PDTU/DF não trate diretamente de questões relacionadas à densidade, conectividade e ao uso do solo, ele apresenta diretrizes e objetivos relacionados ao desenho dos espaços de circulação, apesar das intenções não estarem traduzidas em ações (relegando, como já dito, à Secretaria de Estado de Transportes a criação de projetos e instrumentos jurídicos para a realização do plano).

4.3. Resultado da análise dos Planos Diretores do DF

Embora as características analisadas estejam presentes no PDOT/DF e no PDTU/DF, poucas são expressas em ações e projetos, o que ajuda a explicar sua não efetividade. É possível perceber que a estruturação urbana da cidade ainda é pautada pelo tráfego de automóveis e pela expansão urbana tradicional (por dispersão e não adensamento). A permanência de taxas muito baixas de densidade e a consolidação de uma malha desconexa no território deixa claro que a dispersão não está sendo revertida.

Embora a redação dos planos possa parecer, a um primeiro olhar, alinhada aos princípios da sustentabilidade, a pouca instrumentação apresentada indica que, ainda, as mesmas práticas de planejamento são

perpetuadas: planos abstratos, teoricamente adequados, mas sem instrumentos capazes de traduzir em realidade suas intenções. A cidade continua a ser produzida pelo capital imobiliário (empresarial ou dos grileiros) a partir das restrições colocadas pelo zoneamento, que quase sempre traduz desejos distintos daqueles colocados pelos próprios planos.

No quadro 3 abaixo, estão relacionados os resultados da discussão apresentada no trabalho:

Quadro 3. Fatores relacionados à forma urbana compacta nos planos do Distrito Federal

FATORES RELACIONADOS À FORMA URBANA COMPACTA	PDOT/DF		PDTU/DF	
	Objetivos	Diretrizes	Objetivos	Diretrizes
Densidade	Promoção e desenvolvimento de novas centralidades no DF.	- Estabelecimento de áreas urbanizadas mais compactas no território; - Urbanização estruturada ao longo das principais infraestruturas de conexão.	---	----
Características do uso do solo urbano	Ampliação das oportunidades de trabalho e distribuição equilibrada pelo território do DF	- Diversificação de atividades econômicas em áreas já instituídas; - Uso misto, como forma de consolidação e potencialização do desenvolvimento econômico e melhoria da escala de aproveitamento da infraestrutura instalada; - Evitar a segregação de usos, promovendo a sua flexibilização, de modo a reduzir os deslocamentos e equilibrar a distribuição dos locais de emprego.	---	----
Continuidade	Otimização e priorização da ocupação urbana em áreas com infraestrutura implantada em vazios urbanos das áreas consolidadas	- A expansão do solo urbano em continuidades com os núcleos urbanos existentes e na transição com as áreas rurais sobre pressão urbana; - Integração dos parcelamentos residenciais, distribuídos de forma dispersa e fragmentada, entre si e com os núcleos urbanos consolidados vizinhos; - Estimular a ocupação dos vazios residuais das áreas urbanizadas dotadas de infraestrutura preferencialmente à criação de novas áreas urbanas	---	----
Características do Desenho Urbano (conectividade/ acessibilidade)	---	- Garantir a acessibilidade universal dos usuários ao sistema de transporte coletivo; - Promover a prioridade para o transporte coletivo e não-motorizado em relação ao motorizado individual; - Destinar vias ou faixas, preferenciais ou exclusivas, priorizando os modos não motorizados e coletivos de transporte; - Promover a acessibilidade de pedestres e ciclistas ao sistema de transporte.	-Desenvolver e estimular os meios não motorizados de transporte; - Reconhecer a importância dos deslocamentos de pedestres e ciclistas, com proposições adequadas às características da área de estudo; -Proporcionar mobilidade às pessoas com deficiência ou restrição de mobilidade.	- Implantação, recuperação e adaptação de infraestrutura de transporte voltada a atender às necessidades de melhoria da acessibilidade, da informação e da mobilidade; - Intervenções viárias que proporcionem maior fluidez e segurança à circulação de veículos, pedestres e ciclistas; - Implantação de medidas para ampliar o uso da bicicleta e os deslocamentos de pedestres nas viagens diárias.

Fonte: elaborado pelos autores

5. Conclusão

Nos dois planos analisados, percebe-se uma maior adequação aos princípios sistematizados em Gentil (2015) quando se analisa seus princípios, objetivos e diretrizes (ou seja, sua dimensão mais abstrata e conceitual). Ambos documentos apresentam conceitos importantes para o alcance da mobilidade sustentável: multimodalidade, acessibilidade universal, multicentralidade, ocupação de vazios urbanos, preferência a

modos não-motorizados e motorizados coletivos de transporte, integração do sistema de transportes, dentre outros.

De todas as quatro características, a preocupação com a consolidação de vazios urbanos (continuidade) é a que aparece de modo mais próximo à teoria apresentada; por outro lado, há limites devido às barreiras causadas pelas grandes vias de circulação e ao perímetro de tombamento do Plano Piloto (que impede que o tecido urbano deste e das demais áreas urbanizadas se encontrem).

A densidade aparece apenas como fator limitante da ocupação, e em valores bastante baixos se comparados aos sugeridos na discussão sobre núcleos compactos e dispersão urbana na literatura contemporânea. O controle do uso do solo ainda é bastante próximo ao tradicional, com pouca ênfase à mistura de usos, a não ser em áreas centrais – o que já ocorre naturalmente em toda cidade. Em relação às características de desenho urbano (acessibilidade e conectividade) há algumas diretrizes arroladas no PDTU, especialmente vinculadas à provisão de acessibilidade universal nas áreas de circulação de pedestres.

O PDOT apresenta um grande avanço em direção à transformação da realidade do Distrito Federal quando propõe ações de fortalecimento de outras centralidades com o objetivo explícito de reduzir o movimento pendular na RIDE e distribuir de modo mais equilibrado os serviços e oportunidades econômicas ao longo do território. Neste ponto, o plano deixa de apenas prescrever regras e limites, e passa a agir de modo estratégico, com o objetivo de direcionar o desenvolvimento do espaço urbano.

A maior incoerência do PDOT é a designação de áreas distantes para oferta habitacional (inclusive habitação social), o que se contrapõe à ideia de que é necessário adensar as áreas mais centrais e, de certa forma, reproduz a segregação social e espacial que ocorre no DF desde sua formação.

O PDTU, por sua vez, não apresenta nenhum conjunto de ações claras e direcionadas para o desenvolvimento urbano. De modo geral, seu texto traz princípios mais direcionados ao sistema de transportes do que ao sistema viário. Porém, a falta de instrumentos para a concretização de seus objetivos e a ausência de medidas proativas que visem direcionar o desenvolvimento urbano tornam este plano menos relevante do que o próprio PDOT, do ponto de vista da mobilidade.

Diante disso, aponta-se como grande desafio a ruptura da cultura dos planos genéricos. Apesar, de os novos conceitos sobre mobilidade urbana sustentável já estarem presentes em tais documentos, os efeitos práticos de tais planos continuam os mesmos de sempre. É necessário avançar para uma espacialização de propostas de intervenções, ainda que a nível preliminar, considerando a configuração morfológica e funcional desejada para as diferentes zonas urbanas, assim como reestruturando o sistema de transportes a partir da noção de multimodalidade e da adequada relação entre cada modal e a configuração de sua infraestrutura física.

Estas intervenções devem seguir uma hierarquia de prioridades, de modo a direcionar a execução das obras de acordo com a relevância para a melhoria da mobilidade no Distrito Federal. Acima de tudo, é premente a necessidade de construir instrumentos jurídicos que possibilitem materializar os princípios, objetivos e diretrizes arrolados em tais documentos, superando a tradicional distância entre o planejamento e a produção concreta do espaço urbano nas cidades brasileiras.

Referências

- BRASIL. **O Estatuto da Cidade**. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11. jul. 2001.
- BRASIL. **Lei Federal de Mobilidade Urbana**. Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível online em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm> [Acessado em abril de 2022]

CERVERO, R. e KOCKELMAN, K. **Travel Demand and 3 D's: Density, Diversity, and Design**. Transportation Research, 2 (3), p.199-219, Califórnia, 1997.

DISTRITO FEDERAL. **PDOT/DF**. Lei Complementar nº 803, de 25 de abril de 2009. Aprova a revisão do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal – PDOT. Disponível online em: < <http://www.seduh.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/LC-DF-2009-00803-AT-3.pdf> > [Acessado em abril de 2022].

DISTRITO FEDERAL. **PDTU/DF**. Lei nº 4.566, de 04 de maio de 2011. Dispõe sobre Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal - PDTU. Disponível online em: <<http://editais.st.df.gov.br/pdtu/leipdtu.pdf>>[Acessado em abril de 2022].

GENTIL, C. **A contribuição dos elementos da forma urbana na construção da mobilidade sustentável**. 2015. 172 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Programa de pós-graduação da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília, UnB, Brasília.

ROGERS, R.; GUMUCHDJAM, P. **Cidades para um pequeno planeta**. 1ed. Barcelona: Ed. Gustavo Gilli, 2001.

RUEDA, S. **Modelos de Ordenación Del Territorio Más Sostenibles**, 2002. [Internet] Disponível em:< <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n32/asrue.html#3>>[Acessado em abril de 2022].

Artigo recebido em: 21/04/2022..

Aceito para publicação em: 29/04/2022

Aspectos da Exceção no Direito Internacional, de Nathalia França

Book Review

Vinicius Villani Abrantes¹

O livro “*Aspectos da Exceção no Direito Internacional*”, ISBN 978-65-88470-14-5, publicado em 2021 pela Editora Contracorrente, foi escrito pela pesquisadora e professora *Nathalia P. C. de França*. A obra, dividida em quatro capítulos de debate, é resultado do estudo defendido no Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), sob orientação do Professor Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, tendo com objetivo geral apresentar e debater a existência das medidas de exceção no cenário internacional.

No primeiro capítulo, “Genealogia da Soberania”,² França (2021) coloca as leitoras e os leitores em contato com a Filosofia do Direito e com a Teoria Geral do Direito, guias indispensáveis para a temática – inclusive, ao meu visto, sendo um dos primeiros livros que trazem a temática a partir desta roupagem. Nessa seara, apresenta a indispensável concepção de “soberania”, perpassando pelos conceitos de autores como: Jean Bodin (2013); Nicolau Maquiavel (2010); Thomas Hobbes (1979; 1998); John Locke (1994); Immanuel Kant (1991); e Hans Kelsen (2009; 2007).

Ato contínuo, em “A Metamorfose da Exceção”, segundo capítulo do livro, a autora apresenta que “o que veio a ser nomeado como estado de exceção é um modelo que prevalece desde o governo de Luís Bonaparte e vai

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Estudos Linguísticos da UFMG. Graduado em Letras, pela Faculdade de Letras, da Universidade Federal de Juiz de Fora. Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito, do Instituto Metodista Granbery (FMG). Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na linha de pesquisa: Direito Internacional Crítico (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU). Pesquisador no Direito Internacional sem Fronteiras, na linha de pesquisa: Os Direitos das Crianças no Sistema Internacional (DIsF/L4). Associado à Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), atuando como revisor da Revista de Estudos Empíricos em Direito

² Para mais, ver: Capítulo 1 – Genealogia da Soberania. *In*: FRANÇA, 2021, p. 19.

até o fim do século XX” (FRANÇA, 2021, p. 49). Sabe-se que os governos de exceção tomam o poder não apenas pela via do golpe militar, como pôde-se ver na América Latina, como também pela via democrática, como ocorreu, na Europa, no caso do nazismo e do fascismo. Nesse ponto, a autora, França (2021), sublinha que com o surgimento e a expansão do neoliberalismo, entre 1960 e 1970, o capital financeiro passa, de certo modo, a assumir um cargo central no capitalismo, fato que transforma os modelos de autoritarismo. Dentro desse cenário, a autora apresenta uma consistente trajetória histórica para que os leitores possam compreender a exceção desde “o seu primeiro registro, o bonapartismo (...)” (FRANÇA, 2021, p. 51).

Cabe aqui uma nota, antes de adentrar no capítulo subsequente: o objetivo do segundo capítulo, como bem aponta a autora, não é abordar sobre a legalidade extraordinária³, mas “de exceção” – isto é, tratar-se do estado de exceção, sendo ele regido por uma anomia (ausência de norma).

Logo em seguida, no terceiro capítulo, “Os Direitos Humanos como Patamar Universal Irredutível”, a autora apresenta a partir de diversos estudiosos, tais como: Kant (2006) e Bobbio (2004), que os indivíduos passaram a ser consagrados como portadores de grande importância e necessidade de proteção – isto tanto a nível global, quanto a nível regional. Fato, por exemplo, que, no Pós-Guerra, faz com que sistemas normativos de proteção dos direitos humanos passem a se consolidar. Os direitos humanos são direitos históricos e é a partir dessas concepções iniciais que a autora apresenta os direitos humanos por meio de faces que fundamentam o capítulo: como ideia,⁴ como pacto mínimo,⁵ e como prática social irredutível.⁶

³ A legitimidade extraordinária estaria relacionada aos mecanismos do Estado Democrático de Direito de se portar e responder frente a catástrofes globais, não implicando na suspensão de direitos (SERRANO, 2020).

⁴ Para mais, ver: Seção 3.1. Direitos Humanos como Ideia. Capítulo 3 – Os Direitos Humanos como Patamar Universal Irredutível. In: FRANÇA, 2021a, p. 74.

⁵ Para mais, ver: Seção 3.2. Direitos Humanos como Pacto Mínimo. Capítulo 3 – Os Direitos Humanos como Patamar Universal Irredutível. In: FRANÇA, 2021a, p. 84.

Após, em “Exceção no Direito Internacional”, quarto capítulo de debate, França (2021) apresenta os argumentos utilizados pelos Países com grande domínio “político-econômico” que possibilita grandes intervenções humanitárias e militares, o que nas palavras da autora, se caracterizam como fraudes jurídicas, já que revestem um determinado contexto de legitimidade. Para tal, antes, Nathalia França (2021) faz com que os leitores se encontrem com a teoria dos autores Negri e Hardt (2012) sobre a atuação das potências dentro da sociedade internacional. A título de encaminhamento para as considerações finais, ao apresentar sobre a suspensão dos direitos internacionais dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, França (2021, p. 125) menciona que as seguranças tanto nacionais, quanto internacionais eram pretextos para atrocidades e violações de direitos – menciona-se aqui, por exemplo, a estigmatização do estrangeiro como um sujeito que ameaça a sociedade.⁷⁻⁸

A autora aponta, nas considerações finais da obra, que o conceito de “soberania” passou a ser limitado e mitigado no transcorrer do tempo, justamente, com a edição e a ratificação de inúmeros tratados internacionais, limitando e condicionando, portanto, o agir do Estados.

⁶ Para mais, ver: Seção 3.3. Direitos Humanos como Prática Social Irredutível. Capítulo 3 – Os Direitos Humanos como Patamar Universal Irredutível. In: FRANÇA, 2021a, p. 89.

⁷ Para mais, ver: Seção 4.3. A Suspensão dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário: a fraude internacional. Capítulo 4 – Exceção no Direito Internacional. In: FRANÇA, 2021a, p. 124.

⁸ A título de complemento ao capítulo, vale sublinhar aqui que a autora, França (2021b), enxerga, conforme será apontado, o cumprimento dos requisitos de exceção no comportamento de muitos Estados – isto é, muitas potências acabam por levar a cabo: (i) Decisão soberana *de facto* (exercício de sobreposição – muito embora, para o Direito Internacional não se fale em soberanias maiores); (ii) Situação de anormalidade – cita-se aqui: crise migratória e crise terrorista – o que soa interessante, na visão da autora, já que se as crises são excepcionais e que demandariam medidas excepcionais, porque quando elas se ornem permanente, não se traz de volta a normalidade jurídica? (iii) Suspensão de direitos por livre escolha dos soberanos – vide, por exemplo, o direito a vida e as tropas norte americanas que foram retiradas do Afeganistão. (iv) A suspensão patológica de direitos, a ponto de esvaziar previsões normativas; (v) Interesse que sustenta a sua prática: poder e dinheiro (influência do mercado); e (vi) Fachada de Legalidade. Para mais, veja: FRANÇA, 2021b.

Dessa forma, observando “um refinamento (...) na forma da exceção no século XXI” (FRANÇA, 2021, p. 149).

Em síntese, o que a pesquisadora nos apresenta é que não existe a conceituação de “Estado de Exceção” de forma e força global – o que livro menciona é que as medidas de exceção (ou que os cenários de exceção) existem frente à ordem jurídica internacional, principalmente após a consolidação do corpo normativo do que hoje se entende como Direito Internacional Público. Em outras palavras, fica evidente na obra de França (2021) que há aspectos da exceção no Direito Internacional, já que é possível observar o “cumprimento” de requisitos para se falar em exceção a partir do comportamento de muitos Estados.

Por fim, é importante acrescentar aqui que, atualmente, a exceção convive com a democracia, isto porque observa-se drasticamente o conteúdo das constituições democráticas sendo esvaziados – cita-se, por exemplo, os impeachments inconstitucionais na América Latina.⁹

Nathalia França, sem dúvidas, escreve uma das obras mais importantes de 2021, deixando uma esplêndida contribuição, em Língua Portuguesa, para toda a comunidade do Direito (Internacional). Aproveito para deixar meus cumprimentos à autora e espero que essa obra possa servir de embasamento crítico para diversas outras pesquisadoras e pesquisadores em todo o mundo.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BODIN, Jean. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- FRANÇA, Nathalia. **Aspectos da Exceção no Direito Internacional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021a.
- FRANÇA, Nathalia. **#28 – Aspectos de Exceção no Direito Internacional**. [Locução e Edição: Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior.]. [s.l.]. Estado de Exceção [22 de setembro de

⁹ No caso Brasileiro, Impeachment da ex-Presidente Dilma; no caso do Paraguai, Impeachment do Fernando Lugo. Ver: FRANÇA, 2021b.

2021b]. Podcast. Disponível em: < https://open.spotify.com/episode/6p77I0OWKmqZLB66C81N3o?si=u_gplOIdQvi9z_ok0xuttA&dl_branch=1 >. Acesso em: 26 de setembro de 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KANT, Immanuel. Idea for a Universal History with a cosmopolitan purpose. In: KANT, Immanuel. **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua**. (Trad. Bárbara Kristensen.). Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Sovereignty. In: PAULSON, Bonnie Litschewski; PAULSON, Stanley. (Coords.). **Normativity and norms: critical perspective on kelsenian themes**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Império**. (Trad. Berilo Vargas.). Rio de Janeiro: Record, 2012.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **É a Ciência, estúpido!** Carta Capital [20 de maio de 2020]. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/opinia0/e-a-ciencia-estupido/> >. Acesso em: 26 de setembro de 2021.

Resenha recebida em: 27/09/2021.

Aceita para publicação em: 04/01/2022.

A igualdade de ser diferente a partir da análise do OC-24/17

Comentário de Jurisprudência

Juliana Pilla¹

CORTE IDH. IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

(CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-24/17**. Serie A No. 24. Publicada em: 24 de novembro de 2017.).

1. Resumo do Caso

Trata-se de análise do Parecer Consultivo OC24/17 proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre sua interpretação quanto aos temas “identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e quais as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo” com base na Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, realizou-se uma análise dos argumentos utilizados e em consequência foram feitas sugestões argumentativas com objetivos de provocar o leitor a perceber novas perspectivas críticas para utilizar como argumentos.

2. Comentários à decisão

A presente resenha tem como objeto de análise o Parecer Consultivo OC 24/17, de 24 de novembro de 2017, publicado em janeiro de 2018,

¹ Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela Uniritter. Pós-graduada em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Unisantia – Universidade Santa Cecília. Pós-Graduada em benefícios e práticas previdenciárias pela Verbo Jurídico. Pós-graduada em Comunicação e Marketing pela Descomplica. Graduada em Direito pela Uniritter em 2015/2. Advogada.

solicitado pela República da Costa Rica e proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre sua interpretação quanto ao tema *“identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e quais as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo”* com base na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A solicitação de Parecer Consultivo apresentada pelo Estado da Costa Rica exigiu que a Corte respondesse a cinco questões relacionadas a dois temas vinculados aos direitos das pessoas LGBTI². O primeiro deles trata do *reconhecimento do direito à identidade de gênero e, em particular, sobre os procedimentos para processar pedidos de mudança de nome em razão da identidade de gênero*. O segundo tema refere-se aos *direitos patrimoniais dos casais formados por pessoas do mesmo sexo*.

Assim, a Costa Rica apresentou à Corte as seguintes perguntas específicas:

1. "Levando em consideração que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido nos artigos 11.2 e 18 da Convenção, esta proteção e a CADH contemplam a obrigação do Estado de reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?"
2. "Caso a resposta à consulta anterior for afirmativa, poderia considerar-se contrário à CADH que a pessoa interessada em modificar seu nome próprio possa ter acesso apenas a um processo judicial sem que exista um procedimento para tanto em via administrativa?"
3. "Poderia ser entendido que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado, de acordo com a CADH, no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome próprio a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo judicial ali contemplado, mas que o Estado deve prover a estas pessoas um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?"
4. "Tomando em consideração que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da CADH, além do estabelecido no artigo 11.2 6 da Convenção, essa proteção e a CADH implicam que o Estado deve reconhecer

² É a expressão que, na atualidade, identifica as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais. A inclusão da letra "I" decorre do movimento mundial de inclusão dos intersexuais na busca de respeito aos seus direitos (DIAS, 2017, p.54).

todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?”, e

5. “Caso a resposta anterior seja afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regulamente ³os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam desta relação?”

Tais questionamentos tiveram início porque as formas de discriminação contra pessoas LGBTI tem se manifestado cada vez mais em diferentes aspectos na esfera pública e privada, materializando-se, muitas vezes, em ações de extrema violência.

2.1. Discriminação e Preconceito

Conforme referido no OC 24/17, os mecanismos de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas e do Sistema Interamericano, registraram atos de violência com base em preconceitos cometidos em todas as regiões contra pessoas LGBTI, inclusive o ACNUDH (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos) observou que esse tipo de violência "pode ser física (assassinatos, espancamentos, sequestros, agressões sexuais) ou psicológica (ameaças, coação ou privação arbitrária da liberdade, incluindo confinamento psiquiátrico forçado).

Aqui, importante se faz diferenciar preconceito de discriminação, pois em que pese sejam utilizados como sinônimo estes conceitos não se confundem, pois, o preconceito é um juízo de irracional e desprovido de lógica que o fundamenta. Já a Discriminação, é o ato, é o tratamento diferenciado que se impõe a uma pessoa ao se exteriorizar o preconceito.

Assim, são inúmeros os tipos de atos de discriminação sofridos pelas pessoas LGBTI, que por consequência se fundamentam no preconceito, diante disso, vale referir que um dos tipos de preconceito bem comuns é o denominado o “preconceito por percepção”, ou seja, aquele preconceito que

está embasado em uma percepção que os outros tem de que determinada pessoa é homossexual, por exemplo, no entanto, a própria pessoa vítima do preconceito sequer se identifica daquela forma, ou com gênero diverso.

Ainda, analisando o tema fora do âmbito moral e emocional, pode-se verificar que as pessoas LGBTI sofrem mundialmente de “discriminação oficial”, sob a forma de leis e políticas estatais que tipificam criminalmente a homossexualidade, as proíbem de exercer determinados empregos e negam-lhes acesso a benefícios, como a discriminação extraoficial na forma de estigma social, exclusão e preconceito, inclusive no trabalho, no lar, na escola e nas instituições de saúde. E qual a razão desta discriminação oficial?

2.2. A heteronormatividade como fundamento da discriminação oficial

A vida em sociedade está embasada na heteronormatividade, ou seja, no padrão binário de feminino e masculino, o que significa que o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos e dito como anormal. Assim, o que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente.

Este conceito de normal e anormal decorre do antiquado conceito de família que as sociedades tomam como base, sendo a formação historicamente associada a casamento e filhos que decorrem sempre de uma relação heterossexual. No entanto, é esquecido que muito além da sexualidade está a afetividade que está na essência das relações de qualquer ser humano (MORICI, 1998, p. 169).

No que se refere ao direito de igualdade e não discriminação, a corte se manifesta no sentido de que a noção de igualdade é inerente a natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, sendo, então, incompatível toda situação que, por considerar superior um

determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, denegrir a sua imagem realizando qualquer tipo de ato discriminatório.

Além disso, a Corte reitera por diversas vezes que os Estados devem abster-se de realizar ações que de qualquer maneira possam criar situações discriminatórias, seja de fato ou de direito. Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos das Nações define a discriminação como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha como base motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição social e que tenham por objetivo anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, sendo então obrigação dos Estados garantir a todos, de forma igualitária o exercício dos seus direitos com igual proteção legal.

Evidente esta necessidade de proteção e atenção pois a rejeição, o ódio que se manifesta nas mais diversas formas de homofobia, por exemplo: *bullyng* nas escolas, *mobbing* nas relações de trabalho, agressões físicas e psíquicas e um assustador número de homicídios, sem contar nos suicídios decorrentes de toda essa exteriorização do preconceito. A discriminação contra homossexuais é uma inquestionável realidade social, universal e histórica decorrente da ideia de naturalização das relações heterossexuais.

Assim, refere a Corte que os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes na sociedade, implicando no dever especial de proteção que o Estado deve exercer em relação a ações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou anuência, criem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias.

A Corte ainda refere que não será considerada discriminatória toda e qualquer diferença de tratamento por si só, mas sim, aquela que se baseia

em critérios que não podem ser racionalmente apreciados como objetivos e razoáveis. Desta forma, os atos entendidos como discriminatórios não estão em um rol taxativo, mas sim exemplificativo, ficando em aberto a interpretação de cada caso.

No decorrer do parecer a Corte dispõe que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução social, a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Assim sendo, ao interpretar a expressão “qualquer outra condição social”, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos fundamentais.

Concorda-se que as uniões homoafetivas não são uma novidade, mas sua visibilidade sim e na prática isso exige que as leis dialoguem com as transformações sociais. A união de pessoas do mesmo sexo pautada em afeto, respeito e cumplicidade revela o surgimento de uma nova família não podendo o preconceito se sobrepôr a dignidade, à igualdade e ao direito à felicidade.

Como lembra Mott (2006), nas palavras de Goethe: “a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade”, o casamento homossexual é quase tão antigo quanto a própria humanidade, tanto que a primeira referência histórica ao homoerotismo se liga a um casal divino: os deuses Horus e Seth, que viviam como se casados fossem. Ainda, entre os hititas, há quase quatro mil anos, havia uma lei que autorizava o casamento entre dois homens. Portanto, as relações homossexuais não são novidade recente do Primeiro Mundo: trata-se de uma tradição antiquíssima, tão ancestral quanto a própria homossexualidade.

Sobre as diferenças de tratamento que resultam discriminatórias, verifica-se que o posicionamento da Corte é de que tratamento diferente deve ser uma medida necessária para alcançar um objetivo convencionalmente imperioso, ou seja, deve agir com total zelo, atenção e

análise crítica frente ao caso, sendo os meios escolhidos vistos como adequados, eficazes e necessários, isto é, que não possam ser substituídos por um meio alternativo menos danoso.

Desta forma, quando há qualquer discriminação, considera-se que os critérios de análise para determinar se houve violação do princípio da igualdade e da não discriminação em um caso concreto podem ter intensidades diferentes, de acordo com as razões pelas quais há uma diferença de tratamento. Pois, um direito que é reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém e, sob nenhuma circunstância, com base em sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero, por exemplo.

Verifica-se que proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa sempre como um fim e nunca como um meio, revelando-se nesse sentido contrário a dignidade da pessoa humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) a condição de coisa. Em momento algum pode-se ferir a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que nada mais é do que uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano.

Neste sentido, a Corte ao responder os questionamentos trazidos pela Costa Rica, se manifesta de maneira a garantir o livre desenvolvimento da pessoa, bem como, propõe garantir os direitos fundamentais do indivíduo, principalmente no que se refere a igualdade e a liberdade.

O conteúdo do parecer não pode ser visto como “rol taxativo”, ou como diretrizes rígidas, mas sim como instruções para os Estados agirem frente a determinadas situações. A forma de lidar com o novo deve ser aprendido por cada sociedade em cada momento histórico a partir de seu próprio substrato cultural, mas sem de maneira alguma denegrir o ser humano.

Quanto a possibilidade de mudança de nome de acordo com a identidade de gênero deve ser obrigação dos Estados reconhecer e facilitar

esta mudança de acordo com a identidade de gênero, não criando obstáculos como a obrigatoriedade de um processo judicial, por exemplo. Ninguém pode saber mais ou menos sobre a sua identidade de gênero quanto aquele que pleiteia a troca de nome, por exemplo. É dever do Estado garantir o bem-estar de seus cidadãos e neste “bem-estar” pode-se entender o direito de existir, de ser, de ir e vir, de ser livre e digno em sua essência.

Aportes relevantes da psicologia, a sociologia e da antropologia vem demonstrando que o sexo é, antes de tudo, uma noção cultural. Se é verdade que a biologia desempenha um papel importante na sua definição, também é verdade que outros fatores contribuem ou até prevalecem sobre o dado biológico.

A função da alteração em registro civil deve ser vista principalmente como uma segurança à vida em sociedade. Um registro civil que atribui, obrigatoriamente a uma pessoa um sexo/gênero com o qual ela não se identifica ou não ostenta em sociedade é um registro “falso”, que exige retificação.

É de fundamental importância que se entenda que o nome, tanto quanto o sexo, não devem ser vistos como um estado registral imutável ou como uma verdade superior ao seu titular, mas sim como um espaço essencial de realização da pessoa humana, de exercício do seu direito à identidade pessoal.

2.3 A dignidade humana só se alcança àquele que tem a liberdade de viver a sua verdade

Deve-se tutelar o direito de toda pessoa expressar a sua verdade pessoal, quem de fato é, em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se impute falsidade a verdade da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social. Assim, a tutela da

identidade pessoal deve ser vista como diretriz de políticas públicas e incentivos sociais, pois a plena realização da dignidade humana só alcança aquele que tem consciência da sua identidade.

Não se pode negar que a vida sexual do ser humano é parte relevante de sua existência, os relacionamentos sexuais e afetivos se demonstram essenciais para o desenvolvimento de todas as potencialidades da pessoa humana. A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade é função básica da família, não podendo o Estado intervir no desejo de constituição de família, tampouco em sua forma.

Atualmente, as configurações e estruturações familiares estão amparadas e baseadas no afeto. Deste modo, se a família não é algo protegido em si mesmo, mas mero instrumento de realização da felicidade pessoal, é evidente que a orientação sexual do casal, seja qual for, não poderá servir de obstáculo ao atendimento desta função, bem como jamais poderá servir como obstáculo para o exercício e garantia de direitos, como por exemplo, direitos patrimoniais.

As colaborações trazidas pela Corte reforçam a necessidade de uma proteção jurídica destas minorias, frente aos mais amplos ramos do direito, seja no direito civil com o reconhecimento das famílias, adoção por casais homossexuais, troca de sexo, nome e documentos civis, seja no direito previdenciário e do trabalho, por exemplo. Os Estados devem preocupar-se com as mudanças sociais e culturais, com a garantia do direito à igualdade e do direito as diferenças.

É inegável que o direito em si é uma construção humana para tratar de questões relativas à sua própria condição e a forma de relacionamento em sociedade, seja se protegendo frente ao estado, seja regulando as relações particulares. Neste sentido, os direitos da personalidade, ainda que vistos como “um direito relativamente novo” precisam ser reconhecidos pelo Estado, para então possuir força jurídica.

3. Considerações finais

O presente comentário ao Parecer Consultivo OC24/17 proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos visa trazer reflexões quanto a discussão sobre a identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo”. A mudança começa no debate. Quando a sociedade toma consciência da diversidade e ressignifica as crenças que tem sobre o que é ou não o jeito certo de ser e viver, construindo uma sociedade inclusiva e que abraça a diversidade.

Assim, diante dos posicionamentos da CADH no presente parecer, parece inconcebível que os Estados permaneçam retrógrados e inertes, é urgente o debate, pois isso é o que trará mudanças e significará a diferença entre a morte prematura e longevidade, bem como a garantia da efetividade dos direitos sociais constantes do nosso ordenamento jurídico, de forma não excludente, livre de preconceitos e discriminações. Por fim, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005) *“as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”*.

Referências

- CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-24/17**. Serie A No. 24. Publicada em: 24 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf Acesso em: 10 ago. 2021.
- MORICI, Silvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. In: GRAÑA, Roberto B. **Homossexualidade. Formulações Psicanalíticas Atuais**. Porto Alegre: Artmed. 1998.
- MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 2, 2006, pp. 509-521. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2006000200011>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da Modernidade. **Revista do programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ**, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf> pg.12. Visualizado em 05 de novembro de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **INTERSEXO**: Aspectos Jurídicos, Internacionais, Trabalhistas, Registrais, Médicos, Psicológicos, Sociais e Culturais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade E Direitos LGBTI**. 7ª ed. rev, atual. e amp. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

Comentário recebido em: 27/02/2020.

Aceito para publicação em: 10/08/2021.

A aplicação da Convenção Belém do Pará e a derrogação da imunidade parlamentar: comentários à sentença do caso *Barbosa de Souza y otros vs. Brasil* Da Corte Interamericana de Derechos Humanos

Comentário de Jurisprudência

Murilo Borges¹

CORTE IDH. El 11 de julio de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, el caso “Márcia Barbosa de Souza y sus familiares respecto de la República Federativa de Brasil”. De acuerdo con lo indicado por la Comisión, la controversia se relaciona con la alegada situación de impunidad en que se encontraría la muerte de Márcia Barbosa de Souza, ocurrida en junio de 1998 en manos de un entonces diputado estatal, el señor Aécio Pereira de Lima. La Comisión determinó que: i) “la inmunidad parlamentaria en los términos definidos en la normativa interna” generó una demora al proceso penal de carácter discriminatoria, ii) “el plazo de más de 9 años que duró la investigación y [el] proceso penal por la muerte de Márcia Barbosa de Souza resultó en una violación a la garantía de plazo razonable y una denegación de justicia”, iii) “no se subsanaron las deficiencias probatorias ni se agotaron todas las líneas de investigación, siendo la situación resultante incompatible con el deber de investigar con la debida diligencia”, y iv) el homicidio de Márcia Barbosa de Souza, como consecuencia de un acto de violencia, aunado a las fallas y retrasos en las investigaciones y el proceso penal, afectaron la integridad psíquica de sus familiares.

(CORTE IDH. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**. Sentença de Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Publicada em 7 de setembro de 2021).

1. Resumo do Caso

Em 07 de setembro de 2021, a Corte Interamericana de Derechos Humanos (doravante “Corte IDH”) publicou a sentença de mérito do caso *Barbosa de Souza y otros vs. Brasil*. Trata-se de uma demanda contenciosa

¹ Bacharelado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), com período sanduíche junto à Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (USP). ORCID: 0000-0002-5336-2342. E-mail: muriloborgesdh@outlook.com

submetida à Corte IDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), referente a situação de impunidade que se encontrava a morte de Márcia Barbosa de Souza, ocorrida em junho de 1998 às mãos de um então deputado estadual brasileiro, Sr. Aécio Pereira de Lima.

É possível verificar que o contexto fático do assassinato indicava que Márcia Barbosa de Souza tinha sido vista pela última vez em um encontro com o deputado Aécio Pereira Lima. No âmbito nacional, restou comprovado que a sua morte tinha sido por asfixia e que seu corpo foi encontrado em um terreno baldio no bairro Altiplano, em João Pessoa. Todavia, em razão da impunidade do crime, a denúncia foi submetida à apreciação da CIDH em 28 de março de 2000 pelo *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL), *Movimento Nacional de Direitos Humanos* (MNDH) e pelo *Regional Nordeste y el Gabinete de Asessoria Jurídica às Organizações Populares* (GAJOP).

Nesse sentido, uma vez verificado o preenchimento dos requisitos dispostos nos artigos 30 e seguintes do Regulamento da CIDH, em 26 de julho de 2007 foi publicado o Informe de Admissibilidade nº 38/07, concluindo que a petição era admissível; sendo que, em 12 de fevereiro de 2019 a CIDH emitiu seu Informe nº 10/19, no qual concluiu que o Estado brasileiro era responsável pela violação dos artigos 4, 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conexão com a obrigação constante do artigo 1.1 do mesmo instrumento, bem como ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

De acordo com o Informe nº 10/19, a CIDH indicou que: (i.) a imunidade parlamentar nos termos definidos no direito interno gerou um atraso no processo penal de natureza discriminatória; (ii.) o período de mais de 9 anos que durou a investigação e o processo penal pela morte de Márcia Barbosa de Souza resultou em uma violação da garantia de tempo razoável e uma negação de justiça; (iii.) as deficiências probatórias não foram

remediadas e todas as linhas de investigação não foram esgotadas, sendo a situação resultante incompatível com o dever de investigar com a devida diligência; e, (iv.) o assassinato de Márcia Barbosa de Souza, como consequência de um ato de violência, juntamente com as falhas e atrasos nas investigações e processos criminais, afetou a integridade psicológica de seus parentes.

Embora a CIDH tenha notificado o Estado em 11 de abril de 2019 e este tenha declarado sua voluntariedade para cumprir com as obrigações emitidas pela CIDH, não se percebeu o cumprimento de tais obrigações. Por isso, o caso foi submetido perante a Corte IDH, que, por sua vez, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, pela violação dos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e o dever de adotar disposições de direito interno, estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; e em relação às obrigações estabelecidas no artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará.

Assim sendo, este texto procurará fazer uma análise sistêmica do conteúdo mais geral para a disciplina mais específica do julgamento realizado pela Corte IDH. Será estudado brevemente o contexto em que o Brasil está inserido na proteção dos direitos humanos para que, posteriormente, seja possível elencar os principais pontos destacados pela decisão, ilustrando, sempre que possível, com o contexto vivenciado pelo Estado brasileiro.

2. Comentários à decisão da Corte IDH

A análise feita, a partir daqui, será norteadada por normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos – especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção de Belém do Pará. Em sede preliminar, deve ser feita uma análise da participação brasileira no Sistema

Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH” ou “Sistema Interamericano”), que está circunstanciada a jurisdição da Corte IDH; bem como uma análise de como o Brasil está inserido na proteção dos direitos humanos, em especial, os direitos das mulheres, aos efeitos de aclarar as implicações do julgado ora analisado.

Historicamente, é notável a postura ativa do Brasil em relação ao Sistema Interamericano (ROSA; BORGES, 2021, p. 10). Em lapsos temporais que se explicam pela busca de estabilidade democrática no país, é possível observar que em 1948 o próprio Estado brasileiro sugeriu a criação de uma corte regional de direitos humanos, que, posteriormente, se consolidou através da Corte IDH (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 615-616; ROSA, 2019, p. 1-29). Não obstante, em 1950 o Brasil tornou-se Estado-Membro do Sistema Interamericano, assinando a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e submetendo-se à jurisdição da CIDH. Já em 1992, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e, em 1998, submeteu-se à jurisdição da Corte IDH (ROSA, 2015, p. 26-27).

A propósito, antes da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, o Estado brasileiro já passou a aderir inúmeros tratados internacionais de direitos humanos; sendo que, posteriormente à promulgação da Carta Magna, buscou implementar diversas estratégias legislativas e administrativas no seu plano interno. É o que retrata a criação da “Divisão de Direitos Humanos”, em 1995, no Ministério das Relações Exteriores, especializada nos sistemas da Organização das Nações Unidas (ONU) e da OEA (NINA, 2011, p. 142). Especificamente, em relação ao direito das mulheres, o Estado brasileiro adotou sua primeira legislação interna com previsão normativa às mulheres, através do Decreto nº 21.076 de 1932, que regulamentou à sua época o Código Eleitoral e foi a primeira legislação de cunho nacional a consagrar o direito ao voto e à participação política para mulheres (BRASIL, 1932).

Foi com a Carta Magna de 1988, contudo, que começaram a surgir políticas públicas e reivindicações incorporadas ao texto constitucional, voltadas para as mulheres (TAVASSI; RÊ; BARROSO; MARQUES, 2021). Nesse cenário, foram criados o primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina (CECF) e a primeira delegacia especializada na defesa da mulher, ambos em São Paulo. Dentre os direitos institucionalizados pela Carta Magna de 1988 é possível citar a determinação da igualdade formal entre homens e mulheres; o aumento dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres; a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal (união com a intenção de constituir família sem vínculo jurídico); a definição do princípio da não discriminação por sexo; a proibição da discriminação das mulheres no mercado de trabalho; e o estabelecimento de direitos no campo da contracepção, relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos (TAVASSI; RÊ; BARROSO; MARQUES, 2021).

A propósito, é imperioso destacar que o caso em análise não é a primeira demanda submetida à CIDH referente a violação do direito das mulheres pelo Estado brasileiro. Em 1998 foi submetida a denúncia referente ao caso nº 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes), no qual se alegou a violação do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará. É importante destacar que da resolução deste caso, o Estado brasileiro instituiu a Lei nº 11.340 de 2006, criando mecanismos específicos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006; CIDH, 2001; VARELLA; MACHADO, 2009, p. 471)

De mais a mais, no plano internacional, além do cenário regional interamericano, o Estado brasileiro como membro da ONU, e signatário da Carta das Nações Unidas, adotou o compromisso e as obrigações para promover a resolução de problemas de natureza econômica, social, cultural e humanitária (TAVASSI; RÊ; BARROSO; MARQUES, 2021). A propósito,

em 1948, foi um dos países a ratificar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, posteriormente, em 1984 ratificou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, sendo que este é o principal documento internacional da ONU na garantia de direitos às mulheres no globo. Igualmente, em 1995 ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, no âmbito da OEA. Esse é o principal documento interamericano na proteção dos direitos das mulheres e uma das principais violações reconhecidas no caso ora analisado, como será delineado.

Desta breve análise inicial, é possível perceber que o Brasil tenha avançado à proteção das mulheres, contudo, o Estado brasileiro ainda se destaca pela desigualdade e discriminação, conforme dados do Fórum Econômico Mundial (2020), que, a exemplo, destacou que somente 15% do Congresso Nacional é composto por mulheres. De igual modo, segundo a Agência Patrícia Galvão, cerca de 76% das mulheres já sofreram violência e assédio no trabalho no país (GALVÃO, 2022).

2.1 Estândares interamericanos acerca da Imunidade Parlamentar, em relação ao direito de acesso à justiça, obrigação de investigar e não-discriminação

Seguindo na mesma linha de raciocínio, a decisão proferida pela Corte IDH foi categórica ao afirmar o dever de proteção das garantias judiciais, igualdade perante a lei e a proteção judicial, em relação às obrigações do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará². No contexto do julgamento, a

² Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam

Corte IDH analisou a aplicação indevida da garantia de imunidade parlamentar – que impediu a consequente responsabilização da morte da vítima; a falta de diligência da investigação; a violação do prazo razoável; e, a utilização de estereótipos de gênero (CORTE IDH, 2021, p. 91-97).

A propósito, o caso em análise, permitiu que a Corte IDH, pela primeira vez que pudesse analisar a garantia de “imunidade parlamentar” no marco do direito de acesso a justiça e a obrigação de investigar (CORTE IDH, 2021, p. 99). Para isso, a Corte IDH destacou que a imunidade parlamentar é o instituto que foi criado como instrumento de garantir a independência do poder legislativo. Por isso, não pode ser considerada um privilégio pessoal do parlamentar, mas sim uma garantia institucional (CORTE IDH, 2021, p. 100).

Ao analisar o contexto brasileiro, a Corte IDH elencou que a Constituição Federal de 1988 divide a imunidade parlamentar em duas espécies. A primeira, se relaciona com a “imunidade material”, que implica na extensão da responsabilidade do parlamentar por suas convicções, votos e opiniões exercidas durante o seu mandato, quando estas podem afetar direito de terceiros. Enquanto isso, a “imunidade formal” se relaciona com a possibilidade de detenção preventiva e instauração de processos contra algum membro do legislativo (CORTE IDH, 2021, p. 102).

necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; e, h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Diante desse contexto, a Corte IDH verificou que a discussão *in casu* se relaciona com a “imunidade formal”, visto que o processo penal contra o deputado estadual Aécio Pereira de Lima – indicado como autor do homicídio de Márcia Barbosa de Souza – se postergou em virtude da aplicação da imunidade parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado de Paraíba (CORTE IDH, 2021, pár. 103). Ao contrário do ocorrido no presente caso, a Corte IDH é categórica ao afirmar que nos vários países da região, bem como na maioria dos sistemas constitucionais e parlamentares europeus, os membros dos respectivos órgãos legislativos dispõem de diferentes níveis de proteção contra processos judiciais durante o seu mandato (CORTE IDH, 2021, pár. 104). Ou seja, a análise da aplicação da imunidade parlamentar deveria ser realizada em um caso específico, a fim de evitar que a decisão adotada pelo respectivo órgão legislativo seja arbitrária, de forma que promova a impunidade.

Disso ressaltou que, a Câmara Legislativa de Paraíba deveria, portanto, concentrar-se em examinar se havia elementos claros de arbitrariedade no exercício da ação penal dirigida contra um parlamentar que possam comprometer a autonomia do legislador. Para isso, é necessário realizar um cuidadoso exercício de ponderação entre a garantia do exercício do mandato para o qual o parlamentar foi democraticamente eleito, por um lado, e o direito de acesso à justiça, por outro. Aos efeitos de definir estândares, a Corte IDH indicou que:

*[...] la Corte considera que la decisión sobre la aplicación o levantamiento de la inmunidad parlamentaria procesal por el órgano parlamentario, en un caso concreto, debe: i) seguir un procedimiento célere, previsto en ley o en el reglamento del órgano legislativo, que contenga reglas claras y respete las garantías del debido proceso; ii) abarcar un estricto test de proporcionalidad, por el cual, se debe analizar la acusación formulada contra el parlamentario y tomar en cuenta el impacto al derecho de acceso a la justicia de las personas que pueden verse afectadas y las consecuencias de impedir el juzgamiento de un hecho delictivo, y iii) ser motivada y tener su motivación vinculada a la identificación y justificación de la existencia o no de un *fumus persecutionis* en el*

ejercicio de la acción penal dirigida contra el parlamentario
(CORTE IDH, 2021, pár. 111).

Entretanto, no caso *sub litis*, a Corte IDH enfatizou que os peritos do caso verificaram que o enquadramento legal para a data dos factos tornava ilusória a possibilidade de levantamento da imunidade parlamentar e dava margem a decisões arbitrárias e corporativistas do órgão legislativo. Isso porque, a imunidade parlamentar tal como era regulamentada na esfera federal e no estado da Paraíba, antes da Emenda Constitucional nº 35/2001, implicava impunidade (BRASIL, 2001).

Além disso, restou observado que havia procedimento previsto no Regimento Interno e no Código de Ética da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba para tramitação de pedido de levantamento da imunidade parlamentar de deputado. No entanto, o referido regulamento não estabelecia claramente se o órgão competente para emitir o parecer escrito sobre o pedido era a Comissão de Constituição ou o Conselho de Ética. Ressalte-se, ainda, que nem a norma constitucional, nem o Regimento Interno da Assembleia da Paraíba contemplaram os critérios que deveriam ser avaliados na tomada de decisão sobre a concessão da referida licença prévia. Com base no exposto, a Corte considera que não houve procedimento com regras claras a serem seguidas para determinar a aplicação ou levantamento da imunidade parlamentar (CORTE IDH, 2021, pár. 114).

De igual sorte, restou comprovada a falta de diligência da investigação do presente caso. Para tanto, foi destacada a natureza do assassinato de Márcia Barbosa de Souza, visto que implica consequências para a referida análise. Com efeito, a Corte IDH considerou plausível que o assassinato da senhora Barbosa de Souza tenha sido cometido por razões de gênero. Além disso, apesar dos fortes indícios de que a morte violenta de Márcia Barbosa de Souza foi resultado de violência de gênero, o Estado não

realizou nenhuma diligência probatória para estabelecê-la (CORTE IDH, 2021, pár. 123).

A Corte IDH reiterou seus precedentes *Véliz Franco y otros vs. Guatemala, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* e *López Soto y otros vs. Venezuela*, para afirmar que quando há indícios ou suspeitas concretas de violência de gênero, a falta de investigação por parte das autoridades dos possíveis motivos discriminatórios que um ato de violência contra a mulher teve, pode constituir, por si só, uma forma de discriminação com base no gênero (CORTE IDH, 2021, pár. 123).

Desta feita, a ineficiência judicial no tratamento de casos individuais de violência contra a mulher fomenta um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de atos de violência em geral e envia uma mensagem de que a violência contra a mulher pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e sensação de insegurança das mulheres, bem como uma persistente desconfiança destas no sistema de administração da justiça. Essa ineficiência ou indiferença constitui em si mesma uma discriminação contra as mulheres no acesso à justiça (CORTE IDH, 2021, pár. 132).

Além disso, o Estado brasileiro incorreu na violação do prazo razoável. Isso porque, a Corte IDH observou que o atraso no desenvolvimento do processo se deveu principalmente aos quase cinco anos durante os quais a ação penal não pôde ser iniciada, devido à negação arbitrária pela Assembleia Legislativa da licença prévia para a persecução penal de então deputado Aécio Pereira de Lima, em aplicação de imunidade parlamentar. Sendo que, a aplicação arbitrária da imunidade parlamentar, a demora excessiva e a sensação de impunidade gerada pela falta de resposta judicial agravaram a situação dos familiares de Márcia Barbosa, especialmente pela assimetria de poder econômico e político entre o acusado e familiares (CORTE IDH, 2021, pár. 137).

Por derradeiro, a Corte IDH verificou que houve a intenção de desvalorizar a vítima por meio da neutralização de valores. Isso restou comprovado, visto que ao longo da investigação e do processo penal, o comportamento e a sexualidade de Márcia Barbosa tornaram-se alvo de atenção especial, provocando a construção de uma imagem de Márcia como a originadora ou merecedora do ocorrido e desviando o foco das investigações por meio de estereótipos relacionados a aspectos da vida pessoal de Márcia Barbosa, que por sua vez foram utilizados como fatos relevantes para o próprio processo. Ou seja, o fato de ser mulher representou um fator facilitador para que “o significado do ocorrido fosse construído sobre estereótipos culturais gerais, ao invés de focar no contexto do ocorrido e nos resultados objetivos da investigação (CORTE IDH, 2021, pár. 137).

Desse modo, é necessário destacar que a noção de igualdade decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, contra a qual é incompatível qualquer situação que, considerando um determinado grupo superior, leve a tratá-lo com privilégio; ou que, inversamente, considerando-o inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine no gozo de direitos reconhecidos a quem não se considera em tal situação (CORTE IDH, 2021, pár. 138).

3. Considerações Finais

É possível verificar que o julgamento do caso *Barbosa de Souza y otros vs. Brasil* (2021), realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, representa um avanço à proteção dos direitos humanos – em especial, à proteção da igualdade no marco das imunidades parlamentares, em relação às obrigações de investigar e punir as graves violações de direitos humanos por questões de gênero – como o homicídio de Márcia Barbosa de Souza.

Desta feita, a responsabilização internacional do Estado brasileiro pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, contidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e o dever de adotar disposições de direito interno, estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação às obrigações estabelecidas no artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará, deve ser visto como um meio para a implementação e efetivação dos direitos humanos.

Outrossim, o presente comentário à decisão analisada, conclui com a tese de que no atual estágio da evolução do Direito Internacional – em especial o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação entrou no domínio do *jus cogens*. Nessa garantia repousa o andaime jurídico da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico. Portanto, os Estados devem abster-se de realizar ações que de qualquer forma visem, direta ou indiretamente, criar situações de discriminação de *jure* ou de *facto*.

Referências

BRASIL. **Decreto nº 21.076**, de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 35**, de 20 de dez. de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 07 de ago. de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório de Admissibilidade nº 38/07**: caso nº 12.263. 26 de julho de 2007.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 54/01**: caso nº 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes). 04 de Abril de 2001.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**. Sentença de 7 de setembro de 2021 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas)..

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Sentença de 16 de novembro de 2009 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso López Soto y otros vs. Venezuela**. Sentença de 26 de setembro de 2018 (Mérito, reparações e custas).

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala**. Sentença de 19 de maio de 2014 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas)..

NINA, Marcia Bernardes. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. **Revista Sur**, vol. 8, n. 15, 2011.

PATRÍCIA GALVÃO, Agência Patrícia Galvão. **Dossiê violência contra as mulheres em dados**. Atualizado diariamente. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/>. Acesso em: 18 jan. 2022.

ROSA, Marina; BORGES, Murilo. O princípio da subsidiariedade e violação de direitos humanos: o não esgotamento de RESP e REXT segundo o sistema interamericano. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras**, v. 3, n. 1, p. 01-20, 2021.

ROSA, Marina. A (in)eficácia das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira: de Ximenes Lopes a Gomes Lund. In: GALLI, Alessandra. (Org.). **Direito e Justiça: aspectos Atuais e Problemativos**. Tomo II. Direito Público. Curitiba: Jurua, 2015.

ROSA, Marina. Las paradojas de la ejecución de las sentencias de la Corte IDH en Brasil: notas sobre el cumplimiento, deber de sancionar e investigar en el Caso Gomes Lund. **Revista Republica y Derechos**. v. IV, p. 1-29, 2019.

TAVASSI, Ana Paula Chudzinski; RÊ, Eduardo de; BARROSO, Mariana Contreras; MARQUES, Marina Dutra. **Os direitos das mulheres no Brasil**. Politize, 2021. Disponível em: https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/direitos-das-mulheres-no-brasil/?https://www.politize.com.br/&glid=CjwKCAiA55mPBhBOEiwANmzoQhuz_1xOMfrv6uxghtgaixoma-JTsqbjK37soNssUEDGeEQ1yzIjyBoCA34QAvD_BwE. Acesso em: 18 jan. 2022.

VARELLA, Marcelo D; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no Direito Internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos humanos. **Revista IIDH**, v. 49, p. 468-500, 2009.

WORLD ECONOMIC FORUM, Committed to Improving the State of the World. **Global Gender Gap Report 2020**. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

Comentário recebido em: 25/01/2022.

Aceito para publicação em: 22/03/2022.

A convenção de Montreal e a indenização tarifada de certos danos: breves comentários sobre a necessária aplicação dos valores periodicamente atualizados

Comentário de Legislação

Maria Luiza Baillo Targa¹

O espaço aéreo se torna relevante ao mundo jurídico a partir do final dos anos 1700, após o desenvolvimento do primeiro balão tripulado do mundo e dos primeiros passos para o surgimento do avião (CRETILLA NETO, 2019, p. 1015). A Primeira Guerra Mundial denota a rápida evolução técnica dos aviões e, acima de tudo, o seu potencial, demonstrando que esse novo meio de transporte demanda atenção das nações. O tema, então, passa a ser pauta de conferências internacionais e objeto de distintas convenções.

O desenvolvimento da indústria da aviação civil e da sua utilização comercial faz surgir o interesse em regular, no âmbito internacional, os contratos de transporte aéreo e, principalmente, a responsabilidade civil das companhias aéreas por danos decorrentes de falhas na prestação do serviço. Elabora-se, para esse fim, a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, concluída em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929.

Contribuiu a Convenção, denominada de Convenção de Varsóvia, para delinear a responsabilidade do transportador aéreo nas viagens internacionais² em relação aos danos ocasionados por morte, ferimento ou

¹ Doutoranda e Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université Savoie Mont Blanc, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS, Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Membro do Grupo de Pesquisa Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização. Advogada. Contato: mlbtarga@gmail.com.

² Segundo o artigo 1º, 2, da Convenção de Varsóvia, transporte internacional é aquele em que “o ponto de partida e o ponto do destino, haja ou não interrupção de transporte, ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contratantes, ou mesmo no

lesão corporal sofrida pelo viajante a bordo da aeronave ou durante as operações de embarque e desembarque; por destruição, perda ou avaria de bagagem despachada ou mercadoria, desde que o dano tenha ocorrido durante sua guarda; e para os casos de atraso de modo geral. Para cada dano que disciplina, estipula limites indenizatórios em francos, moeda francesa vigente à época, ou seja, estabelece valores máximos a serem despendidos pelas companhias aéreas³. Trata-se, pois, de responsabilidade com indenização tarifada, com limites prefixados pela norma.

Com o passar dos anos, verificou-se a necessidade de realizar modificações no texto da Convenção, mormente no que diz respeito aos limites indenizatórios, já que os valores, estabelecidos em quantias fixas e sem a possibilidade de revisão, tornaram-se irrisórios ao longo do tempo⁴. Esses movimentos de alterações textuais culminaram na aprovação da Convenção de Montreal (que leva o mesmo nome de sua antecessora) no ano de 1999, a qual procurou responder aos anseios das nações de fixação de indenizações justas aos passageiros.

Embora mantida a tarifação indenizatória, com a fixação dos valores máximos a serem alcançados pelas transportadoras, a Convenção ressalta a necessidade de estabelecimento de indenização equitativa, fundada no princípio da restituição. Designa, para os mesmos danos (morte ou lesão

de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania, suserania, mandato ou autoridade de outro Estado, seja ou não Contratante” (BRASIL, 1931).

³ Fixa a Convenção limite de 125.000 francos por passageiro no transporte de pessoas (artigo 22, 1) e de 250 francos por quilograma no transporte de mercadorias ou de bagagem despachada, salvo se realizada prévia declaração especial de interesse na entrega da carga ou da mala, caso em que a indenização equivaleria à exata importância declarada (artigo 22, 2). Em relação aos objetos sob a guarda do viajante, a indenização se limitava a 5.000 francos por passageiro (artigo 22, 3). Para mensurar a indenização, cada país signatário deve realizar a conversão para a sua moeda (artigo 22, 4) (BRASIL, 1931).

⁴ No ano de 1966, os Estados Unidos e as companhias aéreas que operavam em seu território, sob a recomendação da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA, do inglês *International Air Transport Association*), firmaram o Acordo de Montreal de 1966, elevando o teto indenizatório para 75.000 Dólares para todos os voos com ponto de contato nos Estados Unidos. O Japão, diante da mesma insatisfação, em 1992, implementou novo sistema de responsabilidade contratual, o qual teve bastante aceitação internacional e serviu de modelo para as tentativas posteriores de alteração da redação da Convenção de Varsóvia (SOTO, 2001, p. 71-117, p. 81; 97).

corporal de passageiro; destruição, perda ou avaria de bagagem e carga; e atraso), indenizações em Direitos Especiais de Saque (DES), os quais são definidos pelo Fundo Monetário Internacional, sendo que o montante indenizatório a ser alcançado ao passageiro ou interessado deverá corresponder ao valor de conversão da moeda do país signatário e membro do Fundo na data em que prolatada a sentença judicial condenatória (artigo 23, 1) (BRASIL, 2006).

Os valores arbitrados são os seguintes: (i) 100.000 DES por passageiro em caso de morte ou lesão corporal de passageiro (artigos 17, 1 e 21, 1); (ii) 4.150 DES por passageiro em caso de atraso (artigos 19 e 22, 1) (iii) 1.000 DES por passageiro em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de bagagem, nos casos em que não realizada declaração especial prévia de valor (artigos 17, 2 e 22, 2); e (iv) 17 DES por quilograma em caso de destruição, perda, avaria ou atraso do bem transportado, salvo se realizada declaração especial de valor pelo expedidor no ato de entrega do volume (artigos 18 e 22, 3)⁵. A grande novidade, porém, diz respeito ao fato de que tais limites serão revisados a cada cinco anos (artigo 24, 1)⁶.

⁵ Quando realizada prévia declaração especial de valor, tanto em relação à carga quanto em relação às bagagens do passageiro, a indenização deverá corresponder ao montante declarado, salvo se o transportador comprovar que o valor declarado é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. No mais, as companhias aéreas podem exigir o pagamento de quantia suplementar ao passageiro ou ao expedidor (artigos 18, 3, e 22, 2).

⁶ O item 1 do artigo 24 assinala que “os limites de responsabilidade prescritos no Artigos 21, 22, e 23 serão revisados pelo Depositário, a cada cinco anos, devendo efetuar-se a primeira revisão ao final do quinto ano seguinte à data de entrada em vigor da presente Convenção ou, se a Convenção não entrar em vigor dentro dos cinco anos seguintes à data em que foi aberta à assinatura, dentro do primeiro ano de sua entrada em vigor, com relação a um índice de inflação que corresponda à taxa de inflação acumulada desde a revisão anterior ou, na primeira vez, desde a data da entrada em vigor da Convenção. A medida da taxa de inflação que deverá ser utilizada para determinar o índice de inflação será a média ponderada das taxas anuais de aumento ou de diminuição do índice de preços ao consumidor dos Estados cujas moedas formam o Direito Especial de Saque mencionado no número 1 do Artigo 23”. Já o item 2 trata da possibilidade de os Estados Partes desaprovarem revisões cujo índice de inflação for superior a 10%, sendo necessária notificação da maioria dos Estados nesse sentido para que a revisão não seja efetivada. Também trata da notificação do Depositário sobre todas as revisões e as respectivas entrada em vigor. Por fim, o item 3, sempre que o índice de inflação for superior a 30%, os

No ano de 2009, a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI)⁷, agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) cujo principal objetivo é promover a cooperação internacional no transporte aéreo, em cumprimento estrito ao referido comando normativo contido na Convenção, encaminhou correspondência aos países signatários, nela indicando a revisão dos limites em uma taxa de inflação de 13,1%, cuja entrada em vigor se deu a partir de 30 de dezembro de 2009⁸. Posteriormente, os valores foram novamente atualizados, e já estão vigentes desde 28 de dezembro de 2019, segundo informações da própria OACI⁹. Na tabela abaixo, é possível comparar-se os valores originais e as duas atualizações realizadas até o momento:

Tabela 1. valores em DES

Danos	Valores originais	Revisão realizada em 2009	Revisão realizada em 2019
Morte ou acidente	100.000 DES	113.100 DES	128.821 DES
Atraso	4.150 DES	4.694 DES	5.346 DES
Bagagem	1.000 DES	1.131 DES	1.288 DES
Carga	17 DES por kg	19 DES por kg	22 DES por kg

Fonte: elaborado pela autora.

O Brasil, que foi signatário e ratificou a Convenção de Varsóvia, o que culminou na promulgação do Decreto 20.704, de 1931, também o foi da Convenção de Montreal, cuja internalização ao ordenamento jurídico pátrio, diante de sua ratificação, foi concretizada por meio da promulgação do Decreto 5.910, de 2006¹⁰.

Estados Partes podem notificar a desaprovação da revisão, desde que, no mínimo um terço dos signatários assim procedam (BRASIL, 2006).

⁷ A OACI apoia a diplomacia e cooperação no transporte aéreo dos signatários da Convenção de Chicago, de 1944, estabelecida com o fim de criar e preservar a amizade e compreensão entre nações e povos do mundo. A Organização, para tanto, estabelece padrões e práticas recomendadas conhecidas como SARPs (*Standard and Recommended Practices*), que balizam a atuação das autoridades de aviação civil ao redor do planeta (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, s/d).

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ A lista dos países que ratificaram a Convenção está disponível em: INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 1999.

Durante anos, doutrina e jurisprudência discutiram e trataram da (in)aplicabilidade da indenização tarifada disciplinada por ambas as Convenções em virtude da contrariedade ao princípio da reparação integral consagrado no artigo 944, *caput*, do Código Civil (BRASIL, 2002). Em relação aos contratos de transporte aéreo de passageiros, por se tratar de relação típica de consumo¹¹, a discussão acirrou-se ainda mais, já que o Código de Defesa do Consumidor, o qual disciplina normas de ordem pública e de interesse social (artigo 1º), estabelece, como direito básico do consumidor, a efetiva reparação de danos de qualquer natureza (artigo 6º, VI)¹². Além disso, a Constituição Federal institui a defesa do consumidor como direito fundamental e impõe ao Estado o dever de sua promoção no artigo 5º, XXXII (BRASIL, 1988).

Todavia, após encerrado o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 636.331 e do Recurso Extraordinário com Agravo 766.618 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e diante da tese com repercussão geral fixada pelo Plenário no sentido de que as Convenções de Varsóvia e de Montreal – assim como outras normas e tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros – têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor em virtude do que dispõe o artigo 178¹³ da Constituição Federal (Tema 210), os limites indenizatórios disciplinados nas referidas Convenções tiveram de ser, necessariamente, aplicados pelos tribunais brasileiros.

Muito embora as decisões ainda não tenham transitado em julgado porque perdure a (pertinente) discussão a respeito da inaplicabilidade da

¹¹ Miragem assinala que o contrato de transporte aéreo de pessoas, como regra, constitui relação de consumo, atraindo a incidência da legislação consumerista (MIRAGEM, 2014. p. 44-45).

¹² O artigo contém a seguinte redação: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990).

¹³ O *caput* do referido artigo, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional 7/1995, disciplina que, quanto à ordenação do transporte internacional a lei deverá observar “os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade” (BRASIL, 1988).

indenização tarifada ao menos no que diz respeito aos contratos de transporte aéreo que configurem relação de consumo¹⁴, bem como haja dúvidas acerca da aplicação da tese ao transporte de cargas (já que ela menciona expressamente transporte de passageiros)¹⁵, e que a indenização tarifada somente se aplique aos danos materiais¹⁶ expressamente previstos nas Convenções (porque ambas, em seu nome, já referem que unificam tão somente certas regras relativas ao transporte aéreo internacional)¹⁷, fato é que, diante da publicização da tese com repercussão geral, o entendimento firmado pelo STF, enquanto não alterado, tem de ser respeitado.

De fato, o que se conclui a partir de pesquisa de jurisprudência das cortes nacionais, é a efetiva aplicação da tese (com as ressalvas acima mencionadas). A grande questão, todavia, consiste no fato de que, em regra, quando da fixação das indenizações, os aplicadores do direito utilizam os valores constantes no texto da Convenção de Montreal (a de Varsóvia,

¹⁴ Foram opostos Embargos de Declaração nos dois processos, os quais estão disponíveis em: MARQUES; SQUEFF; TARGA, 2018. p. 526-527; MARQUES; SQUEFF; TARGA, 2018. p. 563-564.

¹⁵ Em regra, a tese vem sendo também aplicada ao transporte de carga pelas cortes nacionais. Nesse sentido, veja-se, exemplificativamente: BRASIL, 2021; e BRASIL, 2020.

¹⁶ Questões atinentes aos danos extrapatrimoniais permanecem reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (quando o contrato de transporte também configurar relação de consumo) e pelas normas do Código Civil. Nesse sentido, ver a Jurisprudência em teses do Superior Tribunal de Justiça, edição 164 (BRASIL, 2021). No âmbito do STF, o Recurso Extraordinário 1.306.367 discutiu a inaplicabilidade dos limites indenizatórios das convenções internacionais aos danos morais. O então Ministro Relator Marco Aurélio negou seguimento ao referido recurso, fundamentando sua decisão no fato de que, quando firmada a tese no Tema 210, concluiu-se que as indenizações tarifadas dizem respeito apenas a danos materiais em decisão proferida em maio de 2021. Posteriormente, após pedido de vista do Ministro Roberto Barroso, a Primeira Turma, por maioria, acolheu o pedido de desistência e reconheceu a perda superveniente do interesse de agir, nos termos do voto do Ministro Barroso, Redator para o acórdão, decisão esta que foi proferida em 23 de novembro de 2021, mas que ainda aguarda publicação (BRASIL, 2021).

¹⁷ Indenizações relativas a danos materiais não disciplinados pelas Convenções de Montreal e Varsóvia, tais como aqueles decorrentes de *overbooking*, *no show*, preterição de embarque de passageiro, práticas e cláusulas abusivas, falhas no dever de informação, subordinam-se às normas nacionais (a respeito, ver: MARQUES; SQUEFF, 2017). Sobre a questão, Cachard ensina que as convenções internacionais possuem lacunas externas, as quais correspondem aos pontos que as partes deliberadamente optaram por não regular por não ter a intenção de unificar e cujo preenchimento deve ser realizado pela legislação nacional aplicável ao caso. Como exemplo, cita a questão dos danos reparáveis (CACHARD, 2015. p. 82-83).

hodiernamente, é aplicada apenas de maneira excepcional, para casos cujos fatos ocorreram ainda durante sua vigência), sem, contudo, observar as atualizações de valores já realizadas pela OACI¹⁸.

Na prática, tal pode acarretar prejuízos (i) para o consumidor, em caso de lesão, atraso ou danos em sua bagagem; (ii) para o seu herdeiro, em caso de morte do passageiro, e (iii) para o expedidor ou destinatário, em caso de danos à carga (se reputar-se aplicável a tese fixada). Isso, porque, mesmo se comprovado, na situação concreta específica, que o dano material sofrido foi superior ao valor estabelecido em DES pela Convenção de Montreal, as decisões comumente limitam o montante naquilo fixado pela referida norma, desconsiderando as suas ulteriores atualizações. Ou seja, o proveito econômico obtido é inferior ao que efetivamente faria jus a parte lesada. Se realizada a conversão de DES em reais e comparados os valores originalmente constantes no texto da Convenção e as quantias atualizadas pela OACI, a diferença entre a aplicação entre eles se torna evidente.

Em 13 de janeiro de 2022, 1 DES corresponde a R\$ 7,7745 segundo cotação do Banco Central do Brasil (2022)¹⁹. Assim, chegam-se, comparativamente, aos seguintes valores:

Tabela 2. conversão em Reais

Danos	Valores originais	Revisão realizada em 2019
Morte/acidente	100.000 DES = R\$ 777.450,00	128.821 DES = R\$ 1.001.518,86
Atraso	4.150 DES = R\$ 32.264,17	5.346 DES = R\$ 41.562,47
Bagagem	1.000 DES = R\$ 7.774,50	1.288 DES = R\$ 10.013,55
Carga	17 DES por kg = R\$ 132,16	22 DES por kg = R\$ 171,03

Fonte: elaboração pela autora.

¹⁸ Sobre a questão, ver comentário recentemente publicado na Revista de Direito do Consumidor em que se discute a necessidade de aplicação dos limites atualizados: TARGA, 2021, p. 477-543.

¹⁹ Os Correios realizam cotação praticamente no mesmo valor: 1 DES corresponde a R\$ 7,7753 (<https://efi.correios.com.br/app/moeda/moeda.php>).

A diferença, como se nota, está longe de ser irrisória. Exemplificativamente, se fosse prolatada decisão condenatória na data de hoje – lembre-se que a Convenção de Montreal determina que a conversão de DES para a moeda nacional deve ser realizada na data em que proferido o *decisum* – relativa a uma situação de atraso de voo, o montante indenizatório de cunho material máximo poderia corresponder a R\$ 41.562,47, superando em R\$ 9.298,30 o limite estabelecido no texto da norma. Isso significa que, se um passageiro hipoteticamente comprovasse prejuízo material de R\$ 40.000,00 decorrente do atraso de uma viagem em virtude de perda de compromissos profissionais, se aplicada a redação original da Convenção de Montreal, a condenação da companhia aérea seria limitada a R\$ 32.264,17, ainda que fizesse jus à restituição integral dos danos comprovados, porque dentro dos limites atualizados pela OACI.

A não aplicação dos montantes indenizatórios devidamente atualizados decorre, muitas vezes, do puro e simples desconhecimento desta questão tanto pelas próprias partes envolvidas quanto pelo aplicador do direito, posto que a redação da Convenção de Montreal não sofreu alterações ao longo dos anos e não há divulgação ampla e adequada desta importante questão pelos órgãos e autarquias governamentais competentes, muito embora a OACI, em sua última revisão dos valores, convide os Estados-parte a tomar as providências necessárias para dar plena efetividade aos novos limites²⁰, aplicáveis a partir de 28 de dezembro de 2019 (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, 2019 – tradução livre).

Se, em virtude do entendimento firmado pela Corte Suprema brasileira, deve ser necessariamente aplicada, para os contratos de transporte aéreo internacional, a indenização tarifada nos moldes estabelecidos na norma de origem internacional aos danos por ela regulados (frise-se: danos materiais decorrentes de morte ou lesão de passageiro,

²⁰ A respeito, ver: TARGA, 2021, p. 477-543.

danos à bagagem e atrasos), é imprescindível que se a importância e destaque adequados ao que dispõe o artigo 24 da Convenção. E mais, é necessária a ampla divulgação dos valores revisados pela OACI, para que se torne de conhecimento público.

Destaque-se que o mecanismo constante no referido artigo busca tão somente refletir alterações inflacionárias ocorridas ao longo dos anos, assegurando valores equitativos às indenizações, em consonância ao considerando preliminar da Convenção, o qual refere que esta reconhece a necessidade de uma indenização equitativa fundada no princípio da restituição. Como visto, a fixação de montantes indenizatórios irrisórios pela Convenção de Varsóvia foi alvo de grande insatisfação por parte de seus signatários com o passar dos anos, justamente porque se tornou irrisória. É por essa razão que os valores atualizados têm de ser aplicados pelos Estados-parte.

Ainda que não haja alteração na redação dos artigos que fixam os limites indenizatórios, e que o artigo 2º da norma mencione que “são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção” (BRASIL, 2006), certo é que o Brasil é país membro do Conselho da OACI²¹, e tem – ou deveria ter – conhecimento destas atualizações de valores, competindo-lhe viabilizar sua plena e correta aplicabilidade no plano interno.

O que não se pode admitir é que o passageiro, seu herdeiro ou demais interessados, sejam prejudicados por esta falta de transparência ou morosidade legislativa, e deixem de receber indenização pecuniária equitativa, à luz dos montantes atualizados. Tal significa que, mesmo que não haja divulgação pelos meios oficiais ou ratificação legislativa específica que trate da plena aplicabilidade dos limites revisados pela Organização

²¹ A lista está disponível em: <https://www.icao.int/MemberStates/Member%20States.Multilingual.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

internacional, diante da *ratio* da própria Convenção, da sua *mens legis*, da importante e histórica função do artigo 24, e da sua finalidade de tão somente refletir, nas indenizações, as alterações inflacionárias e não deixá-las defasadas, as revisões têm de ser aplicadas aos contratos de transporte aéreo internacional no Brasil.

Não se pode jamais olvidar que, no transporte de passageiros (e até mesmo no de carga, caso comprovada a vulnerabilidade do expedidor ou do destinatário frente à prestadora de serviços aéreos) se está diante de uma relação típica de consumo. E o Estado (leia-se: Estado-legislador, Estado-administrador e Estado-juiz) tem o dever constitucional de promover a defesa dos interesses e direitos do vulnerável. Dessa forma, o Poder Judiciário, ao arbitrar indenizações de cunho patrimonial em relação aos danos disciplinados pela Convenção de Montreal, tem, necessariamente, o dever constitucional de aplicar os valores revisados pela OACI, assegurando ao consumidor uma indenização que, embora limitada, seja, ao menos, a mais justa possível.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Conversor de Moedas. *BCB*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

_____. Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

_____. Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.874.764. Agravante: AIG Seguros Brasil S/A. Agravado: Cargolux Airlines International S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 jun. 2021, DJe 29 jun. 2021;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1.790.981. Agravante: Delta Airlines Inc. Agravado: Liberty Seguros S/A. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 24 ago. 2020, DJe 01 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses: direito do consumidor – VIII. Brasília, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/JuriTeses/author/proofGalleyFile/11568/11692>. Acesso em: 14 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário 1.306.367. Recorrente: Société Air France. Recorridos: Heitor Vieira de Faria representado por Antônio Marcos de Faria e Outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 fev. 2021, DJe 10 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia. *STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210#>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CACHARD, Olivier. *Le Transport International Aérien De Passagers*. Haye: LPRcueils de Cours, 2015.

CRETELLA NETO, José. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. About ICAO. Disponível em: <https://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx>. Acesso em: 12 jan. 2022.

_____. *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air done at Montreal on 28 may 1999*. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

_____. *Doc 9740 - Supplement: Certifying Statement*. Disponível em: https://www.icao.int/Meetings/wrdss2012/Documents/9740_supp_mu.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.

_____. Member States. Disponível em: <https://www.icao.int/MemberStates/Member%20States.Multilingual.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. 2019 Revised Limits of Liability Under the Montreal Convention of 1999. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/Pages/2019_Revised_Limits_of_Liability_Under_the_Montreal_Convention_1999.aspx. Acesso em: 12 jan. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso; TARGA, Maria Luiza Baillo. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 636.331. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 507-559, jan./fev. 2018.

_____. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 766.618. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 561-598, jan./fev. 2018.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC. *Conjur*, 21 jun. 2017. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/regras-convencao-montreal-dialogo-fontes-cdc>.
Acesso em: 12 jan. 2022.

MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOTO, Germán Delgado. Régimen de la responsabilidad contractual del transportista en el Derecho Internacional Privado Aéreo: pasado y futuro. *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, n. 56, 2001.

TARGA, Maria Luiza Baillo. Nota sobre a necessária aplicação dos valores indenizatórios estabelecidos pela Convenção de Montreal atualizados conforme determinação da Organização da Aviação Civil Internacional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 138, nov. 2021, p. 477-543.

Comentário recebido em: 17/01/2022.

Aceito para publicação em: 23/03/2022.

Die Zusammenarbeit zwischen der polnischen und deutschen Justiz während des Prozesses gegen die Auschwitz-Besatzung in Frankfurt 1963-1965 als ein Beispiel und Hoffnung auf eine Verbesserung der deutsch-polnischen Beziehungen im Jahr 2018

Palestra

Piotr Małochwiej¹

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges am 8. Mai 1945, der totalen Niederlage Deutschlands, seiner Besetzung und seiner Aufteilung in Besatzungszonen, in denen die vier Siegermächte die oberste Gewalt innehatten, dauerte es zwanzig Jahre, bis in der Bundesrepublik Deutschland eine vorwiegend durch die Nachkriegsgeneration vorangetriebene "Erinnerungswende" einsetzte. Dem ersten Auschwitz-Prozess – der "Strafsache gegen Mulka u.a. (4 Ks 2/63)"[1] –, der vom 20. Dezember 1963 bis zum 19./20. August 1965 in Frankfurt am Main stattfand, kam in dieser Entwicklung eine wichtige Rolle zu. Gewöhnlich bewegen die meisten spektakulären Gerichtsprozesse nur kurze Zeit die Öffentlichkeit und fallen dann bald dem Vergessen anheim. Der mit 183 Verhandlungstagen und zunächst 22 Angeklagten damals größte und längste Strafprozess in der deutschen Justizgeschichte nach 1871 bildet hier eine Ausnahme. Auch fünfzig Jahre nach der Verkündung und mündlichen Begründung des Urteils beschäftigt dieser Prozess die Menschen nicht nur in Deutschland. "Auschwitz" ist zur Chiffre der

¹ He holds a PhD from the Willy Brandt Centre for German and European Studies at the University of Wrocław, Poland. He also holds a degree in Law, Administration and Economy as well as a degree in History from the University of Wrocław and is a German National Fund – Fritz Stern Scholarship fellow.

deutschen Schuld geworden, der Prozess zu einer Wegmarke der deutschen Geschichte.

Erst weitere zwanzig Jahre nach der Frankfurter Urteilsverkündung war die Beschäftigung der Deutschen mit ihrer Geschichte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die mühsame und schmerzhaft Aufarbeitung der nationalsozialistischen Menschheitsverbrechen durch Justiz, Literatur und Wissenschaft, Presse, Film und Fernsehen so weit gediehen, dass Bundespräsident Richard von Weizsäcker 1985 vor dem Deutschen Bundestag in seiner Gedenkrede zum 40. Jahrestag der deutschen Kapitulation sagen konnte: "Der Blick ging zurück in einen dunklen Abgrund der Vergangenheit und nach vorn in eine dunkle Zukunft. Und dennoch wurde von Tag zu Tag klarer, was es heute für uns alle gemeinsam zu sagen gilt: Der 8. Mai 1945 war ein Tag der Befreiung. Er hat uns alle befreit von dem menschenverachtenden System der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft." ²

In den ersten Jahren nach dem 8. Mai 1945 – der damals fast nur von den Überlebenden der Konzentrations- und Vernichtungslager der Nationalsozialisten als Tag der Befreiung empfunden wurde – waren die Menschen damit beschäftigt, ihre Toten zu betrauern, die Kriegsfolgen zu überwinden und sich ein neues bürgerliches Leben aufzubauen. Die Deutschen fühlten sich fast ausnahmslos als Kriegsoffer, vom Schicksal geschlagen, ohne darüber nachzudenken, wie es zu alledem gekommen war. Dass es der 30. Januar 1933 war, der Tag der Machtübernahme der Nationalsozialisten, mit dem die dunkelste Phase der neueren deutschen Geschichte begann, wurde ihnen erst allmählich bewusst. ³

² LEMKE, Michael. Kampagnen gegen Bonn – Die Systemkrise der DDR und die West-Propaganda der SED 1960-1963. **Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte (VfZ)** Jg. 41 (1993) H. 2, S. 153–174.

³ DANYEL, Jürgen: Die beiden deutschen Staaten und ihre nationalsozialistische Vergangenheit - Elitenwechsel und Vergangenheitspolitik. In: KLESSMANN, Christoph; MISSELWITZ, Hans; und WICHERT, Günter (Hrsg.). **Deutsche Vergangenheiten – eine**

Gewiss, dem von Hitler am 30. April 1945 als sein Nachfolger eingesetzten Großadmiral Karl Dönitz, der nach eigenen Angaben dem Autor gegenüber erst am 7. Mai 1945 "von den Untaten der SS-Schergen in den Konzentrationslagern erfahren" haben will, war damals "grundsätzlich klar, dass hier Verbrechen begangen worden waren". Mit dem damaligen Finanzminister Graf Schwerin-Krosigk war er der Meinung, "dass das höchste deutsche Gericht, das Reichsgericht in Leipzig, die einzige Instanz wäre, diese Verbrechen anzuklagen und abzuurteilen". Am 15. Mai, so Dönitz, habe er diesen Vorschlag den Alliierten unterbreitet. Doch die hätten nicht reagiert. "Wir haben damals die Idee gehabt, diese Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu untersuchen und zu bestrafen, und zwar ohne Ansehen der Person. Hier war die Menschlichkeit offensichtlich schwer verletzt, und dieses zu ahnden hielt ich für die deutsche Pflicht. Ich war der festen Überzeugung, dass eine Institution wie das Reichsgericht nach dem geltenden deutschen Recht befähigt war, diese Verletzung der Humanität zu ahnden."

Die alliierten Siegermächte übernahmen es jedoch selbst, die deutschen "Hauptkriegsverbrecher" – die sich nicht wie Adolf Hitler, Heinrich Himmler und andere durch Selbstmord der Verantwortung entzogen hatten – in Nürnberg, der Stadt der "Reichsparteitage", 1945/46 vor ein Internationales Militärgericht zu stellen und gemäß einem von ihnen geschaffenen Statut, das zur Grundlage eines neuen Völkerstrafrechts werden sollte, zu verurteilen. Viele Deutsche empfanden die insgesamt 13 Nürnberger Prozesse sowie die folgenden Strafverfahren im Rahmen der Entnazifizierung als rächende "Siegerjustiz". Sie versuchten, sich durch allerlei Tricks ("Persilscheine") vor den deutschen Spruchkammerverfahren – denen ein automatischer

gemeinsame Herausforderung. Der schwierige Umgang mit der doppelten Nachkriegsgeschichte, Berlin 1999, S. 135.

"Arrest" von Funktionsträgern und die Internierung aller Verdächtigen durch die Alliierten vorausgingen – eine weiße Weste zu verschaffen.

Aber die drei westlichen Alliierten erlahmten bereits nach wenigen Jahren in ihren Bemühungen um die Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit der Deutschen – die sie im aufkommenden Kalten Krieg als Verbündete zu gewinnen suchten – und begnadigten vorzeitig die von ihnen Verurteilten, die sie nicht hingerichtet hatten. Zudem bestimmte der zwischen der Bundesrepublik und den Westalliierten geschlossene "Überleitungsvertrag"[5] von 1952/55, dass die deutsche Gerichtsbarkeit für alle Fälle ausgeschlossen sein sollte, in denen bereits Urteile und Entscheidungen von den Justizorganen der drei Westalliierten gefällt worden waren. Für die Mehrheit der Deutschen war damit Anfang der 1950er Jahre die "Bewältigung der Vergangenheit" erledigt, zumal selbst Bundeskanzler Adenauer eine Amnestie für Strafen forderte, die von alliierten Militärgerichten verhängt worden waren. Man wollte das Vergangene ruhen lassen. Doch eine unaufgearbeitete Vergangenheit vergeht nicht. Sie wird immer wieder virulent, solange sie verdrängt und verschwiegen wird.

Deutsche Gerichte hatten 1945 in den drei Westzonen unter Aufsicht und unterschiedlichen Vorgaben der jeweiligen Besatzungsmacht zaghaft begonnen, Prozesse wegen "Kriegsverbrechen" – wie nationalsozialistische Gewaltverbrechen oft pauschal genannt wurden – gegen Einzeltäter zu führen. Ihr Eifer schwand jedoch spürbar, als 1951 durch das Ausführungsgesetz zu Artikel 131 des Grundgesetzes all jenen, die am 8. Mai 1945 im öffentlichen Dienst standen und "verdrängt" wurden, die Wiedereingliederung ermöglicht wurde – also auch Angehörigen von Polizei, Strafverfolgungsbehörden und Gerichten im "Dritten Reich". Prozesse wegen Massenverbrechen, die nach Gründung der Bundesrepublik und dem Besatzungsstatut von 1949 möglich gewesen

wären, fanden nicht statt, darunter auch ein im Ermittlungsstadium befindliches Verfahren gegen Angehörige des Reichssicherheitshauptamtes. Der Politikwissenschaftler Joachim Perels spricht deswegen von einer über ein halbes Jahrzehnt dauernden "Suspendierung des Legalitätsprinzips".⁴

Bewegung kam erst wieder in die "Periode des Schweigens", in der ganz allgemein mit einem "Schlussstrich" unter die Verbrechen des Nationalsozialismus gerechnet wurde, als der ehemalige Polizeidirektor von Memel, SS-Oberführer Bernhard Fischer-Schweder, der nach Kriegsende untergetaucht war, in Baden-Württemberg Klage auf Wiedereinstellung in den öffentlichen Dienst erhob. Aufgrund der Zeitungsmeldungen informierte ein Zeuge aus Memel die Staatsanwaltschaft über Massenerschießungen zu Beginn des Russlandfeldzuges, an denen der Kläger beteiligt gewesen war. Daraufhin kam es 1958 zum Ulmer Einsatzgruppen-Prozess, in dem bis dahin unbekannte Verbrechen an Juden im litauischen Grenzgebiet zur Sprache kamen. Er machte für jedermann erkennbar, dass es außerhalb der deutschen Grenzen deutsche Massenverbrechen gegeben hatte, deren Verantwortliche noch unerkannt und unbehelligt in der Bundesrepublik lebten. Als Konsequenz wurde im Oktober 1958 die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen in Ludwigsburg gegründet. Ihr Auftrag: Die Aufklärung von NS-Verbrechen, "für die im Bundesgebiet ein Gerichtsstand des Tatorts nicht gegeben ist" und die entweder "im Zusammenhang mit Kriegsereignissen (...) gegenüber Zivilpersonen außerhalb der eigentlichen Kriegshandlungen, insbesondere bei der Tätigkeit der sogenannten

⁴ Vgl. LEMKE, Michael. Der lange Weg zum „geregelten Nebeneinander“. Die Deutschlandpolitik der DDR Mitte der fünfziger bis Mitte der siebziger Jahre. In: KLESSMANN, Christoph; MISSELWITZ, Hans, und WICHERT, Günter (Hrsg.). **Deutsche Vergangenheiten** - eine gemeinsame Herausforderung. Der schwierige Umgang mit der doppelten Nachkriegsgeschichte, Berlin 1999, S. 75.

Einsatzkommandos" oder "in Konzentrationslagern und ähnlichen Lagern begangen worden sind". Die Ludwigsburger Stelle durfte jedoch nur Vorermittlungen führen. Wenn ein Fall zur Anklageerhebung reif war, musste er an die zuständige Staatsanwaltschaft abgegeben werden.⁵

Die Bundesrepublik hatte noch keinerlei diplomatische Beziehungen zu Polen, wo das hauptsächliche Quellenmaterial aufzufinden war; erst 1963 konnten wechselseitige Handelsvertretungen errichtet werden. Schon gar nicht gab es Kontakte zu Justizinstanzen der DDR. Die polnischen Behörden, vertreten durch den Juristen Professor Dr. Jan Sehn (1909-1965) als Bevollmächtigten des Justizministers, betrachteten, wie sie später anlässlich der Ortsbesichtigung des Gerichts in Auschwitz ausdrücklich erklärten, diese Kontaktaufnahme als „Präzedenzfall“, um „Wege zwischen Staaten und Völkern zu ebnen, selbst wenn zwischen solchen Staaten keine normalen Beziehungen beständen“ (Sehn)⁶

So waren die Ermittler Kügler und Vogel in der Lage, bereits im August 1960 an den Tatort Auschwitz zu reisen und dort das Gelände des Konzentrationslagers zu besichtigen sowie einschlägige Dokumente einzusehen. Hinzu kamen die Unterlagen, die Jan Sehn, der auch Mitglied der Hauptkommission zur Untersuchung der Nazi-Verbrechen in Warschau war, zugänglich machte. Bereits im Januar 1960 hatte die Staatsanwaltschaft eine Liste erstellt, wonach nicht weniger als 599 SS-Funktionäre verdächtigt wurden, an Tötungsdelikten in Auschwitz

⁵ SYBILLE Steinbacher, "Protokoll vor der Schwarzen Wand". Die Ortsbesichtigung des Frankfurter Schwurgerichts in Auschwitz". **Gerichtstag halten über uns selbst...** Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses. Hrsg. von Irmtrud Wojak. Frankfurt am Main, New York: Campus, 2001 S. 61-89, hier S. 81

⁶ Die Gutachten sind teilweise publiziert worden und außerdem dokumentiert auf der DVD-Rom. **Der Auschwitz-Prozess:** Tonbandmitschnitte, Protokolle, Dokumente. Hrsg. vom Fritz Bauer Institut und dem Staatlichen Museum Auschwitz-Birkenau. Berlin: Zeno.org: 2007

beteiligt gewesen zu sein.⁷ Wie zielstrebig Dr. Bauers “junge Garde” arbeitete, kann an einem Beispiel verdeutlicht werden: 1960, als die Olympischen Spiele in Rom stattfanden und dabei ein Segler namens Mulka eine Medaille gewann und auf den Sportseiten der Tageszeitungen gefeiert wurde, schlossen diese konsequent vom Sohn auf den Vater. Und so wurde Robert Mulka entdeckt und verhaftet, ehemals SS-Hauptsturmführer und lange Zeit Adjutant des Auschwitz-Kommandanten Rudolf Höß (dessen Gefängnisniederschrift, 1958 veröffentlicht, das bis dahin bedeutsamste Quellenzeugnis über das Vernichtungslager war)⁸

Das Zustandekommen des großen Frankfurter Auschwitz-Prozesses ist neben der Arbeit der Zentralen Stelle in Ludwigsburg vor allem zwei Männern zu verdanken: dem damaligen Hessischen Generalstaatsanwalt Fritz Bauer und dem Generalsekretär des Internationalen Auschwitz-Komitees in Wien, Hermann Langbein, der in Auschwitz Häftlingsschreiber beim SS-Standortarzt Eduard Wirths gewesen war. Langbein versorgte die Justiz mit Informationen und sachkundigen Hinweisen. Bauer, ein in der Sozialdemokratie verwurzelter Liberaler, war nach seiner Rückkehr aus der Emigration ein entschiedener Kämpfer gegen das Vergessen. Er machte die Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit zu seiner Hauptaufgabe und ließ – mitunter gegen Widerstände nicht nur aus dem Justizapparat – jede Spur durch junge, unbelastete Staatsanwälte verfolgen, um nationalsozialistische Gewaltverbrecher vor Gericht zu bringen. Ihm ist es

⁷ Nachhörbar auf der DVD-Rom **Der Auschwitz-Prozess**: Tonbandmitschnitte, Protokolle, Dokumente. Hrsg. vom Fritz Bauer Institut und dem Staatlichen Museum Auschwitz-Birkenau. Berlin: Zeno.org: 2007

⁸ Vgl. die Urteils-Kritik von BAUER, Fritz. “Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit”, in: PERELS, Joachim; WOJAK, Irmtrud. **Die Humanität der Rechtsordnung**: Ausgewählte Schriften. Frankfurt am Main, New York: Campus, 1998, S. 77-90

zu verdanken, dass nicht viele kleine Prozesse gegen einzelne Angeklagte geführt wurden, sondern der Verbrechenskomplex Auschwitz – diese "größte Menschen-Vernichtungs-Anlage aller Zeiten",[10] in der mindestens 1,2 Millionen Frauen, Männer und Kinder gewaltsam zu Tode gebracht wurden – in einem Verfahren aufgearbeitet wurde und so die Rolle der einzelnen Täter im Räderwerk der Vernichtungsmaschinerie deutlich werden konnte.⁹

In der am 16. April 1963 erhobenen, 700 Seiten starken Schwurgerichtsanklage zum Auschwitz-Prozess stand der dritte und letzte Kommandant von Auschwitz, Sturmbannführer Richard Baer, an der Spitze. Nach Kriegsende war es ihm gelungen, sich unter falschem Namen als Waldarbeiter 15 Jahre lang in der Nähe von Hamburg zu verbergen. Erst am 20. Dezember 1960 wurde er festgenommen. Noch vor dem Beginn der Hauptverhandlung starb er am 17. Juni 1963 an einem Herz- und Kreislaufversagen in der Untersuchungshaft. Die Anklage lautete auf Mord, denn alle anderen Straftaten waren bereits verjährt. Bei Eröffnung der Hauptverhandlung, die nach dem ältesten Angeklagten (dem ehemaligen Adjutanten des ersten Lagerkommandanten Höß) benannt nun den Namen "Strafsache gegen Mulka und andere" trug, standen 22 Angeklagte vor dem Schwurgericht, von denen zwei während der Hauptverhandlung wegen Krankheit ausschieden.¹⁰

Während der Beweisaufnahme wurden 359 Zeugen aus 19 Ländern gehört. 211 von ihnen waren ehemalige Häftlinge, darunter 100 aus Osteuropa, vor allem aus Polen und der Tschechoslowakei, aber auch aus

⁹ WEIZSÄCKER, Richard von. **Rede auf der Gedenkveranstaltung im Plenarsaal des Deutschen Bundestages zum 40. Jahrestag des Endes des Zweiten Weltkrieges in Europa**, Bonn, 8.5.1985, http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1985/05/19850508_Rede.html, dost□p 19.3.2015.

¹⁰ Hermann Langbein (1912–1995) trat im Auschwitz-Prozess auch als Zeuge auf und veröffentlichte 1965 eine erste Dokumentation: *Der Auschwitz-Prozess*, unveränderter Nachdruck, Frankfurt/M. 1995.

Rumänien, der Sowjetunion und der DDR. Nach zwanzig Jahren standen sie ihren Peinigern wieder gegenüber, mussten die Schrecken von Auschwitz in ihrer Erinnerung noch einmal durchleben. Für viele von ihnen wirkte es bedrohlich, wenn sie allein der Phalanx der gut gekleideten Angeklagten und ihren Verteidigern in den schwarzen Roben gegenüberstanden und "wahrheitsgemäß" berichten mussten, was sie in Auschwitz erlebt hatten. Da wurde etwa das Folterinstrument des Angeklagten Boger von der "Politischen Abteilung", der Lager-Gestapo, beschrieben, die "Boger-Schaukel", auf der er bei "verschärften Vernehmungen" Häftlinge fast zu Tode prügelte. Bezeugt wurde auch, wie der SS-Sanitäter Josef Klehr Hunderte von Häftlingen mit Phenolinjektionen direkt ins Herz tötete. "Abspritzen" nannte man das in Auschwitz. Ausführlich wurden die "Selektionen" auf der Rampe von Birkenau beschrieben, wo SS-Ärzte und SS-Offiziere Arbeitsfähige aus den ankommenden jüdischen Häftlingstransporten aussonderten und ins Lager einwiesen, die übergroße Mehrzahl aber direkt in den Tod in die Gaskammern schickten. Mord nannte man "Sonderbehandlung".

Einige Verteidiger nahmen bei ihren bohrenden, gelegentlich mit drohendem Unterton gestellten Fragen keine Rücksicht auf die physische und psychische Verfassung der ehemaligen Häftlinge. Stockend berichteten diese über die Höllenqualen, die sie im Lager – ständig den Tod vor Augen – durchleben mussten, über das grausige Geschehen an dieser Stätte des industriell betriebenen Mordens. Manche der stets zahlreichen Zuhörer konnten die Tränen angesichts der erschütternden Schilderungen der Überlebenden von Auschwitz nicht zurückhalten.

Die Angeklagten zeigten sich dagegen von diesen Zeugenaussagen wenig beeindruckt. Sie, die Täter und Mordgehilfen, die als SS-Angehörige zur Elite des NS-Staates zu gehören meinten, und sich "aus dem Krieg heimgekehrt" bereits wieder in bürgerlicher Wohlanständigkeit

eingrichtet hatten, beriefen sich auf Führerbefehle und Anordnungen ihres obersten Chefs Heinrich Himmler, dem "Reichsführer SS und Chef der deutschen Polizei", dem mit dem Reichssicherheitshauptamt die Gestapo und mit dem Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt der SS die "Inspektion der Konzentrationslager" unterstanden.¹¹

Die Angeklagten, die weder Scham noch Reue zeigten, behaupteten, sie seien Soldaten gewesen, hätten nur Befehle ausgeführt und im Verweigerungsfall harsche Konsequenzen fürchten müssen. Im Übrigen könnten sie sich an nichts mehr erinnern. Am dreistesten verhielt sich der Angeklagte Mulka, der anfänglich behauptete, er habe als Adjutant von Höß das "Schutzhaftlager" nie betreten, mit den Häftlingen nichts zu tun gehabt. Er sei Chef der Ehrenkompanie, aber ein Kompaniechef ohne eigentliche Befehlsgewalt gewesen. Niemandem habe er etwas getan, er sei schließlich alter Soldat gewesen. Aus dem jungen Staatsanwalt Kügler brach es daraufhin heraus: "Sie waren kein Soldat, Sie haben einem uniformierten Mordkommando angehört." Das Urteil sollte später zeigen, dass diese moralische Bewertung auch juristisch ihre Berechtigung hatte.

12

Neben überlebenden Häftlingen trat noch eine weitere Kategorie von Zeugen im Prozess auf. Ehemalige SS-Angehörige sollten über einzelne Angeklagte, die sie kannten, aussagen. Es erschienen aber auch hohe SS-Offiziere. Einige waren von den Alliierten verurteilt und begnadigt, andere bisher nicht von der deutschen Justiz behelligt worden. Sie wurden vom Gericht, den Staatsanwälten, den Vertretern der Nebenkläger und nicht

¹¹ Vgl. GROSS, Raphael; RENZ, Werner (Hrsg.). **Der Auschwitz-Prozess (1963–1965)**. Kommentierte Quellenedition, Frankfurt–New York 2011, s.78

¹² Vgl. MATTHÄUS, Jürgen. Der Eichmann-Prozess und seine Folgen – Strafverfolgung von NS-Verbrechen und Geschichtsschreibung in Deutschland. In: RENZ, Werner (Hrsg.). **Interessen um Eichmann** – Israelische Justiz, deutsche Strafverfolgung und alte Kameradschaften (= Wissenschaftliche Reihe des Fritz Bauer Instituts, Bd. 20), Frankfurt/Main. 2012, S. 219.

zuletzt von den Verteidigern auch als "sachverständige Zeugen" vernommen – vor allem zum Entschuldungsargument des "Befehlsnotstands". Auf diese Weise kamen folgende SS-Chargen zu Wort: die ehemaligen Amtsleiter im Reichssicherheitshauptamt, SS-Obergruppenführer Karl Werner Best und SS-Gruppenführer Bruno Streckenbach, der SS-Brigadeführer und Chef des Einsatzkommandos 5 der Einsatzgruppe C, Erwin Schulz, sowie der Abteilungsleiter im Reichssicherheitshauptamt und Chef des Einsatzkommandos 12 der Einsatzgruppe D, Obersturmbannführer Gustav Nosske. Die einst hochrangigen Funktionsträger im nationalsozialistischen Unterdrückungsapparat wurden in der Hauptverhandlung mit Ehrerbietung behandelt. Auch der ehemalige Kommandeur der Sicherheitspolizei in Kattowitz, Johannes Thümmeler, der als Vorsitzender eines SS- und Polizei-Standgerichts im Lager Auschwitz Hunderte von Todesurteilen verhängt hatte und der nach dem Krieg bei den Amerikanern mit zweieinhalb Jahren Internierungslager in Ludwigsburg billig davon gekommen war, durfte die Frankfurter Gerichtsstätte direkt nach seiner Aussage wieder verlassen.

Auch Sachverständige kamen im Verlauf der Beweisaufnahme zu Wort. So bemühten sich Hans Buchheim, Helmut Krausnick, Martin Broszat und Hans-Adolf Jacobsen vom Münchner Institut für Zeitgeschichte (IfZ) um eine Kontextualisierung der Auschwitz-Verbrechen, um "den Richtern (...) schon vor der Vernehmung der Zeugen eine Vorstellung von den historischen und politischen Zusammenhängen an die Hand zu geben". Eine Delegation des Gerichts – ein Richter, Staatsanwälte, Vertreter der Nebenkläger, Verteidiger und sogar der angeklagte Lagerarzt Lucas – durfte darüber hinaus im Dezember 1964

das Lager in Auschwitz besichtigen. Vor dem Hintergrund des Kalten Krieges kam dieser Ortstermin einer Sensation gleich.¹³

Die Staatsanwaltschaft forderte für 16 der Angeklagten die Höchststrafe – lebenslanges Zuchthaus. Für zwei weitere wurden je zwölf Jahre Zuchthaus gefordert. Zwei Angeklagte sollten freigesprochen werden. Während des Prozesses und danach wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass es nur die "Kleinen" seien, die hier vor Gericht stünden. Diejenigen aber, die das Gesamtgeschehen an den Schreibtischen des Reichssicherheitshauptamtes und des Wirtschafts- und Verwaltungshauptamtes der SS geplant und befohlen hatten, waren damals zum großen Teil nicht mehr unter den Lebenden, konnten untertauchen, sich anderweitig der gerechten Strafe entziehen, oder waren wegen des "Überleitungsvertrages" von 1952/55 für die deutschen Strafverfolgungsbehörden tabu.

Die Angeklagten stellten – abgesehen vom fehlenden Kommandanten – ein Abbild der Lagerhierarchie in dem Konzentrations- und Vernichtungslager Auschwitz dar: von Adjutanten der Kommandanten über Schutzhaftlagerführer, Rapport- und Blockführer, Angehörige der sogenannten Politischen Abteilung, Lagerärzte und -apotheker und Sanitätsdienstgrade bis zum Funktionshäftling. Dies verdeutlicht, worum es ging: Es wurde kein politischer Prozess, schon gar kein Schauprozess geführt, sondern die Wahrheit und Wirklichkeit des Verbrechenskomplexes Auschwitz mit Hilfe von Zeugenaussagen, Dokumenten und zeitgeschichtlichen Gutachten erforscht und in einem rechtsstaatlichen Verfahren die jeweils individuelle strafrechtliche – nicht moralische oder ethische – Schuld der Angeklagten festgestellt. Hier

¹³ Vgl. REICHEL, Peter. **Vergangenheitsbewältigung in Deutschland** – Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur in Politik und Justiz, 2. akt. und überarb. Neuaufl., München 2007, S. 13.

urteilte ein deutsches Gericht nach dem deutschen Strafgesetzbuch und den Regeln der Strafprozessordnung über Deutsche. Dass es Beschränkungen unterlag, die durch Handlungen der Siegermächte vor der Erlangung der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland 1955 verursacht wurden, schmälert das Bemühen des Gerichts um Gerechtigkeit nicht.¹⁴

Das Schwurgericht unter dem Vorsitzenden Richter Hans Hofmeyer – zu Beginn des Prozesses Landgerichtsdirektor, während seiner Dauer zum Senatspräsidenten befördert – verurteilte sechs Angeklagte zu lebenslanger Zuchthausstrafe und einen, der als Schüler und SS-Unterrichter im Dezember 1940 nach Auschwitz versetzt worden war und sich 1941/42 für einige Monate beurlauben ließ, um Abitur zu machen, zur Höchststrafe von zehn Jahren Jugendstrafe. Diese sieben Angeklagten wurden als Täter verurteilt, denn ihnen konnte zweifelsfrei Mord zwischen fünf (Blockführer Baretzki) und mindestens 475 Fällen (SS-Sanitäter Klehr) nachgewiesen werden. Boger wurde wegen Mordes in mindestens 114 Fällen, Schutzhaftlagerführer Hofmann (bereits 1961 wegen Mordes in zwei Fällen im KZ Dachau in München zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt) in 34 und der Rapportführer Kaduk in zwölf Fällen verurteilt. Dem einstigen Häftling und Blockältesten Bednarek wurden 14 Morde angelastet, die er aus Mordlust und gegen den Befehl begangen hatte.

Zehn Angeklagte erhielten lediglich als Gehilfen Zuchthausstrafen. Ihre aktive Mitwirkung am staatlich organisierten Massenmord, vor allem durch "Rampendienst" bei "Selektionen" für die Gaskammern und "Lagerselektionen" für die tödlichen Giftinjektionen sowie bei Erschießungen, wurde als "gemeinschaftliche Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord" in jeweils mehreren Fällen an je mehreren

¹⁴ Vgl. WINTERS, Peter Jochen. **Die Karriere des Johannes Thümmeler**. Ein SS-Mann fordert Kunstgüter zurück, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.6.1996, S. 5

Hundert bis zu mehreren Tausend Menschen gewertet. Sie erhielten Zuchthausstrafen zwischen 14 Jahren (Mulka) und drei Jahren und drei Monaten (Lucas). Neun Jahre Zuchthaus hielt das Gericht für den Leiter der Lagerapotheke Capesius – der als Sturmbannführer den höchsten SS-Rang der Angeklagten hatte – für angemessen, je sieben Jahre für den Adjutanten des Kommandanten Baer und einen Lagerzahnarzt, sechs Jahre für den Arrestaufseher im Lagergefängnis des Stammlagers. Zu fünf und vier Jahren verurteilte das Gericht zwei Mitarbeiter der Politischen Abteilung, zu vier und dreieinhalb Jahren zwei Sanitätsdienstgrade. Drei Angeklagte wurden freigesprochen.¹⁵

Manche hielten dieses Urteil für zu milde. Zu groß war die Diskrepanz zwischen dem Geschehen in den Vernichtungslagern und den von bundesdeutschen Gerichten verhängten Strafen. Hier musste staatlich organisierter Massen- und Völkermord von solchem Ausmaß, dass der menschliche Verstand ihn nicht zu begreifen vermag, mit einem für diese Art von Verbrechen inadäquaten Mordparagrafen konfrontiert werden, der fordert, dass das Gericht für jeden Angeklagten den individuellen Tatnachweis führen muss.

Heute geht die Tendenz bei Juristen dahin, in so außergewöhnlichen Fällen industriell vorgenommener Massentötungen wie in den nationalsozialistischen Vernichtungslagern auf den individuellen Tatnachweis zu verzichten und die Täter als "Teil der Vernichtungsmaschinerie" zu verurteilen. So geschah es vor wenigen Jahren im Münchner Prozess gegen den aus der Ukraine stammenden Iwan Demjanjuk, der als Kriegsgefangener von der SS zum "fremdvölkischen Hilfspwilligen" umgeschult worden war und 1943 einige

¹⁵ Vgl. Das Urteil im Ulmer Einsatzgruppen-Prozess, in: RÜTER, Christian F. et al. (Hrsg.), **Justiz und NS-Verbrechen**: Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1966, Bd. I–XXII, Amsterdam 1968–1981, Bd. XV, S. 56ff

Monate als "Wachmann" im Vernichtungslager Sobibor Dienst getan hatte. Aufgrund der Tatsache, dass während seiner Dienstzeit in Sobibor laut der Transportlisten rund 228000 Menschen getötet worden seien, wurde er am 11. Mai 2011 zu fünf Jahren Haft wegen Beihilfe zum massenhaften Mord verurteilt. Er hätte sich nicht beteiligen dürfen, sondern fliehen müssen, so die Begründung des Gerichts. Sowohl Staatsanwaltschaft als auch Verteidigung legten Revision gegen das Urteil ein. Noch bevor der Bundesgerichtshof den Fall neu aufrollen konnte, starb Demjanjuk im März 2012, ohne dass ein Urteil zu seiner juristischen Schuld rechtskräftig werden konnte. So bleibt die Frage vorläufig offen, wie der Auschwitz-Prozess heute möglicherweise entschieden werden würde und wohin eine andere Entscheidung als damals führen könnte.

Das ist das Bedeutsame: Vor fünfzig Jahren wurden die außergewöhnlichen, einmaligen Verbrechen eines Unrechtsregimes ohne Sondertribunale mit dem geltenden Schuldstrafrecht ohne Sondergesetze in einem fairen rechtsstaatlichen Verfahren abgeurteilt. Zwanzig Jahre nach dem Untergang der NS-Diktatur hat der Auschwitz-Prozess entscheidend dazu beigetragen, dass die Deutschen die Notwendigkeit erkannten, sich mit ihrer jüngsten Vergangenheit ernsthaft auseinanderzusetzen. Die Gesellschaft der 1950er und 1960er Jahre hatte die Mitverantwortung der funktionellen Eliten des Militärs, der Polizei, der Justiz, der Wirtschaft und der Universitäten für das Funktionieren der Herrschaft der Nationalsozialisten und ihrer Verbrechen fast vollständig verdrängt.¹⁶

¹⁶ Über die Verlängerung der Verjährungsfrist für Mord – ursprünglich 20 Jahre – entwickelten sich in der Öffentlichkeit, aber auch im Bundestag heftige Debatten, die schließlich über mehrere Stufen (1965, 1969 und 1979) zur generellen Unverjährbarkeit des Mordes führten.

Schon während des Prozesses hatten die Medienvertreter, die den Verhandlungen des Gerichts beiwohnten, der Öffentlichkeit vom Alltag im "Zentrum der Endlösung der Judenfrage" berichtet und wachsende Teile der Öffentlichkeit zu neuem Nachdenken über die NS-Vergangenheit angeregt. Nun stellte die Nachkriegsgeneration bohrende Fragen an die Generation der Väter und Mütter: Was habt ihr damals gedacht und getan? Wie konnte so etwas geschehen? Wie konntet ihr wegsehen und euer Gewissen beruhigen, wenn Mitbürger erniedrigt, ausgesondert und vernichtet wurden? Warum seid ihr einer Ideologie nachgelaufen, die weder Menschlichkeit noch Recht kannte, die fanatisch Stärke, Gewalt, Verdrängung und Ausmerzungen, Verderben und Tod predigte?¹⁷

Das Schwurgericht sei nicht berufen gewesen, die Vergangenheit zu bewältigen, sagte der Vorsitzende Richter in der mündlichen Urteilsbegründung. Auch wenn das Verfahren weit über die Grenzen des Landes Beachtung gefunden und den Namen "Auschwitz-Prozess" erhalten habe, sei es für das Gericht doch ein Strafprozess geblieben. Für das Urteil sei nur die jeweils individuelle Schuld der Angeklagten maßgebend gewesen. Gewiss: Aufgabe des Gerichts war es nicht, Volkshochschule für die Aufarbeitung der Vergangenheit zu sein. Dennoch war der Auschwitz-Prozess mehr als nur die auf die Angeklagten bezogene Wahrheitsfindung und Rechtsprechung. Er war eine Mahnung und Warnung zugleich vor jeglicher Beruhigung des Gewissens, wenn Zivilcourage und Widerstand gegen gewaltverherrlichende Ideologien und Weltanschauungen oder religiösen Fanatismus und Rassenwahn geboten ist. Er war aber auch eine bedeutende Geschichtsquelle, lieferte Material für die historische Forschung und bewirkte nicht zuletzt wegen der

¹⁷ Vgl. MEUSCHEL, Sigrid: Legitimationsstrategien in der DDR und in der Bundesrepublik. In: KLESSMANN, Christoph; MISSELWITZ, Hans; und WICHERT, Günter (Hrsg.): **Deutsche Vergangenheiten** - eine gemeinsame Herausforderung. Der schwierige Umgang mit der doppelten Nachkriegsgeschichte, Berlin 1999, S. 117

Aufmerksamkeit, die er in der Öffentlichkeit fand, moralische und politische Aufklärung der Bevölkerung, die sich, je länger der Prozess dauerte, desto schwerer vor dem verschließen konnte, was im Gerichtssaal zur Sprache kam.

Auch nach fünfzig Jahren kann der Berichterstatter nur wiederholen, was er damals zum Urteil im Auschwitz-Prozess schrieb: "Die Schrecken der Apokalypse verblassen angesichts der Todesfabriken von Auschwitz, in denen Millionen von Männern, Frauen und Kindern buchstäblich ausgelöscht wurden: Nicht nur für ihre Habseligkeiten hatte man Verwendung, selbst ihre Haare, ihr Zahngold, ja sogar ihre Knochen oder ihre Asche wurden ‚buchmäßig erfasst, abgerechnet und verwertet‘. Der Frankfurter Auschwitz-Prozess ist zu Ende. Das aber, wofür der Name Auschwitz steht, werden Menschen kaum vergessen können, Deutsche nie vergessen dürfen."

Lassen Sie mich zusammenfassend die Worte des Außenministers Heiko Maas vom Oktober 2020 verwenden" Wie präsent die Erinnerung an diese Grausamkeiten noch heute bei allen Generationen ist - das ist wirklich bei allen Generationen in Polen der Fall -, das konnte man bei dieser Gedenkfeier spüren. Schülerinnen und Schüler von deutschen und polnischen Schulen hatten im Vorfeld gemeinsam die Schicksale von Opfern aufgearbeitet. Genau diese gemeinsame Erinnerungsarbeit brauchen wir angesichts des wiedererstarkenden Nationalismus mehr denn je.

Meine Damen und Herren, der deutsch-polnischen Geschichte gerecht zu werden, das ist ein hohes Ziel - ein Ziel, das wir nur gemeinsam erreichen: Deutsche und Polen. Deshalb ist es wichtig, dass wir, wie es in dem Antrag steht, von Anfang an die Zusammenarbeit von polnischen und deutschen Expertinnen und Experten ermöglichen. Es geht darum, die

Vergangenheit auch durch die Augen des anderen zu betrachten, um so gemeinsame Perspektiven zu schaffen.

Es sind nämlich nichts anderes als diese gemeinsamen Perspektiven, auf denen die Vertiefung unserer bilateralen Beziehungen, unserer Freundschaft zu Polen und unsere europäische Zukunft fußen. Ein Ort, der diese Perspektiven schafft, gäbe dem Zusammenwachsen Europas eine neue Dimension; denn er wäre deutsch, polnisch und europäisch, historisch und zukunftsgerichtet zugleich.¹⁸

*Conferência DAAD “Turning Points in 20th Century Germany”
Realizada entre os dias 8-13 de dezembro de 2019
na Hebrew University of Jerusalem – Israel*

¹⁸ Vgl. <https://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/maas-deutsch-polnische-beziehungen/2411146>, dost□p 24.01.2021

VI Simpósio sobre Migração e Proteção de Pessoas: Mobilidade Humana em Tempos Críticos

Resumos

Trata-se da publicação dos resumos selecionados via *double blind review*, os quais foram apresentados no evento intitulado ‘VI Simpósio sobre Migração e Proteção de Pessoas: Mobilidade Humana em Tempos Críticos’, realizado entre os dias 06 a 08 de dezembro de 2021, na modalidade virtual, com o apoio da Revista.

Grupo de Trabalho I – Migrações e Justiça Global

1.1 A tensão na fronteira entre Belarus e Polônia: entre a instrumentalização política de migrantes e as barreiras ao acolhimento migratório da União Europeia¹

Em novembro de 2021, destacou-se no cenário internacional as tensões políticas sediadas na fronteira entre Belarus, localizada no leste do continente europeu, e a União Europeia (UE), na divisão da Polônia. Estima-se, de acordo com levantamentos dos governos da Polônia e de Belarus, que o número de imigrantes retidos na fronteira é incerto, mas chega a aproximadamente 4 mil, a maior parte vinda do Oriente Médio, especialmente da população curda do Iraque. A imprensa polonesa afirmou que pelo menos 11 migrantes morreram na fronteira desde o início da crise (WELLE, 2021). Os imigrantes, intermediando o conflito político, ficaram acampados sob o frio e a neve (NEITZKE; DUARTE, 2021).

Diante da situação, o bloco europeu acusou Belarus de transportar milhares de imigrantes do Oriente Médio de avião e os induzir a entrar no

¹ Trabalho apresentado por *Laura Mourão Nicoli* (Universidade Federal de Uberlândia; ORCID 0000-0003-3070-6197) e *Juliana Aparecida Custódio* (Universidade Federal de Uberlândia).

bloco via Polônia, mas também através da Lituânia e da Letônia. Para tanto, a finalidade seria a de retaliar as sanções impostas pela UE a Belarus por Lukashenko, presidente do país, ter reprimido protestos contra sua reeleição, tida pela União Europeia enquanto antidemocrática, em agosto de 2020 (FRANZÃO, 2021).

O governo de Lukashenko, por outro lado, negou as acusações e alegou não ter interesse em criar uma tensão na região. A fim de mitigar a crise, Belarus propôs um plano à União Europeia. Na nova proposta, o país sugeriu que a UE acolhesse 2 mil imigrantes, enquanto o governo local se responsabilizaria por repatriar outros 3 mil. A Comissão Europeia e a Alemanha rejeitaram, todavia, a proposta de acolhimento de imigrantes no limbo da fronteira (KISELYOVA et al, 2021).

Analisando os eventos sob o aspecto político que permeia o Direito Internacional das Migrações, é notório que a questão migratória na União Europeia é um tema que gera diversos debates na arena internacional. No final do século XX, após a queda do muro de Berlim e a instituição da “cidadania europeia”, acreditava-se que o novo cenário fosse propício para a concretização de ideais cosmopolitas que considerassem o reconhecimento dos direitos de todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade. No entanto, contrariando essas expectativas, surgiu uma verdadeira “obsessão por fronteiras” no continente europeu, como afirma Michel Foucher (MARINUCCI, 2015).

Outrossim, sobretudo a partir do início das revoltas que caracterizaram os eventos históricos da Primavera Árabe, foram difundidos temores relativos à “invasão” de migrantes vindos do norte da África e do Oriente Médio, de modo que a imagem de uma invasão “acompanhou as percepções e as respostas políticas dos Estados-membros da UE” que tangenciam a governança migratória (PONTES, 2015, p. 143). Para Pontes, a migração ao bloco europeu continua sendo compreendida enquanto

sinônimo de ameaça à segurança e à estabilidade, o que prejudica diretamente a evolução da política migratória europeia em direção a um melhor acolhimento de migrantes e refugiados.

Nesse sentido, a política europeia para as migrações internacionais, definida pelo Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo, principal normativa da UE que delinea a política migratória do bloco, trouxe objetivos e mecanismos de combate à imigração irregular. Portanto, o Pacto evidenciou que a política migratória comum da UE seguiria abordando a migração sob uma perspectiva xenófoba, pautada na segurança nacional e na criminalização da migração (VIEIRA; COSTA, 2020, p. 240). A insistência na criminalização da imigração irregular, a securitização das fronteiras e os critérios seletivos excludentes de mobilidade, desta forma, fomentaram diversos episódios violadores de direitos humanos.

Pode-se citar, a título de exemplo da tendência migratória do bloco, a criação de centros de triagem de imigrantes com o intuito de retornar ao país de origem aqueles que não preenchessem os requisitos para receber proteção internacional; a criação de plataformas de desembarque de imigrantes fora da Europa, em países do Norte da África, bem como a recusa dos Estados Membros para desembarque de barcos com imigrantes salvos no Mar Mediterrâneo, que tentaram fazer a travessia para a Europa, dentre outros (VIEIRA; COSTA, 2020, p. 240).

Desse modo, identifica-se uma tentativa do bloco europeu de se distanciar da responsabilidade pela solução do conflito dos fluxos migratórios involuntários, caracterizados sobretudo pela migração forçada advinda do Norte da África e do Oriente Médio. A chanceler alemã, Angela Merkel, pediu ao presidente da Rússia, Putin, que interviesse na crise, uma vez que a União Europeia considera a situação "um ataque híbrido" com o objetivo de desestabilizar o bloco europeu, mas se negou a receber parcela dos migrantes retidos na fronteira.

Em adição, é necessário analisar que tanto Belarus quanto Polônia ratificaram a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, sendo responsáveis pelo efetivo cumprimento da proteção internacional dos refugiados, sobretudo no que tange o princípio do *non-refoulement*, que importa na proibição de levar qualquer pessoa a regressar a um local onde exista risco real de perseguição ou de graves violações dos direitos humanos. O princípio é, além do mais, classificado como basilar pelo direito internacional de migração e interpretado enquanto costume internacional (JACOBUCCI, 2021), assim como teve seu status de norma de *jus cogens* reconhecido pela Resolução nº 52/132, de 1997, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Nesse sentido, em sua, a presente pesquisa possui como objetivo central responder: A atual violação de direitos na fronteira entre Belarus e Polônia é um mecanismo para retaliar as sanções impostas pela União Europeia ao território belarusso ou representa a continuidade de uma política migratória restritiva de direitos orquestrada pelo bloco europeu?

Metodologicamente, o presente estudo é pautado na abordagem analítica, por ser de cunho qualitativo e envolver a avaliação aprofundada na tentativa de explicar o contexto do fenômeno da tensão migratória. A partir do método dedutivo, a pesquisa procurou subsídios para determinar a relação da política migratória europeia a partir da situação particular da fronteira entre Belarus e Polônia.

Tendo em seu procedimento viés bibliográfico, a pesquisa foi baseada em documentos internacionais, artigos, livros e publicações jornalísticas que relatem e abordem o tema. Ressalta-se que, em razão de sua atualidade, as reportagens jornalísticas e dados serão analisados de forma inédita pela pesquisa. Por fim, a análise dos objetivos foi realizada através do método explicativo, de forma que teve como intuito central explicar os

fatores determinantes para a ocorrência da restrição de direitos migratórios na União Europeia.

Ao cabo, a pesquisa em andamento evidenciou, a partir da análise do desenvolvimento histórico da política e da governança migratória da União Europeia, sobretudo a partir da última década, uma tendência de restrição de direitos humanos de imigrantes e refugiados e a expansão do fenômeno da criminalização da migração irregular.

Nesse sentido, o caso iminente da tensão migratória na fronteira entre Belarus e Polônia, ainda que represente uma possível instrumentalização de migrantes realizada pelo Estado belarusso em retaliação às medidas restritivas impostas pela UE, representa uma manobra política orquestrada pela União Europeia na tentativa de justificar a negação ao acolhimento da população migrante e refugiada, sobretudo oriunda do Oriente Médio, a partir da securitização de fronteiras imposta pelo bloco europeu.

Nesse passo, a pesquisa permitiu concluir parcialmente que, para além de uma possível tentativa de retaliação do governo belarusso, a tensão migratória na fronteira entre Belarus e Polônia é um demonstrativo da continuidade da política migratória restritiva adotada pelo bloco europeu. Ilustra, portanto, a constante tentativa da União Europeia de se eximir da responsabilidade de lidar com os fluxos migratórios da região e de se isentar do dever de acolhimento e de proteção dos direitos humanos da população migrante e refugiada, não obstante firmado em diversos compromissos internacionais.

Referências

FRANZÃO, Luana. Belarus tira barracas da fronteira com Polônia; 430 imigrantes voltam ao Iraque. **CNN Brasil**. 18 nov. 2021. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/belarus-tira-barracas-da-fronteira-com-polo-nia-430-imigrantes-voltam-ao-iraque/>. Acesso em 25 nov. 2021.

JACOBUCCI, Fabrízio. O drama dos migrantes na crise entre Belarus e União Europeia. **Cosmopolita**. 12. nov. 2021. Disponível em:

<https://www.cosmopolita.org/post/o-drama-dos-migrantes-na-crise-entre-belarus-e-pol%C3%B4nia>. Acesso em 22 nov. 2021.

KISELYOVA et al. Belarus diz que não deseja confronto e quer que UE acolha imigrantes. **CNN Brasil**. 22 nov. 2021. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/belarus-diz-que-nao-deseja-confronto-e-que-que-ue-acolha-imigrantes/>. Acesso em 25 nov. 2021.

MARINUCCI, R. Migrações e fronteiras: as políticas migratórias restritivas e o direito de fuga dos migrantes. **SciELO em Perspectiva: Humanas**, 2015. Disponível em: <https://humanas.blog.scielo.org/blog/2015/07/15/migracoes-e-fronteiras-as-politicas-migratorias-restritivas-e-o-direito-de-fuga-dos-migrantes/>. Acesso em 27 nov. 2021.

NEITZKE, Fabrizio; DUARTE, Flávia. Imigrantes enfrentam frio e neve para cruzar fronteira de Belarus. **CNN Brasil**. 23 nov. 2021. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/imigrantes-enfrentam-frio-e-neve-para-cruzar-fronteira-de-belarus/>. Acesso em 25 nov. 2021.

PONTES, Natália Coutinho. Mecanismos da política migratória da União Europeia: como o bloco está respondendo ao aumento do número de refugiados. **Revista do Programa de Direito da União Europeia**, n. 4, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68147>. Acesso em 24 nov. 2021.

VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. A resposta comum da União Europeia frente à pandemia da Covid-19 e os compromissos com a proteção internacional dos direitos humanos de imigrantes e refugiados. In: BAENINGER, R.; VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (Coord.). **Migrações Internacionais e a Pandemia de Covid-19**. Campinas, SP: NEPO/UNICAMP, 2020. p. 232-254.

WELLE, Deutsche. Polônia acusa Belarus de “mudar de tática” sobre migrantes. **Poder 360**. 21 nov. 2021. Disponível em:

<https://www.poder360.com.br/internacional/polonia-acusa-belarus-de-mudar-de-tatica-sobre-migrantes-dw/>. Acesso em 27 nov. 2021.

1.2 Crimigração: crianças migrantes desacompanhadas²

Conforme assinala o Comitê dos Direitos das Crianças na sua Observação Geral nº 6 (2005, parágrafos 8-9) as crianças desacompanhadas são aquelas “que estão separadas dos pais e de outros familiares e não estão ao cuidado de um adulto que, por lei ou costume, tem essa responsabilidade”. Nessa observação, reafirma-se obrigações dos Estados para com quaisquer crianças que estejam na sua jurisdição (sem discriminar a nacionalidade) que contemplam o dever dos Estados de adotar medidas adequadas de proteção, atender às suas necessidades e

² Trabalho apresentado por *Laila Roxina Moliterno Abi Cheble* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ORCID 0000-0001-9017-2129)

tomar em consideração suas opiniões nos processos em que estejam envolvidos. Ao tempo que o parecer consultivo 21/14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos indica quatro princípios orientadores da Convenção sobre os Direitos da Criança que devem ser observados pelos Estados no “sistema de proteção global”: o princípio da não discriminação, o princípio do interesse superior da criança, o princípio do respeito pelo direito à vida, à sobrevivência e o princípio do respeito pelos pontos de vista da criança.

Nos últimos trinta anos, tanto desde uma perspectiva comunicacional quanto das políticas de diversos Estados, a migração irregular vem sendo criminalizada (CREPEAU, 2015-2016, p.116). Isto, não sempre é contido na própria lei criminal, mas também em procedimentos administrativos. Ainda, tendo em vista que a própria ONU tem colocado a migração dentro das discussões dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), mais especificamente no ponto 10.7 (MIGRACIDADES, 2020), a temática apresenta-se como um *importante campo de estudo*.

Segundo a International Organization for Migration (IOM, 2006), desde 1996 o número de pessoas migrantes que faleceram em virtude de processos migratórios é de pelo menos 60 mil pessoas.² Esses dados trazem reflexões sobre a importância da não criminalização das migrações e a não aplicação de sanções punitivistas. Desse modo, a criminologia pretende conjugar o estudo da migração e do crime e, então, o estudo das temáticas relativas às pessoas migrantes e às pessoas que cometem delitos.

O conceito *crimmigration* foi cunhado pela jurista Juliet Stumpf (2011, p. 1708), nos Estados Unidos, para explicar a intersecção da lei migratória e do Direito Penal, pois ambos sistemas são utilizados “para excluir da comunidade e determinar quando os indivíduos podem aderir (ou reintegrar) à sociedade”³ comportando-se como “guardiões do

pertencimento na nossa sociedade”⁴ (STUMPF, 2006 p.396). A autora aponta que enquanto o Direito Penal acarreta a segregação por meio do encarceramento (STUMPF, 2006, p. 397), as leis migratórias expulsam as pessoas migrantes (*noncitizen's*) do país sem tomar em consideração a efetiva vinculação da pessoa na comunidade, a sua inserção, seus vínculos (*ties*) familiares, laborais e sociais (STUMPF, 2011, p.1705). Aliás, destaca-se que ainda que pareça que a lei migratória e a penal convergem, há uma diferença substancial no que tange à estrutura dos sistemas de sanções/penalidades. Isso pois, enquanto a lei criminal impõe sanções em diferentes graus conforme as condutas incriminadas (tipos penais), a lei migratória impõe a “remoção” do não cidadão (STUMPF, 2006, p.264-265). Portanto, nota-se que o Estado se manifesta com ambas as sanções uma “condenação moral” (STUMPF, 2006, p.412), porque, conforme a teoria do pertencimento, a lei criminal presume a cidadania enquanto a lei migratória presume o não pertencimento (STUMPF, 2006 p.399-400).

Segundo Bourdieu (1997, p.65), "o campo jornalístico detém um monopólio real sobre os instrumentos de produção e de difusão em grande escala da informação, e, através desses instrumentos, sobre o acesso dos simples cidadãos", portanto essas mídias são formadores da opinião pública e influenciam no “espaço público”. Assim, vários jornais de grande circulação (BBC, El País, La Nación, etc.) e canais de televisão transmitiram notícias ligadas à migração e à “crise migratória”, com uma acentuada carga ideológica e seu correlato poder simbólico.

Metodologicamente, tem-se que a pesquisa desenvolvida é de cunho monográfico, partindo de uma forma de abordagem dedutiva. A análise dos objetivos é de caráter exploratório e o procedimento é bibliográfico.

Os resultados desta pesquisa conduzem ao entendimento de que a migração “irregular” é “uma violação de uma regulação administrativa”⁵ (CREPEAU, 2015-2016, p. 120), não se constitui em si como um crime, não

está tipificada e claramente não atenta contra as pessoas, a propriedade ou a segurança estatal. Apesar disso, nessa migração “irregular” já se aplicam medidas penalizadoras a pessoas que migraram forçadamente, “incluindo refugiados, pelo fato de ingressar ou permanecer em um país de forma irregular, utilizando documentos falsos ou trabalhando sem autorização”⁶ (ATAK, SIMEON, 2018, n.p.).

No entanto, não há prova empírica que demonstre redução ou aumento da quantidade de crimes ligada a migração, porque não há uma “vítima direta” e porque os princípios de proporcionalidade e dano não são afetados, uma vez que se cria um “crime” (ALVERTI, 2014 p.303) partindo de uma infração administrativa.

Por fim, tem-se que a crimigração vulnera os direitos das crianças, ao tempo que os Estados incumprem obrigações internacionalmente adquiridas contidas em inúmeros instrumentos internacionais. Nesse entendimento, a crimigração é radicalmente oposta ao paradigma dos Direitos Humanos que visa proteger a pessoa humana e sua dignidade com especial ênfase em grupos vulneráveis. Os meios de comunicação, “criadores da realidade”, possuem um papel importante no processo de construção de estereótipos que associam preconceitos à migração, estigmatizando e excluindo. Assim, é importante debater o conceito para reforçar o compromisso com os direitos da infância migrante.

Referências

ALIVERTI, Ana. **Crimes of Mobility** - Criminal Law and the Regulation of Immigration. *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, no. 2, 2014, p. 303-307. HeinOnline.

ATAK, Idil e SIMEON James. **The Criminalization of Migration: Context and Consequences**. McGill-Queen's University Press 2018. ISBN 978-0-7735-5564-8 (ePUB)

BOURDIEU, Pierre. (1997). **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. ISBN 82-7110-411-5.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-21/14**. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 ago. de 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf Acesso em: 30 SET. DE 2021.

COMITÉ DE LOS DERECHOS NIÑO. **Observación General No. 6.** Trato de los menores no

acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39º período de sesiones (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005). Disponível em: <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Organos/Nino/Generales/OGnino6.PDF> Acesso em: 25 Set. de 2021.

MIGRACIDADES. **A plataforma Migracidades.** 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/migracidades/>>. Acesso em: 24 de Maio 2021.

ONU. **Informe Migración Internacional y Desarrollo.** Nueva York: Naciones Unidas, 2010. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736>. Acesso em: 21 Set. de 2021.

IOM. **Fatal Journeys**, vol.2 Identification and Tracing of Dead and Missing Migrants. 2016. Geneva. ISBN 978-92-9068-721-4. Disponível em: <https://publications.iom.int/es/books/fatal-journeys-volume-2-identification-and-tracing-dead-and-missing-migrants> . Acesso em: 20 de Maio 2021.

STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. **UCLA Law Review**, vol. 58, no. 6, August 2011, p. 1705-1748. HeinOnline.

STUMPF, Juliet P. Penalizing Immigrants. **Federal Sentencing Reporter**, vol. 18, no. 4, April 2006, p. 264-270. HeinOnline.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. **American University Law Review**, vol. 56, no. 2, December 2006, p. 367-420.

1.3 O direito humano à participação política dos migrantes no brasil: uma análise das contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o estado da arte do direito brasileiro³

A presente pesquisa tem por objetivo analisar os direitos políticos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) à luz da participação dos migrantes no cenário político brasileiro. Sendo assim, a CADH, prevê e conceitua em seu artigo 23 os direitos políticos do indivíduo os quais são: participar na direção dos assuntos públicos; o direito de votar e ser eleito; e ter acesso às funções públicas, direitos estes já reiterados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) no julgamento Caso Pacheco León e outros Vs. Honduras (CtIDH, 2017). Estes se tratam de uma série de direitos inalienáveis que mesmo sob os mais excepcionais

³ Trabalho apresentado por *Daniel Urias Pereira Feitoza* (Universidade Federal de Uberlândia; ORCID 0000-0003-1841-145X) e *Pedro Lucchetti Silva* (Universidade Federal de Uberlândia; ORCID 0000-0002-9037-4131).

momentos de suspensão de garantias, como em momentos de Estados de Exceção (CtIDH, 2005; CtIDH, 1986) não podem ser violados por parte do Estado conforme disposto no artigo 27.2 da Convenção, dispositivo este que prevê os direitos que não padecem de possibilidade de suspensão, ou seja normas peremptórias. Dessa forma, entende-se que a violação do artigo 23, implica, conseqüentemente, em uma violação relacionada com o artigo 27.2 da CADH.

Nesse sentido, a CtIDH entende por “direitos políticos” a possibilidade de todo cidadão de tomar parte na direção dos assuntos públicos, de forma direta ou indireta, de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país, sendo abordado também em outros diplomas internacionais, tais quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. 2 e 29) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 3). A CtIDH já ressaltou também no julgamento Caso López Lone e outros vs. Honduras (CtIDH, 2015) que a democracia representativa, relacionada aos direitos políticos, é a base de todo o sistema que constitui o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (CtIDH, 1986).

Ato contínuo, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento entende que a democracia ultrapassa a possibilidade de eleger um indivíduo através do voto, pois, além disso, é também uma forma de ‘construir, garantir e ampliar a liberdade, a justiça e o progresso, organizando as tensões e os conflitos gerados pelas lutas pelo poder’(ONU, 2004). Para tanto, cabe ao Estado adotar medidas efetivas que garantam as condições necessárias ao seu pleno exercício (CtIDH, 2005; 203) considerando a necessidade da constante proteção da democracia. Ressalta-se que atualmente cerca de 272 milhões de indivíduos podem ser

categorizados como migrantes ao redor do mundo, representando aproximadamente 3,5% da população mundial total (OIM, 2020).

Nesse viés, embora a Lei de Migrações 13.445/17 tenha trago notórias contribuições para a manutenção dos direitos humanos no Brasil, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 14 §2 que a candidatura eleitoral de migrantes é vedada sob a jurisdição brasileira (BRASIL, 1988), sendo assim, um entrave para a manutenção dos direitos políticos dos migrantes que passam a viver no país, tem-se ainda positivado na constituição pátria que os migrantes não naturalizados não possuem o direito, tanto de voto, quanto de ocupação de cargos públicos, exceto os portugueses que gozam plenamente de direitos civis e políticos devido a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses de 1971. Trata-se portanto de uma necessária reflexão acerca da participação e representação política do migrante, visto que, a integralização de tal parcela populacional no exercício de seus direitos políticos é tida como essencial para a manutenção da ordem democrática tão prezada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos como supracitado, exigindo que o Estado adote disposições de direito interno em consonância com as disposições da CADH através do controle de convencionalidade (CAVALLO, 2013) e a incorporação dos entendimentos da CtIDH em suas Opiniões Consultivas e jurisprudência com base no princípio da boa-fé.

Nesse sentido, ressalta-se que a representação política das parcelas individuais do tecido social se mostra como importante como afirmado por Iris Marion Young (2006) quando afirma que “a representação é necessária porque a rede da vida social moderna frequentemente vincula a ação de pessoas e instituições num determinado local a processos que se dão em muitos outros locais e instituições”. Tal falta de representatividade tida pela comunidade migrante no Brasil se mostra palpável quando analisados

dados expostos pelo IBGE em 2019 que expunham que "apenas 5% dos municípios com presença de imigrantes e refugiados no Brasil oferecem serviços de apoio".

Além disso, a necessidade da representação de tais camada social pode ser depreendida quando se analisa discursos anti migratórios de candidatos nacionais, tem-se como exemplo o discurso de dois candidatos à prefeitura de Boa Vista, município de Roraima que recebe grande fluxo de migrantes venezuelanos, Carlos Nicoletti (PSL) o qual rogava em sua campanha que a migração venezuelana criava instabilidade na região e Gerlane Baccarin (PP) a qual propunha a imposição limitação de atendimentos na saúde e vagas nas escolas para os imigrantes (FARO, 2020). Cumpre ressaltar, que nos últimos anos, o discurso xenófobo contra migrantes, sobretudo, contra venezuelanos, tem colaborado consideravelmente para determinados atores políticos no país (FEITOZA; SILVA; D'AQUINO, 2021), o que dificulta a inserção de migrantes no âmbito eleitoral.

Sob tal perspectiva rememora-se o julgamento emblemático pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Yatama vs. Nicarágua (CtIDH, 2005), no qual uma comunidade indígena foi negada a participação efetiva nas eleições tendo sido a primeira vez na história que a CtIDH se pronunciou acerca de matéria eleitoral, tendo sido decido pelo tribunal que o princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação constitui um fato marcante no sistema de proteção dos direitos humanos consagrado em muitos instrumentos internacionais e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência internacionais assim como que o dever geral do artigo 2 da convenção implica a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que envolvam violação das garantias previstas na Convenção, se manifestando acerca dos direitos políticos no sentido em que "[A] democracia representativa é um fator determinante em todo o sistema

do qual a convenção faz parte” e constitui “um 'princípio' reafirmado pelos Estados americanos na Carta da OEA, um instrumento fundamental do Sistema Interamericano. ” sendo responsabilidade do Estado gerar mecanismos que otimizem a positivação de tais direitos. Todavia, em mesma sentença a Corte ressalta que tais direitos políticos não são absolutos, podendo sofrer restrições pelo Estado sob quem e como os praticam. Ressalta-se ainda que apesar a Corte nunca ter se manifestado acerca do direito de migrantes de participação política, tem-se na decisão do caso supracitado ferramentas que interpretativas, como o princípio da não discriminação e a importância da representatividade democrática, que poderiam apontar uma luz à solução da problemática tratada.

Metodologicamente, nesta pesquisa foi empregado o método hipotético-dedutivo baseando-se na análise bibliográfica e documental de documentos jurídicos domésticos e internacionais, tal qual a análise de artigos de caráter científico publicados em livros e em periódicos e textos doutrinários selecionados de maneira qualitativa baseando-se em um modelo de pesquisa analítica. O método de análise utilizado foi o método descritivo tanto quanto o explicativo, no tocante do método descritivo esse foi adotado atentando-se aos objetivos do presente texto e descrevendo os ditames basilares do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que tange os direitos políticos do indivíduo, tal qual das regras da constituição federal brasileira no tocar da impossibilidade da concretização efetiva desses direitos pela população migrante. Quanto ao método explicativo este foi utilizado como modo de expor e contextualizar como a legislação brasileira se relaciona com o posto pelo Sistema Interamericano, tal qual como isso seria prejudicial aos direitos dos migrantes.

Ao cabo, tem-se como resultado que há uma dissonância entre a CADH, e a interpretação desta feita pela CtIDH, através de suas Opiniões Consultivas e sua jurisprudência, acerca da manutenção e proteção dos

direitos políticos do indivíduo, com relação à Constituição Federal vigente. Além disso, através do levantamento jurisprudencial realizado, se pôde verificar que a CtIDH nunca se pronunciou sobre o direito de votar dos migrantes, entretanto, considerando a Opinião Consultiva 18/03, a CtIDH ressalta a necessidade da preservação da igualdade jurídica, da não discriminação e proteção igualitária dos direitos humanos (CtIDH, 2003), conseqüentemente, o direito humano de votar.

Por fim, conclui-se que o fato de os migrantes que vivem no Brasil não possuírem acesso ao direito humano e inderrogável de votar e serem votados, advém do pensamento endossado pelo Estatuto do Estrangeiro de 1980, de fazer com que o migrante não seja inserido e protegido de fato pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 precisa, urgentemente, adotar disposições de direito interno em consonância com a CADH visto que o acesso aos direitos políticos são um dos pilares para a manutenção da democracia e do Estado de Direito.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

CtIDH. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

CtIDH. **Caso Pacheco León e outros Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 15 de novembro. 2017. §145.

CtIDH. **A expressão “Leis” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Parecer Consultivo OC6/86 de 9 de maio de 1986. Série A N° 6, §34

CtIDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**. Etapas de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C N° 127, § 91.

CtIDH. **Caso López Lone e outros Vs. Honduras**. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C No. 302, §149.

CtIDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, §20.

CtIDH. **Caso Luna López Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, §142.

CtIDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**, Sentença de 23 de Junho de 2005 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado. **Revista Direito GV**, São Paulo 9 (2), jul-dez 2013, p. 721-754.

FARO (Grupo de Monitoramento da Pauta Migratória em Cenários Eleitorais). **Relatório de Pesquisa**: Monitoramento da Pauta Migratória nas Eleições Municipais em 2020. 18 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/nepemigra/2020/11/19/pauta-migratoria-nas-eleicoes-municipais-e-objeto-de-pesquisa-do-faro-em-seu-primeiro-relatorio/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

FEITOZA, Daniel Urias Pereira.; SILVA, Pedro Lucchetti; D'AQUINO, Lucia Souza. O papel do discurso governamental de extrema direita difundido pela mídia como potencial violador de direitos dos migrantes: Uma análise do caso dos venezuelanos no norte do Brasil. In: Wagner Menezes. (Org.). **Direito internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, v. 20, p. 437-457.

OIM – Organização Internacional para as Migrações. **World Migration Report 2020**. IOM Online Bookstore: Genebra, 2020. Disponível em: <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2020>. Acesso em 28 nov. 2020.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, vol. 67, 2006, 139-190.

Grupo de Trabalho II - Migrações na Agenda Política

2.1 A importância das políticas afirmativas para o ingresso de refugiados nas universidades públicas: mapeamento das normativas de ingresso nas instituições de ensino superior⁴

De acordo com a Convenção de Genebra de 1951, refugiado é toda pessoa que não possa ou não queira regressar ao seu país de residência habitual por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e que, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigada a se refugiar em outro país que não seja o de sua nacionalidade. Tratados regionais de direitos humanos, como a Declaração de Cartagena, ampliaram a proteção para pessoas que se deslocam em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos. No Brasil, a Lei 9.474 de 22 de julho de 1999 adotou o conceito ampliado de refugiado, reconhecendo os avanços da normativa regional de proteção. Também a Lei

⁴ Trabalho apresentado por *Catarine dos Santos West* (Universidade Federal de Uberlândia).

13.445 de 2017 é um marco significativo uma vez que trata do movimento migratório como direito humano e garante ao migrante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Outro aspecto é a previsão do visto de acolhida humanitária para apátridas ou nacionais de países que se encontrem em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Ao se observar a conjuntura atual, é possível notar o aumento do fluxo de refugiados ao decorrer dos anos em todo o mundo. Segundo a Organização Internacional de Migrações, há cerca de 280.6 milhões de imigrantes no mundo, sendo destes aproximadamente 80 milhões de refugiados ou imigrantes forçados, de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados (ACNUR). O Brasil tem sido um importante país de acolhida para essa população. De acordo com o Observatório do Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” da Universidade Estadual de Campinas, foram registrados, entre 2000 e 2020, 1.503.736 imigrantes no Brasil, sendo destes 36,6% mulheres. Uma vez abordado o país de nascimento desses imigrantes, a Política Federal do Sistema de Registro Nacional Migratório contabilizou que o Haiti, a Colômbia, a Bolívia e a Venezuela são os quatro países nos quais esses imigrantes mais são originários. Ao se afunilar ao refúgio, percebe-se que 49.493 indivíduos são reconhecidos como refugiados no Brasil, segundo o Conselho Nacional dos Refugiados do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Nessa perspectiva e observando os dados apresentados, sabe-se que os problemas enfrentados pelos refugiados no processo de integração local são inúmeros e perceptíveis, fator que ressalta a necessidade de políticas de ação afirmativa na busca de soluções duradouras. O Diagnóstico Participativo – processo de consultas com os refugiados conduzido anualmente pelo ACNUR e agências parceiras no intuito de saber os riscos

de proteção específicos enfrentados por essa população – aponta a carência de moradia e a escassez de postos de trabalho como problemas centrais. (UNIC RIO DE JANEIRO, 2021)

Segundo a pesquisa “Perfil Socioeconômico dos Refugiados no Brasil” publicada em 2019, outra fonte de preocupação está no acesso à educação superior. De acordo com a pesquisa é preocupante o fato de a população refugiada não conseguir dar seguimento aos estudos no Brasil. Também a situação de portadores de título universitário que não lograram o reconhecimento. A investigação constatou que os refugiados entrevistados detinham um “elevado capital linguístico e capital escolar” acima da média brasileira, dado que aumenta quando comparado com a população negra brasileira. Assim, 31,33% dos entrevistados concluíram o Ensino Superior, enquanto 1,24% e 0,21% possuem título de mestre e doutor, respectivamente. No que corresponde, todavia, ao número de diplomados de ensino superior que conseguiram revalidar o seu diploma, a pesquisa mostra que somente 8% conseguiram a revalidação. A pesquisa ainda acrescenta que a falta de informação e de recursos, problemas com documentação, a necessidade da realização de provas específicas e o domínio do português, por exemplo, constituem alguns dos principais empecilhos para a não revalidação do diploma dos refugiados. Isso resulta, portanto, em um impacto negativo no momento em que essa população tenta ingressar no mercado de trabalho com o fito de obter renda necessária para sua sobrevivência. (ACNUR, 2019, p. 13)

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, em seus planos de ação, reconhece as Instituições de Ensino Superior como atores fundamentais na busca de soluções duradouras e integração dos refugiados nos Estados de Acolhida. Segundo os autores Rosa e Meneses (2017), citados no relatório da ACNUR “Movimentos, Memória e Refúgio”,

[a]inda que a distribuição territorial de migrantes no Brasil também seja heterogênea, temos que o acesso à educação, sobretudo em nível superior, é essencial porque, quando ausente, limita a integração local e o usufruto de direitos, acesso ao trabalho e cidadania plena, elementos constatados em pesquisa realizada em todo o território nacional acerca dos desafios enfrentados por migrantes e refugiados. (ACNUR, 2020, p.27 apud ROSA; MENESES, 2017, p.3)

A partir dessa análise, buscou-se, nesse contexto, mapear as políticas de ação afirmativas em universidades públicas que têm como público alvo refugiados e portadores de visto humanitário.

Metodologicamente, para a realização da pesquisa será feito uma revisão sistemática da bibliografia sobre ações afirmativas para migrantes forçados e refugiados no âmbito das universidades públicas brasileiras. Também será realizado um levantamento documental das normativas das Universidades que tem como foco migrantes forçados e refugiados. Essa normativa será compilada em uma base de dados que permita identificar: instância de aprovação na Universidade, tipo de política (ingresso e reingresso na graduação; ingresso e reingresso na pós-graduação; ingresso e reingresso no ensino tecnológico; exigências para inscrição nos processos seletivos; reconhecimento de diploma, revalidação de diploma; exigências para o reconhecimento de diploma; exigências para a revalidação de diplomas; recursos humanos; permanência e acolhimento). Serão também identificadas boas práticas divulgadas nos Relatórios Anuais da Cátedra Sérgio Vieira de Mello de forma a permitir uma reflexão, ainda que preliminar, sobre os resultados dessas políticas.

No que compete aos resultados, foram identificadas 19 universidades públicas que possuem, em seu programa de graduação, vagas para refugiados. Dessas, 9 possuem vagas adicionais, 2 dispõem de vagas específicas, 2 possuem vagas específicas e adicionais, 4 possuem vagas ociosas e, igualmente, 4 contam com vagas reservadas. Entende-se como (i) vagas adicionais aquelas que são suplementares àquelas existentes

anteriormente em cada curso; (ii) vagas específicas aquelas as quais são destinadas a algum grupo específico e que há alguma determinação para sua existência; (iii) vagas ociosas aquelas vagas não preenchidas que foram reofertadas; e (iv) vagas reservadas que são as destinadas a candidatura de um grupo específico, como por exemplo, de refugiados. (NUPEDH, 2021; AJESIR, 2021)

No que se refere à pós-graduação, até o presente momento a abordagem para ações afirmativas tem acontecido no âmbito dos cursos. As Universidades não possuem uma normativa geral para o ingresso em todos os programas, assim como na pós-graduação.

Os cursos que possuem vagas específicas para refugiados e migrantes forçados são: o Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Territorialidade da Universidade Federal do Espírito Santo, o Programa de Pós Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, o Programa de Pós-Graduação em Psicossociologia de Comunidade e Ecologia Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o Programa de Pós- Graduação (Mestrado) em Estudos de Fronteira da Universidade Federal do Amapá, o Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade de Brasília, e o Programa de Pós-Graduação em Psiquiatria e Psicologia Médica da Universidade Federal de São Paulo. (NUPEDH, 2021; AJESIR, 2021)

No que se refere às universidades que preveem políticas específicas para processos de revalidação ou reconhecimento de diplomas de refugiados e migrantes forçados, foram identificadas dentre as universidades que compõem a Cátedra oito universidades que possuem programa específico ou norma de revalidação, as quais são a Universidade Federal de São Paulo, a Universidade Estadual da Paraíba, a Universidade Federal do ABC, a Universidade Federal Fluminense, a Universidade Federal do Paraná, a Universidade de Brasília, a Universidade Estadual

de Campinas e a Universidade Federal do Espírito Santo. Outras universidades que dispõe de políticas específicas para os processos de revalidação de diplomas, mas que por ora estão suspensas, são a Universidade Federal de Juiz de Fora, a Universidade Federal de São João del-Rei, a Universidade Federal de Viçosa, a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, a Universidade Federal do Rio de Janeiro e a Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. (NUPEDH, 2021; AJESIR, 2021).

Ao cabo, almeja-se que os resultados obtidos possam informar tomadores de decisão de Instituições de Ensino Superior na formulação de suas políticas, identificando também boas práticas. Dessa forma, o intuito será continuar o mapeamento das políticas de ação afirmativa de universidade públicas brasileiras que tem como público alvo refugiados e portadores de visto humanitário. Como resultado da pesquisa pretende-se produzir um banco de dados com informações sobre a normativa, instância de aprovação na Universidade, tipo de política (ingresso e reingresso na graduação; ingresso e reingresso na pós-graduação; ingresso e reingresso no ensino tecnológico; reconhecimento de diploma, revalidação de diploma; recursos humanos; permanência e acolhimento). Pretende-se também identificar nas boas práticas divulgadas pelos relatórios anuais das Cátedras Sérgio Vieira de Mello (Projeto do ACNUR que cria uma rede de Instituições de Ensino Superior comprometidas com a política de refúgio) divulgar experiências de acolhimento que possam servir de orientação para tomadores de decisão no âmbito da gestão das Universidades Públicas.

Referências

ASEJIR - ASSESSORIA JURÍDICA PARA ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR OU DE RISCO. **Faculdades Federais Brasileiras com Vagas para Refugiados**: relatório técnico. Uberlândia, 2021.

BRASIL. **Lei nº 13445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. [S. l.], 24 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. [S. l.], 22 jul. 1997.

CONVENÇÃO relativa ao Estatuto dos Refugiados. 28 jun. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 05 mai. 2021.

DECLARAÇÃO de Cartagena. **Ministério da Justiça**, Secretaria Nacional da Justiça. Brasil, 2008.

GEDIEL, José Antônio Peres; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Movimentos, memórias e refúgio:** Ensaio sobre as boas práticas da Cátedra Sergio Vieira de Mello (ACNUR) na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: InVerso, 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **CONARE.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/conare>. Acesso em 05 de mai. 2021.

NUPEHD - NÚCLEO DE PESQUISAS E ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS. **Levantamento de informações sobre experiências de facilitação de ingresso de refugiados, apátridas e portadores de visto humanitário nos programas de graduação e pós-graduação de Instituições de Ensino Superior Públicas:** relatório técnico. Uberlândia, 2021.

NUPEHD - NÚCLEO DE PESQUISAS E ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS. **Relatório Dados Cátedra Sérgio Vieira de Mello da Universidade Federal de Uberlândia.** Uberlândia, 2021.

NÚCLEO DE ESTUDOS DE POPULAÇÃO “ELZA BERQUÓ”. Campinas. Disponível em: <https://www.nepo.unicamp.br/index.html>. Acesso em 05 mai. 2021.

OLIVEIRA, de Márcio et al. **Perfil Socioeconômico dos Refugiados no Brasil:** Subsídios para elaboração de políticas. 2019 Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Pesquisa-Perfil-Socioecon%C3%B4mico-Refugiados-ACNUR.pdf>. Acesso em 10 mai. 2021.

ROSSA, L. A.; MENEZES, M. A. **Imigração e refúgio no Brasil e os programas especiais de acesso ao ensino superior:** levantamentos iniciais dos programas implementados até 2016. Anais do Encontro Nacional sobre Migração. Natal: ABEP, 2017.

UNIC RIO DE JANEIRO. **Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil.** Moradia e trabalho são principais desafios para refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil. Disponível em: <https://unicrio.org.br/moradia-e-trabalho-sao-principais-desafios-para-refugiados-e-solicitantes-de-refugio-no-brasil/>. Acesso em 05 mai. 2021.

2.2 A concepção da migração venezuelana através da mídia brasileira⁵

A partir do ano de 2015, a Venezuela encontrou-se em um contexto de falta de investimentos em outros setores que não os de extração e refinamento de petróleo, queda do valor do barril e principal fonte de renda ameaçada. Assim, o país optou por importar mercadorias necessárias de

⁵ Trabalho apresentado por *Letícia Ferreira Buzá* (Universidade Federal de Uberlândia) e *Tiago Amadeu Borges Diniz* (Universidade Federal de Uberlândia).

outros países para disponibilizar à população. Contudo, como resultado da crescente escassez financeira, o total importado também começou a sofrer decréscimos, produzindo uma falta generalizada de alimentos e outros produtos básicos pelo país. Além disso, os programas sociais de atenção à saúde, educação e assistência social foram comprometidos em decorrência da ausência de investimentos (BARBOSA; FONSECA, 2020; SILVA, R., 2019).

Dessa forma, a solução encontrada para conter a absurda inflação foi desvalorizar a moeda nacional, tornando o custo de vida ainda mais alto para os cidadãos, o que somado com os elevados índices de desemprego do país deixou a situação ainda mais insustentável. Ademais, outro fator que acentuou as emigrações venezuelanas foi o contexto de conflito político entre Nicolás Maduro e Juan Guaidó, fortemente acentuado em 2019 (BARBOSA; FONSECA, 2020; SILVA, R., 2019).

Em suma, este conjunto de condições têm feito com que milhares de venezuelanos saiam do seu país de origem em busca de melhores condições de vida, gerando um forte fluxo migratório na América Latina. Portando, Edna Fátima Pereira da Silva (2019, p.4) afirma que

A crise política e socioeconômica instalada na Venezuela desde a metade desta década se aprofundou a níveis intoleráveis para a maioria da população, dando início a um dos maiores êxodos populacionais já registrado na América Latina e o Brasil, pelas facilidades fronteiriças, está entre os destinos migratórios dos venezuelanos.

Nesse sentido, a partir de 2017, o Brasil se tornou um dos destinos para venezuelanos que fugiam da crise existente no país sul americano. Muito em função das condições econômicas e políticas, a maior parte desses migrantes ingressou no Brasil pela fronteira terrestre, essencialmente pelo município de Pacaraima no estado de Roraima. Esta região não é mais organizada e estruturada o suficiente para a recepção de uma grande massa de pessoas, o que demandou uma complexa rede de

atuações as quais envolveram desde a instalação de pontos de apoio na fronteira, quanto o desenvolvimento de uma política doméstica de interiorização.

O presente texto tem como objetivo entender de que forma as mídias jornalísticas abordaram a migração de nacionais da Venezuela rumo ao Brasil e de que forma isso contribuiu para a concepção da ideia de migrante venezuelano no país. Portanto, buscará compreender se as notícias e demais materiais jornalísticos colaboraram positiva ou negativamente para a inserção e adaptação dessa população no Brasil.

À vista disso, utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica para encontrar produções já realizadas sobre a mesma temática, dando-se preferência para aquelas advindas de autores da região norte brasileira. Não será a análise de notícias centralidade deste texto, mas a compilação de informações que cercam a temática em produções finalizadas.

Logo, o trabalho pretende contribuir para o entendimento a respeito das dificuldades de adaptação dos migrantes venezuelanos no Brasil e as possíveis causas que motivam isto. Por fim, busca-se perceber criticamente o modo como a veiculação de informações pode moldar a opinião pública e interferir ativamente nas relações sociais.

Metodologicamente, a presente discussão é norteada pelo entendimento acerca da forma como a migração venezuelana é retratada pela mídia jornalística brasileira e os seus efeitos sobre os nacionais da Venezuela. Nesse sentido, o texto, valendo-se do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o trabalho pretende demonstrar o contexto da migração de venezuelanos para o Brasil, especialmente a partir de 2017, e a abordagem adotada por jornais para retratar a situação. Assim, busca analisar de forma explicativa a maneira como o movimento migratório tem sido associado a aspectos negativos e de que forma isso afeta a adaptação dos venezuelanos no Brasil.

Os autores se debruçaram sobre trabalhos já publicados acerca do tema, de diferentes áreas do conhecimento, explorando mais especificamente publicações realizadas em eventos na região da fronteira entre os países envolvidos. Dessa forma, o trabalho explorou essencialmente textos, aqui não se propondo a analisar normativas e internacionais as quais Brasil e Venezuela se vinculam.

No que tange os resultados obtidos, ao se observar as notícias relativas à migração venezuelana para o Brasil, é possível notar que os veículos se utilizam de uma linguagem sensacionalista. É perceptível também a ocorrência de publicações que associam a chegada dos migrantes a aspectos negativos, o que inclui a abordagem da problemática migratória correlacionada aos indivíduos e às suas subjetividades culturais, como por exemplo a associação entre venezuelanos e a falta de higiene (ARAÚJO, 2018, p. 180). Aragão e Santi (2018, p. 146) propõem ainda que houve uma caracterização do venezuelano como “autor de crime”, sendo o responsável pelo aumento dos casos de prostituição, consumo de drogas e transmissão de doenças em Roraima.

Esse estereótipo construído de que o migrante é um inimigo gera um acúmulo de violência, especialmente quando é reproduzido e estimulado por meios de comunicação. Nesse sentido, entende-se que a criação de rótulos pode levar à marginalização social e espacial, expondo os venezuelanos que chegam ao Brasil à invisibilização, estigmatização e exotização (ARAGÃO; SANTI, 2018, p. 147).

Outro ponto essencial é o papel exercido pelas fake news. Estas já demonstraram notável capacidade de contaminar o imaginário coletivo e seu caráter de informalidade pôde intensificar a criação de informações distorcidas. Assim, observa-se que as informações falsas ampliaram o desconhecimento dos brasileiros sobre o tema e influenciaram

negativamente no processo de recepção e interiorização dos venezuelanos no Brasil (SILVA, E. F. P., 2019, p. 5).

Verifica-se, portanto, que os discursos trazidos pelas mídias, essencialmente jornalísticas, contribuem intensamente para a noção coletiva dos fatos. Embora o advento da internet e das mídias alternativas permita a difusão do acesso à informação, observa-se a repetição de padrões comportamentais que negam a presença do diferente, neste caso do migrante. Assim, a proliferação do poder e da opressão sobre camadas mais vulneráveis é notória a partir da disseminação de notícias depreciativas e que concebem uma imagem negativa dos venezuelanos que chegam no Brasil, favorecendo a marginalização e o discurso de ódio (MOURA; SOUZA, 2019, p. 45).

Por fim, conclui-se que a crise instaurada na Venezuela tem-se aprofundado nos últimos anos, fazendo com que seja insustentável para a população continuar morando no país e tornando as emigrações dos cidadãos mais frequentes. Assim, a crise iniciada em 2015 a partir da queda do preço dos barris de petróleo, transformou-se em um dos maiores êxodos populacionais da América Latina, sendo o Brasil um dos principais destinos.

Nesse sentido, as mídias brasileiras têm documentado este movimento. Porém, é notória a caracterização negativa do migrante venezuelano, retratado como inimigo. Estes veículos midiáticos difundem discursos sensacionalistas, xenófobos e por vezes mentirosos sobre os migrantes, os retratando como “sem higiene”, chegando até a uma descrição deles como criminosos e responsáveis por aumento de prostituição, consumo de drogas e transmissão de doenças.

Dito isso, tal narrativa gera dificuldades para o migrante se adaptar à vida em um novo país, além de produzir segregação e a marginalização dessa população. Logo, os venezuelanos instalados em solo brasileiro

sofrem forte exclusão social, sendo invisibilizados e estigmatizados. Portanto, a propagação de informações através das mídias contribui para a difusão de uma ideia distorcida dos migrantes e normalizam a opressão destes, gerando um cenário que preconceito, marginalização e discurso de ódio são abundantes.

Referências

ARAGÃO, Tainá; SANTI, Vilso. Somos Migrantes: o uso das redes sociais na produção midiática alternativa sobre a migração venezuelana em Roraima. Aturá: **Revista pan-amazônica de comunicação**, Palmas, v. 2, n. 1, p. 136-156, jan. 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/atura/article/view/4627/12534>. Acesso em: 30 set. 2021.

ARAÚJO, Bryan Chrystian Costa. Recepção e significação no ciberjornalismo: comentários sobre o processo migratório venezuelano no portal gl roraima. Aturá: **Revista pan-amazônica de comunicação**, Palmas, v. 2, n. 1, p. 157-176, jan. 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/atura/article/view/4831/12535>. Acesso em: 30 set. 2021.

BARBOSA, Emily Conceição; FONSECA, Mariana de Souza. A receptividade dos brasileiros à migração venezuelana: o tipo ideal de imigrante. **IX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población**, Rio de Janeiro, 19 p., 2020. Disponível em: <https://congresosalap.com/alap2020/busca.htm?evento=1&d=EMILY%20BARBOSA>. Acesso em: 30 set. 2021.

MOURA, Raphael Michels Fantinato de; SOUZA, Martha Julia Martins de. O venezuelano invasor em Boa Vista (RR): uma análise crítica dos discursos de ódio no facebook. **Revista X**, Curitiba, v. 14, n. 6, p. 44-65, set. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/revistax/article/view/65739>. Acesso em: 30 set. 2021.

SILVA, Edna Fátima Pereira da. Um ano de interiorização dos venezuelanos no Brasil: xenofobia e fake news enquanto batalhas invisíveis dos refugiados. **42º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, Belém, p. 1-14, set. 2019. Disponível em: https://portalintercom.org.br/anais/nacional2019/lista_area_DT7-MC.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

SILVA, Renata da. **A cobertura jornalística sobre refugiados da Venezuela no Brasil**. 2019. 95 f. TCC (Doutorado) - Curso de Jornalismo, Universidade Federal do Pampa, São Borja, 2019.

I Jornada de Pesquisa CDEA: superendividamento e proteção do consumidor

Resumos

Trata-se da publicação dos resumos selecionados via *double blind review*, os quais foram apresentados no evento intitulado 'I Jornada de Pesquisa CDEA: superendividamento e proteção do consumidor', realizado no dia 17 de agosto de 2021, na modalidade virtual, pela Faculdade de Direito da UFRGS e pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, com o apoio da Revista.

Grupo de Trabalho I - Superendividamento

1.1 Limites constitucionais de proteção aos idosos contra o superendividamento e a (in)constitucionalidade da ADI 6.727¹

A Constituição Federal de 1988 preconiza a igualdade formal entre todos os brasileiros, entretanto, verifica-se que as diferenças e particularidades inerentes a determinados grupos sociais representam óbice à efetivação da igualdade material, nesse sentido, surge a necessidade de as leis promoverem uma diferenciação positiva em relação a determinados grupos vulneráveis com o intuito de alcançar a igualdade material. O Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor são exemplos de diplomas normativos que visam tutelar grupos vulneráveis, dessa forma, o presente trabalho visa analisar a necessidade de proteger os idosos consumidores no âmbito do mercado de crédito, que muitas vezes utiliza práticas abusivas e prejudiciais para obter lucros mais altos.

¹ Trabalho apresentado por *Isadora Machado Pereira* (Universidade Federal de Uberlândia ; ORCID 0000-0002-8001-6170) e *Fernando José Resende Caetano* (Universidade Federal de Uberlândia ; ORCID 0000-0001-5583-7324).

Segundo o IBGE, a população idosa, ou seja, maior de 60 anos, compõe a marca de mais de 31,5 milhões de pessoas no Brasil. Tal dado demonstra a atualidade e a premência de estudar e debater a legislação de controle de crédito em relação à crescente população idosa. Os aposentados e pensionistas são a segunda categoria que mais deve na modalidade de crédito consignado no Brasil, a dívida per capita dessa categoria soma o valor de R\$ 4.129 - o equivalente a 2,3 vezes a renda média dos beneficiários, que é de R\$ 1.750 por mês. Os números acima demonstram a grandiosidade das dívidas e das operações de consignados. Recentemente, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de n. 6727 perante o Supremo Tribunal Federal questionando a validade da Lei nº 20.276/2020 – lei estadual do Paraná que proibiu as instituições financeiras de oferecer e celebrar contratos de empréstimo com aposentados e pensionistas por meio de ligações telefônicas (“*telemarketing*”). Diante do exposto, a presente pesquisa busca analisar o seguinte problema: a proteção aos idosos no âmbito do mercado de crédito fere a livre iniciativa? O objetivo da pesquisa é realizar o sopesamento entre os mecanismos de proteção aos idosos consumidores presentes na Lei nº 20.276/2020 e o princípio da livre iniciativa. Em relação à metodologia, utilizou-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica. O estágio da investigação permite chegar à conclusão de que os mecanismos de proteção aos idosos consumidores no âmbito do mercado de crédito são constitucionais, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana possui valor axiológico máximo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, devendo, portanto, evitar o superendividamento do idosos, cenário que compromete a garantia do mínimo existencial.

Palavras-chave: superendividamento dos idosos; hipervulnerabilidade do consumidor; ADI 6.727; competência Constitucional; empréstimo consignado.

Referências

- DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento de idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, pp. 309-341, 2016.
- GONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e Superendividamento: Uma Análise Em Busca Da Concretização Do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010*.
- MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75, pp. 9-42, 2010.
- MARQUES, Claudia Lima; BARBOSA, Fernanda Nunes. A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora?. *Civilistica.com*, v. 8, n. 2, pp. 1-26, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/430>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Claudia Lima. Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL 3515/15. *ConJur*, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/garantias-consumo-superendividamento-idosos-preciso-aprovar-pl-351515#sdfootnote4anc>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 2020.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 2, n. 4, 2012.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 18, n. 116, pp. 533-558, 2016.

1.2 A vulnerabilidade do idoso no acesso ao crédito e a efetividade dos mecanismos judiciais de proteção²

O objeto do presente trabalho é o estudo do reconhecimento da vulnerabilidade do idoso nos processos judiciais relacionados à tomada de crédito - em especial do Superior Tribunal de Justiça, STJ – de modo a identificar os possíveis efeitos deste reconhecimento. Assim, são perguntas

² Trabalho apresentado por *Daniela Silva Fontoura de Barcellos* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0002-5795-9250) e *Felipe Antonio Mendes Ferreira* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0002-0338-5220).

que norteiam essa pesquisa: o Poder Judiciário, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, considera a vulnerabilidade do idoso no escopo de decisões que envolvem a tomada de crédito? Em caso afirmativo, quais são as consequências práticas que se depreendem desta consideração? Para que tais perguntas sejam respondidas, parte-se da hipótese de que não há uma diferença substancial entre a decisão judicial que menciona a vulnerabilidade do idoso e a decisão que desconsidera tal vulnerabilidade. Desse modo, coloca-se como objetivo geral desta dissertação analisar se o reconhecimento da vulnerabilidade do idoso gera consequências dentro do processo judicial. O marco teórico central desta pesquisa funda-se, sobretudo, na teoria crítica acerca dos consumidores e cidadania de Néstor García Canclini (2015). O autor discute as relações entre consumo e cidadania sob o escopo da análise cultural perante os processos de globalização. Em certa medida, também fará parte da presente pesquisa a teoria de reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth (2009). No tocante à metodologia, a pesquisa se dividirá em três etapas principais. A primeira etapa será a fase descritiva, na qual será feito um levantamento bibliográfico para que se analise os conceitos e questões centrais da pesquisa. A segunda fase, por sua vez, consistirá em uma análise quantitativa que cuidará da quantificação dos dados jurisprudenciais inerentes ao tema pesquisado, para que em seguida, na terceira fase, possa ser realizada análise qualitativa das decisões do STJ que envolvam o idoso, sua vulnerabilidade no contexto da tomada de crédito. Atualmente, a pesquisa já ultrapassou a fase teórica e está no estágio da análise dos dados jurisprudenciais, que serão apresentados no evento.

Palavras-chave: Direito do idoso; Superendividamento; Grupos vulneráveis; Acesso ao crédito.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. Aceitação, adaptação, esperança: as coordenadas fundamentais do envelhecimento. *Civilistica.com*, v. 6, n. 2, p. 1-9, 2017.

- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito à saúde da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BATISTA, Neimar e AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. Revista Tuiuti Ciência e Cultura, n. 57, p.69- 101, 2018.
- BRAGA, Pérola Melissa V. Direito do idoso segundo o estatuto do idoso. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DE BEAUVOIR, Simone. A velhice. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- DE FREITAS JR., Roberto Mendes. Direitos do idoso. In: Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: Doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Ray, 2006.
- DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? Revista de Direito do Consumidor, v. 99, p. 287-289, 2015.
- DOBARRO, Sergio Leandro Carmo; VILLAVERDE, André. A Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso à luz do Princípio da Dignidade da pessoa humana. Revista Jurídica Luso-Brasileira, n. 3, p. 1371-1391, 2016.
- EMERIQUE, Lilian Balmante GUERRA, Sidney. Direito das minorias e grupos vulneráveis. Ijuí: Unijuí. 2008.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima; BARBOSA, Fernanda. Nunes. A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora? Civilistica.com, v. 8, n. 2, p. 1-26, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela e LIMA, Clarissa Costa de. Direitos do Consumidor Endividado II: Vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: RT, 2020.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao estatuto do idoso. São Paulo: Ed. LTr, 2004.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PAPALÉO NETTO, Matheus. O estudo da velhice no século XX: histórico, definição do campo e termos básicos. In: Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira e FELIX, Vinícius César. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 18 n. 116, p. 533-558.

1.3 O veto ao artigo 54-E do Código de Defesa do Consumidor e o risco à proteção ao superendividamento³

O endividamento das famílias é crescente na sociedade brasileira. Segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, apenas em junho de 2021, atingiu 69,7% das famílias brasileiras. Ciente desse fenômeno e com a finalidade de proteger os consumidores, em 2012

³ Trabalho apresentado por *Rafael Ferreira Costa* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul ; ORCID 0000-0001-9966-5667) e *Lúcia Souza d'Aquino* (Universidade Federal Fluminense ; 0000-0002-0838-3566).

havia sido apresentado Projeto de Lei com o objetivo de prevenir e tratar o superendividamento. Referido projeto, inovador e ousado, foi aprovado após 9 anos de tramitação e discussões, tendo se convertido na Lei n. 14.181/2021, que incluiu os Capítulos VI-A do Título I (arts. 54-A a 54-G) e V do Título II (arts. 104-A a 104-C) à norma consumerista, visando, sucessivamente, a prevenção, tratamento e a conciliação relacionados ao superendividamento. Em que pese a relevância da lei e as homenagens que têm de lhe ser feitas, um de seus dispositivos, que incluía o art. 54-E ao CDC, foi vetado pelo Presidente da República, ao argumento de que restringe a margem já prevista na Lei n. 14.131/2021, a qual é oriunda da conversão da Medida Provisória nº 1.006, de 1º de outubro de 2020, elaborada para alcançar titulares de benefícios de aposentadoria e pensão durante período limitado da pandemia da covid-19. Entretanto, questiona-se não apenas em que medida esse veto afeta a proteção ao superendividamento dos consumidores, mas também, a necessidade e a importância de sua derrubada. Nesse sentido, o problema de pesquisa do presente trabalho reside nas consequências negativas caso seja mantido o veto ao art. 54-E do CDC, com redação dada pela Lei n. 14.181/2021. O objetivo geral é analisar, numa perspectiva de direito econômico do consumidor, o novo regime de proteção ao superendividamento sob o microsistema de Direito do Consumidor a partir de dispositivos da Constituição Federal. E ainda, no cotejo com o CDC, analisar as consequências a partir de dois cenários: de um lado, com a manutenção do veto ao artigo 54-E e, de outro, com a derrubada desse veto. A abordagem será feita de forma dialética, apresentando e contrapondo os argumentos e dados utilizados para o referido veto. Como método procedimental, será feita análise de dados empíricos a respeito de superendividamento e empréstimos consignados, bem como pesquisa bibliográfica sobre o tema. A

pesquisa está em fase de levantamento bibliográfico e análise de dados empíricos.

Palavras-chave: Superendividamento; Veto presidencial; lei 14.181/2021; Empréstimo consignado; Direito Econômico do consumidor.

Referências

- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Curso elementar de direito econômico. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.
- CAMPARIM, Matheus Catarino. A Lei do Superendividamento e a cultura do consumo (ir)responsável. *ConJur*, 15 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-15/camparim-lei-superendividamento-consumo-irresponsavel>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- D'AQUINO, Lúcia Souza; DURANTE, Patrícia. O Projeto de Lei n. 3515/2015 como política pública de mitigação dos efeitos econômicos da pandemia de Covid-19 no Brasil. *Revista Direito das Políticas Públicas*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 126–150, 2020. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/rdpp/article/view/10187>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- MARQUES, Claudia Lima. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento. *ConJur*, 03 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-03/lima-marques-atualizacao-cdc-materia-credito-superendividamento>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís Gomes. Nova lei do superendividamento: um respiro para o consumidor. *Migalhas*, 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349083/nova-lei-do-superendividamento-um-respiro-para-o-consumidor>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015. *ConJur*, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015?pagina=2>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 14.181, de 01 de julho de 2021: Veto. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14181-1-julho-2021-791536-veto-163127-pl.html>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Ltr, 2005.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

1.4 O direito à reserva do mínimo existencial do consumidor superendividado⁴

O superendividamento é um problema de ordem econômica e jurídica que advém de um conjunto de fatores. Entre suas causas, destaca-se a

⁴ Trabalho apresentado por *Antônio Carlos Efig* (Pontifícia Universidade Católica do Paraná ; ORCID 0000-0001-7060-2654) e *Núbia Daisy Fonesi Pinto* (Pontifícia Universidade Católica do Paraná ; ORCID 0000-0002-5275-1872).

possibilidade de “concessão de crédito fácil” e induzimento, pela publicidade, a aquisição de bens de consumo de forma desenfreada, ocasionando o consumo irresponsável. Com o advento da Lei n. 14.181/2021, o Código de Defesa do Consumidor sofreu aprimoramentos, foram adotados como princípios fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores e a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor (art. 4º, incisos IX e X, respectivamente). Além disso, foi inserido um novo direito básico do consumidor brasileiro, a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito. A previsão de direito a reserva do Mínimo Existencial também está presente em outros dispositivos que foram inseridos no Código de defesa do Consumidor, como é o caso dos artigos 54-A e 104-A. O art. 54-A do CDC, dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor, e conceitua o superendividamento como a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. Na mesma esteira, o novel artigo 104-A do CDC prevê que a repactuação de dívidas da pessoa física deve preservar o mínimo existencial, possibilitando a manutenção de condições dignas de vida do devedor superendividado. O fato do artigo 54-A, trazer a expressão nos termos da regulamentação significaria que a aplicabilidade da proteção do mínimo existencial assegurado pela lei, dependeria de norma complementar, inviabilizando a sua imediata aplicação? Objetivo: Ao final, pretende-se, confirmar ou afastar a hipótese de que o conteúdo do mínimo existencial deve ser protegido em todos os momentos da vida econômica do consumidor, independentemente de regulamentação, visto que a concessão de crédito de forma responsável jamais poderá colocar em risco as condições de existência

digna do consumidor, bem como é necessário o preenchimento do conceito no momento da elaboração do plano de recuperação do superendividado. Metodologia: Para realização da pesquisa, aplicar-se-á o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa em livros, legislações e artigos de revistas, bem como em websites. Estágio da Investigação: A Lei n. 14.181/2021 limita-se a tratar da Teoria do Mínimo Existencial sem menção específica a seu conteúdo, dispondo apenas quanto à necessidade de sua proteção. Por esta razão, primeiramente faz-se necessário analisar o conceito de mínimo existencial, que possui origem alemã, seus fundamentos, características e objetivos, para que possa compreender a tutela do Direito ao Mínimo Existencial no contexto brasileiro em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade material e no princípio da solidariedade social, bases do Estado Social e Democrático de Direito. O Direito ao Mínimo Existencial é intimamente vinculado ao princípio da Dignidade Humana, não se resumindo, portanto, a um mínimo suficiente para sobrevivência (mínimo vital), ou com apenas questões de ordem física (alimentação e saúde, por exemplo), mas deve incluir-se também aspectos culturais da vida humana. O Direito ao Mínimo existencial não se confunde com os Direitos Fundamentais, pois aquele é composto por porções de Direitos Fundamentais que são necessários para se ter uma vida digna. Para o exercício do direito ao mínimo existencial não há necessidade de regulamentação, pois acha-se vinculado à dignidade da pessoa humana e fundamento do Estado Social e Democrático de Direito. Condicionar o exercício desse direito é condicionar a própria dignidade da pessoa humana. Portanto, o seu conteúdo possui eficácia direta no que diz respeito as dimensões prestacionais. Segundo Luiz Edson Fachin trata-se do “mínimo a assegurar-se”. Em outras palavras, trata-se da garantia de, ao menos, condições básicas para uma vida condigna, sendo considerado um piso mínimo e não um teto máximo. Ressaltando-se que uma vida sem

alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, vez que a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Acerca do conteúdo do Direito ao Mínimo Existencial, existem dois posicionamentos, um que defende que deve ser analisado no caso concreto e outros, segundo o qual, existe um rol de direitos previamente definidos pela Constituição Federal que integram o Direito ao Mínimo Existencial. Uma concepção aberta, determinável no caso concreto, traria problemas práticos de aplicabilidade, já que na ausência de algo concreto, qualquer coisa que o juiz estabeleça como mínimo necessário para vida digna do superendividado é aceitável. Contudo, não deixa de ser possível a elaboração de uma espécie de guia, contendo um conjunto de concepções inerentes ao tema já sedimentadas, capazes de nortear a atuação jurisdicional e assim garantir a concretização do acesso ao mínimo existencial. O presente estudo propõe, como alternativa, a utilização do salário-mínimo como parâmetro para o mínimo existencial quando da elaboração dos Planos de Recuperação da Pessoa Física Superendividada. Segundo a Lei n.º 14.181/2021, superendividamento da pessoa física consiste na “impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial”. O superendividamento, portanto, está intimamente relacionado com a renda auferida pela pessoa física. Uma das fontes de renda é o trabalho, para o qual a Constituição Brasileira de 1988 que passou a prever que o salário-mínimo deve ser capaz de atender às “suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. A renda mínima deve garantir uma porção mínima de direitos sociais, mas não se confunde com eles. Portanto, a renda mínima deve garantir o direito ao mínimo existencial. Adotando o posicionamento de Daniel W. Hachem, devido a importância do conteúdo do mínimo existencial, ele deve ser aplicado integralmente, como

regra, independente de ponderação no momento da aplicação. Ainda, explica que, na verdade, a ponderação já foi previamente realizada quando do estabelecimento do direito ao mínimo existencial. Desta forma, enquanto ausente no ordenamento jurídico brasileiro norma específica que oriente tanto a atuação do sistema bancário e de crédito na concessão consciente e responsável de crédito ao consumidor, atendendo os ditames legais vigentes, o valor do salário mínimo poderá ser utilizada como referência para efeitos da Lei nº 14.181/2021 e compreensão do que direitos que compõem o mínimo existencial. Aguardar por uma regulamentação por legislação infraconstitucional representaria ignorar a dimensão constitucional da preservação do mínimo existencial e da dignidade humana.

Palavras-chave: Mínimo existencial; Superendividamento; Código de Defesa do Consumidor; Preservação da dignidade Humana.

Referências

- BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. Lei Federal n. 14.181, de 1 de julho de 2021. Diário Oficial, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.
- EFING, Antônio Carlos; REIS, Duília Sgrott. A agressão dos direitos fundamentais pelo superendividamento. Revista da Escola da Magistratura de Rondônia, n. 26, p. 114–133, 2021. Disponível em: <https://periodicos.emeron.edu.br/index.php/emeron/article/view/44>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 13, n. 13, p. 340-399, 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, v. 3, n. 2, p. 115-141, 2016.

1.5 A Lei 20.276/2020 e seus reflexos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: uma análise a partir da hipervulnerabilidade do idoso e do crédito consignado⁵

A lei estadual 20.276/2020 do estado do Paraná foi promulgada com o intuito de garantir uma proteção mais acentuada ao consumidor idoso em razão de sua potencializada vulnerabilidade. Nesse prisma, tal ato normativo proíbe ofertas publicitárias feitas por qualquer prestador de serviços de forma ativa via telefone, assim como contratações que não foram expressamente solicitadas pelo idoso, entre outras determinações protecionistas. A partir da importância da temática, que ensejou recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, emergiu a seguinte problemática: quais são os reflexos da Lei n. 20.276/2020 do estado do Paraná na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná? Com uma pesquisa jurisprudencial voltada à modalidade de empréstimo de crédito consignado para idosos, feita com enfoque misto de abordagem, quantitativo e qualitativo, buscou-se analisar os julgados entre 29/07/2019 e 29/07/2021. Após essa etapa, prosseguiu-se à busca de julgados, por meio do buscador de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Nessa esteira, a pesquisa culminou em 111 julgados, 108 proferidos pelas Turmas Recursais e 3 pelo próprio Tribunal de Justiça do Paraná. A 5ª Turma Recursal foi quem mais decidiu, com 54 julgados. Surpreendentemente 53 julgados foram de encontro à vulnerabilidade potencializada proposta pela nova legislação, baseando-se em entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a hipervulnerabilidade do idoso não poderia ser presumida. Não obstante a isso, uma decisão – na mesma Turma, mas de diferente relatoria – dialogou

⁵ Trabalho apresentado por *Luis Henrique Eslabão Faria* (Universidade Católica de Pelotas ; ORCID: 0000-0002-7640-770X).

com a Lei n. 20.276/2020. Imperioso destacar que não houve qualquer mudança de entendimento na 5ª Turma Recursal com a edição do novo diploma normativo, permanecendo idênticos os julgados. Em contrapartida, a 2ª Turma Recursal firmou entendimento diverso, no sentido de que a condição de idoso foi fator determinante para a revisão contratual, ainda que todas as decisões analisadas sejam anteriores à Lei n. 20.276/2020. Diante disso, foi possível constatar que a referida Turma já compreendia a necessidade de um olhar especial para os consumidores idosos antes mesmo da edição da Lei. No âmbito da 3ª Turma Recursal, a temática foi pouco explorada, encontrando-se apenas uma decisão que expressou consonância com o protecionismo atribuído ao idoso pela nova Lei, ainda que anterior à sua vigência, assim como a 2ª Turma Recursal. Por fim, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, figuraram apenas 3 decisões, todas posteriores à Lei 20.276/2020. A 14ª Câmara Cível decidiu apenas uma vez e seu entendimento alinhou-se à nova determinação legal ao inverter o ônus da prova do empréstimo em favor do autor idoso. Por seu turno, a 12ª Câmara Cível julgou 2 casos, baseando-se no dever da informação e afirmativamente pela hipervulnerabilidade do idoso.

Palavras-chave: Idoso; crédito consignado; lei 20.276/2020; Paraná.

Referências

- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- LAKATO, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. Metodologia do Trabalho Científico. 9. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.
- HERMAN, Antônio Benjamim Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5º ed. São Paulo: RT, 2016.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.
- NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

1.6 Projeto de Lei nº 1.805/2021 e o Princípio da Preservação do Mínimo Existencial: nova perspectiva para a renegociação de dívidas e o seu reflexo nas famílias brasileiras superendividadas chefiadas por mães solo no Brasil⁶

O presente trabalho, de forma propedêutica, busca estudar o fenômeno do superendividamento das famílias chefiadas por mães-solo no Brasil e o impacto, nessas unidades familiares, da iniciativa de preservação do mínimo existencial na renegociação de dívidas advinda com a atualização do Código do Consumidor, tendo como fundamento o Projeto de Lei nº 1805 de 2021. Verificando a dívida pública brasileira, em janeiro de 2021, a orçada em R\$5,059 trilhões, representando uma alta de 0,99% quando comparada ao mês de dezembro de 2020, segundo dados do Relatório Mensal da Dívida Pública. Enquanto que, do outro lado, no mesmo mês do corrente ano, temos o endividamento familiar em 66,5% e o inadimplimento atingindo a marca de 24,8%, conforme a Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. Ambos os cenários - público e privado - são reflexos da volatilidade do início de 2021 (PEREIRA, 2021) o qual embora tenha sido marcado por uma perspectiva de melhora com o vislumbre das vacinas e a possível retomada das economias mundiais, o descaso do governo brasileiro com políticas públicas eficientes e incredulidade frente aos dados científicos corroboraram cada vez mais para o cenário vivenciado atualmente. Ademais, importa destacar que, determinados grupos sociais tiveram sua sobrecarga de tarefas, sentimentos e responsabilidades ainda mais acentuada, como pode-se verificar ao analisar a divulgação do relatório do IPEA apresentando a participação das mulheres no mercado de trabalho em 46,3% - algo que não era verificado

⁶ Trabalho apresentado por *Laís Lucilia Ribeiro Santa Rosa* (Universidade Federal de Pelotas).

desde 1990 - outro importante recorte é o número de 11,5 milhões de mães solo em terras tupiniquins. Dados esses que enfatizam o quanto a pandemia reorganizou determinadas estruturas, porém aprofundou desigualdades latentes por meio de artifícios já conhecidos. Como apresentou Jessé Souza (2017, p. 11), no prefácio do livro Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo: “o capital financeiro tende a incorporar uma espécie de “segunda soberania”, infensa aos controles democráticos em todo lugar. Um de seus principais mecanismos é a dívida pública”, dessa forma, tem-se que o capital financeiro utiliza-se dos seus instrumentos como barganha junto a projetos legislativos, sociais e políticos. Não obstante, na esfera particular temos sua intensificação, em maior ou menor grau, nas diversas classes sociais brasileiras, tendo em vista que a dívida é o que fornece infraestruturas básicas da vida, é o que não nos deixa dizer não quando queremos dizer não (CAVALLERO e GAGO, 2019). E quando se faz o recorte para as mães solo temos a incidência maior, pois instaura-se o terror financeiro o qual é consubstanciado na “estrutura de obediência sobre o dia a dia e sobre o tempo que tem por vir e nos obriga a assumir de maneira individual e privada os custos do ajuste. Mas, além disso, normaliza que o nosso viver seja sustentável com dívidas, no sentido de uma financeirização da vida cotidiana” (CAVALLERO e GAGO, 2019, p. 28). Ao ter a dívida como porta de entrada para a manutenção de uma qualidade de vida mínima, ela passa a ser o pensamento recorrente de brasileiros. Com a intensificação da pandemia, esse fator não poderia ser diferente, por isso, a importância de se corporificar a dívida, tirar do plano abstrato como as ciências econômicas a trata, dar uma noção sociojurídica é de tamanha importância, pois é um movimento político contra a culpa, contra a abstração da dominação que as finanças querem exercer e contra a moral de que boas pagadoras que se propaga aos corpos feminizados (CAVALLERO e GAGO, 2019), faz-se urgente entender como os setores econômicos penetram os mais diferentes

eixos sociais por meio do endividamento massivo e como ele se apresenta em cada um deles. O superendividamento lega um grande impacto na sociedade de consumo atual e pode-se dizer que coloca em risco a dignidade da pessoa humana, uma vez que, o consumidor ao alcançar o nível que torna impossível quitar seus débitos, tem o seu nome “negativado” nos órgãos de proteção ao crédito, tendo a inclusão do seu nome no rol de mal pagadores (RHODE, 2016). Como informado anteriormente, atualmente, no Brasil temos 24,8% de famílias inadimplentes, soma-se a isso, a pandemia e o efeito terror ocasionado pela dívida, é urgente a aprovação do Projeto de Lei do Superendividamento (PL nº 3.515/2015) o qual tem como premissa a instituição de mecanismos específicos ao equacionamento do superendividamento, garantindo o mínimo existencial ao consumidor, as condições dignas de sobrevivência e a dignidade da pessoa humana. Importa destacar que, pensar na renegociação de dívida sobre o prisma do princípio da garantia ao mínimo existencial é uma inovação nas tratativas que serão tomadas a partir da produção dos efeitos da Lei - quando e se ela for aprovada da forma como está -, pois o princípio em questão pode ser entendido “como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais” (SARLET, 2015), portanto, a negociação não levará mais em questão apenas o pagamento da dívida exequenda, mas também as condições mínimas para a manutenção da qualidade de vida do consumidor e, no caso da mãe solo, da família. E, é nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem firmando a sua jurisprudência, entendendo que, quando se verifica a situação de superendividamento, o mínimo existencial deve ser resguardado. Com as informações apresentadas acima, observa-se que, é de extrema importância trazeremos a análise da dívida e, conseqüentemente, do superendividamento, pois assim teremos uma estrutura a ser estudada e combatida, para isso, será utilizado como método

de abordagem o dedutivo, trazendo como premissa maior a mudança no procedimento de renegociação de dívidas para a população brasileira com a sanção do PL nº 1805/2021 e, como premissa menor, o impacto da alteração no procedimento quando verificado os núcleos familiares chefiados por mães solo.

Palavras-chave: Projeto de lei nº 1805/2021; princípio do mínimo existencial; superendividamento; mães-solo.

Referências

- ABDALA, Vítor. Endividamento de famílias cresce em janeiro e chega a 66,5%. Agência Brasil, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-02/endividamento-de-familias-cresce-em-janeiro-e-chega-665>. Acesso em: 01 maio 2021.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1805, de 2021 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012). Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8969033&ts=1626393385238&disposition=inline>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- CAVALLERO, L.; GAGO, V. Uma Leitura Feminista da Dívida: vivas, livres e sem dívidas nos queremos. Porto Alegre: Criação Humana, 2019.
- DE LIMA, C. C; CAVALLAZZI, R. L. Prevenção do Superendividamento deve reunir toda a sociedade. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/garantias-consumo-prevencao-superendividamento-reunir-toda-sociedade>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- GALVÃO, Lize Borges. MÃE SOLTEIRA NÃO. MÃE SOLO! CONSIDERAÇÕES SOBRE MATERNIDADE, CONJUGALIDADE E SOBRECARGA FEMININA. Revista Direito e Sexualidade, v. 1. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/36872/21118>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- RHODE, Jean Gustavo Poll. O superendividamento e a dignidade da pessoa humana: a realidade do consumidor e a necessidade de sua regulação para a garantia do mínimo existencial. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2016. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4020>>. Acesso em: 30 maio 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, 2017.
- VALIM, Rafael. Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

1.7 Concessão de crédito no sistema *Open Banking* e sua relação com o superendividamento⁷

O objetivo deste artigo é identificar de que forma a implementação do Open Banking pode impactar a tomada de crédito dos consumidores. O Open Banking, também chamado de sistema financeiro aberto, segundo o BACEN (2021), “é a possibilidade de clientes de produtos e serviços financeiros permitirem o compartilhamento de suas informações entre diferentes instituições autorizadas pelo Banco Central” e será adotado no Brasil até novembro de 2021. Com esse novo sistema, dentre outras funcionalidades, poderá ser utilizado para análise de risco que visa à concessão de produtos financeiros que originam o superendividamento, tais como crédito, financiamento, utilização de cheque especial, uma vez que as informações cadastrais e de produtos contratados poderão ser compartilhadas entre os bancos, mediante autorização do consumidor. Meses antes deste novo sistema ingressar no Brasil, adveio a nova lei de superendividamento, Lei 14.181/2021, que alterou o Código de Defesa do Consumidor trazendo proteção específica para o consumidor superendividado. Sendo assim, a questão que se coloca é se as vantagens de utilização do Open Banking se sobrepõem às eventuais desvantagens no que tange à proteção do consumidor em geral e para evitar o superendividamento, em especial. Na primeira parte deste trabalho, apresenta-se uma síntese dos principais marcos legais sobre o superendividamento e se compara o sistema brasileiro com os de outros países. A segunda parte descreve a estrutura operacional do Open Banking e analisa seus impactos econômicos (AKERLOF, 1970). O principal resultado evidenciado é que o advento do Open Banking, bem como

⁷ Trabalho apresentado por *Daniela Silva Fontoura de Barcellos* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0002-5795-9250) e *Tatiana Silva Fontoura de Barcellos Giacobbo* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0003-4634-0900).

Lei 14.121/21, tendem a ser propulsores de uma redução no número de superendividados no país.

Palavras-chave: Superendividamento; Open Banking; Direito; Economia.

Referências

- AKERLOF, George Arthur. The Market of lemons: quality uncertainty and the Market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-700, 1970.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. FAQ - Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?BACENFAQ>. Acesso em: 20 mai. 2016.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LAYDNER, Patricia Antunes. Código de consumo francês: sumo francês: tratamento das situações de superendividamento (parte legislativa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DYSON, Ben, HODGSON, Graeme. Digital cash: why central banks should issue digital currency. London: Positive Money, 2016.
- EHSANI, Farzam. The Advent of Crypto Banking - A New Paradigm for Central and Commercial Banking: A Perspective on Blockchain / Distributed Ledger Technology. Foundery, FirstRand Bank Ltd. 2016, 24p. Disponível: https://www.foundery.co.za/wp-content/uploads/2017/09/The_Advent_of_Crypto_Banking.pdf.
- GAUCI, By Rachel. Is Europe a Good Example of Open Banking?. *The PayTech Book: The Payment Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75, 2010.
- MARQUES, CLAUDIA LIMA. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O direito do consumidor endividado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa (orgs). O direito do consumidor endividado II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ZACHARIADIS, Markos; OZCAN, Pinar. The API economy and digital transformation in financial services: The case of open banking. Working paper, SWIFT Institute, London, UK, Jun. 2017.

1.8 Os princípios fundadores sobre o superendividamento durante a pandemia do COVID-19⁸

O objetivo do presente trabalho consiste em ressaltar a importância da Lei 14.181/21 em consonância com três princípios: o Princípio da Informação, no sentido de ampliar o seu efeito, não somente em relação às

⁸ Trabalho apresentado por *Amanda Carolina Alves Fernandes* (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e *Beatriz Monteiro da Gama* (Universidade Federal do Rio de Janeiro).

cláusulas contratuais, como nas situações adversas, as quais levam o consumidor a celebração do contrato junto a instituição financeira; o Princípio da Dignidade Humana, como base para a relação entre a função social dos contratos e a vedação do enriquecimento sem causa, respeitando, além disso, a Constituição Federal; e o Mínimo Existencial, como forma de promover a garantia de subsistência do consumidor superendividado. Ao analisar as decisões judiciais dos brasileiros superendividados no decorrer da pandemia do Covid-19, considerando o período entre abril de 2020 até abril de 2021, através da pesquisa realizada no site do TJ/RJ, utilizando os filtros “superendividamento” e “contratos”, será possível constatar quantos dos 25 processos abordaram como parte para defesa do consumidor os princípios aludidos. Atualmente, a pesquisa encontra-se em andamento.

Palavras-chave: Superendividamento; pandemia; mínimo existencial; princípio da dignidade humana; princípio da informação.

Referências

- CAMPARIM, M. C. A Lei do Superendividamento e a cultura do consumo (ir)responsável. *Conjur*, 15 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-15/camparim-lei-superendividamento-consumo-irresponsavel>. Acesso em: 6 ago. 2021.
- CARPENA, H. O Superendividamento na reforma do CDC. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_160.pdf. Acesso em: 6 ago. 2021.
- LIMA, L. S. A. O princípio da dignidade humana e o superendividamento familiar. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a6796468415ad36c>. Acesso em: 5 ago. 2021.
- MARTINS, H. O dever de informar e o direito à informação (I — a perspectiva do Direito do Consumidor). *Conjur*, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/dever-informar-direito-informacao-parte>. Acesso em: 5 ago. 2021.
- MIRAGEM, B. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor. *Migalhas*, 7 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/348157/a-lei-do-credito-responsavel-altera-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 5 ago. 2021.
- RODRIGUES, A. A nova lei do superendividamento – Lei 14.181/2020. *Jus.com.br*, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91756/a-nova-lei-do-superendividamento-lei-14-181-2020>. Acesso em: 5 ago. 2021.
- TASCETTO, G.; FERREIRA, V. H. A. O fenômeno do superendividamento do consumidor e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. *Jus.com.br*, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77321/o-fenomeno-do-superendividamento-do-consumidor-e-a-violacao-ao-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 5 ago. 2021.

STULP, A. C. B.; RAMBO, K. I. O Superendividamento e os Contratos Bancários: Uma Análise Sob a Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana. *Âmbito Jurídico*, 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/o-superendividamento-e-os-contratos-bancarios-uma-analise-sob-a-perspectiva-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 6 ago. 2021.

1.9 A tutela material do consumidor idoso no Brasil⁹

Em razão do aumento da população idosa no Brasil e da sua crescente atuação no mercado de consumo, avolumam-se os litígios decorrentes das falhas no fornecimento de produtos e serviços a essa parcela da população, fazendo necessária a existência de meios eficientes para a prevenção e solução dessas demandas. Nesse contexto, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: as leis protetivas do idoso no mercado de consumo são suficientes ou a atualização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) deve completar esta proteção? Tem-se como objetivo geral analisar como o ordenamento jurídico brasileiro tem tutelado o idoso nas suas relações de consumo e a eficiência dos meios atualmente existentes. Como objetivo específico, pretende-se fazer um diagnóstico dos dispositivos de lei que tutelam especificamente os idosos consumidores e sua aplicação na jurisprudência, a fim de que sirva de base para ampliação das discussões sobre os meios jurídicos existentes voltados à tutela dessa parcela dos consumidores. Por meio de pesquisa legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, pretende-se obter um aporte teórico, que é o ponto de partida do projeto de pesquisa sobre a tutela do consumidor idoso no Brasil, que se desenvolve no Mestrado em Direito, com ênfase em Direito do Consumidor, sob orientação da Professora Cláudia Lima Marques.

Palavras-chave: Consumidor; idoso; tutela jurídica; Código de Defesa do Consumidor.

Referências

⁹ Trabalho apresentado por *Lissandra de Avila Lopes* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul ; ORCID: 0000-0002-7029-5620).

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 ago 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 07 ago 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 07 ago. 2021.

IBGE. População. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 07 ago. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. *In*: Novas Tendências do Direito do Consumidor, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, C. L. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, 2015.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores hipervulneráveis – a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

1.10 Direito e saúde privada: à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor em Face do Consumidor Superendividado¹⁰

Exorta nossa carta maior que o Estado ora presente, reconhecido enquanto República Federativa do Brasil, tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana. Cabe ressaltar que o problema enfrentado na pesquisa é o reconhecimento da relação entre equilíbrio contratual de planos de saúde e a garantia do mínimo existencial ao consumidor superendividado. Tal fundamento, refere-se ao mínimo existencial que é constantemente ameaçado por interesses advindos de um modelo de consumo selvagem em nossa sociedade, os quais insurgem-se abusos de direitos em detrimento do consumidor. Tais comportamentos são nocivos e resultam na impossibilidade de condição financeira estável para o usuário de serviços e ao fim, na impossibilidade de usufruir de direitos sociais, tal como a saúde

¹⁰ Trabalho apresentado por *Andréia Fernandes de Almeida Rangel* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0002-4744-3613), *Evania Romanosky* (Especialista em Direito do Consumidor pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ; ORCID: 0000-0002-0785-1946) e *Gustavo Rodrigues Barbosa dos Santos* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID: 0000-0003-2648-9492)

posteriormente contratada. Tal condição predatória, não parece preocupar-se com aspectos mais relevantes exaltados em nossa Carta Magna, que busca a construção de uma sociedade mais justa e solidária, se possível fraterna. Sugerindo a necessidade de exposição do objeto da pesquisa, enquanto a relação entre a garantia do mínimo existencial ao consumidor e o desequilíbrio contratual econômico, nas relações de consumo de saúde privada, mediante à aplicação interpretativa da Lei 14.181/21. A metodologia utilizada na presente pesquisa é o levantamento e a revisão bibliográfica da literatura referente à temática abordada e as decisões dos tribunais. Temos por objetivo analisar a relação de consumo em planos de saúde, visando a prevenção e o tratamento do consumidor superendividado. A pesquisa encontra-se em estágio inicial, mas pretende ser promissora, sendo guiada à luz da dignidade da pessoa humana, a boa-fé contratual, o mínimo existencial digno em saúde e a aplicação interpretativa da nova lei 14.181/21. É de extrema relevância ressaltar o impacto da pandemia do covid-19, que vem revelando a pior face do mercado em saúde privada, com a emergência e a demanda de serviços nem sempre cobertos por planos e seus valores, mas essenciais à garantia da subsistência de vida do paciente. O judiciário brasileiro passou a ser palco de ações propostas por usuários titulares de planos de saúde, contra práticas abusivas contra o consumidor, tais como os reajustes abusivos e negativas de cobertura. Diante deste panorama, a relevância social e jurídica é justificada, o artigo propõe analisar o reajuste dos planos de saúde, com a devida avaliação pelo Código do Consumidor, bem como a reserva do mínimo existencial. Por fim, é importante resgatar a relação pela reconhecida Súmula 608 do STJ e o diálogo com o CDC: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (SÚMULA 608, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)”. Como conclusão, o presente estudo se destina a fazer uma análise dos reajustes

dos planos de saúde com uma nuance legislativa à luz do Código do Consumidor com ênfase ao princípio de reserva do possível, em especial, como termo importado do Direito Germânico.

Palavras-chave: Saúde privada; constitucional; consumidor; superendividamento.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ARISTÓTELES. Política. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Prefácio. *In*: LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial. Casos concretos. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LAYDNER, Patricia Antunes. Código de Consumo Francês: tratamento das situações de superendividamento (parte legislativa). *Revista de Direito do Consumidor*, v. 87, 2013.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ, projeto-piloto: “tratamento das situações de superendividamento do consumidor. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. Disponível em:
http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/projeto_superendividamento.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 ago. 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 07 agosto. 2021.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 07 agosto. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (04ª Turma). Recurso Especial nº 272.739. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, 01 de março de 2001.
- CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. O(super)endividamento num diálogo franco-brasileiro. *In*: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de (org.). SANTOS, Nivaldo dos. Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor. Goiás: PUC Goiás, 2015.
- LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMA, Clarissa Costa de (org.). Direitos do Consumidor Endividado II: Vulnerabilidade e Inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís Gomes. Nova Lei do Superendividamento: um respiro para o consumidor. *Migalhas de Peso* 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349083/nova-lei-do-superendividamento-um-respiro-para-o-consumidor>. Acesso em: 07 ago. 2021.
- MARTINI, Sandra Regina; STURZA, J. M. Direitos Humanos: saúde e fraternidade. 1. ed. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2019.

MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado. A dignidade humana enquanto princípio de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais: direito à saúde. Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 6, p. 25 - 41, 2017.

PAISANT, Gilles (França). El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores en Francia. Revista de Direito do Consumidor, v. 22, 2013.

PEIXINHO, Gabriel Martins. Principais aspectos da lei do Superendividamento. Migalhas de Peso 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349466/principais-aspectos-da-lei-do-superendividamento>. Acesso em 07 ago. 2021.

RESTA, Eligio. II diritto fraterno. Roma/Bari: Ed. Laterza, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas Sobre o Mínimo Existencial e sua Interpretação pelo STF no Âmbito do Controle Judicial das Políticas Públicas com Base nos Direitos Sociais. Revista de Investigações Constitucionais. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>. Acesso em: 07 ago, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli.

1.11 O regramento do superendividamento no direito comparado: um paralelo entre a nova lei 14.181 de 2021 e o direito norte-americano e francês¹¹

O superendividamento apresenta-se como um fenômeno tão comum na vida do consumidor brasileiro que, nos últimos anos, o Poder Judiciário deparou-se cada vez mais com demandas ligadas ao tema, principalmente em razão da ausência de uma regulamentação nacional. A partir deste panorama, foi elaborado por diversos doutrinadores o Projeto de Lei 3515, que culminou na nova Lei 14.181 de 2021, ou ainda, “Lei do Superendividamento”, foco deste estudo, aprovada frente ao colapso econômico pelo qual o Brasil atravessa com a pandemia de Covid-19. Desta forma, o presente trabalho busca pontuar as similaridades e discrepâncias da ainda tímida legislação nacional com os exemplos norte-americano (consubstanciado no *Bankruptcy Code* e a política do “*fresh start*”) e francês (materializado no *Code de la Consommation* e nas Leis *Neiertzs*), bem como os possíveis efeitos da nova lei na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Superendividamento; Direito do Consumidor; Direito Comparado; Lei nº 14.181/2021.

¹¹ Trabalho apresentado por Larissa Couto Nogueira (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0002-4857-2951)

Referências

- DA COSTA, Geraldo de Faria Martins. Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI; LUNARDELLI, Rosângela (org.). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.
- MATTOS, Fabiana Lopes Fernandes. A necessidade da tutela jurídica do superendividamento como forma de política pública de proteção ao consumidor. Tese (Curso de Pós Graduação Lato Sensu) - Faculdade de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: Conceito, Pressupostos e Classificação. Revista da SJRJ, v. 26, p. 167–184, 2009.
- GONTIJO, Patrícia Maria Oliva. A regulamentação do superendividamento como forma de concretização do estado democrático de direito. Tese (Curso de Pós Graduação Stricto Sensu) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, Minas Gerais, 2010.

1.12 Superendividamento estudantil: como a redução do FIES pode ter relação com o superendividamento dos jovens estudantes do Ensino Superior brasileiro¹²

Ao longo dos últimos meses, o grupo de pesquisa Simbiose Entre Direito Público e Privado vem realizando uma pesquisa jurisprudencial acerca do superendividamento. Desta forma, em consonância à temática do grupo, o objeto da presente pesquisa, que fez um recorte de área, é o de analisar o superendividamento na área da educação, em especial no Ensino Superior brasileiro. O objetivo geral da pesquisa será o de investigar e demonstrar a possível correlação entre a significativa redução do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) do Governo e o aumento da procura por formas de financiamento privado, relacionando-os com o superendividamento de jovens estudantes. A metodologia a ser utilizada será a de pesquisa empírica, corroborada pela jurisprudencial e a documental. A presente pesquisa, ainda em andamento, foi dividida entre as

¹² Trabalho apresentado por *Mariana Scofano Martins* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID: 0000-0001-9849-0113) e *Marina Mendes Fikota* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID: 0000-0003-4951-5649).

seguintes etapas: (1) Revisão de literatura - pesquisa e análise acerca da produção acadêmica já existente voltada para o superendividamento na educação. (2) Levantamento de dados - pesquisa e compilação de dados que demonstram a redução da adesão e aplicação do FIES pelos estudantes brasileiros e conseguinte o aumento da procura por financiamentos próprios de instituições de Ensino Superior privadas, visando observar a correlação entre ambos os resultados. (3) Aplicação de questionário - realização de um questionário voltado para estudantes do Ensino Superior privado com o objetivo de pesquisar como os dados estudados interferem de forma prática e concreta no cotidiano dos estudantes. (4) Pesquisa jurisprudencial - por fim, propõe-se, ainda, a pesquisar a existência de decisões judiciais a partir da segunda instância voltadas para a problemática do superendividamento estudantil, de forma a constatar como o tema é tratado pelos magistrados brasileiros. A pesquisa se encontra atualmente nas segunda e terceira etapas do projeto, de modo que, agora, realiza-se o tratamento dos dados levantados e se estuda a viabilidade ético-prática de elaboração e aplicação do questionário.

Palavras-chave: Superendividamento; Educação; Financiamento; FIES; IES.

Referências

- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Superendividamento do Consumidor: Mínimo Existencial - Casos Concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 08 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. Relatório de Avaliação FIES 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/politicas/2019/subsidios/relatorio-de-avaliacao-cmas-2019-fies>. Acesso em: 04 ago. 2021.
- GUIMARÃES, Rodrigo Gameiro. As transformações do mercado do ensino superior e o endividamento estudantil no Brasil: uma produção do Estado neoliberal. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.
- NETO, João Sorima. Faculdades particulares devem fechar 2020 com inadimplência recorde de 11,3%. O Globo, 29 de junho de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/faculdades-particulares-devem-fechar-2020-com-inadimplencia-recorde-de-113-24505226>. Acesso em: 05 jul. 2021.

SERRA, Gustavo Pereira; LIMA, Gilberto Tadeu. Sustentabilidade do endividamento estudantil em uma macrodinâmica liderada pela demanda. *Economia e Sociedade*, v. 27, n. 2, 2018.

1.13 A oferta de crédito por telefone como modalidade de assédio vedado pelo art. 54-C, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor¹³

O estudo tem como tema central a investigação a respeito da possibilidade de enquadramento da vedação de assédio ao consumidor de crédito, contida no art. 54-C, IV, do Código de Defesa do Consumidor, inserida pela Lei n 14.181/2021, mediante sua configuração como abuso de direito face a constatação de excessos por parte das instituições financeiras. A metodologia utilizada parte da análise de pesquisa de monitoramento de serviço de telemarketing realizada pela OABPE, por meio da Comissão de Defesa do Consumidor, visando observar a frequência e o grau de incomodo dos consumidores com as ligações que, em excesso, podem ser enquadradas como abuso de direito. Desse modo, restando configurado o uso abusivo da publicidade por meio telefônico, enquadrando-a como abusiva, busca-se o nexo de causalidade necessário à sua vedação com base na recente atualização do Código de Defesa do Consumidor, que abarca a prevenção do superendividamento do consumidor pessoa natural. Quanto ao estágio de investigação, a pesquisa está em andamento, com o estudo dos institutos e análise dos dados que estão sendo coletados.

Palavras-chave: Superendividamento; Abuso de direito; Publicidade abusiva; Telemarketing.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Vida à crédito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹³ Trabalho apresentado por *Larissa Maria Leal* (Universidade Federal de Pernambuco ; ORCID: 0000-0001-9176-5188) e *Fabiana Prietos Peres* (Universidade Católica De Pernambuco ; ORCID 0000-0002-2610-0662).

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAOSKI, Fabiano Haluch. Constitucionalidade das leis estaduais que instituem o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing. Revista Eletrônica Conhecimento Interativo, v. 11, n. 2, p. 164-173, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. Revista de Direito do Consumidor, v. 95, p. 99 - 145, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

1.14 O CEJUSC como meio de promoção das renegociações de superendividamento segundo a lei 14.181/21¹⁴

O presente artigo tem como escopo a investigação bibliográfica que trata sobre os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania como agentes possíveis para o fomento na repactuação das dívidas de pessoas superendividadas. A nova lei de 2021 estabelece um modelo diferenciado para a repactuação de dívidas para uma parcela da população, aquela que não se enquadra como devedor contumaz. Com isso, faz-se necessário ter pessoas capacitadas para a negociação entre as empresas e os devedores. Os CEJUSCs possuem conciliadores e mediadores capacitados por meio de cursos próprios que visam formar agentes habilitados para a tarefa. O problema de pesquisa, então, consiste na seguinte indagação: de que modo os CEJUSCs podem auxiliar na promoção de renegociação das pessoas superendividadas, considerando as disposições da Lei n.º 14.181/21? Os objetivos do trabalho são: a) analisar a atuação do CEJUSC na seara do consumidor; b) identificar como a formação dos conciliadores é empregada nas demandas de pessoas endividadas e; c) verificar os avanços promovidos pela Lei n.º 14.181/21 na questão do superendividamento. Sendo assim, este trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, busca-se o apurar qual é o

¹⁴ Trabalho apresentado por *Marcela Duarte* (Unilasalle); *Iury Manoel Honorato Ferreira da Silva* (Unilasalle ; ORCID 0000-0001-9100-5664); *Marcos Jorge Catalan* (Unilasalle ; ORCID 0000-0002-4775-7161).

perfil desejado para o conciliador, estudando como se dá a formação e quais características são esperadas do profissional. Na segunda, analisa-se o que a nova lei, que busca dar conta do perfil de pessoas superendividadadas, traz como progresso para ajudar a sociedade a enfrentar o problema do mau uso da capacidade financeira. Como conclusão, sugere-se ampliar a visão dos serviços já existentes em prol da aplicação da nova lei, aprimorando as formações e ampliando as vagas.

Palavras-chave: CEJUSC; superendividamento; conciliador; mediador; repactuação de dívidas.

Referências

- BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.181-de-1-de-julho-de-2021-329476499>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETTI, HERNES JR. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SANDER, Frank E. A. Varieties of dispute processing. *In*: Levin, L. A.; Russel, W. R. (Edit.). The pound conference: perspectives on justice in the future. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

1.15 Uma análise das razões para o veto presidencial ao artigo 54-e da lei nº 14.181/2021 à luz da jurisprudência do STJ e do STF¹⁵

O ora projeto de Lei nº 3.515/2015, hoje transformado em Lei Ordinária 14.181/2021, previa originalmente o acréscimo do artigo 54-E ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Em síntese, a norma dispunha que, nos casos de pagamento das dívidas consumeristas que envolvessem consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderia ser superior a 30% da remuneração mensal do endividado, podendo este limite ser acrescido em 5% (cinco por cento), destinados exclusivamente à saque e/ou amortização de despesas contraídas via cartão de crédito. Desse modo, procurava-se preservar a maior parte da renda do consumidor superendividado, de modo a tornar 70% (ou 65%, eventualmente) de seu patrimônio indisponível para quitação de dívidas, protegendo-se, nessa ordem de ideias, o suficiente para garantia do “mínimo existencial” do consumidor. Apesar disso, o Presidente da República Jair Bolsonaro, nos usos de suas atribuições conforme § 1º do artigo 66 da Constituição Federal de 1988, vetou a disposição em tela, sob dois argumentos. Segundo o presidente, fixar o percentual máximo de desconto em folha de pagamento em 30-35% de forma genérica (i) atentaria contra outras leis federais, em especial contra a Lei Temporária nº 14.131/2021, e (ii) faria o consumidor procurar formas alternativas de concessão de crédito menos onerosa. Diante dessas justificativas, o presente trabalho almeja investigar, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores, as bases legais que fundamentam as duas justificativas em que se baseia a mensagem de veto. Sob esse escopo, o presente trabalho objetiva aferir como

¹⁵ Trabalho apresentado por *Igor Medinilla de Castilho* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0003-3391-0230) e *Susy Iná Soares de Meireles* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID: 0000-0002-4295-8415).

o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se posicionado diante de controvérsias envolvendo o percentual incidente sobre a folha de pagamento de consumidores superendividados por empréstimos consignados, à luz de demandas ajuizadas no poder judiciário envolvendo as leis federais citadas na mensagem de veto presidencial ao artigo 54-E, e outras: Lei nº 8.112/1990, Medida Provisória 2.215-10/2001, Lei nº 10.820/2003 e Decreto nº 8.690/2008. Desse modo, debruça-se sobre se e como o percentual de desconto em folha de pagamento já está consolidado no ordenamento jurídico nos limites da fonte jurisprudencial das normas, de modo a responder: seria a inclusão do artigo 54-E na ordem jurídica nacional uma ameaça à autonomia privada contratual e ao próprio consumidor superendividado ou um reflexo das decisões judiciais que tendem a preterir a função social dos contratos, numa lógica civil-constitucional? Para isso, lança-se mão do método de pesquisa jurisprudencial, no site dos referidos tribunais, através da palavra-chave “superendividamento”. O estágio da pesquisa ainda é inconclusivo, com forte tendência preliminar à aferição de um posicionamento pacífico dos tribunais de que 70% do salário das pessoas naturais representaria o equivalente a suprir as suas necessidades mínimas existenciais. Contudo, esses são apenas resultados inconclusos. O presente trabalho pretende esgotar a discussão através da construção de uma planilha com todos os casos que chegaram aos tribunais superiores, relacionando os entendimentos atingidos por meio dos acórdãos às normas por eles analisados.

Palavras-chave: Superendividamento; Lei nº 14.181/2021; Consumidor; Veto; Jurisprudência.

Referências

- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Superendividamento do consumidor: Mínimo existencial – Casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, Claudia Lima. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento. ConJur, 03 de julho de 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-jul-03/lima-marques-atualizacao-cdc-materia-credito-superendividamento>. Acesso em: 30 jul. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 14.181, de 01 de julho de 2021: Veto. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14181-1-julho-2021-791536-veto-163127-pl.html>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, 2016.

1.16 Análise da quebra contratual e a fixação do quantum indenizatório sob a ótica do princípio da proporcionalidade¹⁶

No século atual, a sociedade encontra-se em uma era de “descobertas” de seus direitos. Tais que estão esculpidos na carta magna. Nesse caso, ao realizarem essa “descoberta”, a população notando que não estão gozando de seus plenos direitos, tenta achar uma saída pela via judicial. Um dos grandes desafios do sistema Constitucional é a Indenização por quebra contratual. Como é realizada a análise para verificar o quantum indenizatório? Um dos mecanismos que pode ser utilizado para a decisão referente ao direito tutelado é o Princípio da Proporcionalidade. Tal princípio é rico em sua essência, tendo em vista que quando utilizado é necessária uma análise por uma via tríplice. Na primeira análise verificamos o que é adequado para a questão. Será que entrar em uma seara que compete a outro ente é adequado para efetivar direitos e garantias fundamentais, se ocorrer uma omissão do ente em referência? Na segunda etapa utilizamos mais um subprincípio, o da necessidade. Será que é realmente necessário que o Judiciário atue em relação ao arbitramento da indenização? E por último, é utilizado a Proporcionalidade em Sentido Estrito. É analisada nessa última etapa, se a atuação do Judiciário é realmente proporcional em

¹⁶ Trabalho apresentado por *Sérgio Felipe Coelho Francisco* (Especialista em Direito dos Contratos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro ; ORCID 0000-0002-6834-5780).

relação à omissão ou má prestação do direito tutelado. Como se vê, o Princípio da Proporcionalidade pode ser utilizado no auxílio dos julgadores, para que não ocorra um rompimento no Estado-Democrático de Direito, e que o princípio do pacto federativo não seja afetado. Dessa forma, utilizando do teste da proporcionalidade pode se estruturar a decisão, debatendo todos os pontos, tais como econômico, social, moral, legal, principiológico e contratual. Nessa dimensão, o presente trabalho estruturado com a metodologia bibliográfica qualitativa, tem a finalidade de demonstrar a efetividade do Princípio da Proporcionalidade, e os três subprincípios que o formam, buscando esclarecer que em alguns momentos, é de extrema importância a atuação do Poder Judiciário em se do descumprimento ou má prestação contratual. Desenvolver-se basicamente sobre dois eixos, sem a pretensão de excluir os demais, sendo eles, o estudo teórico dos principais pensadores sobre o assunto e a jurisprudência, além de normativos constitucionais e infraconstitucionais sobre o assunto. O Direito Contratual é uma das formas de cidadania e integração de extrema importância. Contratar de forma geral, ajuda a fortificar a democracia, trazendo pontos cruciais de todos os participantes, demonstrando uma total interação entre os cidadãos, bem como, na circulação de capital. O desenvolvimento da sociedade se dá juntamente com a do cidadão, e se não houver instrução, não há como ter desenvolvimento. Sendo assim, não há como a sociedade evoluir, e acabará em ruínas. Partindo desse conceito, o Estado deve propiciar os meios adequados para sua efetivação, conforme art. 170 da CRFB/88, caput, conciliando a livre iniciativa à justiça social. Em concordância, o Código Civil de 2002, art. 421, estabelece a seguinte premissa: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Desta forma, nota-se que o mencionado artigo se subordina a liberdade contratual ao dispositivo constitucional da função social, determinando desta forma, que sejam prevalectidos os princípios harmônicos com a ordem pública. Por

fim, passaremos a analisar a decisão proferida pelo TJRJ, trata-se de Apelação Cível 0037590-25.2013.8.19.0204, do qual se constatou que Violação positiva do contrato, consubstanciada na quebra dos deveres resultantes da boa-fé, tais como o de lealdade, fidúcia e transparência. Analisaremos conforme o princípio da proporcionalidade, passando pelos seus subprincípios para demonstrar a efetividade de sua atuação para garantir o direito ao quantum indenizatório. O presente trabalho buscou analisar a atuação do Poder Judiciário em relação à decisão proferida pelo TJRJ, trata-se de Apelação Cível 0037590-25.2013.8.19.0204, do qual se constatou que Violação positiva do contrato, consubstanciada na quebra dos deveres resultantes da boa-fé, tais como o de lealdade, fidúcia e transparência, aplicando o Princípio da Proporcionalidade, demonstrando toda sua carga valorativa na construção de uma argumentação sólida e eficaz. Pode-se observar as diversas fases para alcançar uma argumentação sólida e com propriedade. O Princípio da Proporcionalidade, mesmo não sendo um princípio em sua essência, mas sim uma regra, demonstra um aspecto peculiar em relação aos demais princípios. Portanto, foi verificado que a decisão proferida pelo TJRJ do qual foi analisada neste trabalho, demonstrou que o arbitramento do quantum indenizatório deverá ser conforme os princípios contratuais da função social do contrato, boa-fé e solidariedade a determinação da indenização adequada para o caso concreto, não devendo o Judiciário se omitir quando for provocado, mas sim, tomar iniciativas que demonstrem que devemos ter esperança nas implementações dos direitos positivos. Afinal, o teste de proporcionalidade demonstrou aspectos interessantes, sendo a sua estruturação, forma de interpretação constitucional e utilização da argumentação substantiva em sua essência. Enfim, para se buscar um julgamento adequado ao estabelecimento da indenização, deve ser utilizado o teste de proporcionalidade como forma de estruturação de uma base argumentativa, demonstrando aspectos

econômicos, sociais, morais, costumes, boa-fé, função social do contrato e solidariedade. Porém, não devem ser extrapolados os limites da argumentação substantiva.

Palavras-chave: Contratos; consumidor; proporcionalidade; constitucionalidade.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALEXY, Robert. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva. Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo inclusivo. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado do Direito Penal: parte especial. Dos crimes contra Administração Pública, dos crimes praticados por prefeito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, v. 34, p. 241-273, 1994.
- MELLO, Cleyson de Moraes Mello. Direito Civil: contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.
- ROPPO, Enzo. IL CONTRATTO. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Leonardo. A Efetividade dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Políticas Públicas. 1. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014.

Grupo de Trabalho II - Proteção do Consumidor

2.1 Você aceita cookies? A alimentação da cultura de consumo em disbiose com a LGPD¹⁷

Com a globalização e difusão dos meios de comunicação o ser humano se depara, cada vez mais, com uma infinita variedade de produtos e bens para adquirir, podendo adquiri-los rápida e continuamente (GONÇALVES, A. 2021). Sendo assim, tamanha praticidade fomenta o *ethos* de consumo

¹⁷ Trabalho apresentado por *Rafael da Silva Magalhães* (Universidade Federal do Rio de Janeiro ; ORCID: 0000-0001-6317-2318) e *Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca* (Universidade Veiga de Almeida).

presente na hipermodernidade de Lipovetsky (2011, p. 32), em que não se consome para viver, mas se vive para consumir. Entretanto, com as medidas restritivas devido à pandemia do COVID-19, diminuem-se as idas às lojas físicas e uma forma de comércio já presente passa a ter um maior protagonismo: o comércio virtual ou e-commerce. De maneira extravagante, os navegadores web se tornaram shopping centers, onde se pode pesquisar, em instantes, qual produto deseja adquirir e qual loja deseja visitar digitalmente. Desta forma, os consumidores, cuja hipervulnerabilidade já havia sido reconhecida legalmente, tornam-se duplamente vulneráveis por serem, também, titulares de dados. A partir desta vulnerabilidade complexa (HORN; LIMBERGER, 2021), surge a preocupação com os dados que são coletados a partir destas visitas às lojas virtuais e armazenados como cookies, muitas vezes impossíveis de se rejeitar, sendo provenientes de um consentimento implícito e desinformado, estando em clara disbiose com a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e o direito à privacidade e, portanto, viciado (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020). O objetivo deste trabalho é criticar o uso indiscriminado de cookies em contraposição com o ordenamento jurídico pátrio, sugerindo ações suplementares da ainda tímida ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) para tornar plenamente eficaz a legislação vigente, algo urgente neste momento em que os meios virtuais se encontram cada vez mais presentes. A revisão, ainda em andamento, consiste em pesquisas de obras primárias e secundárias com um viés qualitativo e sem restrição de idiomas nas plataformas SciELO e Google Acadêmico.

Palavras-chave: Hipermodernidade; hiperconsumo; LGPD; consumo virtual; cookies no e-commerce.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *A Ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. *Civilistica.com*, v. 9, n. 3, 2020.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Desejo na sociedade líquida de hiperconsumo. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, v. 1, n. 1, p. 1-20, 202.

LIMBERGER, Têmis; HORN, Luiz Fernando Del Rio. Sociedade de consumo de plena conectividade: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 135, p. 151-178, 2021.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução de Terezinha Monteiro Deutsch. Barueri: ED Manole, 2005.

2.2 Responsabilidade civil pelo fato do produto em decorrência dos danos causados pelos riscos do desenvolvimento à luz dos danos causados pelos riscos do desenvolvimento à luz do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro¹⁸

A moderna sociedade de consumo é cada vez mais tecnológica e conseqüentemente mais arriscada. Com a rapidez do surgimento de novos produtos, aparecem também novos riscos, que por vezes são indetectáveis pela ciência atual, mas passíveis de causar danos à saúde e integridade do consumidor. Discute-se então sobre quem deve responder por esses danos. Desta forma, o objetivo do presente trabalho é, através de uma metodologia de revisão bibliográfica, analisar a incidência da responsabilidade civil pelo fato do produto em decorrência dos danos causados pelos chamados riscos do desenvolvimento, a partir das normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Diferentemente de outros ordenamentos, as leis brasileiras não tratam expressamente dessa questão, o que a torna bastante controversa. Desta maneira, apresentar-se-á os diferentes pontos de vista dos principais autores e far-se-á uma análise crítica de seus posicionamentos. Para uma parcela da doutrina, considerando o viés do Código de Defesa do Consumidor de proporcionar uma ampla proteção ao consumidor, e a consagração da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto com restritas excludentes, conforme art. 12 deste, o responsável pelos danos ocasionados pelos riscos do desenvolvimento deve ser o fornecedor. Para estes autores,

¹⁸ Trabalho apresentado por *Júlia Zaffari Leal* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul ; ORCID: 0000-0002-9100-6218).

diante de acidentes de consumo em decorrência destes riscos estão presentes todos os requisitos para a responsabilização: conduta, dano, nexos causal e defeito, sendo este uma espécie de defeito de concepção. Por outro lado, existem doutrinadores que ao fazer uma interpretação ao contrário do art. 10 do CDC, que dispõe que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”, acreditam que não há proibição.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Produtor; Fato do Produto; Riscos do Desenvolvimento.

Referências

- CALIXTO, Marcelo Junqueira. Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento dos produtos postos em circulação. In: Responsabilidade Civil e Novas Tendências. 1. ed. São Paulo: Foco, 2017.

2.3 A Aplicação da Teoria do Risco Proveito pelo TJRS¹⁹

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco proveito, que representa a ideia de responsabilização sem culpa justamente porque a atividade desenvolvida pelo fornecedor traz benefícios, lucros ou vantagens. Significa dizer: os negócios em si implicam risco e quem os assume automaticamente se torna apto a suportar a responsabilização pelos danos que porventura venham a causar no percurso de sua atividade. Assim, surgiu a seguinte problemática: como se dá a aplicação da teoria do risco proveito pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/TJRS entre o período de 01/01/2015 à 01/01/2020? Por meio de uma metodologia quali e quantitativa

¹⁹ Trabalho apresentado por *Sibele Valadão Rossales* (Universidade Católica de Pelotas).

se buscou a compreensão de quais são os critérios adotados para a sua aplicação. Nesse diapasão, foram planilhados os processos selecionados no lapso temporal acima indicado de forma a catalogar 46 julgados envolvendo especificamente o método de aplicação da teoria do risco e as ocasiões em que foram aplicadas pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. A partir desses dados surgiu uma série de considerações iniciais que foram expressadas através de gráficos. Primeiramente foi constatado que as demandas de consumo que envolviam relações bancárias apareceram com uma frequência bastante acentuada em relação às demais – 16 decisões. Invariavelmente a contenda envolvia fraude na contratação e poderia ter sido evitada caso houvesse a devida atenção à documentação apresentada junto à instituição bancária. A fraude nas compras realizadas em estabelecimentos comerciais – lojas – também apareceram com destaque, com 11 decisões, conjuntamente com a fraude na contratação de serviços de telefonia, com 7 julgados. Na primeira situação as contendas envolviam a compra em nome de terceiro sem sua anuência. Na segunda situação um estelionatário contratava um plano ou mudava para outro plano mais caro em nome de um terceiro e a vítima só tomava conhecimento no momento em que as faturas eram debitadas diretamente em sua conta ou quando havia uma restrição em seu CPF. Nestes casos houve aplicação do art. 14 do CDC em detrimento da vulnerabilidade do consumidor. Ainda, importa destacar que foram analisados 6 julgados que envolviam a responsabilidade do fornecedor nos casos de roubo a agências bancárias ou lotéricas. Diante disso, no que toca à análise de mérito dos 46 julgados, foi possível perceber que a teoria do risco proveito foi mais aplicada nas situações que envolviam fraude em contratações, seja junto a agências bancárias, seja em estabelecimentos comerciais e serviços de telefonia. Também é válido apontar que os órgãos jurisdicionais que disparadamente mais aplicaram a teoria do risco proveito são as 6^o (dividida entre os relatores Rinez da

Trindade que atuou de 2015 até 2017, e seu sucessor Niwton Carpes da Silva) e 9ª câmaras cíveis (com o relator Carlos Eduardo Richinitti). Já o pico temporal dessas decisões se deu em 2016 e 2018, não havendo nenhuma decisão em 2020.

Palavras-chave: Consumidor; teoria; risco proveito; TJRS; aplicação.

Referências

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Grupo GEN, 2019.
- FILOMENO, José José Geraldo Brito. Direitos do Consumidor. 15. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

2.4 A chave 'PIX' como ferramenta de inclusão e proteção das relações consumeristas: perspectivas acerca dos objetivos de desenvolvimento sustentável da organização das Nações Unidas²⁰

De acordo com o relatório do Banco Mundial em 2017, Global Index, cerca de 47% dos indivíduos não possuem acesso a contas bancárias ao redor do mundo, essa condição é ainda mais expressiva quando atentos aos recortes de gênero visto que mulheres representam a maior parte dessa população considerando as desigualdades de acesso ao emprego. No mesmo relatório, é possível verificar que países em desenvolvimento apresentam baixas oportunidades para que esses indivíduos tenham acesso a contas bancárias, sobretudo, no Brasil. Sendo assim, desde já, cumpre salientar que a inclusão financeira está longe de alcançar a sua proeminência devido aos interesses da manutenção do capital na medida em que as desigualdades sociais sustentam o sistema político-econômico neoliberal. É

²⁰ Trabalho apresentado por *Daniel Urias Pereira Feitoza* (Universidade Federal de Uberlândia ; ORCID: 0000-0003-1841-145X).

com base nessa realidade que em 2015 são firmados os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) criado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Trata-se de um projeto que se iniciou na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20) em 2012 e tem como inspiração os Objetivos do Milênio (ODM) firmados em 2000. Dessa forma, o presente trabalho visa verificar se a chave 'pix' está alinhada aos objetivos de desenvolvimento sustentável atentando-se aos objetivos 9 (indústria, inovação e infraestrutura); 10 (redução das desigualdades) e 11 (cidades e comunidades sustentáveis). Para isso, o presente trabalho se utiliza de um levantamento bibliográfico qualitativo de pesquisas científicas e fontes jornalísticas para alcançar seus objetivos, tendo como hipótese um possível avanço do Brasil para com os ODS a partir da implementação da chave 'pix'. Estima-se que cerca de 45 milhões de pessoas no Brasil não possuíam uma conta bancária em 2017, além disso, os que têm acesso a algum tipo de conta em banco não utilizam os serviços financeiros ofertados pelas instituições, nesse grupo 59% são mulheres, 69% são negros, 86% pertencem às classes C, D e E, 58% não possuem acesso ao ensino médio, 45% solicitaram empréstimo financeiro para familiares e 24% recorreram a instituições financeiras para ter acesso a serviços de financiamento e/ou empréstimos. É importante ressaltar que esses indivíduos movimentam mais de R\$800 bilhões de reais todos os anos no país e grande parte desses recebiam seus salários através do emprego informal, ou seja, em notas de papel moeda. Nessa perspectiva, é importante analisar que era urgente uma política de acesso a contas financeiras a ser implementada pelo Sistema Financeiro Nacional. Vale destacar que essa falta de acesso aos bancos, além das desigualdades socioeconômicas, também se dá a partir da falta de confiança dos indivíduos nas instituições bancárias tradicionais. É nesse sentido que nascem os bancos e sistemas digitais de pagamento como *Nubank* e *PicPay*, *fintechs*

que afetam diretamente o setor financeiro e econômico no Brasil na medida em que, essas empresas oferecem serviços financeiros mais atrativos que os bancos tradicionais como taxas reduzidas, transparência, e sobretudo, facilidade de acesso a contas bancárias. Essa conjuntura aumentou a competitividade do mercado oferecendo uma condição mais benéfica para uma parcela da população bancarizada que tem acesso a essas soluções digitais, na medida em que as *fintechs* abriram as portas para um grupo de indivíduos que não tinham acesso a contas bancárias nas instituições tradicionais. Paralelo a isso, durante a pandemia do COVID-19 foi instituído o benefício auxílio emergencial, instituído pela Lei N 13.982 de 2020, que representa a primeira medida que, embora apresente incontáveis deficiências de implementação a nível federal representa a primeira política nacional de digitalização bancárias para que as camadas populares desbancarizadas tivessem acesso à contas bancárias no Brasil e conseqüentemente poderem ter acesso ao benefício. Sendo assim, convém destacar que: [...] apesar da crise econômica mundial gerada em razão da crise sanitária (cenário pandêmico iniciado em março de 2020), em âmbito nacional pode-se intuir de forma empírica, a (re)aceleração da bancarização em razão do auxílio emergencial concedido pelo Governo Federal, o qual incentivou a (re)abertura de contas de movimento bancário. O auxílio emergencial apresentou a desigualdade sócio financeira da população brasileira na medida em que 40% dos indivíduos que procuraram ter acesso ao benefício jamais tinham tido uma conta bancária, sobretudo, não tinham acesso à internet ou Cadastro de Pessoa Física (CPF) ativo (requisitos essenciais para acesso ao benefício). Portanto, embora o auxílio emergencial tenha passado por diversas instabilidades políticas e deficiências estruturais para alcançar as camadas mais pobres da sociedade, não há como desassociar o fenômeno do 'pix' com a redução considerável da população brasileira desbancarizada graças ao benefício implementado pelo

Governo Federal. Nesse sentido, inaugurada em novembro de 2020, a chave 'pix' é uma solução digital de pagamentos do Banco Central do Brasil que tem por objetivo realizar transferências bancárias gratuitas de contas de pessoas físicas e taxas reduzidas para pessoas jurídicas nas mais diferentes instituições bancárias, seja *fintech* seja tradicional. A ideia se inspira no sucesso da implementação de sistemas de pagamentos digitais adotados na China e Índia. Diferentemente dos outros sistemas de pagamento nacionais como TED e DOC, o 'pix' opera todos os dias da semana, 24 horas por dia, incluindo feriados, ou seja, possui um fluxo contínuo e instantâneo de transações bancárias. O sistema de pagamentos em análise apresenta-se como uma ferramenta de reduzir os custos de serviço do setor bancário (que em contrapartida se mostra como um dos setores mais abusivos para com o consumidor) considerando o fato de que o 'pix' oferece transações gratuitas para pessoas físicas em um sistema totalmente digitalizado, ou seja, não há emissão física de papéis de cupom fiscal ou comprovantes de compra o que contribui para a redução da produção de papel no país, sobretudo, esses que são descartados em prazos significativamente curtos. No que diz respeito às Pessoas Jurídicas (PJ), o sistema de pagamentos não estabelece um limite para a cobrança de taxas por parte das instituições detentoras das contas, essa pode ser uma deficiência para a PJ, principalmente Microempreendedores Individuais (MEIs) e Empresários Individuais (EIs) visto que, embora essa seja uma possível estratégia do Banco Central de estimular a competitividade entre as instituições financeiras, a cobrança de taxas para PJ's pode vir a se tornar abusiva e afetar as relações consumeristas de MEIs e EIs. Destarte, até o momento, o *pix* se mostrou como uma ferramenta fundamental para o aquecimento econômico do Brasil em meio a pandemia na medida em que, por conta do isolamento social, a necessidade de uma ferramenta digital e segura como o 'pix' possibilitou que 56% dos pequenos negócios no país tivessem os sistemas digitais como

principal canal de pagamento, esse sucesso também se dá ao fato do escaneamento de *QR codes* que dispensam a necessidade do uso de cartão físico de débito o que proporciona uma transação mais segura tanto para o consumidor quanto para o fornecedor. O *'pix'* possui números impressionantes para o curto prazo de operação da ferramenta, segundo o Banco Central, em seis meses o sistema de pagamentos registrou a marca de R\$1 trilhão de reais em movimentações financeiras e conta com mais de 230 milhões de chaves cadastradas, estima-se que cerca de 82 milhões de pessoas (40% da população brasileira) já utilizaram o sistema pelo menos uma vez, esses dados consolidam o *pix* como a principal forma de pagamentos no Brasil. Além disso, o *pix* contribui para uma maior educação financeira do indivíduo no que diz respeito à informação na medida em que o consumidor se torna mais exigente, o que colabora para um sistema financeiro que empodera o consumidor e se mostra como um sistema mais transparente. O *'pix'* é um resultado da Agenda BC, política do Banco Central implementada desde 2016 pelo BC e tem por objetivo estabelecer soluções capazes de facilitar o acesso aos mercados financeiros, incentivar a concorrência no sistema financeiro, melhorar a transparência e a qualidade das informações financeiras, estimular a participação consciente no mercado e promover soluções financeiras sustentáveis que reduzam os riscos socioambientais na economia e no Sistema Financeiro. Sendo assim, no que diz respeito ao objetivo 9 dos ODS, o *'pix'* enquanto infraestrutura digital inteligente, se mostra alinhado com o proposto pela ONU, na medida em que o sistema possibilitou a integração de um sistema financeiro que durante anos se mostrou como conservador e impermeável. A chave *'pix'* por sua vez, estabeleceu uma forma de conectar *fintechs* e instituições bancárias tradicionais em um mesmo ambiente, propiciando ideias competitivas em benefício do consumidor e oferecendo uma solução de pagamentos instantâneos que opera todos os dias, estimulando um fluxo contínuo de

transações financeiras ao redor do país. Observando o objetivo 10, é importante destacar que o Brasil está longe de reduzir as desigualdades em seu território, sobretudo se atentos ao projeto conservador-liberal e no descaso para com a pandemia por parte do Governo Federal. Com base nisso, embora seja um sistema de pagamentos inovador que foi capaz de incluir significativamente a população brasileira com o impulso do benefício auxílio emergencial, não há de se falar em redução das desigualdades sociais por parte da implementação da chave *pix* na medida em que, essa apenas traz para o meio digital aqueles indivíduos que possuem acesso a um determinado poder de compra. Trata-se então de um fenômeno de inclusão financeira e não necessariamente uma ferramenta de redução das desigualdades sociais, para se ter uma resposta positiva para essa segunda opção, será necessário ter acesso a mais dados e pesquisas sobre o tema o que, até o momento não se têm. Desde já, é de notório saber que o Brasil se mostra como um dos países mais desiguais do mundo, dessa forma, de um ponto de vista técnico, políticas interseccionais precisam ser propostas para se ter uma real redução das desigualdades por meio do *'pix'*, tem-se como hipóteses para essa indagação: a ampliação do poder de compra dos indivíduos como acesso ao trabalho, redução da concentração de renda através da taxação de grandes fortunas revertidas em programas sociais em benefício das populações mais pobres e a ampliação do acesso à informação de soluções de pagamentos como forma de incentivar a consciência financeira. Paralelo a isso, o *'pix'* oferece um ambiente digital que reduz consideravelmente a emissão de papéis na medida em que se tornam dispensáveis cupom fiscal e comprovantes de pagamento de forma física ou seja, trata-se de um sistema de pagamentos que oferece uma notória contribuição ambiental a partir da redução do consumo de papel. Além disso, por ser uma ferramenta totalmente regulada e administrada pelo Banco Central do Brasil, o *'pix'* se apresenta também como uma solução

segura e inteligente, portanto, pode-se verificar que o objetivo 11 está em consonância com esse sistema. Com base nessas questões, o presente trabalho apresenta alinhamentos do 'pix' com os ODS 9 e 11, entretanto, é inegável destacar que o fenômeno do sistema de pagamentos se insere em um contexto bastante incerto se atentos à pandemia do COVID-19 e as políticas do Governo Federal que acentuam ainda mais as desigualdades sociais no país, situação essa que impossibilita trazer dados conclusivos sobre o 'pix' pelas incertezas político-econômicas do país e, sobretudo, por se tratar de uma solução que está em operação a pouco tempo. Dessa forma, o presente estudo não se dá de forma exaustiva, porém, até então, pode-se dizer que a solução de pagamentos se mostra como uma ferramenta de inclusão financeira que se popularizou e ofereceu mais transparência e segurança para as relações bancárias e, conseqüentemente, as consumeristas.

Palavras-chave: Consumidor; ODS; Pix; População Desbancarizada; Relações Consumeristas.

Referências

- ARRUDA, Dyego de Oliveira; SANTOS, Caroline Oliveira. As políticas públicas e os corpos subalternizados em tempos de pandemia: reflexões a partir da implementação do auxílio emergencial no Brasil. *Revista de Ciências Sociais da Unisinos*, v. 56, n. 2, p. 143-154, 2020. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2020.56.2.03/60748099. Acesso em: 01 ago. 2021.
- AUXÍLIO emergencial de R\$600 revela 46 milhões de brasileiros invisíveis aos olhos do governo. *G1 notícias*, 26 de abril de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/26/auxilio-emergencial-de-r-600-revela-42-milhoes-de-brasileiros-invisiveis-aos-olhos-do-governo.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BANCO MUNDIAL. *The Global Findex Database 2017 / Measuring Financial Inclusion and Fintech Revolution*. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29510/211259ov.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BARBOSA, Roberto Rodrigues. *Fintechs: a atuação das empresas de tecnologia de serviço financeiro no setor bancário e financeiro brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Administração) - Curso de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 129. 2018.
- BERTÃO, Andreia. Número de brasileiros sem conta em banco caiu 73% durante a pandemia, aponta Mastercard. *Valor Investe*, 26 de outubro de 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/servicos-financeiros/noticia/2020/10/26/numero-de->

- brasileiros-sem-conta-em-banco-caiu-73percent-durante-a-pandemia-aponta-mastercard.ghml. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução do Banco Central do Brasil Nº 19 de 1º de outubro de 2020, art. 5º, Brasília. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=19>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BRASIL poupa 2 milhões de árvores com notas fiscais eletrônicas. Serasa Experian, 14 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://serasa.certificadodigital.com.br/blog/brasil-poupa-2-milhoes-de-arvores-com-notas-fiscais-eletronicas/>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BRASIL tem 45 milhões de desbancarizados, diz pesquisa. Época Negócios, 18 de agosto de 2019, São Paulo. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/08/brasil-tem-45-milhoes-de-desbancarizados-diz-pesquisa.html> Acesso em: 01 ago. 2021.
- COVID-19 in Brazil: “So what?”. The Lancet Magazine, v. 395. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31095-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31095-3/fulltext). Acesso em: 01 ago. 2021.
- FOGEL, Sergio. The Pandemic Catalyst: Digital Payments Set To Take Off In Emerging Markets. Forbes, 17 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbesfinancecouncil/2020/09/17/the-pandemic-catalyst-digital-payments-set-to-take-off-in-emerging-markets/?sh=3d415dcb6e90>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- LEITE, Arthur Henrique Geraldi. A preferência do consumidor entre instituições financeiras tradicionais e fintechs. Instituto Insper, 2019.
- MAIORIA dos brasileiros pensa que bancos não entendem seus clientes. Uol Notícias, 19 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/efe/2015/02/19/maioria-dos-brasileiros-pensa-que-bancos-nao-entendem-seus-clientes.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- MEIOS de pagamentos digitais aproximam consumidores e empresas na pandemia, G1 notícias, 16 de julho de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/especial-publicitario/sebrae-maranhao/empreenda/noticia/2021/07/16/meios-de-pagamentos-digitais-aproximam-consumidores-e-empresas-na-pandemia.ghml>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- PIKETTY, Thomas. O capital do século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- REVI, Silvia Regina Ali Zeitoun. Cláusulas abusivas nos contratos bancários: a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Nove de Julho. São Paulo, p. 129. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2527/2/Silvia%20Regina%20Ali%20Zeitoun%20Revi.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Jonathan Barros. Inclusão financeira, inovação e promoção ao desenvolvimento social e econômico através do pix. Revista Jurídica. Unicuritiba, v. 4, n. 61, p. 127, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4549/371372721>. Acesso em: 01 ago. 2021.

2.5 O CDC boliviano e a proteção do consumidor financeiro: uma análise comparativa entre a Bolívia e o Brasil²¹

A recente promulgação da lei 14.181/21, que atualiza o Código de Defesa do Consumidor do Brasil, impulsiona o debate sobre a importância dos direitos dos consumidores financeiros e a situação em que se encontram frente às instituições financeiras em outras regiões da América Latina, principalmente pelo desenvolvimento desta pesquisa, a Bolívia. A análise desse tema ganha maior relevância devido à crise de saúde que o mundo vive, situação que tem feito com que as lacunas na desigualdade social se alarguem ainda mais; causando uma dependência dos consumidores das instituições financeiras, a fim de redirecionar sua estabilidade econômica. Mas o que exatamente é superendividamento? Essa conceituação foi apresentada pela professora Claudia Lima Marques, que indica que se refere "à impossibilidade total do consumidor, pessoa física, devedor, leigo e de boa-fé, pagar suas dívidas atuais e futuras decorrentes do consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, nativa de crimes e alimentos)" (MARQUES, 2006, p. 231), No entanto, há limites para esse processo de "proteção do Estado"; o mesmo que ser uma regulação estrangeira é necessário ser tratado para atender ao objetivo deste trabalho. Ao contrário do Brasil, o debate teórico sobre o direito do consumidor na Bolívia não teve muito impacto e, portanto, nem uma discussão responsável; isso pode ser, principalmente, devido à falta de socialização e conhecimento das regras que regem essa área, que apesar de a reforma constitucional de 2009 estabeleceu objetivamente os direitos dos consumidores por meio dos seus artigos 75 e 76; é complementado por códigos dedicadas ao consumidor em

²¹ Trabalho apresentado por *Alex Cabello Ayzama* (Universidad del Valle ; ORCID: 0000-0002-0706-2293), *Andrea Saravia Ortiz* (Universidad del Valle ; ORCID: 0000-0002-1606-7176) e *Sarah Montesinos Salinas* (Universidad del Valle ; ORCID: 0000-0002-7029-5620).

geral e outra ao consumidor financeiro; a falta de supervisão estatal e socialização levou a regulamentação a ser praticamente ignorada. Levando a uma insuficiência de jurisprudência e pesquisa acadêmica. Ao mesmo tempo, também está relacionado ao modelo econômico em que a sociedade atua; por ser um mercado completamente informal (MEDINA; SCHNEIDER, 2018); o mesmo que é desenvolvido a partir de empréstimos econômicos através de instituições financeiras. Essas relações de consumo financeiro, juntamente com a ignorância da norma, podem levar à provocação de erro ou adquirir a figura do superendividamento; isso culmina na perda de ativos dos consumidores financeiros. Apesar disso, é necessário reconhecer que a experiência mais próxima da proteção imediata dos direitos dos consumidores foi gerada em decorrência da crise de saúde causada pelo aparecimento do patógeno SARS-CoV-2, o mesmo que exigiu a restrição de diversos direitos fundamentais, obrigando os cidadãos a permanecerem em períodos de quarentena sem a possibilidade de gerar renda econômica; causando a quebra das obrigações financeiras por parte dos consumidores financeiros que necessitavam de proteção do Estado para a restauração de sua condição econômica. No entanto, apesar da aprovação de regulamentos emergenciais, as instituições financeiras resistiram ao cumprimento da regra, exigindo a revogação dessa regra, causando uma espécie de incerteza nos consumidores financeiros que se tornaram parte do grupo de sujeitos superendividados pela necessidade de cumprir a obrigação contratual com as instituições financeiras. Nesse sentido, por meio do método dedutivo e de uma análise analítica-descritiva da legislação comparativa, o presente projeto de pesquisa procura estudar as legislações sobre o direito do consumidor no Brasil e na Bolívia para poder analisar não apenas as diferenças e avanços legais de ambos, mas também resgatar das regulamentações brasileiras e aspectos doutrinadores de proteção em favor do consumidor financeiro que possam ser aplicados na legislação boliviana.

Palavras-chave: Direito do consumidor boliviano; superendividamento; direito boliviano.

Referências

- BOLIVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2009.
- MEDINA, Leandro; SCHNEIDER, Friedrich. Shadow Economies Around the World. ¿What Did We Learn Over the Last 20 Years? Washington; International Monetary Fund, 2018.
- MARQUES, Cláudia Lima. Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas. Revista Jurídica da Presidência, v. 13, n. 101, p. 408, 2011/2012.

2.6 Aspectos teóricos e abordagem internacional do *Greenwashing*²²

A continuidade da vida na Terra depende da adoção global de estratégias de desenvolvimento sustentável, capazes de equilibrar os interesses da presente e das futuras gerações. Com a urgência trazida pelos debates acerca de um provável colapso climático, a responsabilidade ecológica passou a ser parte das relações de consumo. Tendo ciência disso, a publicidade empresarial passou a utilizar apelos ambientais para atrair consumidores, transmitindo a ideia de que sua atuação seria ambientalmente comprometida quando, em verdade, as práticas anunciadas não se concretizam. Sem uma educação ambiental adequada e baseado nos sentimentos de desorientação e ansiedade, o consumidor acaba sendo vítima da publicidade ambiental falaciosa, que se convencionou denominar *greenwashing*. Esse comportamento empresarial encontra espaço nas relações de consumo atuais e configura propaganda enganosa, um desrespeito ao princípio da informação – basilar tanto para o Direito Ambiental quanto para o Direito do Consumidor, que compartilham de uma agenda coletiva comum. Portanto, o objetivo deste trabalho é compreender os aspectos teóricos do *greenwashing* e, ainda, como outros ordenamentos jurídicos o regulamentam e sancionam, para aferir como o Brasil pode ser

²² Trabalho apresentado por *Isadora Brondani* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ORCID 0000-0002-4983-7544).

mais assertivo no tratamento da problemática. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito do consumidor; direito ambiental; desenvolvimento sustentável; princípio da informação; greenwashing.

Referências

- EFING, Antônio Carlos; GREGORIO, Carolina Lückmeyer. Greenwashing e rotulagem Ambiental no direito do consumidor à informação. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113, p. 439-455, 2017.
- LOVATO, Marcos Luiz. Greenwashing no Brasil: quando a sustentabilidade ambiental se resume a um rótulo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*, v. 8, p. 162-171, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. Consumo Sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, n. 74, p. 229-244, 2013.

2.7 Telemarketing e o bem-estar do consumidor: pesquisa de monitoramento de serviço a partir de análise de ligações de números desconhecidos a consumidores²³

O presente estudo visa investigar a influência das ligações de números desconhecidos de telemarketing no bem-estar do consumidor. A partir de análise de pesquisa de monitoramento de serviço, tem por objetivo traçar o perfil do consumidor que recebe as ligações de telemarketing de números desconhecidos em seu aparelho de telefone fixo ou celular, bem como apurar a frequência e o impacto desta prática comercial na vida dos consumidores. Ainda, tem como objetivo verificar se as normativas legais, como a Lei nº 7.853/2018, do Estado do Rio de Janeiro que limita as ligações até às 18 horas em dias úteis e em qualquer horário em fins de semana, a Lei Estadual nº 17.334/2021, de São Paulo, bem como se o cadastro do consumidor, em nível nacional, na ferramenta “Não me perturbe” estão sendo observadas pelas empresas. Para tanto, serão avaliados os dados quantitativos de pesquisa de monitoramento de serviço realizada pela

²³ Trabalho apresentado por *Fabiana Prietos Peres* (Universidade Católica De Pernambuco ; ORCID: 0000-0002-2610-0662), *Joaquim Pessoa Guerra Filho* (ORCID: 0000-0002-9184-0421) e *Felipe de Alcântara Silva Estima* (Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela ESA/PE ; ORCID: 0000-0002-5549-7558).

OAB/PE, no mês de agosto de 2021, com a finalidade de verificar a quantidade de consumidores que possuem cadastro em sistemas de bloqueio de telemarketing, em quais horários e dias costumam receber as ligações, o tipo de mensagem ouvida ao atender, a quantidade de ligações que recebe por dia de remetentes desconhecidos, a natureza dos serviços oferecidos e das empresas que realizam tais ligações, bem como qual o grau de perturbação essa prática comercial tem em sua vida tanto na esfera pessoal, profissional, social e amorosa, se a prática interrompe seu tempo produtivo e em quais áreas é mais afetado, bem como o nível de ansiedade gerada com as chamadas perdidas. Ainda, busca-se apurar se os consumidores já foram vítimas de fraude a partir dessas ligações, bem como se realizaram reclamações e por quais canais. Quanto ao estágio de investigação, o formulário da pesquisa está sendo aplicado durante o mês de agosto de 2021, de modo que na data de apresentação do trabalho teremos acesso a resultados parciais. A pesquisa tem o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil, da Subseccional Pernambuco, através da Comissão de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Telemarketing; não perturbe; bem-estar do consumidor; desvio produtivo do consumidor.

Referências

- ANATEL. Memorando nº 22/2021/EC. Telemarketing abusivo. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO50xLDWG9avEXxPmqVLHdlciOCvczUsn7MSLYgJF0MkTobGfEietDdnRsGjmUMwG73KfpiXLQNa7voixchmTOwi. Acesso em: 25 jul. 2021.
- CERVI, Cleber; BAGGIO, Daniel Knebel; SAUSEN, Juliana da Fonseca Capsa Lima. O Papel do Marketing no Bem-Estar do Consumidor: Analisando Dicotomias. Revista de Administração IMED, v. 10, n. 1, p. 44-62, 2020. Disponível em: <http://seer.imed.edu.br/index.php/raimed/article/view/3602>. Acesso em: 25 jul. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2237-7956.2020.v10i1.3602>.
- DESSAUNE, Marco. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. Revista de Direito do Consumidor, vol. 118, ano 27, p. 89/103, 2018.
- MAOSKI, Fabiano Haluch. Constitucionalidade das leis estaduais que instituem o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing. Revista Eletrônica Conhecimento Interativo, v. 11, nº 2, p. 164-173. Disponível em:

<http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/273>.
Acesso em: 25 jul. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95/2014, p. 99/145, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

2.8 Efeitos do Hiperconsumo ao Meio Ecológico: a Ecologização do Direito do Consumidor uma ruptura às ferramentas tradicionais²⁴

O presente estudo tem por objetivo a análise da afetação do meio ecológico de forma negativa, isto é, sua degradação como consequência correlata diretamente à intensa atividade industrial, provocado pela intensificação de um consumo de massa, com grande potencial destrutivo ao meio ambiente. O problema de pesquisa diz respeito sobre como a ecologização do Direito do Consumidor pode acontecer. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo conjugado às técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudências. O estágio da investigação encontra-se na fase de escrita do artigo científico. Neste contexto, a pesquisa será dividida em três tópicos, que abordarão especificamente: I. Sociedade de Risco e Hiperconsumo: Inicialmente, discorrer-se-á sobre como ocorre historicamente e socialmente as práticas de hiperconsumo de produtos industrializados, com enfoque à promoção do consumo em massa, a fim de conceituar princípios iniciais e relevantes para o estudo, assim demonstrando de que forma o consumo em massa está relacionado intrinsecamente à produção de uma sociedade de risco, onde os avanços industriais e de consumo levam ao

²⁴ Trabalho apresentado por *Carolina Medeiros Bahia* (Universidade Federal de Santa Catarina ; ORCID 0000-0002-3325-167X), *Ana Carolina Dias dos Santos* (Universidade Federal de Santa Catarina ; ORCID: 0000-0002-6891-1105) e *Guilherme Domingos Gonçalves Wodtke* (Universidade Federal de Santa Catarina ; ORCID: 0000-0001-8713-8077).

início da fase geológica chamada Antropoceno, para tanto, utilizar-se-á como referencial teórico e filosófico as obras de Gilles Lipovetsky, Zigmunt Bauman e Ulrich Beck. II. Impacto Ambiental e Sustentabilidade: No segundo ponto, abordar-se-á o impacto ambiental gerado pelo modelo de produção e consumo em larga escala, por meio de dados fornecidos por organismos internacionais como o Banco Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Assim, busca-se contextualizar a importância e a urgência do tema proposto por esta pesquisa. Por fim, o compromisso internacional com o desenvolvimento sustentável será objeto de análise a partir dos estudos do Relatório *Brundtland*, do relatório 'Futuro que Queremos' e dos objetivos da Agenda 2030 da ONU. III. A Ecologização sobre o Direito do Consumidor: Neste tópico apresentar-se-á as ferramentas e teorias que circundam a proposta de Ecologização do Direito, e de que forma elas podem influenciar em novos rumos para o controle dos riscos ecológicos promovidos pelo hiperconsumo, em uma abordagem ecologizada do Direito do Consumidor e da proteção do meio ecológico, pretende-se demonstrar que os bens naturais são parte dos sujeitos afetados pelas ações praticadas pela humanidade em nome do consumo em massa e como pode ocorrer a proteção de seus direitos.

Palavras-chave: Hiperconsumo; Ecologização; Sociedade de risco; Direito do consumidor.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. A Metamorfose do Mundo. 70 ed. Lisboa, 2017.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 34 ed. São Paulo, 2010
- BRUNDTLAND, Gro Harlem; COMUM, Nosso Futuro. Relatório Brundtland. Our Common Future: United Nations, 1987.
- LEITE, José Rubens Morato. A Ecologização do Direito Ambiental Vigente – Ruputras Necessárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018
- LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. 70 ed. Lisboa: 2006.
- OSSELMANN, K. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

PHILIPPE, Sands; PEEL, Jacqueline; MACKENZIE, Adriana Fabra Ruth. Principles of International Environmental Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD). The Future We Want. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/733FutureWeWant.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

2. 9 Publicidade direcionada e crianças *online*²⁵

O ordenamento constitucional de defesa da criança e do adolescente, o qual estabeleceu absoluta prioridade na tratativa dos direitos fundamentais desse grupo, demonstra-se particularmente relevante quando inserido no contexto de hiperconectividade ao qual o público infanto-juvenil está submetido e, no interior do qual, desenvolvem suas relações sociais. Diante dessa previsão, projetou-se, no restante do ordenamento jurídico, normas e obrigações que estabelecem parâmetros mínimos visando o cuidado e a proteção infanto-juvenil, dentre as quais destaca-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e, dada a centralidade do consumo para vivência humana, o Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, merecem atenção (i) a hipervulnerabilidade desse grupo, decorrente das fragilidades intrínsecas do estágio de construção intelectual que se encontram, e (ii) as ameaças à integridade física e emocional, à identidade e à autonomia que podem surgir em relações de consumo, especialmente, ao que tange o ambiente online e as redes-sociais. Assim, o presente artigo objetiva, primeiramente, realizar uma breve retomada dos dispositivos legais na matéria da proteção infanto-juvenil, destacando a importância da Doutrina da Proteção Integral, bem como do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, para a discussão em tela. Em um segundo momento, faz-se uma análise da capacidade de tomada de decisão da criança e do adolescente em face aos anúncios publicitários a eles vinculados diretamente, apoiada nos subsídios

²⁵ Trabalho apresentado por *Pedro Lucas Moura de Almeida Cruz* (Universidade Federal de Minas Gerais ; ORCID 0000-0003-1513-4020) e *Lucas de Oliveira Ribeiro* (Universidade Federal de Minas Gerais ; ORCID 0000-0002-3007-9464).

da neurociência. Por fim, adentra-se no envolvimento das tecnologias no cotidiano de tal público, apresentando os riscos decorrentes das estratégias utilizadas pelas Big Techs para o tratamento de dados de seus usuários, tendo vista as vulnerabilidades pré-existentes do público infanto-juvenil.

Palavras-chave: Proteção de dados; criança e adolescente; consumo online; publicidade direcionada.

Referências

- BRASIL. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.
- CASEY, B.J.; How Should Justice Policy Treat Young Offenders?: A Knowledge Brief of the MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience, Nashville: Columbia Public Law, 2017.
- CETIC. Resumo Executivo TIC Kids Online Brasil 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093441/resumo_executivo_tic_kids_online_2019.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.
- HOSNI, D.S.S.; STANCIOLI, B. Temas em neurodireito. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Ampla, 2021.
- MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- STEINBERG, Laurence. Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy? Issues in Science and Technology. Dallas: The University of Texas at Dallas, 2012. Disponível em: <http://www.issues.org/28.3/steinberg.html#>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- TEFFÉ, Chiara de. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre o artigo 14 da LGPD. Belo Horizonte: Arquipélago Editorial, 2020.
- ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

2.10 Globalização e a hipervulnerabilidade do consumidor internacional²⁶

Com a evolução dos mecanismos de locomoção e de comunicação houve a expansão do consumo para o âmbito internacional, principalmente por meio do comércio eletrônico e do turismo. Nesse contexto, o objetivo da presente pesquisa é analisar a vulnerabilidade dos consumidores em razão das diferenças culturais, linguísticas e jurídicas enfrentadas que trazem

²⁶ Trabalho apresentado por *Larissa Marques Brandão* (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul ; ORCID: 0000-0002-7642-9896).

dificuldades quanto à proteção e defesa desses sujeitos. A problemática apresenta-se pelo seguinte questionamento: quais os impactos da (des)uniformidade das legislações nas relações de consumo internacional pós-moderna? Justifica-se este estudo face a proteção dos indivíduos que transpõem as fronteiras nacionais representar um tema de responsabilidade internacional, diante das hipervulnerabilidades sujeitas, agravada pelo fenômeno da globalização. Como metodologia utiliza-se do método dedutivo, a pesquisa quanto aos meios é bibliográfica e documental, quanto aos fins exploratória e descritiva, partindo das hipóteses que: a proteção do consumidor é um direito humano; a legislação nacional é fundamental, mas não deve ser obstáculo na concretização das garantias fundamentais; a ausência de uma regulamentação jurídica comum coloca estes indivíduos em uma posição de vulnerabilidade. Conclui-se preliminarmente que em razão da falta de diplomas internacionais com indicação de padrões mínimos de proteção, isto é, de uma legislação interna com estabelecimento de elementos de conexões oportunos e da atenção dos operadores do direito que garantam probabilidades interpretativas mais amplas, o consumidor internacional conta com poucas opções que lhe assegure maior defesa de seus interesses. Resulta assim no agravamento e concretização das vulnerabilidades sociais e a violação de direitos humanos e fundamentais, visto que os Estados, de forma individual, desobrigaram-se da possibilidade da devida proteção àqueles que transpõem as fronteiras nacionais. Por fim, aponta-se como uma possível solução uma modernização do modelo jurídico com intuito, a partir da superação da visão nacionalista e do arcaico legislativo favorável, por meio de um sistema fraterno, aberto a soluções adequadas e protetivas, na defesa do consumidor, sendo aplicadas de forma simultânea, de maneira a garantir sempre a máxima proteção de seus interesses, estrangeiro ou não.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Sociedade da Informação; Proteção do Consumidor.

Referências

- BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do Globalismo, Respostas à Globalização. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura: sociedade em Rede. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. Cadernos do Programa de Pós-Graduação, v. 1, n. 1, 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43490/27368>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINI, Sandra Regina. Metateoria do Direito Fraternal e Direito do Consumidor: limites e possibilidades do conceito de fraternidade. Revista de Direito do Consumidor. v. 113, ano 26, p. 271-295, 2017.
- ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SANTANA, Héctor Valverde; VIAL, Sophia Martini. Proteção Internacional do Consumidor e Cooperação Interjurisdicional. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 1, p. 397-418, 2016.
- SOARES, Ardyllis Alves. A Tutela Internacional do Consumidor Turista. Revista de Direito do Consumidor, v. 82. p. 113-175, 2012.
- TORRADO, Jesus Lima. Globalización y Derechos Humanos. Anuario del filosofía del derecho: 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142424.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

2.11 A tutela jurídica do consumidor no Brasil contemporâneo: neoliberalismo, fragmentação do direito e as iniciativas do governo Bolsonaro referentes à proteção do consumidor no biênio 2019-2020²⁷

O sistema de proteção ao consumidor brasileiro, estruturado a partir das disposições da Constituição Federal de 1988 e Código de Defesa do Consumidor, integra uma estrutura robusta de proteção aos direitos individuais e sociais. Como tal, é marco do direito brasileiro no que se refere ao equilíbrio entre sociedade, Estado e economia. Indaga-se, como problema de pesquisa, de que forma as ações do governo Bolsonaro em seus dois primeiros anos de mandato contribuíram para a ampliação ou desconstrução

²⁷ Trabalho apresentado por *Iury Manoel Honorato Ferreira da Silva* (Unilasalle ; ORCID: 0000-0001-9100-5664), *Marcela Duarte* (Unilasalle ; ORCID: 0000-0002-9603-228X) e *Marcos Catalan* (Unilasalle ; ORCID: 0000-0002-4775-7161).

da proteção ao consumidor no Brasil? Analisando a estratégia de atuação do governo Bolsonaro, verifica-se tendência de desconstrução do sistema de proteção ao consumidor erigido pela CF/1988 e pelo CDC, sendo essa a hipótese inicial de resposta ao problema. O objetivo geral da pesquisa é analisar as ações do Governo Bolsonaro no tocante à proteção do consumidor no biênio 2019-2020. Especificamente, pretende-se contextualizar teoricamente a sociedade do consumo e sua proximidade com o neoliberalismo; delinear o sistema de proteção ao consumidor no Brasil e; verificar se há uma estratégia de ampliação da proteção do consumidor ou desconstrução da proteção do consumidor nas ações do Governo Bolsonaro. A pesquisa fundamenta-se em revisão bibliográfica em conjunto com análise empírica documental de decretos, medidas provisórias e propostas legislativas que gerem consequências à proteção do consumidor. A revisão bibliográfica conta com obras de Gilles Lipovetsky, Zygmunt Bauman, Jean Baudrillard, Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Marcos Catalan. O método de abordagem da pesquisa é o fenomenológico-hermenêutico, no qual o pesquisador é reconhecido como parte do processo de pesquisa, estando ligado ao objeto investigado uma vez que faz parte do mesmo contexto. A técnica de pesquisa será a observação e importa destacar a análise de conteúdo como procedimento, sendo empregada nesta pesquisa primordialmente na análise documental e de legislação. Ressalte-se que a pesquisa está em estágio inicial, coincidindo com o projeto de pesquisa desenvolvido no mestrado do autor, que iniciou no primeiro semestre de 2021. Como resultados parciais, identifica-se intensa atuação do Governo Bolsonaro na seara consumerista por meio de decretos. Percebe-se que as ações do governo Bolsonaro demonstram que este compreende o direito do consumidor como entrave ao livre funcionamento do mercado, devendo, portanto, ser reduzido e desregulamentado a fim de concretizar maior liberdade econômica.

Palavras-chave: Direito do consumidor; neoliberalismo; governo Bolsonaro; fragmentação do direito.

Referências

- BAUDRILLARD, Jean. La sociedad de consumo: sus mitos, sus estructuras. Traducción de Alcira Bixio. Madrid: Siglo XXI, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRASIL. Decreto nº 6.341, de 9 de outubro de 2019. Institui o Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10051.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.
- DARTOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.
- GIDDENS, Anthony. O Mundo na Era da Globalização. 6ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2006.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HARVEY, David. O Neoliberalismo: história e implicações. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. Metodologia científica na pesquisa jurídica. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LIPOVETISKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

2.12 Consumidor e titular de dados: correspondentes bancários e a hipervulnerabilidade perante a negativa de contratação de empréstimos consignados ou de cartão de crédito com reserva de margem consignável²⁸

O processo da bancarização, no qual os bancos e financeiras, por meio de correspondentes bancários contratados, conseguem alcançar as mais diversas localidades e pessoas de distintas classes sociais, tornou-se, ao longo das últimas décadas, um importante instrumento de inclusão financeira. No entanto, os correspondentes bancários, apesar de proporcionarem o acesso ao sistema financeiro, são envoltos, por outro lado, pela falta de uma eficaz regulamentação e fiscalização, principalmente em se tratando de contratos com consumidores idosos. Nesse sentido, a

²⁸ Trabalho apresentado por *Marceli Tomé Martins* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul ; ORCID: 0000-0003-2911-0177).

problemática da presente pesquisa centra-se na negativa de contratação de empréstimos consignados com desconto no benefício previdenciário, ou, da negativa quanto à modalidade de cartão de crédito com reserva na margem consignável (RMC), firmados sem a anuência do consumidor. Assim, objetiva-se, em suma, discutir a negativa de contratação, por parte do consumidor idoso, de empréstimos consignados ou cartão na modalidade RMC, intermediados por correspondentes bancários, assim como abordar a dificuldade de produção de provas em um cenário de legalidade, este entendido como o cumprimento dos aspectos formais da contratação, como assinatura e depósito do valor em conta de titularidade do consumidor. A pesquisa será desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que os dados do consumidor idoso estão sendo indevidamente usados para contratações fraudulentas, no âmbito do Rio Grande do Sul, com subsídios jurisprudenciais do Tribunal de Justiça/RS dos anos de 2020 e 2021. Atualmente, encontra-se com a primeira fase concluída, que foi compilar todas as jurisprudências da temática no período delimitado e, agora na segunda fase, serão analisadas as jurisprudências, nos critérios da planilha criada para a pesquisa. As próximas etapas serão traçar ferramentas efetivas para a problemática, conforme o contexto dos casos concretos, assim como analisar a motivação do julgamento conforme o perfil do julgador, tendo como base o consequentialismo jurídico por trás da decisão

Palavras-chave: Correspondentes bancários; empréstimo consignado; cartão de crédito com reserva de margem consignável; negativa de contratação; Rio Grande do Sul.

Referências

- BRASIL. Banco do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- DE FARIA, Gentil; DE LUCCA, Marcelo; ABDO, Natan Della Valle. Dever de Mitigar o Prejuízo e o Superendividamento Bancário. São Paulo: Editora JH Mizuno. 2019.
- HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. Aspectos Jurídicos do E-commerce. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor em transformação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luiz; DE CARVALHO, Diógenes Faria; MIRAGEM, Bruno. Contratos de Serviços em tempos digitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MIRAGEM, Bruno. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor: novas disposições para a prevenção e o tratamento do superendividamento. Migalhas Contratuais, 7 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/348157/a-lei-do-credito-responsavel-altera-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 20 jul. 2021.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.