

DIREITO

Revista da Faculdade de

ISSN 2178-0498

da Universidade Federal de Uberlândia volume 50 • número 1 • janeiro - junho 2022



EDUFU

Apresentação

Nota da Editora

Tatiana Cardoso Squeff

1-3

Autores Convidados

Desanonimizando os doadores de esperma no Canadá

algumas dúvidas e direções

Angela Cameron, Vanessa Gruben, Fiona Kelly

4-54

Doutrina Estrangeira

Delimitação do Direito à Liberdade de Reunião e Associação na Espanha devido à atual Crise de Saúde de COVID-19

Esmeralda Carol Ancieta Rodriguez, Alex Cabello Ayzama

55-82

Dossiê

Apresentação do Dossiê “Direitos Humanos e Internet: Desafios Contemporâneos”

Daniela Bucci

83-88

O Direito à Portabilidade de Dados no RGPD e na LGPD

Daniela Copetti Cravo

89-121

A Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais – LGPD) e sua Relação com a Advocacia

o advogado e seus deveres quanto ao tratamento dos dados pessoais

Vinicius Lima, Rômulo de Moraes e Oliveira

122-144

Os Aspectos Gerais Dos Tratados Internacionais e a Convenção de Budapeste Sobre Crimes Cibernéticos

Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo
145-165

A Moderação de Conteúdo Online e as Batalhas entre o bem e o mal

Luciano Meneguetti Pereira
166-206

Realidades adaptadas

perspectiva dialética entre o homem e a inteligência artificial nas relações de trabalho

ULISSES JULIANO
207-228

Desafios contemporâneos do direito à prova

obtenção de dados digitais armazenados no exterior

Paula Ritzmann Torres
229-252

O direito fundamental à educação na pandemia de Covid-19

implementação do ensino remoto e questionamentos acerca da (des)igualdade de condições

Thainá Penha Pádua, Gustavo Henrique Maia Garcia
253-276

A violação dos direitos humanos em virtude de restrições e banimento virtual por parte de plataformas privadas

Carla Santana Gonçalves, Luiza Cavalcante Ribeiro, Carlos Alberto da Silva Moura Junior
277-296

O uso de dados pessoais pelo Twitter

Big techs e a formação de bolhas sociais e a submissão política da sociedade ao colonialismo de dados

Gabriel Pedro Moreira Damasceno, Thalissa Guedes Rodrigues, Gustavo de Azevedo Rabelo
297-317

Artigos

Hermenêutica Jurídica e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro

Andrei Ferreira Fredes

318-345

O Ministério Público e a violência policial na cidade do Rio de Janeiro

um estudo do caso Favela Nova Brasília e do controle de convencionalidade

Sidney Guerra, Raquel Guerra, Bárbara Manganote

346-372

O Pacto Mundial para o emprego e a 4ª Revolução Industrial

as Novas Formas de Trabalho e a Justiça Social

Felipe Cesar Rebêlo

373-390

O Presente e o Futuro da Implementação do Trabalho Decente Digital

Reflexões a partir de um ideal de desenvolvimento sustentável

Diandra Nascimento, André Ricardo Fonseca

391-407

Green Bonds

Relevância perante o Meio Ambiente e a Governança Corporativa

Giovana Cristina da Silva Pereira, Lais Amaral, Narrylle Pereira , Gabrielle Kölling

408-427

Uso de Agrotóxicos na Agricultura

Uma questão de Saúde Pública

Stefano Dutra Vivenza, Sebastien Bizawu

428-449

Registro de bens imateriais e participação popular

avanços e deficiências no município de Uberlândia

Fernanda Rezende Rezende Martins, Luiz Carlos Figueira de Melo, Luiza Ferreira Silva

450-478

A Análise Econômica dos Direitos Fundamentais Sociais

uma análise racional das políticas públicas à luz da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial

Eric Araujo Andrade Oliveira, Jadson Correia de Oliveira
479-496

Apontamentos sobre a Subcidadania da População Carcerária Versus Reinserção pela Atividade Laboral

Fábio Luis Fernandes, Maurinice Evaristo Wenceslau
497-513

Mistanásia, Cárcere e Dignidade da Pessoa Humana

Leonardo Oliveira Freire, Elisianne Campos de Melo Soares
514-534

O Instituto da Delação Premiada e a Teoria dos Jogos no Processo Penal Brasileiro

Karine Cordazzo, Cíntia de Santana Santos
535-551

Violência Doméstica e Prisão Preventiva

um Enigma Descortinado no Pacote Anticrime

Érica Marcelina Cruz
552-578

Grandes casos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o exercício da liberdade religiosa

Raphael Rego Borges Ribeiro
579-603

A flexibilização procedimental pelo julgador e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Matheus Eduardo Blandtt, Rosalina Moitta Pinto da Costa
604-628

A Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Antecedente e os Recentes Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça

Resp 1.760.966-SP e Resp 1.797.365-RS

Georgia Zielinski, Isadora Minotto Gomes Schwertner
629-666

A Efetividade da Guarda Compartilhada Obrigatória como Prevenção da Alienação Parental

Ionete de Magalhães Souza, Juliana Rielli Silveira D'Angeles Mendes

Resenhas de Livros

O comércio de dados pessoais e a (des)proteção da privacidade, de Naiara Aparecida Lima Vilela

Thainá Penha Pádua

696-703

Comentário de Jurisprudência

O Sequestro Internacional de Crianças

A Convenção de Haia de 1980 e o princípio do melhor interesse da criança

Romeu Vaz Pinto Neto

704-714

Resumos: Direito Internacional Crítico

I Seminário Internacional de Direito Internacional Crítico

715-796

Resumos: Superendividamento e Proteção do Consumidor

II Jornada de Pesquisa CDEA

superendividamento e proteção do consumidor

797-846

Editorial

A Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia está de aniversário! Criada em 1972, neste ano, ela chega ao seu volume de n. 50! Não são todas as Revistas que conseguem manter-se por tanto tempo. Afinal, o ato de editar um periódico exige dedicação e tempo. Não só isso, não é fácil manter a qualidade e a manutenção de uma rede de colaboradores para realizar o *peer review*, notadamente quando estudos recentes revelam que sociedade brasileira é a segunda maior em casos de *burnout* no mundo (QUINTANILHA, 2022), especialmente entre professores (CRUZ, SANTOS, SILVA, 2022).

“A Síndrome de *Burnout* é uma reação ao estresse excessivo (...) resultante de fatores pessoais e contextuais (...), particularmente os relacionados ao trabalho” (CARLOTTO, 2011). A atividade docente, “independente do nível de ensino em que atue, [ou do] tipo de escola, pública ou privada”, é uma das profissões que mais apresentam “estressores psicossociais” (CARLOTTO, 2011). Se “em tempos passados [esta era] uma profissão vocacional de grande satisfação pessoal e profissional, [hoje ela] tem dado lugar ao profissional de ensino excessivamente atrelado a questões tecnoburocráticas” (CARLOTTO, 2011), especialmente se considerarmos o contexto pós-pandêmico e a contínua acumulação de atividades (CRUZ, SANTOS, SILVA, 2022), além do próprio recorte de gênero. Isso porque, as mulheres são as mais afetadas por essa síndrome (GONÇALVES, 2022).

Diante disso, em que pese com alguns meses de atraso, conseguir estruturar um número que contabiliza, ao todo, 31 documentos, escritos em português, espanhol e inglês, contando com 57 autores (dos quais 32 são mulheres!), vinculados a 13 estados da federação distintos, quais sejam, BA, DF, MG, MS, PA, PE, PI, PR, RJ, RN, RS, SP e TO, além pesquisadores atualmente vinculados a universidades estrangeiras, como Austrália, Canadá, Bolívia e Espanha, é formidável.

Aliás, este esforço e dedicação das duas últimas editoras-chefes e demais colaboradores (autores, avaliadores e equipe editorial) finalmente geraram frutos: a Revista obteve uma melhora na avaliação da CAPES, saindo de B4 (2013-2016) para B1 (2017-2020) no *qualis*. Um belo presente pelo seu aniversário de 50 anos!

Neste volume 50, número 1, os 31 arquivos estão divididos em sete seções, quais sejam: convidado (1), autores estrangeiros (1), dossiê (9), artigos (16), *book review* (1), comentário de jurisprudência (1), resumos de eventos (2). Especial destaque se dá ao dossiê temático “*Direitos Humanos e Internet: Desafios Contemporâneos*” organizado pela Profa. Dra. Daniela Bucci (Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS), o qual reúne nove artigos que refletem a respeito da concretização vis-à-vis a violação de direitos fundamentais e direitos humanos oriundos da criação e desenvolvimento de novas tecnologias.

Trata-se de um tema importantíssimo, não apenas em virtude do que se asseverou em relação ao aumento dos casos de *burnout* gerados pela digitalização da vida, senão também em função do atual contexto político-social que vivemos hodiernamente, em que se vislumbra uma grande quantidade de informações falsas sendo veiculadas nas redes (*fake news*) as quais atentam contra a própria ciência (GIORGIANI et al., 2020). Logo, ponderar sobre o papel ou mesmo a reação do Direito, especialmente desde um olhar crítico (RODRIGUEZ, 2013, p. 153), é particularmente importante.

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

Uberlândia/MG, 30 de novembro de 2022.

Tatiana Cardoso Squeff

Editora-chefe da Revista

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFU

Professora 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

- CARLOTTO, Mary Sandra Síndrome de Burnout em professores: prevalência e fatores associados. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 27, n. 4, pp. 403-410, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-37722011000400003>. <https://doi.org/10.1590/S0102-37722011000400003>.
- CRUZ, Edineide Emília; SANTOS, Jonathan Diego; SILVA, Rosinei Pereira da. A síndrome de burnout em docentes do ensino superior durante a pandemia da Covid-19. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 8, n. 7, pp. 1330-1338, jul. 2022. DOI: <http://doi.org/10.51891/rease.v8i7.6425>
- GIORGINI, Mariana et al. O impacto das fake News na pesquisa científica: relato de experiência. *Revista de Saúde Digital e Tecnologias Educacionais*, v. 5, n. 3, p. 1-15, ago./dez. 2020. DOI: <http://doi.org/10.36517/resdite.v5.n3.2020.re1>
- GONÇALVES, Rafaela. Mulheres são mais afetadas pela síndrome de burnout. *Correio Braziliense*, 07 ago. 2022. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/economia/2022/08/5027452-mulheres-sao-mais-afetadas-pela-sindrome-de-burnout.html> Acesso em: 30 nov. 2022.
- QUINTANILHA, Daniela. Brasil é o segundo país com mais casos de burnout, diz levantamento. *Revista IstoÉ Dinheiro*, 07 set. 2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-casos-de-burnout-diz-levantamento/>. Acesso em: 30 nov. 2022.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013.

Desanonimizando os doadores de esperma no Canadá: algumas dúvidas e direções¹

De-Anonymising Sperm Donors in Canada: Some Doubts and Directions

Angela Cameron²
Vanessa Gruben³
Fiona Kelly⁴

Resumo: Este artigo discute se o anonimato dos doadores de esperma deve permanecer no Canadá e quais efeitos existem pela abolição do anonimato, particularmente para grupos marginalizados como mães homossexuais. A primeira parte do artigo descreve o contexto legislativo e histórico em torno do debate sobre anonimato de doadores no Canadá. A segunda parte aborda os interesses dos diversos atores sociais e legais, incluindo os filhos concebidos pelos doadores, os pais socioafetivos e biológicos desses filhos e os doadores de esperma. Ao final discute a reforma dupla da lei. Primeiramente, propõe-se que o Canadá abole prospectivamente o anonimato dos doadores, em um esforço para as necessidades de saúde e psicológicas das crianças concebidas por doadores. Em segundo lugar, recomenda-se que as leis de parentalidade sejam simultaneamente alteradas para que sejam removidas as vulnerabilidades legais que as famílias lideradas por mulheres atualmente experienciam e que seriam exacerbadas pela desanonimização de doadores.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Doadores de Esperma. Anonimidade. Lei Canadense.

Abstract: This paper addresses whether sperm donor anonymity should continue in Canada and what the effects might be of abolishing anonymity, particularly for marginalized groups such as lesbian mothers. The first part of the paper outlines the legislative and historical context surrounding the donor anonymity debate in Canada. The second part of the paper addresses the interests of the various social and legal stakeholders, including donor conceived offspring, the social and biological

¹ O presente texto é uma tradução do artigo “*De-Anonymising Sperm Donors in Canada: Some Doubts and Directions*”, publicado no *Canadian Journal of Family Law*, v. 26, n.1, 2010. A presente versão foi traduzida pela doutoranda Fernanda Pantaleão Dirscherl (UFCAT – Universidade Federal de Catalão) e os ajustes de editoração foram realizados pelo graduando Augusto Guimarães Carrijo (UFU – Universidade Federal de Uberlândia).

² Associate professor of Law at the University of Ottawa. She holds the Shirley Greenberg Chair in Women and the Legal Profession and is co-chair of the Feminist Alliance for International Action.

³ Assistant professor of Law at the University of Ottawa – Common Law section. She holds a Masters in Laws from the University of Columbia, and a Law Degree from the University of Ottawa’s Common Law program. She clerked for Chief Justice Richard of the Federal Court of Appeal and then Justice Bastarache of the Supreme Court of Canada.

⁴ Dean of La Trobe University Law School (Australia). She holds a BA and LLB (Hons) from the University of Melbourne (Australia); and an LLM and PhD from the University of British Columbia (Canada).

parents of those offspring, and sperm donors. The final segment outlines a twofold law reform agenda. First, it is proposed that Canada prospectively abolish donor anonymity in an effort to meet the health and psychological needs of donor conceived children. Second, it is recommended that legal parentage laws be simultaneously amended so that the legal vulnerabilities women-led families currently experience, and which would be exacerbated by the de-anonymizing of donors, are removed.

Keywords: Assisted Reproduction. Sperm Donors. Anonymity. Canadian Law

1. Introdução

Atualmente, a lei canadense permite o anonimato dos doadores de esperma. Isso significa que os filhos concebidos do doador não podem conhecer a identidade do doador e que o doador não pode conhecer a identidade de qualquer filho nascido como resultado de suas doações. Os filhos também não têm acesso a informações médicas atualizadas referentes ao doador. Enquanto a maioria dos espermatozoides usados por futuros pais no Canadá se enquadram na categoria "anônimo", também estão disponíveis os chamados doadores de "liberação de identidade" ou "código aberto". Os doadores de liberação de identidade concordaram em permitir identificação de informações a serem fornecidas aos filhos concebidos por doação quando esses atingem a maioridade. Os doadores de liberação de identidade são, no entanto, menos comuns no Canadá do que os doadores anônimos e essa opção só se tornou disponível nos últimos anos.

Se a lei predominante no Canadá do anonimato do doador de espermatozoide deve permanecer ou se deve passar para um sistema compulsório de doadores de liberação de identidade ou mesmo desanonimização retroativa são questões que os canadenses confrontam há muitos anos. Esse problema tem sido mais questionado recentemente por várias razões.

Primeiro, mais e mais canadenses, sejam eles casais heterossexuais, casais homossexuais ou mulheres solteiras estão usando as tecnologias de reprodução assistida (ARTs, na sigla em inglês) que requerem doação de

espermatozoide para criar suas família.⁵ Em segundo lugar, há uma crescente ênfase no uso da história familiar e genética na prevenção e tratamento de doenças (JOHNSTON, 2002). Isso, por sua vez, está aumentando a busca nas conexões biológicas e no desejo de conhecer os progenitores biológicos. Em terceiro lugar, várias províncias alteraram sua legislação de adoção para permitir a divulgação retroativa dos registros quando o adotado atingir a maioridade.⁶

A mudança para a divulgação retroativa de identidade no contexto da adoção levou os canadenses a questionarem também o anonimato da doação de espermatozoide. Finalmente, uma ação de classe movida na Colúmbia Britânica, contestando a destruição de registros de doadores de espermatozoide como do anonimato dos doadores de maneira mais ampla, *Pratten v. Procurador Geral do BC e Faculdade de Médicos e Surgeons of BC*⁷, trouxeram significativa atenção do público ao assunto. Ao longo dos próximos anos, o litígio de *Pratten* forçará os tribunais canadenses a abordarem a adequação do doador anonimato pela primeira vez.

Neste artigo, abordamos se o anonimato dos doadores deve continuar no Canadá e quais os efeitos a abolição do anonimato pode ter,

⁵ Em 2005 2.687 ciclos de Reprodução Humana Assisitida - RHA resultaram em um nascimento: "Hope, Health and Safety: 2007-2008 Annual Report" Reprodução Humana Assisitida Canadá, online: *Assisted Human Reproduction Canada* <www.ahrc-pac.gc.ca>. Enquanto em 2006, 12.052 ciclos utilizando-se de Tecnologia de Reprodução Assisitida resultaram em nascidos vivos: 2005 e 2006 Art Reports, online: *The Canadian Fertility and Andrology Society* <www.cfasonline.ca>. Isso é consistente com as tendências globais que ilustram 25% casos de TARV entre 2000 e 2002, com aproximadamente 250.000 nascidos vivos em 2002: (BOGGS, 2009)

⁶ Ver, por exemplo; (BRITISH COLUMBIA, 1996; ONTARIO, 1990a, c. 11, ss 145.1-145.2; ONTARIO, 1990b, ss. 48.3-48.7). As novas disposições de divulgação de Ontário entraram em vigor em 1 de Junho de 2009.

⁷ *Unreported judgment*, 28 de outubro de 2008 [*Pratten*]. Neste caso, a autora com sucesso solicitou uma liminar para impedir qualquer alteração ou destruição dos registros de esperma de doadores Columbia Britânica. É uma mulher concebida por um doador de 26 anos cujas únicas informações sobre o doador de espermatozoide dela consiste em suas características físicas básicas. O restante da lista de *Pratten* reivindicação argumenta violações de ambos os s. 7 e s. 15 da Carta. A autora argumenta que os filhos concebidos por doação são tratados diferentemente daqueles que são adotados. Os filhos concebidos por doação não podem acessar informações médicas, sociais ou de identificação pertencentes do doador, diferentemente das crianças adotadas quando atingem a maioridade.

particularmente para grupos marginalizados como mães homossexuais. A desanonimização é tipicamente entendida para permitir que os filhos concebidos por doação e possíveis doadores acessem informações de identificação entre si quando os filhos atingirem a maioridade. Se aplicado retroativamente, permitiria a divulgação de identidade em situações em que os pais e doadores tinham operado sob uma expectativa de anonimato completo. Enquanto a abolição do anonimato dos doadores poderia assumir várias formas, a maioria daqueles defendem a divulgação completa e retroativa.

A primeira parte do artigo descreve o contexto legislativo e histórico em torno do debate sobre o anonimato dos doadores no Canadá. A segunda parte aborda os interesses dos vários atores sociais e legais, incluindo os filhos concebidos pelos doadores, os pais socioafetivos e biológicos desses filhos e doadores de espermatozoide. Nessa seção, nós tratamos que enquanto a desanonimização dos doadores devem fornecer alguns benefícios para os filhos concebidos, tal modificação, particularmente se retroativa, sem que se providencie proteção adequado amparo legal para as famílias lideradas por mulheres – famílias de mulheres homossexuais e aqueles de mães solteiras por escolha – é provável de se criar uma vulnerabilidade significativa.

O artigo conclui descrevendo uma reforma dupla da lei. Em primeiro lugar, propomos que o Canadá abole prospectivamente o anonimato dos doadores em um esforço para atender à saúde e necessidades psicológicas de crianças concebidas. Em segundo lugar, recomenda-se que as leis de parentalidade sejam simultaneamente alteradas para que sejam removidas as vulnerabilidades legais que as famílias lideradas por mulheres atualmente experienciam e que seriam exacerbadas pela desanonimização de doadores.

Embora a doação de espermatozoide e óvulos suscite muitas preocupações legais comparáveis, ainda existem diferenças significativas de

gênero entre as duas práticas que merecem atenção individualizada.⁸ Devido a essas diferenças, este artigo trata apenas da doação de espermatozoide.⁹



2. A história da anonimidade do doador de espermatozoide no Canadá

Em março de 2006, o governo federal introduziu a Lei de Reprodução Humana Assistida (a "AHRA") (CANADA, 2004), que trata de muitos aspectos dessa forma de reprodução incluindo o anonimato de doador de espermatozoide. Essa legislação, no entanto, foi precedida por duas décadas de debate público e análise de inquéritos governamentais, em parte, questões relacionadas à doação de espermatozoide e questão de anonimato. Na discussão abaixo, descrevemos esses debates com mais detalhes, pois destacam as posições públicas variáveis e posições governamentais que foram considerados sobre o anonimato dos doadores de espermatozoide, no Canadá.

2.1. Comissão Real de Novas Tecnologias Reprodutivas (1989)

⁸ Há duas razões para essa divisão dos gametas; ambos implicam gênero importante diferenças entre doação de óvulos e espermatozoides. Primeiro, uma análise completa da doação de óvulos exige um exame de tecnologias reprodutivas, como a barriga de aluguel, que está além do escopo de este papel. Como feministas, começamos nossa análise a partir da autonomia reprodutiva das mulheres, e gostaria de lidar extensivamente com as implicações de gênero da doação de óvulos. Segundo, do ponto de vista da saúde da mulher, o processo de doação de óvulos é significativamente mais oneroso e perigoso do que a doação de espermatozoide. A recuperação de espermatozoide é um processo relativamente fácil e não envolve intervenção médica direta. Por outro lado, a recuperação de óvulos é uma tarefa difícil e dolorosa procedimento médico que acarreta vários efeitos colaterais graves. A doadora de óvulos deve submetida a tratamentos hormonais e os óvulos devem ser recuperados cirurgicamente de seus ovários. Lá existem riscos significativos associados à estimulação hormonal e à recuperação, o mais ser sério síndrome de hiperestimulação ovariana. Um artigo separado deve levar em consideração a implicações desses riscos à saúde de gênero.

⁹ De fato, a Comissão Real de Tecnologias Reprodutivas concluiu que esses processos não eram paralelos e fizeram recomendações diferentes em relação a cada um (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 588). Este documento também não trata de embriões doados e as questões decorrentes da sua utilização em procedimentos de reprodução humana assistida.

O artigo 6 Em 1989, o governo federal criou a Comissão Real de Novas Reproduções Tecnologias (a "Comissão") para estudar as tecnologias reprodutivas e sua regulamentação no Canadá. A Comissão fez 293 recomendações, incluindo que a doação de espermatozoide permanecesse anônima.¹⁰ Significativamente, a Comissão concluiu que doação de óvulos e espermatozoides são processos diferentes os quais suscitam preocupações distintas e, portanto, fizeram recomendações distintas em relação a cada um (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 588).

A doação de óvulos é significativamente mais onerosa e perigosa que a doação de espermatozoide porque os óvulos só podem ser retirados cirurgicamente dos ovários de uma mulher (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 24). Além disso, as dificuldades associadas ao congelamento de óvulos demonstram que essa doação é geralmente restrita a óvulos frescos o que resulta em menos material e maior risco de contrair patógenos transmitidos por fluidos corporais, como HIV (TAO; VALLE, 2008).

A Comissão articulou várias justificativas em apoio à sua recomendação de manter o anonimato dos doadores de espermatozoide. Em primeiro lugar, a Comissão estava preocupada que a divulgação das informações da identidade do doador invadiria a privacidade e a segurança da família recém-formada (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 443). Além disso, para aqueles que decidem usar um doador anônimo em oposição a um doador conhecido, e para aqueles que optam por estruturar família excluindo o doador, extinguindo o anonimato do doador essa escolha enfraquece.

Em segundo lugar, a Comissão manifestou preocupação que a total divulgação afetaria o suprimento de doação de espermatozoide porque

¹⁰ A Comissão recomendou que as informações de identificação dos doadores de espermatozoide permanecessem confidenciais, (Recomendação nº 88) (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 476).

menos homens estariam dispostos ao processo sabendo que os filhos poderiam entrar em contato com eles ao longo da vida (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 444). A Comissão indicou que a ambiguidade em torno do status legal dos doadores de esperma - especificamente, se os doadores podem ser financeiramente ou legalmente responsáveis pelos filhos concebidos - suscitaram preocupações significativas. A Comissão apresentou que os doadores estavam particularmente preocupados com a proteção legal das responsabilidades da parentalidade (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 441).

Em terceiro lugar, a Comissão observou que as crianças concebidas por doadores de espermatozoides não são diferentes de muitas outras crianças que não conhecem a identidade de seu progenitor masculino. A Comissão citou que aproximadamente 6-10% das crianças não têm pai identificado na certidão de nascimento (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 443). Além disso, a Comissão observou que a probabilidade de não-paternidade em filhos de casais heterossexuais íntimos na população em geral podem chegar a 10% (MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ, 1993, p. 441).

A Comissão reconheceu interesse dos filhos concebidos por doadores em receber informações sobre seu progenitor biológico. Em particular, a Comissão afirmou a importância de informações do doador para o bem-estar físico e psicológico da prole. No entanto, a Comissão assumiu, em última análise, a posição de que essas considerações foram superadas por fatores que apoiaram o anonimato dos doadores e poderia ser atendida através da divulgação de informações não identificadas

2.2. Comitê Permanente de Saúde da Câmara dos Comuns: Reprodução Humana Assistida (2001)

A questão do anonimato dos doadores surgiu novamente em 2001, quando a Câmara dos Comuns solicitou ao Comitê de Saúde (o "Comitê Permanente") que revisasse uma versão preliminar do AHRA. O Comitê Permanente ouviu várias perspectivas sobre a questão do anonimato e concluiu que "onde houver conflito entre a privacidade e direitos de um doador e direitos de uma criança em conhecer sua herança, os direitos da criança deve prevalecer (COMITÊ PERMANENTE DE SAÚDE DA CÂMARA DOS COMUNS, 2001, p. 21)".

Ao contrário da Comissão Real, o Comitê Permanente recomendou que "o consentimento para a divulgação de informações de identificação seja obrigatório antes de aceitar um indivíduo" como doador de espermatozoide (COMITÊ PERMANENTE DE SAÚDE DA CÂMARA DOS COMUNS, 2001, p. 24).¹⁸ No entanto, o Comitê Permanente não recomendou nenhum modelo específico para desanonimização da doação.

3. Os padrões jurídicos atuais

3.1. A Lei de Reprodução Humana Assistida: Preservando o anonimato dos doadores

A Apesar da recomendação do Comitê Permanente de que a doação de espermatozoide seja aberta, a AHRA, aprovada em 2004, preserva o anonimato dos doadores. Isso proíbe a divulgação de qualquer informação de identificação sobre o doador sem o seu consentimento. No entanto, o AHRA aborda algumas das preocupações que surgem do anonimato, principalmente aquelas relacionadas a saúde física e psicológica e bem-estar dos filhos concebidos por doação. O AHRA requer a divulgação de certas informações não identificáveis sobre o doador, incluindo a história médica familiar básica, informações sobre características pessoais, como cor do cabelo, cor dos olhos, altura, peso, etc. à pessoa que se submete aos

procedimentos de reprodução humana assistida (CANADA, 2004, s. 15(4)), bem como aos filhos concebidos por doadores (CANADA, 2004, s. 18(3)) e seus descendentes (CANADA, 2004, s. 18(3)).

A Agência de Reprodução Humana Assistida do Canadá (a "Agência") é responsável por muitas divulgações de informação não identificável sobre o doador para a criança concebida pelo doador (CANADA, 2004). A Agência é responsável por criar e manter um registro de informações pessoais de saúde de (1) doadores; (2) indivíduos submetidos a procedimentos de reprodução humana assistida; e (3) aqueles concebidos pelos procedimentos de AHR (CANADA, 2004, s. 17)¹¹.

O registro será usado para vários propósitos, além de fornecer informações não identificadoras à prole concebida pelo doador. Uma das mais importantes funções do registro será garantir que os indivíduos que sabem ou suspeitam que foram concebidos usando ARTs serão capazes de determinar se eles estão biologicamente relacionados a outra pessoa fazendo uma solicitação para essa pessoa à Agência (CANADA, 2004, s. 17). Isso foi desenvolvido para evitar que a prole dos doadores engajem-se em relações íntimas com parceiros que são biologicamente relacionados a eles.

3.2. O Litígio Pratten: Desafiando o Anonimato dos Doadores

Após a introdução da AHRA em 2004, o anonimato dos doadores ficou bem estabelecido na lei canadense. No entanto, a prática foi recentemente ameaçada pelo resultado de ações contenciosas coletivas que contestam a constitucionalidade de manter o anonimato.¹² No caso Pratten, a demandante, uma adulta concebida por doador, está desafiando a

¹¹ Dado que a maioria dos espermatozoides utilizados pelos pretendentes no Canadá é importado dos Estados Unidos, esse registro pode ter utilidade prática limitada.

¹² A declaração de reivindicação da Sra. Pratten pode ser acessada on-line: <www.arvayfinlay.com/news/Writ%20of%20Summons%20and%20State%20de%20Claim.pdf>

constitucionalidade de preservar o anonimato dos doadores no contexto da reprodução humana assistida.

O caso apresentaria duas violações constitucionais distintas. Primeiro, Pratten argumenta que a destruição de registros médicos relativos à concepção de doadores, conforme exigido pelos regulamentos provinciais, viola o direito da criança concebida pelo doador à segurança da pessoa protegida pela seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (CANADA, 1982, C-12) (a "Carta"). Pratten argumenta que esse direito é violado porque os registros não estão disponíveis para os filhos em circunstâncias de necessidade médica, como quando é necessário salvaguardar a sua saúde física ou saúde psicológica. Pratten argumenta que esta violação não está de acordo com os princípios de justiça fundamental porque é arbitrária, irracional, desproporcional, sub-inclusiva e contrária ao dever do estado de acomodar razoavelmente certas pessoas com deficiência.

A segunda violação constitucional que Pratten alega diz respeito à Lei de Adoção da Colúmbia Britânica (BRITISH COLUMBIA, 1996) (a "Lei de adoção") e seus regulamentos. Ela argumenta que a Lei de Adoção do BC viola a seção 15 da Carta porque, diferentemente da prole adotada, ela não inclui um processo pelo qual os filhos concebidos por doadores podem aprender a identidade de seus doadores assim que atingem a maioridade. Em outras palavras, trata a prole adotada e a concebida por doadores de maneira diferente.

Em outubro de 2008, a Pratten conseguiu obter uma liminar para impedir a destruição de quaisquer registros existentes, incluindo aqueles que possam pertencer à sua própria concepção. Em abril de 2010, o caso ainda não fora ouvido.

Embora o processo de Pratten não envolva diretamente as disposições da AHRA que protegem o anonimato do doador, se for bem-sucedido, o caso certamente terá um impacto sobre eles. Além disso, o caso já atraiu atenção

significativa da mídia e provavelmente continuará a fazê-lo. Como resultado, a questão do anonimato dos doadores estará provavelmente no topo da agenda do Parlamento quando realizar uma revisão da AHRA, exigida por lei ainda este ano (CANADA, 2004, s. 70). Dada a natureza muitas vezes emotiva do debate público, é de vital importância que os efeitos legais da abolição do anonimato dos doadores sejam analisados com cuidado.

3.3. Paternidade legal no contexto da concepção assistida

Embora o AHRA forneça uma estrutura abrangente que administre a divulgação de informações sobre doadores e filhos concebidos por doadores, o status legal dos doadores, se houver, com relação às famílias que usam seus espermatozoides para conceber permanecem sem tratamento. Paternidade legal é o domínio de governos provinciais, ainda poucas províncias abordaram o assunto via legislação. Aqueles que têm são inconsistentes na abordagem adotada. Como resultado, a extensão dos direitos de um doador de esperma e as responsabilidades, se houver, em relação à prole concebida por doadores são incertas. É o doador responsável pela assistência à criança? O doador tem o direito de entrar em contato ou acessar a prole? Quão as regras se aplicam a ausência de testamento? Essas incertezas agravaram as preocupações existentes sobre a abolição do anonimato dos doadores. Para que o anonimato termine, é necessário que a lei seja clara quanto ao status legal.

As poucas províncias que promulgaram legislação que trata de status legal dos doadores de esperma explicitaram que um homem que doa esperma não goza de nenhum status legal como parental da prole. Por exemplo, o *Alberta's Family Law Act* (ALBERTA, 2003, s. 13(3)) prevê que um doador de esperma que não esteja em uma "relação de interdependência de alguma permanência" com uma pessoa do sexo feminino não tem status legal como pai da prole concebida usando seu esperma. Da mesma forma, em Quebec, a contribuição da genética material para fins de um "projeto

parental" de terceiros não cria nenhum vínculo de filiação ou relação parental entre o doador e a prole concebida.¹³ Nas duas províncias, a legislação se aplica a casais heterossexuais e do mesmo sexo que alcançam a concepção por meio de ARTs.

Por outro lado, um homem que não é o progenitor biológico da prole concebida usando TAR pode adquirir status de pai legal sob certas circunstâncias. Por exemplo, em Alberta, um homem pode qualificar-se como pai legal se, no momento de uma concepção assistida, ele era o cônjuge ou tinha uma relação de interdependência de alguma permanência com a mulher que deu à luz a prole e ele consentiu com o procedimento reprodutivo (ALBERTA, 2003). No Quebec, existe uma presunção de que o cônjuge da mulher que dá à luz ao filho é o outro pai da criança, contanto que os indivíduos sejam parte de um "projeto parental". No entanto, essa presunção pode ser refutada em várias situações.¹⁴ Disposições legais similares existem em Newfoundland e Labrador¹⁵, Nova Escócia (NOVA SCOTIA, 2007, p. 3(1)), e Yukon (YUKON, 2002, s. 13).

Um pequeno número de províncias tratou explicitamente do status parental das mães não biológicas em famílias homossexuais criadas por meio de ARTs, estendendo a mesma proteção a elas para pais não biológicos. Por exemplo, o Código Civil de Quebec prevê explicitamente que onde ambos

¹³ Art. 538.2 CCQ Embora não definido explicitamente, um "projeto parental" envolvendo assistência procriação "existe a partir do momento em que uma pessoa sozinha ou cônjuges decidem, para ter um filho, recorrer ao material genético de uma pessoa que não é parte ao projeto dos pais: "Art. 538 CCQ O código civil se aplica às regras de filiação somente quando a doação não ocorre por meio de relações sexuais (QUEBEC, 1991).

¹⁴ Art. 538.3 CCQ A presunção se aplica quando o filho nasce durante o casamento, união civil ou no prazo de 300 dias a contar da sua dissolução ou anulação (QUEBEC, 1991).

¹⁵ Um doador de espermatozoide não será considerado o pai legal de uma criança em que seu sêmen é usado para inseminar artificialmente uma mulher com quem ele não é casado ou com quem não está morando no momento da inseminação (CANADÁ, 1990, s. 12 (6)). Um homem cujo sêmen é usado para inseminar artificialmente uma mulher com quem ele é casado ou com quem ele está coabitando é considerado por lei o pai da criança: CLA, s. 12 (2) Da mesma forma, um homem cujo sêmen não é usado para inseminar artificialmente uma mulher a quem ele é casado ou coabita onde consente antecipadamente que a inseminação artificial seja considerado legalmente o pai da criança (CANADÁ, 1990, ss. 12 (3) e (4)).

os parentais são mulheres, os direitos e obrigações atribuídos por lei ao pai são atribuídos à mãe que não deu à luz a criança (QUEBEC, 1991, art. 539.1).

No entanto, como discutido abaixo, os tribunais de Quebec concederam a um doador de esperma conhecido os direitos e obrigações de um pai, mesmo quando ambos os membros de um casal de homossexuais mulheres adquiria o status de pai nos termos da legislação e pretendia excluir o doador de esperma conhecido da unidade familiar (QUEBEC SUPERIOR COURT, 2004). Na Nova Escócia, o Regulamento de Registro de Nascimento declara que onde uma criança é concebida através de ARTs, o cônjuge da mãe é o outro pai da criança (NOVA SCOTIA, 2007, p. 3(1)). O uso do termo neutro quanto ao gênero "cônjuge" parece estender o reconhecimento ao parceiro mulher ou homem.

A escassez de legislação no Canadá que trata dos pais de crianças nascidas via doação de esperma é uma preocupação significativa para aqueles que já não têm certeza do mérito de abolir anonimato do doador. Sem leis claras de paternidade para as famílias que utilizam ARTs, não é óbvio quem podem ser os pais legais da criança. As famílias estão preocupadas com fundamento que, sem proteção da lei, os doadores podem intervir em seus relacionamentos estabelecidos e representar uma ameaça para a segurança da família. As famílias de mulheres homossexuais têm motivos para se preocupar particularmente, tendo em vista a baixa quantidade de províncias que protegem as mães não biológicas. Mães solteiras por opção também são vulneráveis à intervenção dos doadores, dado que a ausência de um segundo progenitor.

4. Preocupações de Igualdade e Doação de Sperma

Tanto a preservação do status quo (anonimato do doador de esperma) quanto a doação anônima uma vez que a criança atinge a maioridade

aumenta a quantidade de perguntas. Quais são as consequências da doação anônima? O que é do melhor interesse para a prole? Como protegemos e promover famílias canadenses? Na próxima seção, discutiremos algumas dessas questões, abordando as interesses de cada um dos grupos de partes interessadas: (a) filhos concebidos por doadores; (b) aqueles que usam doadores esperma, concentrando-se em particular nas vulnerabilidades únicas das famílias lideradas por mulheres; c) doadores; e, (d) possíveis pais.

4.1. Direitos e interesses da criança concebida pelo doador

Grande parte do debate em torno da desanonimização de doadores de esperma centra-se no direito dos filhos dos doadores conhecer suas origens genéticas. "Conhecer as origens genéticas" é definido de forma variável para incluir um acessar informações de saúde e psicossociais, conhecer a identidade do doador de gametas ou até conhecer e formar um relacionamento com o doador. Este "direito" não é isento de críticas.

Por exemplo, o direito de conhecer as origens genéticas de alguém foi criticado por estudiosas feministas com base em promoção do essencialismo genético. Eles argumentam que em países que desanonimizaram doadores de esperma "as crianças podem tentar encontrar seus 'pais' não necessariamente por causa de um desejo 'natural' de saber suas origens, mas porque tal desejo é construído, reconhecido e legitimado pela lei (TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 291)". Nesta seção, abordaremos os direitos e interesses dos filhos concebidos pelos doadores, focando em suas necessidades físicas e psicológicas da saúde, bem como os mecanismos legais que eles adotaram para apoiar suas reivindicações.

O conhecimento da família e da história genética é cada vez mais importante na prevenção e tratamento de doenças. Isso certamente é verdade para doenças ligadas a genes específicos, como Doença de Huntington, ou a associação entre os genes BRCA1 e BRCA2 e câncer de

mama.¹⁶ O histórico médico da família também é discutivelmente importante na tomada de decisões diárias sobre a saúde. Por exemplo, se houver histórico familiar de câncer de cólon, uma pessoa pode decidir fazer uma colonoscopia em uma idade precoce. Como a informação genética é considerada uma ferramenta importante na prevenção e tratamento da doença, esse tende a ser o argumento frequentemente invocado e aceito à abolição do anonimato dos doadores de esperma (JOHNSTON, 2002, p. 52). A desanonimização é considerada por alguns como a maneira mais eficaz de obter acesso a essas informações. No entanto, alternativas que não envolvem desanonimização estão disponíveis, registros de informações como o previsto no AHRA.¹⁷

O direito de conhecer as origens genéticas de alguém também é considerado por alguns como vital para a saúde psicológica dos filhos de doadores (GIROUX, 2009; DENNISON, 2007, p. 16). Pelo menos dois tipos de danos psicológicos à prole foram identificados. Primeiro, argumenta-se que os filhos concebidos por doadores podem sofrer danos psicológicos como resultado da presença de um segredo sendo mantido em casa. Muita pesquisa foi feita no contexto de adoção referente aos danos infligidos às crianças como resultado de guardar segredos (BADEN, WILEY, 2007, p. 868; BLAIR, 2000, p. 587) .

Um argumento semelhante é levantado no contexto de filhos de doadores que enfrentam problemas psicológicos semelhantes se descobrirem que sua identidade biológica foi mantida em segredo pelos pais postulantes (A. LALOS; GOTTLIEB; O. LALOS, 2007, p. 1766; CAMPBELL, 2007). O

¹⁶ Uma mutação no gene BRCA1 e BRCA2 é a causa mais comumente detectável de câncer de mama hereditário (ROBSON; OFFIT, 2007, p. 154)

¹⁷ Muitas dessas preocupações com a saúde serão tratadas pela privacidade e acesso à informação. disposições da AHRA, que ainda não estão em vigor. Veja GRUBEN, 2009. Na prática, por muitas décadas anteriores à entrada em vigor dessas disposições, famílias e filhos receberam informações significativas não identificáveis sobre seus doadores incluindo histórico familiar, saúde e informações genéticas sobre o doador, resistência física descrições e, em alguns casos, informações sociais, como cores favoritas, hobbies, fotografias do doador na infância e na idade adulta e ensaios sobre por que eles doaram espermatozoide.

problema identificado por este argumento não está no anonimato; pelo contrário, é com os pais que não são honestos com seus filhos sobre a natureza de sua concepção.

Apesar desanonimização poder levar mais pais a serem abertos com seus filhos concebidos como doadores, uma solução eficaz seria exigir ou incentivar os pais a divulgar aos seus filhos que eles são concebidos por doadores. Um número crescente de clínicas de fertilidade está aconselhando os pais a proceder com tal situação, embora as taxas de divulgação permaneçam baixas na comunidade heterossexual.¹⁸

A segunda preocupação psicológica para a prole dos doadores é que a incapacidade de acessar a genética e a história pode resultar em danos emocionais porque os indivíduos não têm acesso a metade de sua "identidade". Para alguns, o conhecimento dos progenitores biológicos é necessário para se ter maior sentido da própria identidade individual (TURNER; COYLE, 2000, p. 2046). Isso pode ser limitado ao conhecimento de informações como cor dos olhos, altura e educação, informações já fornecidas pelo sistema no Canadá. Contudo, também pode estender-se a conhecer a identidade real do doador e formar um relacionamento com ele (TURNER; COYLE, 2000, p. 2047). Para aqueles que desejam conhecer seu doador, a abolição do anonimato é a única opção viável.

Aqueles que defendem os interesses dos filhos dos doadores, incluindo os próprios filhos, levantaram vários argumentos legais para apoiar o direito de conhecer suas origens genéticas.¹⁹ Muitos com base no direito internacional (BLYTH; FARRAND, 2004, p. 93; GIROUX, 2006; FRITH, 2001, pp. 820-821). Por exemplo, o direito de conhecer as origens genéticas é considerado por alguns um direito protegido por várias disposições da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (o "CRC")

¹⁸ Por exemplo, em um estudo de casais heterossexuais da Suécia que conceberam via inseminação de doadores, 89% não informaram seus filhos (GOTTLIEB; LALOS; LINDBLAD, 2000, p. 2052).

¹⁹ Para uma discussão dos vários argumentos baseados em direitos levantados no contexto da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, veja GIROUX, 2007.

(BLYTH; FARRAND, 2004, p. 93). Estes incluem: Artigo 3 (o melhor interesse da criança), Artigo 7 (o direito de saber e ser cuidado pelos pais), Artigo 8 (respeitando o direito da criança de preservar suas identidades) preâmbulo e artigo 18 (que juntos exigem respeito pela identidade, família e vida privada), artigo 13 (direito à informação) e artigo 2 (não discriminação).

O artigo 3 da CDC exige que o interesse superior da criança seja a principal consideração em todas as ações relativas às crianças. Aqueles que defendem a desanonimização argumentaram que é o melhor interesse das crianças conhecer as identidades de seus progenitores biológicos e que isso é melhor alcançado através da abolição do anonimato dos doadores (JOHNSTON, 2002, p. 52).

No entanto, o artigo 3 também foi invocado para apoiar a manutenção do anonimato dos doadores (BLYTH; FARRAND, 2004, p. 94). Foi argumentado que o anonimato é, de fato, ao melhor interesse da criança. Nas famílias em que os filhos dos doadores foram criados por pais socioafetivos, uma ênfase excessiva nas noções biológicas da família em detrimento das noções sociais de a família mina e diminui a família socioafetiva do filho concebido por doação (GILBERT; MAJURY, 2006, p. 295-296).

Além disso, o anonimato dos doadores pode ser do melhor interesse para a criança, onde protege a prole contra invasões indesejadas do doador ou em circunstâncias em que doadores anteriormente anônimos expressam homofobia ou racismo para com os pais ou a família socioafetiva da prole. Finalmente, regras semelhantes de divulgação não se aplicam a crianças concebidas através de relações heterossexuais. Mães biológicas podem não saber ou escolher divulgar os verdadeiros progenitores masculinos de seus filhos, por várias razões.

Artigo 7, o artigo da CDC mais frequentemente citado em apoio à desanonimização, declara:

A criança será registrada imediatamente após o nascimento e terá o direito ao nascimento de um nome, o direito de adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, o direito conhecer e ser cuidado por seus pais.

Alguns Estados membros, como a Áustria, interpretaram o artigo 7 para efetivar o direito da pessoa concebida pelo doador de conhecer a identidade do doador (BLYTH; FARRAND, 2004, p. 94). No entanto, essa interpretação depende de como se define "pais" e se inclui necessariamente uma conexão genética (BLYTH; FARRAND, 2004, p. 94). As mães homossexuais não biológicas atuam como parentais de seus filhos e são quase sempre reconhecidas como pelas próprias crianças (BREWAEYS et al, 1997, p. 1356). Assim, o artigo 7 poderia ser interpretado com a mesma facilidade para proteger os filhos de mães homossexuais pela intrusão de um doador que não é mais que um provedor de esperma.

No Canadá, o litígio de Pratten sugeriu que pode haver várias leis domésticas que favorecem a desanonimização. Como observado acima, Pratten argumenta que o direito de conhecer as origens genéticas podem ser protegidas pelas seções 7 e 15 da Carta. Ela alega que o anonimato do doador viola a segurança da pessoa protegida pela seção 7, pois ameaça tanto a saúde física e psicológica da criança.

Com relação à seção 15, Pratten argumenta que o anonimato dos doadores viola direitos de igualdade dos filhos dos doadores, deixando de lhes disponibilizar um processo como o disponível aos adotados, através dos quais eles podem conhecer a identidade de seus doadores quando atingirem a maioridade. Dado que o caso ainda não foi julgado, é difícil saber como um tribunal pode responder ao argumento de Pratten (GRUBEN, GILBERT, s.d.). No entanto, caso ela seja bem-sucedida, o problema passa a ser como esse processo pode ser gerenciado, incluindo quais opções podem estar disponíveis para doadores e filhos de doadores por apresentar vetos ou pedidos de não divulgação.

Embora as questões relacionadas à saúde e à identidade levantadas pelos filhos dos doadores devam ser levadas a sério, a desanonimização da doação de esperma, principalmente se aplicada retroativamente, também pode levar a várias consequências prejudiciais. Na próxima seção, abordaremos algumas dessas consequências, enfocando o impacto potencial da desanonimização nas famílias lideradas por mulheres.

4.2. Interesses das famílias canadenses

Muitas famílias canadenses estão preocupadas com a desanonimização de doadores de esperma. Pais estão preocupados com o fato de o doador invadir e perturbar a unidade familiar. Essa preocupação é agravada pela legislação inconsistente quanto ao status dos pais doadores e pais socioafetivos. Enquanto houver alguns pontos em comum, as preocupações das famílias heterossexuais são muitas vezes completamente diferentes das famílias chefiadas por mulheres. A próxima seção descreve as preocupações das mulheres homossexuais e das mães solteiras e as possíveis consequências da desanonimização nessas famílias.

4.3. Os direitos de igualdade das mulheres que usam doadoras: escolha homossexual e solo

Desanonimização de doadores de esperma cria preocupações únicas para famílias chefiadas por mulheres que devem ser analisadas antes de prosseguirmos com a abolição ou a regulamentação adicional do anonimato dos doadores de esperma. As famílias chefiadas por mulheres incluem casais de homossexuais e mulheres solteiras, independentemente da orientação sexual que usaram um doador de esperma anônimo para conceber.

Enquanto a desanonimização é normalmente compreendida para permitir que os filhos concebidos pelos doadores e possivelmente doadores acessem informações uns sobre os outros quando os filhos atingem a maioridade, há um forte movimento que propõe a proibição total do

anonimato em qualquer fase.²⁰ Isso significa que as mulheres lideradas famílias são vulneráveis a terem doadores de esperma previamente anônimos inseridos em suas famílias contra seus desejos antes que seus filhos atinjam a maioridade e escolham esse relacionamento si mesmos. As vulnerabilidades legais descritas abaixo também podem ser exacerbadas onde as mulheres que lideram essas famílias também são racializadas, capacidade diferenciada ou vive na pobreza.²¹

4.4. Famílias chefiadas por mulheres

Sabemos que muitas famílias queer e mães solteiras estão usando ARTs para trazer filhos biológicos para suas famílias. Por exemplo, estatísticas recentes do Canadá indicam que 15 a 20% desses usando clínicas de fertilidade são mulheres homossexuais.²² Estatísticas semelhantes foram citadas em relação a mulheres solteiras.²³

Embora existam inúmeras formas de famílias *queer*²⁴, existem quatro formas básicas de famílias queer no Canadá que podem ser afetados por questões de anonimato de doadores de esperma:

²⁰ Alguns doadores conceberam adultos, particularmente aqueles que não foram informados de suas origens até mais tarde na vida, acredite que o anonimato dos doadores deva ser totalmente banido. Esta posição é ditas com frequência por adultos concebidos por doadores na lista do Registro de Irmãos Doadores - servem e foi expressa em material publicado, escrito por adultos concebidos por doadores. Veja, por exemplo “*Narelle’s story*” em JONES; KIRKMAN, 2005, p. 170.

²¹ No contexto do direito da família canadense, as mulheres que vivem no cruzamento de múltiplos opressões são mais vulneráveis a ter acesso ou custódia de seus filhos concedidos a pais ou figuras paternas contra seus desejos. Veja BOYD, 2003.

²² Em 2001, um funcionário da Genesis Fertility Clinic em Vancouver testemunhou antes do BC Tribunal de Direitos Humanos, que das 400 inseminações assistidas que a clínica realiza anualmente, 15 a 20% são para casais do mesmo sexo (BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS TRIBUNAL, 2001).

²³ Segundo o Dr. Sam Batarseh, diretor da fertilização in vitro no Canadá, o número de mulheres solteiras a procura de inseminação de doadores triplicou nos últimos 30 anos (BUTTERY, s.d.).

²⁴ Incluindo a possibilidade, pelo menos em Ontário, de uma família queer com três pais. A decisão em da *Ontario Court of Appeal* no caso *A.A. v. B.B.*, de 2007, permitiu o reconhecimento legal de uma família composta por duas mães e pai (ONTARIO COURT OF APPEAL, 2007a). No entanto, o tribunal deixou muito claro que a decisão era específica

- 1) Um casal de mulheres homossexuais em um relacionamento íntimo que concebe usando doador de esperma anônimo em uma clínica de fertilidade para conceber e criar um família "homo-nuclear".
- 2) Uma mulher solteira, hetero ou homossexual, que concebe usando um doador de esperma anônimo em uma clínica de fertilidade para conceber e criar uma família monoparental.
- 3) Um casal de mulheres homossexuais em um relacionamento íntimo, ou uma mulher solteira, que concebe usando um doador de esperma conhecido fora de uma clínica de fertilidade e forma uma relação de parentalidade com o doador conhecido que pode dar origem a direitos e responsabilidades legais.
- 4) Um casal de mulheres homossexuais em um relacionamento íntimo, ou uma mulher solteira, que concebe usando um doador de esperma conhecido fora de uma clínica de fertilidade e forma um relacionamento de não parentalidade que consiste em um nenhum contato ou limitado entre doador e criança e nenhum direito parental pretendido no parte do doador.

As formas familiares mais afetadas pela desanonimização da doação de esperma são as duas primeiras: a família "homo-nuclear" e família de mãe solteira por escolha criada por meio de doação anônima.²⁵ Essas famílias frequentemente escolhem conscientemente e politicamente um doador de esperma anônimo para evitar as complexidades legais e parentais que acompanham o uso de um doador conhecido.

4.5. As questões práticas

Doadores de esperma anônimos são particularmente importantes para famílias lideradas por mulheres homossexuais por várias razões práticas, algumas das quais também atingem as mães solteiras por opção. Primeiro, ainda existem províncias onde casais do mesmo sexo não podem adotar²⁶, ou onde a adoção é difícil²⁷, tomada de acesso as ARTs em

para circunstâncias factuais e não deve ser entendido como permitindo automaticamente três famílias.

²⁵ Reconhecemos que a família homonuclear representa apenas uma parte da família queer espectro e não pretendem privilegiar essa forma familiar relativamente conservadora. Outro *queer* formas familiares, no entanto, devido ao uso de doadores conhecidos, não são tão profundamente afetados por doação anônima de espermatozoides.

²⁶ New Brunswick, por exemplo, está pronta para alterar sua legislação de adoção para permitir adoção não-biológica de pais do mesmo sexo (BISSETT, 2007) e é ambíguo se homossexuais podem adotar no Yukon (YUKON, 2002, s. 80)

agradáveis termos às famílias lideradas por mulheres homossexuais são uma prioridade. Segundo, as restrições impostas a doação de esperma por doadores *queer*, a escolha mais popular de doadores para casais de mulheres homossexuais, significa que, sem doadores anônimos, as mulheres homossexuais são severamente restringidas em sua capacidade de procriar (CAMERON, 2008).

Homens que tiveram contato sexual com outros homens desde 1977, não podem doar esperma para as clínicas de fertilidade canadense sem o consentimento por escrito da *Health Canada*, que envolve um longo processo de aprovação.²⁸ Isso significa que, para conceber com um doador estranho, conhecido, mulheres solteiras e mulheres homossexuais enfrentam vários obstáculos. Primeiro, porque essas mulheres são forçadas a se auto-inseminar fora de uma clínica de fertilidade, eles não têm acesso aos procedimentos de triagem de esperma, exigidos pela *Health Canada* e disponível para aqueles que usam clínicas de fertilidade (OTTAWA, 2000, s. 2.1 (c) (i))²⁹. Segundo, se houver um problema de fertilidade a mulher tem acesso limitado a profissionais médicos com experiência em fertilidade fora de uma clínica de fertilidade.

4.6. As questões sociais

No nível político e social, as famílias de mulheres homossexuais e mães solteiras podem usar doadores de esperma anônimo a resistir ao discurso popular mais amplo de uma criança que precisa de um "pai" ou

²⁷ Lance Anderson e Blair Croft foram o primeiro casal do mesmo sexo a ser permitido adotar em Alberta, após intensa resistência das agências provinciais de assistência à infância. Veja SADDAVA, 2007.

²⁸ Esta proibição foi confirmada recentemente em *Susan Doe v. Canadá* (Procurador Geral), julgado pela *Ontario Court of Appeal* em 2007 (ONTARIO COURT OF APPEAL, 2007b). Existe uma exceção a esta regra se o doador de esperma é o parceiro sexual ou cônjuge da mulher que deseja usar o espermatozoide do doador. Esse cenário é improvável no caso de um homem estranho e um casal de mulheres homossexuais ou mulher solteira.

²⁹ Também não está claro se a auto-inseminação com o esperma fresco é proibido nos termos da lei, como está atualmente. Veja CAMERON, 2008.

"figura paterna" para prosperar.³⁰ Eliminar o acesso a doadores anônimos levanta um desafio para todas as famílias lideradas por mulheres que desejam a parentalidade sem pai ou figura paterna. Isso implica a autonomia das mulheres para serem mães independentemente dos homens, bem como o direito das mulheres solteiras e casais do mesmo sexo de constituírem família, um direito historicamente protegido para casais heterossexuais. Argumentamos que ambas essas escolhas sócio-políticas devem ser vigorosamente protegidas sob qualquer regime legislativo eliminando ou alterando o atual regime de anonimato dos doadores de esperma.

4.7. Questões legais

Talvez a razão mais significativa pela qual a desanonimização da doação de esperma seja uma preocupação para famílias lideradas por mulheres é que a lei da família canadense é ambígua sobre se o doador de esperma, uma vez conhecido terá direitos parentais que podem ser exercidos contrariamente aos desejos das mães homossexuais ou solteiras.³¹ Os casais de mulheres homossexuais e mulheres solteiras experimentam o efeito dessa incerteza de diferentes maneiras.

Para os casais de mulheres homossexuais, o aspecto mais desafiador da falta de clareza se refere à mãe não biológica ou "socioafetiva". Porque na maioria das famílias de mulheres homossexuais³² uma das mães homossexuais não está biologicamente relacionada com o filho, o conceito de

³⁰ Pesquisas recentes indicam que filhos de mulheres que lideram famílias se saem tão bem ou melhor que famílias em que um pai está presente. Veja BREWAEYS et al, 1997, MACCALLUM; GOLOMBOK, 2004.

³¹ Em comparação com as famílias lideradas por mulheres homossexuais que escolhem doadores conhecidos, que frequentemente participam acordos de parentalidade ou outros acordos legais antes do nascimento da criança.

³² A menos que um óvulo de uma parceira seja fertilizado e implantado na outra mulher parceira.

"parental socioafetivo" se torna extremamente importante nessas famílias.³³ Os típicos laços biológicos ficam atrás do laço compartilhado, a experiência cotidiana de criação dos filhos e a forte conexão parento-filial resultante dessa experiência compartilhada. A incerteza em torno do status legal do doador representa uma ameaça direta às mães socioafetivas homossexuais, principalmente porque a maioria das províncias canadenses permite apenas duas parentalidades legais.³⁴

Como indica a discussão da jurisprudência abaixo, os tribunais têm poucos escrúpulos em inserir um doador em uma família de mulheres homossexuais, a fim de preservar um grau de hetero-normatividade. No contexto de mãe solteira, a falta de clareza em relação ao status legal dos doadores apresenta a possibilidade de os tribunais inserir o doador na família da mãe solteira a fim de criar uma família nuclear diádica.

A definição legal de família no Canadá expandiu-se nos últimos anos para incluir proteções as famílias lideradas por mulheres. Por exemplo, mães homossexuais não biológicas podem agora aparecer em certidão de nascimento de seus filhos ao nascer, bem como adotar como o segundo progenitor (BOYD, 2007, p. 75), homossexuais podem se casar e se divorciar³⁵, e homossexuais casados podem, portanto, estar sujeitos a Lei do Divórcio ao fazer acordos de custódia e acesso para seus filhos após a dissolução de um relacionamento íntimo³⁶.

³³ Veja, por exemplo, MEZEY, 2008; EPSTEIN, 2009. Ainda, tem-se que a parentalidade social refere-se a uma relação pai-filho (que pode ou pode não ser legalmente reconhecida) onde não há biologia compartilhada. este pode ser um pai adotivo, um padrasto, um pai adotivo, etc. (GOLOMBOK; MURRAY, 1999).

³⁴ A única exceção é Ontário, que permitiu uma família de três pais. Não está claro o que valor precedente que o caso, no entanto, dado o contexto factual. Veja o caso *AA v. BB*, *supra* nota 24.

³⁵ Ver, por exemplo, CANADA, 1985, c. 3, s. 2 (definição de cônjuge). O casamento e o divórcio estão agora equitativamente disponíveis como resultado de litígios entre casais homossexuais. Ver, por exemplo ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE, 2004.

³⁶ Se as disposições da Lei do Divórcio de custódia e acesso serão aplicadas de forma idêntica às famílias de mulheres homossexuais permanecem incerta. Na ausência de adoção pelo segundo pai, o status parental de uma mãe não biológica permanece incerta na maioria das províncias. Portanto, é possível que os tribunais distinguem entre mães biológicas e socioafetivas no contexto de custódia e acesso tomando uma decisão.

Essas definições legais de família, no entanto, são deficitárias de várias formas importantes que deixam as famílias chefiadas por mulheres homossexuais abertas ao rompimento de suas unidades familiares de uma maneira que famílias heterossexuais, famílias de dupla parentalidade não o são. Mais notavelmente, e com exceção daqueles vivendo em Quebec e Alberta, as mulheres homossexuais não têm acesso a presunção de parentalidade que se aplicam a casais heterossexuais que concebem usando inseminação heterólogas.

Como discutido acima, os direitos legais e responsabilidades parental de doadores de esperma não são definidos ou limitados por lei na maioria das províncias.³⁷ As províncias que promulgaram legislação neste setor optaram por omitir mães homossexuais de sua proteção. Como resultado, mães homossexuais permanecem vulneráveis às incursões legais dos doadores. Enquanto a segunda adoção parental e duas mães na certidão de nascimento forneceram às mães não biológicas algum grau de proteção legal, não satisfaz adequadamente as necessidades imediatas pós-parto de casais de mulheres homossexuais. As adoções não podem ser concluídas até que a criança tenha seis meses de idade e as certidões de nascimento sejam sempre refutáveis por alguém com "melhor" biologia típica, que reivindica a criança. Removendo a escolha de um doador anônimo sem uma reforma legal apropriada, há o risco de invalidar famílias homo-nucleares e lideradas por mulheres homossexuais (MILLBANK, 2008).

Embora os casais de mulheres homossexuais tenham alguns instrumentos legais à sua disposição, mães solteiras por opção praticamente não têm proteção legal contra a intrusão de um doador. De fato, os tribunais têm se apresentados indispostos a reconhecer o direito de uma mulher de ter

³⁷ Mesmo nas províncias onde o papel dos doadores de espermatozoides é ostensivamente limitado, os doadores ainda foram inserido em famílias lideradas por mulheres homossexuais contra a vontade delas. Veja para instância: QUEBEC SUPERIOR COURT, 2004.

filhos sozinhos e ter tratado rotineiramente doadores como pais legais.³⁸ Mães solteiras por opção são, portanto, particularmente vulneráveis se o anonimato dos doadores cessarem.

Não é de surpreender, dada a falta de orientação legislativa, que a jurisprudência no Canadá e de várias outras jurisdições da Comunidade das Nações são ambíguas quanto ao status legal de doadores conhecidos. Abaixo estão alguns dos casos que apoiam a falsa noção de que um doador de esperma conhecido tem um papel de parentalidade ou o contato de um doador pode ser uma adição bem-vinda, e não uma intrusão em uma família homossexual.³⁹ Embora todos esses casos lidem com doadores "conhecidos", a abolição do anonimato pode gerar preocupações, principalmente se aplicadas retroativamente.

Há vários casos em que mães não biológicas, mães homossexuais socioafetivas tiveram negados os direitos legais parentais devido a presença ou as ações de um doador conhecido. Em todos esses casos, o doador conhecido teve algum contato com a criança em questão, mas em todos os casos, exceto um (ONTARIO COURT OF JUSTICE, 2009, p. 30) o doador não era, em nossa opinião, um pai socioafetivo por nenhuma definição.

Como em muitos aspectos da parentalidade queer e/ou tecnologias reprodutivas e parentalidade, há relativamente pouca jurisprudência até o momento, uma vez que essas formas familiares, as tecnologias relacionadas e a lei continuam a se desenvolver. No entanto, existem quatro casos canadenses que abordam o status legal de doadores conhecidos. A primeira é uma decisão provisória de 2004 do Tribunal Superior de Quebec, SG / LC(QUEBEC SUPERIOR COURT, 2004). Na SG, a criança foi concebida usando o esperma de um doador conhecido que teve um contato limitado com a criança nos primeiros meses de sua vida.

³⁸ Ver, por exemplo, ALBERTA COURT OF APPEAL, 1997; SUPREME COURT OF CANADA, 2006; e ALBERTA COURT OF APPEAL, 2007.

³⁹ Para mais informações sobre esse assunto, veja MILLBANK, 2008.

Entretanto, depois que as mães começaram a limitar o contato entre doador e criança, o doador solicitou uma ordem de filiação, argumentando que um "projeto parental", como definido pelo artigo 538 do Código Civil de Quebec, existia entre ele e a mãe biológica (QUEBEC, 1991, art. 538). O tribunal respondeu caracterizando a mãe homossexual biológica como estando em um "projeto parental" com um doador de esperma conhecido, com exclusão de sua parceira, a não biológica, mãe homossexual socioafetiva.

O tribunal concedeu acesso três vezes semanal à criança de nove meses de idade contra a vontade das mães homossexuais. Isso apesar do fato de o casal de homossexuais ter entraram em uma união civil registrada e ambas apareciam como mães na certidão de nascimento da criança. O tribunal concedeu o status ao pai doador em parte porque ele esteve em um relacionamento de um ano com a mãe biológica há mais de uma década antes da inseminação, e após eles continuaram sendo amigos.⁴⁰

O juiz também pareceu desconsiderar o regime legislativo e o relacionamento parental que se desenvolve entre mãe e filho não biológico. Por exemplo, o juiz alegou que o relacionamento parental estava sendo "criado artificialmente (QUEBEC, SUPERIOR COURT, 2004, para. 50)" e enquadrou a atitude das mães como "totalmente destrutiva" porque negavam à criança seus "direitos ao pai dela (QUEBEC SUPERIOR COURT, 2004, para. 54))".

O segundo caso de paternidade de Quebec envolvendo doação de esperma por um doador conhecido a um casal de mulheres homossexual, LO v. SJ (QUEBEC SUPERIOR COURT, 2006), teve um resultado diferente. Dada a clareza das evidências factuais em L.O., o Tribunal Superior de

⁴⁰ Um caso semelhante e mais recente de Quebec se recusou a conceder um status parental de doador conhecido sob o mesmo regime legal. Veja o caso *A v. B., X and C.* (QUEBEC COURT OF APPEAL, 2007). O direito da família em Quebec é exclusivo de várias maneiras importantes que afetam os resultados nesses casos. Em particular, leis filiação e legislação que tratam especificamente do status dos doadores de esperma devem controlar de perto os resultados em casos envolvendo doadores de espermatozoide e mães homossexuais. Veja (PROVOST, 1999).

Quebec teve pouca escolha a não ser seguir as instruções claras da filiação dispostas no Código Civil. As partes tinham um acordo de doadores que especificava que o doador concordava em renunciar a todos os direitos que ele poderia ter como pai legal. O tribunal baseou-se no acordo como escrito em confirmação da intenção das partes em relação ao "projeto parental".

Além disso, o tribunal baseou-se no fato de que as mulheres já tinham dois filhos concebidos usando o esperma de um doador diferente para apoiar a afirmação de que o doador não pretendia fazer parte do arranjo parental. Com base nesses fatos, o tribunal considerou que as partes do "projeto parental" eram as duas mulheres e que o doador era um terceiro provedor de gametas. Por esse motivo, o doador foi excluído do estatuto de pai com base no artigo 538.2. Como contra-argumento, o doador afirmou que o projeto dos pais envolveu três indivíduos - ele e as duas mães - mas o tribunal rejeitou a reivindicação porque a lei de Quebec não permite três pais legais.

A decisão da L.O. sugere que os doadores de esperma nem sempre terão êxito em afirmar a paternidade. No entanto, a clareza dos fatos e a clara declaração legislativa sobre o assunto deixaram o tribunal com pouca escolha senão tomar a decisão que tomou. Por outro lado, a falta de clareza factual na S.G. significava que o tribunal tinha muito mais liberdade para tomar uma decisão com base no desejo de um rearranjo de uma família normativa.

O próximo caso é uma decisão do Tribunal de Apelação de Quebec, *A v. B, C e X. 89 (COURT OF APPEAL OF QUEBEC, 2007)*. Novamente, neste caso, o tribunal caracterizou uma mãe biológica homossexual como parte de um "projeto parental" com o conhecido doador de esperma, excluindo a sua parceira, a mãe homossexual socioafetiva e não biológica. Segundo o tribunal, apesar de praticamente não ter tido contato com a criança, e abertamente reconhecer seu papel de doador e não pai, o doador

foi designado "pai" porque a criança foi concebida via relação sexual.⁴¹ A co-mãe homossexual, apesar de ter sido mãe ativa da criança desde o nascimento, não recebeu os direitos parentais.

O quarto caso é um processo do Tribunal de Justiça de Ontário de 2009, *MAC v. MK* ("MAC") (ONTARIO COURT OF JUSTICE, 2009).⁴² Neste caso, a aplicação de uma mãe homossexual não biológica para ser reconhecida a parentalidade legal por meio da adoção pela segunda parentalidade foi negada com base na recusa do doador conhecido em fornecer consentimento. Ao contrário dos casos de Quebec, o doador teve um envolvimento significativo dos pais na vida da criança. Tinha sido concedido anteriormente a ele acesso provisório continuado contra os desejos das mães homossexuais (ONTARIO COURT OF JUSTICE, 2007a). Por causa de seu envolvimento na vida da criança, ele recebeu direitos parentais. Embora isso possa ter sido uma resposta adequada ao envolvimento significativo do doador, ao efeito da decisão foi negar a relação parental entre mãe não biológica e filho.

MAC pode ser contrastado com o caso final, *Re: SSM* (ONTARIO COURT OF JUSTICE, 2007b), em que as co-mães homossexuais tiveram concessão de uma adoção conjunta apesar da presença de um doador conhecido. No entanto, em *Re: SSM*, o doador conhecido consentiu com a adoção e as mães homossexuais estavam promovendo ativamente um relacionamento com ele através do acesso regular à criança. Em outras palavras, o status do doador como "pai" não era ameaçada pela adoção.

Casos em outras jurisdições apontam tendências semelhantes. Por exemplo, no caso australiano de *Re Patrick*, um doador que tinha contato limitado com uma criança recebeu cesso generoso e foi caracterizado como "pai" contra os desejos das mães homossexuais (FAMILY COURT OF

⁴¹ Sem o conhecimento da outra mãe homossexual não biológica, a criança foi concebida através da relação sexual em vez de inseminação durante seu relacionamento com a mãe biológica.

⁴² O casal já havia sido negado uma adoção apesar do consentimento (na época) do doador conhecido devido ao seu envolvimento na vida da criança.

AUSTRALIA, 2002). Da mesma forma, no caso dos EUA de Thomas S. v. Robin Y. (NEW YORK SUPREME COURT, 1994; NEW YORK CITY FAMILY COURT, 1993), um doador de esperma conhecido e minimamente envolvido recebeu o status de pai e direitos parentais extensos contra os desejos de ambas as mães homossexuais. Finalmente, no caso escocês de X e Y (SCOTS LAW TIMES, 2002), o tribunal caracterizou o comportamento das mães homossexuais em resistir a inserção do doador conhecido em sua família como "egoísta, não centrada na criança e estranha (...) (MILLBANK, 2008)". Finalmente, o doador conhecido recebeu uma ordem parental contra os desejos das mães homossexuais (BELL, 2009, p. 20).

Finalmente, o caso da Nova Zelândia de 2004 de P v. K e M⁴³ ilustra amplamente as razões pelas quais as famílias homossexuais lideradas por mulheres podem estar apreensivas com relação ao desanonimato de doadores. Nesse caso, mesmo na presença de legislação que rompa o status parental de doadores de gametas, o relativamente não envolvido, doador de esperma conhecido teve concessão de três dias nos fins de semana, cada segundo do final de semana, e metade de todas as férias escolares para promover o que o tribunal chamou de relacionamento "pai e filho". Esse amplo acesso foi concedido sob a objeção das mães homossexuais e, apesar de um acordo de pré-concepção indicando que o doador não teria direitos parentais formais qualquer que seja (MILLBANK, 2008, p. 162).

Mães solteiras por escolha que usam doadores anônimos para conceber filhos enfrentam problemas semelhantes. Como famílias chefiadas por mulheres, elas correm o risco de ter um doador inserido como "pai" ou "figura de pai" em sua família de escolha, principalmente dada a ausência de um segundo pai e, portanto, a opção de entrar em uma segunda adoção parental. Assim como as famílias de mulheres homo-nucleares, a

⁴³ Houve agora seis julgamentos neste caso. K. v. M, (FAMILY LAW REPORTS OF NEW ZEALAND, 2002); P. v. K. & M., (FAMILY COURT OF NEW ZEALAND, 2002); P v. K (NEW ZEALAND LAW REPORTS, 2003); P. v. K. & M. (NEW ZEALAND FAMILY LAW REVIEW, 2004); P. v. K. (NEW ZEALAND LAW REVIEW, 2004); P. v. K. (NEW ZEALAND FAMILY LAW REVIEW, 2006).

jurisprudência canadense ilustra uma tendência para encontrar "pais" para essas famílias lideradas por mulheres.

Por exemplo, na decisão de 1997 do Tribunal de Apelação de Alberta, *Johnston-Steeves v. Lee* (ALBERTA COURT OF APPEAL, 1997), um homem que a mãe caracterizou como um doador de esperma conhecido, mas que se considerava um "pai" teve concessão a amplo acesso à criança contra a vontade de uma mãe solteira por opção. Da mesma forma, em *GES v. DLC* (ALBERTA COURT OF APPEAL, 1997), uma decisão que acabou sendo anulada em recurso (SUPREME COURT OF CANADA, 2006), um amigo platônico de uma mãe solteira por escolha, que não era doador por inseminação, teve acesso a criança em questão.

Finalmente, em *Doe v. Alberta* (ALBERTA COURT OF APPEAL, 2007), uma mãe solteira por escolha fez inseminação por um doador esperma. Ela estava em um relacionamento íntimo com um parceiro, mas as partes concordaram que ele não seria um pai da criança. A mãe e seu parceiro buscaram uma declaração conjunta de que ele não era o "pai" e não tinha direitos e obrigações em relação a criança. O pedido foi negado pelo tribunal, que afirmou que esse homem não podia deixar de se tornar um "pai", uma vez que morava com a criança.

Dada a jurisprudência existente, as famílias chefiadas por mulheres homo nucleares, bem como mães solteiras por opção, enfrentarão riscos significativos se o anonimato do doador for abolido sem antes garantir que suas famílias são protegidas legal e socialmente contra a invasão indesejada de terceiros. Atualmente, as famílias chefiadas por mulheres têm a capacidade de escolher um doador conhecido e os não-nucleares possibilidades que isso implica, incluindo o risco de conflito dentro de uma família com "progenitor extra". No entanto, para as famílias que escolheram doadores anônimos é exatamente para evitar a ambiguidade legal e parentalidade compartilhada indesejada que pode vir com um doador conhecido. É essencial que a lei respeite essa escolha.

4.8. Famílias heterossexuais

As famílias heterossexuais têm preocupações bastante diferentes sobre a desanonimização de doação de esperma. Primeiro e acima de tudo, diferentemente das famílias chefiadas por mulheres, o sigilo sobre o uso de esperma doado é de longa data e continua ocorrendo em famílias heterossexuais. Embora exista uma tendência para divulgação, estudos recentes demonstram que vários pais heterossexuais desejam manter a forma de concepção e uso de segredo de esperma doado (LALOS; GOTTLIEB; LALOS, 2007, p. 1760). Por outro lado, famílias chefiadas por mulheres geralmente informam os filhos sobre o uso de um doador de esperma desde tenra idade (BREWAEYS et al, 1997, p. 1357). Famílias chefiadas por mulheres fazem isso no contexto de explicar a forma da família escolhida para os filhos (BREWAEYS et al, 1997, p. 1357).

O sigilo que cerca o uso de doação de esperma por famílias heterossexuais, de forma correta ou errada, é impulsionado por vários fatores. Primeiro, as famílias heterossexuais estão preocupadas que a divulgação afetar negativamente os filhos (LALOS; GOTTLIEB; LALOS, 2007, p. 1766). Depois, os parceiros masculinos ou pais socioafetivos estão preocupados com a divulgação do uso de doação de esperma porque eles não querem que os outros saibam que são inférteis (LALOS; GOTTLIEB; LALOS, 2007, p. 1766). Terceiro, pais heterossexuais se preocupam com o impacto da divulgação nos laços familiares, especialmente entre filho e pai. Existe um medo, especialmente entre os pais socioafetivos, de que os filhos rejeitem o pai socioafetivo, alegando que ele não é o pai "real" ou biológico do filho (LALOS; GOTTLIEB; LALOS, 2007, p. 1766).

A abolição do anonimato dos doadores diminui a oportunidade dos pais heterossexuais de manter o uso do secreto da doação de esperma. Mesmo na ausência de um dever obrigatório de divulgar o uso de gametas para os filhos, a abolição do anonimato dos doadores aumenta muito a

probabilidade de que os filhos aprenderão o método de sua concepção posteriormente. Assim, muitas famílias heterossexuais que também expressaram certa relutância em relação à desanonimização dos doadores de esperma e têm defendido certas proteções, como adiar a divulgação até que os filhos atinjam a maioridade.

4.9. Direitos e interesses do doador

A terceira parte interessada no debate sobre o anonimato dos doadores são os próprios doadores. A natureza dos direitos e interesses do doador varia dependendo se estamos nos referindo a doadores ou homens que já doaram esperma sob o regime anônimo. Não há direito a anonimato do doador em si. Pelo contrário, o direito do doador de permanecer anônimo é um "direito construído", ou seja, é criado por contrato ou criado por lei (SHIELDS, 2003, para. 15) . No Canadá, o direito ao anonimato dos doadores é criado em virtude da AHRA. Assim, se o AHRA fosse alterado para exigir identidade obrigatória liberar doadores de esperma, um possível doador não teria o direito de ser um doador anônimo.

No entanto, um indivíduo que doou esperma sob o regime anônimo pode ter um interesse pessoal na manutenção do anonimato ou na doação desanonimizada. No entanto, em todas as jurisdições canadenses na época em que o esperma foi doado, o doador tinha uma expectativa razoável de que sua identidade não fosse revelada. Essa expectativa razoável de privacidade é protegida pela seção 7 da Carta. Como resultado, qualquer legislação que procure abrir registros previamente confidenciais sobre o doador ou fornecer informações de identificação sobre doadores ou filhos requer mecanismos de equilíbrio para proteger esses direitos da seção 7 contra quaisquer reivindicações feita pelo doador concebeu os filhos.

No contexto da adoção, que é indiscutivelmente análogo, o Tribunal Superior de Ontário em Cheskes sustentou que os pais e adotantes

desfrutavam de uma expectativa razoável de que sua identidade permaneça privado (ONTARIO SUPERIOR COURT, 2008). A impugnação da legislação de adoção, a Lei de Divulgação de Informações sobre Adoção (AIDA, na sigla em inglês) (ONTARIO, 2005), autorizou a divulgação de informações de identificação, exceto quando um indivíduo estabeleceu que eles tinham direito a uma ordem de não divulgação com base na existência de circunstâncias para evitar danos sexuais ou danos físicos ou emocionais significativos a pessoa adotada ou pai biológico (ONTARIO, 2005, Ss. 48,5 e 48,7).

Além disso, as pessoas adotadas e os pais biológicos podem registrar um aviso prévio de sem contato (ONTARIO, 2005, Ss. 48,4 e 56.1). O tribunal concluiu que a divulgação de registros de adoção de nas circunstâncias violavam o direito à privacidade, que era um aspecto essencial de seu direito à liberdade em uma sociedade livre e democrática. O tribunal considerou que a divulgação de informações de identificação era inconsistente com os princípios da justiça fundamental: a expectativa razoável de que as informações privadas e confidenciais não seriam divulgadas a terceiros sem consentimento (ONTARIO SUPERIOR COURT, 2008, para. 132).

4.10. Interesses de possíveis pais

As partes interessadas cujos interesses mais frequentemente dominam o debate sobre a abolição do anonimato de doadores de esperma são "pretensos" ou futuros pais. A principal preocupação de pais em potencial é que a desanonimização reduzirá significativamente o suprimento de espermatozoides e resultará em atrasos significativos, doadores inadequados ou uso inseguro de ARTs. Argumenta-se que, com a retirada do segredo, os homens não estarão mais dispostos a doar esperma.⁴⁴ Essa escassez afeta a autonomia reprodutiva daqueles que desejam usar esperma de doadores e

⁴⁴ Esta preocupação estava em primeiro lugar na mente da Comissão Baird discutida acima

podem ameaçar a saúde e segurança daqueles que procuram usar esperma doado.

Uma diminuição no suprimento de espermatozoides imediatamente seguido de desanonimização parente ter ocorrido em certas jurisdições onde foi removida a completamente o anonimato de doador.⁴⁵ Alguns estudos indicaram que as doações de esperma eventualmente se recuperam.⁴⁶ Porém, mais pesquisas são necessárias para determinar o verdadeiro impacto da desanonimização no fornecimento.

Quais são as consequências da falta de doadores de esperma? A consequência mais óbvia é atrasos significativos para os progenitores que necessitam de esperma doado (TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 291). Além disso, uma escassez de o esperma pode dificultar para os pais em potencial encontrar um doador apropriado. Por exemplo, com menos doadores, é mais difícil encontrar um doador que compartilhe características pessoais do pai(s) (TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 295). Isso já é um problema para indivíduos racializados que procuram um doador que compartilhe seu antecedente racial. O doador também pode ser inadequado por causa da idade.

Como mencionado, a desanonimização da doação de esperma geralmente resulta em uma mudança no perfil dos doadores em favor de homens mais velhos que já têm famílias próprias. Embora este seja um desenvolvimento positivo em vários termos, é negativo do ponto de vista clínico, pois os espermatozoides de homens mais velhos tendem a serem de menor qualidade e, como resultado, são menos capazes de fertilizar os óvulos

⁴⁵ Por exemplo, na Suécia, houve um declínio inicial na doação de espermatozoide após a remoção do anonimato do doador em 1984 (LALOS et. al, 2003, p. 212). No Reino Unido, existe a percepção de que a remoção do anonimato dos doadores resultou em uma escassez de espermatozoide: TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 296.

⁴⁶ Por exemplo, na Suécia, as doações subiram com o aumento subsequente sendo atribuída a uma mudança nos métodos de recrutamento e uma mudança no perfil dos doadores para homens mais velhos: (LALOS et. al, 2003, p. 212). Da mesma forma, no Reino Unido, relatórios recentes da Human Fertilization e Embryology Authority indicam que o número de doadores de esperma está aumentando mais uma vez AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA, 2007).

(TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 288). Notavelmente, esses doadores tendem a ser motivados por procriação e é mais provável que desejem um relacionamento com seus filhos, o que pode resultar em a intrusão indesejada do doador na unidade familiar, que, como discutimos, é particularmente grande preocupação pelas famílias lideradas por mulheres (GODMAN et al., 2006, p. 3026).

Além disso, a escassez de doadores de esperma pode resultar em possíveis pais buscando fora do sistema licenciado. Por exemplo, no Reino Unido, um mercado de esperma fresco se desenvolveu no Internet, geralmente com esperma não verificados (TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 284).⁴⁷ O uso de espermatozoides frescos não verificados pode colocar as mulheres em risco, como não há garantias de que o esperma do doador tenha sido submetido a testes rigorosos de qualidade e de doenças, como clamídia ou HIV (AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA, s.d.).

Além disso, as leis legais de paternidade somente se aplicam quando o esperma é adquirido através de uma instalação licenciada. A falta de doadores de esperma também pode resultar em "turismo reprodutivo", em outras palavras, os futuros pais vão para o exterior para tratamento de fertilidade, o que obviamente também expõe os pais em potencial a riscos adicionais (AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA, 2006)⁴⁸.

4.11. Para onde daqui?

⁴⁷ As autoridades do Reino Unido recentemente acusaram dois homens por não ter uma licença válida para intermediar a venda de espermatozoides "frescos" de doadores anônimos (ROBERTS, 2009).

⁴⁸ Notavelmente, o site que Turkmendag et al. estavam estudando foi fechado pelo HFEA por um período de tempo porque eles estavam preocupados com o crescente número de publicações sobre instalações offshore que ofereciam serviços de reprodução usando gametas anônimos (TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008, p. 294)

Dado os direitos e interesses muitas vezes díspares dos doadores, os doadores concebidos e pais, criar um regime legal que seja agradável a todos não é uma tarefa fácil. Talvez uma das respostas mais apropriadas é considerar dilemas legais comparáveis, como o apresentado pela adoção, bem como modelos legislativos em vigor em outras jurisdições.

4.12 Adoção

Uma breve consideração de como a lei de adoção lidou com questões de anonimato pode fornecer algumas orientações úteis na formulação de políticas e legislação sobre o anonimato dos doadores no contexto das ARTs. O modelo de adoção é adequado como pelo menos um progenitor biológico cuja identidade que era desconhecida historicamente é ausente da unidade familiar. Em resposta a algumas das mesmas preocupações em relação à saúde e formação de identidade, algumas províncias canadenses alteraram sua legislação para permitir dois novos mecanismos pelos quais as crianças podem ter acesso aos seus progenitores biológicos.

O primeiro é a adoção aberta, pela qual os pais adotivos e os pais biológicos ou outra família biológica os membros concordam com um relacionamento contínuo. Os acordos de adoção aberta geralmente são feitos enquanto o adotado ainda é criança. O segundo, que talvez seja mais aplicável ao contexto de concepção por doadores, é a divulgação de registros de adoção que dá ao adotado acesso a suas informações biológicas e de identidade do pai assim que a criança atinge a maioridade.

Na nossa opinião, a nova divulgação fornece mecanismos úteis de orientação sobre como regular a divulgação da identidade do doador e salvaguardas necessárias para proteger os filhos concebidos pelos doadores, os pais socioafetivos e o doador. No contexto da adoção, a divulgação foi adotada em várias províncias. Vamos nos concentrar em dois exemplos, British Columbia e Ontario, que permitem a divulgação, mas também fornecem mecanismos de proteção apropriados, como vetos de divulgação.

A Lei de Adoção da Colúmbia Britânica estabelece um regime de divulgação aplicável quando a criança atinge a maioridade (BRITISH COLUMBIA, 1996). Para todas as adoções realizadas após a entrada em vigor do Lei de Adoção, o diretor poderá divulgar a qualquer adulto que, quando criança, seja adotado, qualquer informação do registro de adoção (BRITISH COLUMBIA, 1996, s. 56). Os regulamentos da Lei de Adoção estabelecem uma série de requisitos em termos da coleta de informações.

Da mesma forma, em 14 de maio de 2008, o governo de Ontário promulgou uma legislação, o Acesso a Lei de Registros de Adoções, de 2008, que permite a abertura de registros de adoção passados e futuros em Ontário⁴⁹. Esta legislação autorizou adultos adotados e pais biológicos a acessar registros de adoção o que permitiria que eles contatassem seus pais ou filhos biológicos, respectivamente.⁵⁰ A primeira versão do ato, a AIDA envolveu um sistema de identificação mais robusto, com poucas proteções para aqueles que não desejam que seus registros sejam disponibilizados retroativamente. No entanto, como discutido acima, o ato foi derrubado pelo Superior Tribunal de Justiça de Ontário em Cheskes (ONTARIO SUPERIOR COURT, 2008). A nova versão inclui vários mecanismos que protegem aqueles que não desejam suas identidades reveladas retroativamente.

Embora as legislações da Columbia Britânica e do Ontário permitam a divulgação de informações a adultos adotados, ambos os atos incluem vários mecanismos de proteção que limitam o efeito da divulgação. Na British Columbia, tanto a pessoa adotada como o genitor podem apresentar um veto de divulgação que impede a divulgação de qualquer informação em

⁴⁹ Uma lei para alterar a lei de estatísticas vitais em relação às informações sobre adoção e fazer alterações consequentes à Lei de Serviços à Criança e à Família: (ONTARIO, 2008, c. 5)

⁵⁰ O tipo de informação normalmente encontrada em ordens de adoção e registros de nascimento pode incluir o nome de nascimento da criança, o nome da mãe da criança, o nome do pai da criança, e o nome do hospital onde o bebê nasceu, on-line: Ministro da Comunidade e Serviços sociais - informações sobre adoção <www.mcscs.gov.on.ca>.

um registro relacionado à pessoa que apresentou o veto (BRITISH COLUMBIA, 1996, s. 65). Além disso, o pai biológico e o filho adotivo adulto podem registrar declaração de não contato (BRITISH COLUMBIA, 1996, s. 66).

Quando uma declaração de não contato foi executada, uma pessoa que solicita ver uma cópia do registro de nascimento ou outro registro deve assinar uma declaração afirmando que eles não irão entrar contato conscientemente ou buscar contato com a pessoa que apresentou a declaração, procurar outra pessoa para entrar em contato a pessoa que apresentou a declaração, use as informações obtidas sob a Lei de Adoção para intimidar ou assediar a pessoa que apresentou a declaração, ou contratar outra pessoa para intimidar ou assediar o pessoa que apresentou a declaração, usando as informações obtidas nos termos da Lei de Adoção.

Como observado acima, em Ontário, o ato anterior à legislação final, a AIDA, procurou estabelecer um sistema mais aberto na adoção, exigindo que os registros de adoção fossem abertos retroativamente sem o consentimento e até contrário aos desejos do adulto adotado ou do pai biológico. A versão revisada, na forma de emendas à Lei de Estatísticas Vitais, oferece dois mecanismos para proteger os interesses de privacidade de adotados e pais biológicos em relação a adoções anteriores a 1º de setembro de 2008. Primeiro, o adotado ou um dos pais biológicos pode registrar um veto de divulgação que impede a divulgação de qualquer informação relacionada à adoção (ONTARIO, 2008, s. 48.1 e 48.2). Um veto de divulgação deve ser apresentado até 1º de junho de 2009. Segundo, o adotado ou o pai biológico pode executar um aviso de não contato (ONTARIO, 2008, s. 48.4).

Os modelos de adoção na Colúmbia Britânica e Ontário fornecem algumas orientações sobre como o anonimato dos doadores pode ser tratado. Em particular, a disponibilidade de não contato e não divulgação dos pedidos têm o potencial de proteger aqueles para os quais o cancelamento do anonimato é indesejável.

4.13 Reino Unido: Doação Aberta e Reprodução Humana Assistida

Várias jurisdições já lidaram com a questão do anonimato dos doadores e, portanto, fornecem modelos de como o dilema pode ser tratado no Canadá (BLIYTH; FRITH, 2009). Por exemplo, o Reino Unido revisou recentemente a Lei de Fertilização Humana e Embriologia de 1990 ("HFEA") para fornecer para doação aberta de esperma e embriões (UNITED KINGDOM, 1990, c. 37). Anteriormente, a legislação preservava o anonimato dos doadores, mas exigiu que um registro de indivíduos identificáveis fosse mantido para vários propósitos, incluindo a divulgação de informações não identificadoras aos filhos concebidos pelos doadores (UNITED KINGDOM, 1990, s. 31).

As novas disposições seguiram consultas públicas com vários interessados⁵¹, bem como uma decisão legal sobre a aplicabilidade do artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que protege o direito ao respeito pela vida privada e familiar, ao anonimato dos doadores (ENGLAND AND WALES HIGH COURT, 2002).⁵² Embora em última análise recusou-se a encontrar uma violação do artigo 8 (ENGLAND AND WALES HIGH COURT, 2002, para. 46), o tribunal sustentou que:

[...] [r]espeito para a vida privada e familiar requer que todos sejam capazes de estabelecer detalhes de sua identidade como seres humanos individuais. Isso inclui suas origens e a oportunidade de entendê-las. Abrange também a sua identidade social e integridade psicológica (ENGLAND AND WALES HIGH COURT, 2002, para. 45).

Respondendo as preocupações sobre os direitos dos doadores concebidos, a nova legislação aboliu o anonimato do doador, substituindo-o por um sistema que permita que uma pessoa concebida pelo doador com

⁵¹ Para uma discussão sobre o processo de consulta, consulte: (TURKMENDAG; DINGWALL; MURPHY, 2008)

⁵² É importante observar que o objetivo do litígio não era obter divulgação obrigatória da identidade dos doadores.

mais de 18 para ter acesso a informações sobre a fisionomia de seus doadores, bem como o nome, data e local de nascimento e último endereço conhecido do doador (AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA, 2004). Notavelmente, o regulamento não é retroativo (UNITED KINGDOM, 1990, s. 31 (5)).

Assim, os filhos que foram concebidos por doação os quais nasceram antes da entrada em vigor da legislação, 1º de abril de 2005, não estão autorizados pela legislação a acessar a identidade de seus doadores (UNITED KINGDOM, 1990, s. 31 (5)). No entanto, filhos que nasceram antes da entrada em vigor da legislação e têm mais de 18 anos ou mais de 16 anos com a intenção de se casar, pode solicitar à autoridade de licenciamento que determine se ele ou ela pode ter nascido como resultado de ARTs e, se houver, para aconselhar se a pessoa com quem irá casar é parente (UNITED KINGDOM, 1990, s. 31 (3)).

Para resolver a ausência de retroatividade, o Departamento de Saúde do Reino Unido estabeleceu o Reino Unido DonorLink.⁵³ Esse foi um registro de contato voluntário estabelecido para permitir que as pessoas concebidas por meio de esperma e/ou óvulos doados, seus doadores e meio-irmãos para trocar informações e, se desejado, entrar em contato um com o outro se eles consentirem mutuamente. O registro está disponível para indivíduos acima de 18 anos de idade concebidos usando esperma ou óvulos doados ou que doaram no Reino Unido antes do HFEA entrou em vigor em agosto de 1991.

Embora não diretamente em resposta à abolição do anonimato dos doadores, o Reino Unido também promulgou legislação que rege o status dos pais, onde as tecnologias de reprodução humana assistida foram usadas. Inicialmente, as mudanças se aplicavam apenas a casais heterossexuais. Por exemplo, seção 28(2) da HFEA estabelece que, onde uma mulher é casada e ela foi inseminada com o esperma de outro homem, desde que o marido

⁵³ Para obter mais informações sobre o DonorLink do Reino Unido, consulte <www.ukdonorlink.org.uk/default.asp>.

tenha consentido, ele será tratado como o pai da criança (REINO UNIDO, 1990, s. 28(2)).

No entanto, s. 28 (3) limita a presunção de paternidade a situações em que a inseminação é realizada em uma clínica licenciada e onde as partes buscam o tratamento "juntos" (REINO UNIDO, 1990, s. 28 (3)). Esta disposição visa garantir a paternidade legal da criança nascida de uma mulher e seu filho parceiro de boa-fé como resultado do uso de espermatozoides de doador somente quando o procedimento é realizado em uma instalação licenciada. A presunção não se aplicaria se o doador fornecesse uma amostra a um casal não casado, um profissional sem licença ou onde a inseminação ocorreu fora de uma instalação licenciada.

Em 2008, as alterações ao HFEA incorporaram casais de mulheres homossexuais que entraram em união civil nas disposições da lei. Se duas mulheres são parte de uma parceria civil e ambas consentem tratamento, a parceira da mãe biológica será tratada como a segunda pessoa jurídica da parentalidade da criança (REINO UNIDO, 1990, ss. 42-47). Essas mudanças criaram regras de presunção de paternidade para mulheres homossexuais não biológicas e permitiu que fossem nomeadas na certidão de nascimento da criança.

Embora não seja o único modelo disponível, as reformas do Reino Unido buscam equilibrar as necessidades das várias partes interessadas no debate sobre o anonimato dos doadores. Apesar de respeitar o direito da criança concebida por doação de saber suas origens genéticas, também respeita os direitos de privacidade daqueles que forneceram e usaram espermatozoides em uma época em que o anonimato completo era garantido. Significativamente, também esclarece o status legal de doadores e pais socioafetivos, pelo menos quando o procedimento é realizado em uma instalação licenciada, para proteger famílias heterossexuais e de mulheres homossexuais das reivindicações legais de doadores e reivindicações legais dos pais pretendentes. O único grupo omitido nas mudanças são as mães

solteiras por escolha que não podem confiar na existência de um segundo pai para compensar a reivindicação de um doador.

5. Conclusão: Reforma da Lei Canadense

Devido às vulnerabilidades únicas das famílias lideradas por mulheres identificadas acima, recomendamos que o anonimato dos doadores seja abolido somente após proteção legal suficiente para as famílias lideradas por mulheres, e mães socioafetivas homossexuais e mães solteiras por opção. Assim, nós recomendamos que, antes de o AHRA ser alterado, o status legal dos doadores e pais socioafetivos sejam claramente estabelecidos nas leis provinciais da família.

O modelo do Reino Unido fornece um exemplo de como isso pode ser alcançado. Além disso, o próprio AHRA deve ser alterado para incluir um número de veto e disposições de não divulgação, semelhantes às aplicadas no contexto da adoção. Tais disposições devem ser particularmente vital se alguma forma de retroatividade for introduzida.

5.1. Alterações à AHRA

Recomendamos que o anonimato do doador seja retirado do AHRA. A doação completamente anônima seria abolida. No entanto, são necessárias várias restrições para proteger os melhores interesses da criança, a integridade da unidade familiar e os interesses dos doadores. Primeiramente, o contato entre o doador e os filhotes deve ser proibido até que os filhotes atinjam a maioridade. Isso é essencial para preservar a integridade da unidade social da família, seja ela uma família de mãe solteira por escolha ou liberada por mulheres homossexuais ou heterossexual.

Em segundo lugar, antes da maioridade os filhos devem ter acesso a certas não-identificação sobre seu doador que estarão localizadas em um

registro de saúde. Estas informações devem incluir características pessoais básicas e informações médicas atualizadas regularmente. Os filhos podem ter acesso a informações adicionais fornecidas voluntariamente pelo doador. A AHRA atualmente cria um registro de informações de saúde pessoal para identificar e não identificar informações de indivíduos que doaram materiais de reprodução, pessoas que foram submetidas a ARTs e indivíduos concebidos usando ARTs.

A Agência de Reprodução Humana Assistida do Canadá será responsável pelo registro. A natureza e o escopo das informações a serem incluídas no registro foi deixado para os regulamentos, que ainda não foram redigidos. Recomendamos uma abordagem abrangente da coleta, uso e divulgação de informações, e que apenas informações necessárias ao bem-estar físico e psicológico das pessoas envolvidas nas ARTs estarão sujeitas ao AHRA (GRUBEN, 2009). Isso pode ser verificado através de consultas com filhos concebidos por doadores, pais socioafetivos, doadores, médicos, legisladores e o público canadense.

Terceiro, a prole, ao atingir a maioridade ou tornar-se sexualmente ativa, o que ocorrer primeiro, deve ter direito, com seu parceiro sexual em potencial, a fazer uma solicitação para determine se um ou ambos foram concebidos usando ARTs e se são parentes. Com base em sua solicitação, a Agência divulgará a eles se há informações no registro indicando que eles estão geneticamente relacionados e, se houver, a natureza do relacionamento (CANADA, 2004, s. 18(4)).

Recomendamos também que um mecanismo seja incluído na AHRA para permitir que aqueles que foram concebidos através de doações anônimas e atingiram a maioridade e aqueles que esperma doado anonimamente para descobrir as identidades de seus doadores e filhos, caso ambas as partes consentam. Isso pode ser realizado de duas maneiras. Poderia ser estabelecido um registro de doadores voluntários, como foi feito no Reino Unido. Esse registro permitiria filhos concebidos por doadores,

seus doadores e meio-irmãos trocar informações e entrar em contato, se desejado. O registro seria estritamente voluntário. Alternativamente, o AHRA poderia estabelecer um sistema semelhante ao referente da adoção em Ontário e na Colúmbia Britânica. Esse sistema permitiria que os filhos e seus doadores recebessem informações de identificação uma da outra quando a criança atinge a maioridade, a menos que tenha sido apresentado um veto à divulgação ou executado uma declaração de sem contato.

5.2. Alterações às leis provinciais de família

A reforma do direito da família também é necessária para tratar das questões de equidade levantadas pela doação anônima de esperma para famílias lideradas por mulheres.⁵⁴ A principal questão a ser tratada é a parentalidade legal no contexto da concepção assistida, que é principalmente uma preocupação provincial. Por causa das experiências únicas de vulnerabilidades legais das famílias lideradas por mulheres no contexto da parentalidade legal, é imperativo que cada província reforme suas leis de parentalidade antes que a doação de esperma anônima seja abolida.

Como discutido acima, mulheres homossexuais e mães solteiras enfrentam vulnerabilidades legais significativas quando se trata das leis provinciais de paternidade. Com exceção dos que vivem em Quebec e Alberta, casais de mulheres homossexuais não têm acesso às presunções de pais que se aplicam a casais heterossexuais que concebem por inseminação de doadores. Como resultado, mães homossexuais não biológicas não têm direitos legais automáticos para seus filhos. Para corrigir esta situação, as mães homossexuais não biológicas devem tomar medidas positivas para

⁵⁴ Um modelo abrangente de reforma nesta área foi fornecido por Fiona Kelly como um resultado de sua pesquisa empírica em famílias de mulheres homossexuais no Canadá. Veja KELLY, 2009.

garantir a paternidade legal, normalmente por meio da adoção de um segundo pai.

No entanto, a adoção do segundo pai depende do consentimento dos pais biológicos da criança, incluindo um doador conhecido, que não pode ser completado até a criança completar seis meses e geralmente exigir assistência. Por outro lado, as presunções de pais se aplicam ao nascimento, não exigem nenhuma forma de consentimento, e tratar os pais não biológicos de forma idêntica aos pais biológicos. Enquanto de duas mães na certidão de nascimento, agora são disponíveis em muitas províncias, aliviam parte do estresse de garantir um a adoção de segundo pai, uma certidão de nascimento é um documento refutável. Somente uma adoção pode cortar o direito, se houver, de um doador e colete os direitos parentais irrefutáveis da mãe não biológica.

Mães solteiras por opção seriam indiscutivelmente ainda mais vulneráveis se a doação de esperma fosse anonimizado. Quando existe apenas um dos pais, mecanismos legais, como uma segunda adoção dos pais ou uma certidão de nascimento neutra em termos de gênero é inútil, deixando uma mãe solteira sem meios para afirmar sua única parentalidade legal. Quebec é a única província a tratar da paternidade legal no contexto mães solteiras por escolha, assegurando o único parentesco da mãe e cortando os direitos e responsabilidades, se houver, de um doador. Na ausência dessa lei, a abolição do anonimato dos doadores provavelmente representaria uma ameaça significativa para mães solteiras que não têm como afirmar legalmente seus desejos de ser pai sozinho.

Dadas as vulnerabilidades existentes, as famílias lideradas por mulheres experimentam no contexto de parentalidade, várias reformas devem ser feitas nas leis provinciais de pais. Primeiro, o status legal dos doadores de esperma, se houver, devem ser abordados pelas províncias. Recomendamos uma abordagem semelhante ao adotado em Quebec, uma vez que é a única província a tratar dos pais no contexto de ambos casais

mulheres homossexuais e mulheres solteiras (QUEBEC, 1991, art. 538)⁵⁵. As principais características desse regime legislativo são as seguintes.

Primeiro, é necessário esclarecer que um doador para um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo ou um único mulher não tem papel parental legal, se a concepção ocorre em uma clínica de fertilidade ou através de clínica inseminação. Segundo, é necessário estabelecer presuntivamente que qualquer parceiro da mãe biológica, seja homem ou mulher e no caso em que ocorreu consentimento com a concepção o outro tem papel parental para a criança. Na ausência de um parceiro, presume-se que a mãe biológica seja a única a ter papel parental legal da criança. Finalmente, nos raros casos em que casais ou mulheres solteiras entram em um contrato de parentalidade com o doador, que especifica que ele deve desempenhar um papel parental, o acordo deve ser respeitado pelo tribunal.⁵⁶

Como os tribunais geralmente não estão dispostos a permitir contrato entre os pais sobre seus filhos, seria ótimo que tais acordos pudessem ser arquivados com o tribunal e, assim, transformados em ordens judiciais.⁵⁷ Alternativamente, as províncias poderiam desenvolver algum tipo de enquadramento legislativo 'a optar' que permitiria a um doador, com o consentimento do parental presuntivo e até um ano após o nascimento da criança, para optar pelo status de pai legal.⁵⁸

Na ausência de alterações nas leis provinciais de paternidade, o desanonimização da doação de esperma tem um risco significativo para as famílias lideradas por mulheres. Já vulnerável às incursões legais de doadores conhecidos, a desanonimização aumentaria apenas a incerteza

⁵⁵ Legislação semelhante também foi aprovada recentemente em Victoria, Austrália: Lei do Tratamento Reprodutivo Assistido de 2008 (Vic.), Parte III. A legislação vitoriana aborda a paternidade em relação às mulheres "com uma parceira" e mulheres "sem um parceiro".

⁵⁶ Um exemplo desse cenário é a decisão de Ontário v. BB de Ontário, na qual o tribunal permitido à criança, mediante solicitação de um casal de mulheres homossexuais e seu doador, ter três pais: *AA v BB*, *supra* nota 24.

⁵⁷ Esta é a abordagem adotada na Nova Zelândia. Veja: NEW ZEALAND, 2004, s. 41.

⁵⁸ Essa recomendação foi feita por Kelly (2009, p. 35).

jurídica. Portanto, é imperativo que reformas para as leis provinciais de parentalidade devem ser entendidas como um elemento necessário de qualquer mudança nas regras sobre o anonimato dos doadores.

Referências

- ALBERTA. **Alberta's Family Law Act**, 2003.
- ALBERTA COURT OF APPEAL, **Johnston-Steeves v. Lee**, [1997] A.J. No. 512, 1997. Disponível em: <https://ca.vlex.com/vid/johnson-steeves-v-lee-681282337>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- ALBERTA COURT OF APPEAL. **Doe v. Alberta**, [2007] A.J. No. 1719, 2007. Disponível em: <https://ca.vlex.com/vid/jane-doe-v-alta-681229453>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA. **Number of Sperm Donors Up Following Anonymity Law Changes**. Human Fertilisation and Embryology Authority (3 May 2007), online: Human Fertilisation and Embryology Authority <<http://www.hfea.gov.uk/465.html>>.
- AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA. **FAQs about Treatment Human Fertilisation and Embryology Authority**, online: Human Fertilisation and Embryology Authority <<http://www.hfea.gov.uk/2567.html>>.
- AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA. **Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004 (SI 2004/1511)**, 2004.
- AUTORIDADE DE FERTILIZAÇÃO HUMANA E EMBRIOLOGICA. **Thinking of Going Abroad? Think Twice about Going Abroad for Fertility Treatment**. Human Fertilisation and Embryology Authority (27 April 2006), online: Human Fertilisation and Embryology Authority <<http://www.hfea.gov.uk/623.html>>, 2006.
- BADEN, Amanda; WILEY, Mary O'Leary. **Counselling Adopted Persons in Adulthood: Integrating Practice and Research**. *The Counseling Psychologist*, v. 35, 2007.
- BELL, Leanne. **Is the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 Compatible with the Universal Declaration of Human Rights?**. *Web Journal of Current Legal Issues*, v. 1, 2009.
- BISSETT, Kevin. **New Brunswick Government to Amend Adoption Rules for First Time Since 1980**. *Canadian Press NewsWire*, 2007.
- BLAIR, Marianne Brower. **The Impact of Family Paradigms, Family Constitutions, and International Conventions on Disclosure of an Adopted Person's Identities and Heritage: A Comparative Examination**. *Michigan Journal of International Law*, v. 22, 2000-01.
- BLYTH, Eric; FARRAND, Abigail. **Anonymity in Donor-Assisted Conception and the UN Convention on the Rights of the Child**. *The International Journal of Children's Rights*, 2004.
- BLYTH, Eric; FRITH, Lucy. **Donor Conceived People's Access to Genetic and Biographical History: An Analysis of Different Provisions in Different Jurisdictions Permitting Disclosure of Donor Identity**. *International Journal of Law, Policy and the Family*, v. 23, 2009.
- BOGGS, Will. **Assisted Reproduction Rates Increasing Worldwide**. Reuters (4 June 2009), online: Reuters <<http://www.reuters.com/article/healthNews/idUSTRE5536KG20090604>>.
- BOYD, Susan. **Child Custody, Law and Women's Work** (Don Mills: Oxford University Press), 2003.

- BOYD, Susan. Gendering Legal Parenthood: Bio-Genetic Ties, Intentionality, and Responsibility. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, v. 25, 2007.
- BREWAWYS, A., et al. Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families. **Human Reproduction**, v. 12, 1997.
- BRITISH COLUMBIA. **Adoption Act**, R.S.B.C. 1996.
- BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS TRIBUNAL. **Gill and Maher, Murray and Popoff v. Ministry of Health**, 2001.
- BUTTERY, Helen. The Single Life: Affluent, Educated and Autonomous – Why are more Women Enjoying Motherhood on their Own? Elle Canada, online: Elle Canada <<http://www.ellecanada.com/living/the-single-life/a/24814>>.
- CAMERON, Angela. Regulating the Queer Family: The Assisted Human Reproduction Act. Canadian **Journal of Family Law**, v. 24, 2008.
- CAMPBELL, Angela. Conceiving Parents through Law. **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 21, 2007.
- CANADA. **Canadian Charter of Rights and Freedoms**, R.S.Q c. C-12, 1982.
- CANADA. **Divorce Act**, R.S.C. 1985.
- CANADA. **Children's Law Act**, R.S.N.L. 1990.
- CANADA. **Assisted Human Reproduction Act**, S.C. 2004.
- COMITÉ PERMANENTE DE SAÚDE DA CÂMARA DOS COMUNS. **Assisted Human Reproduction: Building Families**, 2001.
- COURT OF APPEAL OF QUEBEC. **A v. B, C and X** 2007 R.D.F. 217, 2007.
- DENISSON, Michelle. Revealing Your Sources: The Case for Non-Anonymous Sperm Donation. **Journal of Law and Health**, v. 21, 2007-08.
- ENGLAND AND WALES HIGH COURT. **R (on application of Rose) v. Secretary of State for Health**, [2002] EWHC 1593, 2002.
- EPSTEIN, Rachel. **Who's Your Daddy; and Other Writing on Queer Parenting** (Toronto: Sumach Press), 2009.
- FAMILY COURT OF AUSTRALIA. **Re Patrick** (2002) FLC 93-096, 2002.
- FAMILY COURT OF NEW ZEALAND. **P. v. K. & M.**, (Fam. Ct. N.Z.), 2002.
- FAMILY LAW REPORTS OF NEW ZEALAND. **K. v. M.**, (2002) 22 F.R.N.Z. 360, 2002.
- FRITH, Lucy. Gamete Donation and Anonymity: The Ethical and Legal Debate. **Human Reproduction**, v. 16, 2001.
- GILBERT, Daphne; MAJURY, Diana. Infertility and the Parameters of Disability Discourse. In: POTHIER, Dianne; DEVELIN, Richard (eds.). **Critical Disability Theory** (Vancouver: UBC Press), 2006.
- GIROUX, Michelle. Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques: impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation. **Revue du Barreau / Numéro thématique hors série 255-294**, 2006.
- GIROUX, Michelle. Should Egg and Sperm Donors Remain Anonymous?. Paper presented at Public Panel Discussion on Gamete Donor Anonymity, University of Ottawa Faculty of Law, March 26th, 2009.
- GODMAN, Kate, et. al. Potential Sperm Donors', Recipients' and Their Partners' Opinions Towards the Release of Identifying Information in Western Australia. **Human Reproduction**, v. 21, 2006.
- GOLOMBOK, Susan; MURRAY, Clare. Social versus Biological Parenting: Family Functioning and the Socioemotional Development of Children Conceived by Egg or Sperm Donation. **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, v. 40, 1999.

- GOTTLIEB, Claes; LALOS, Othon; LINDBLAD, Frank. Disclosure of Donor Insemination to the Child: The Impact of Swedish Legislation on Couples' Attitudes. **Human Reproduction**, v. 15, 2000.
- GRUBEN, Vanessa. Assisted Reproduction Without Assisting Over-Collection: Fair Information Practices and the Assisted Human Reproduction Agency of Canada. **Health Law Journal**, v. 27, 2009.
- GRUBEN, Vanessa; GILBERT, Daphne. Equality and Security: Assessing the Charter Rights of Donor-Conceived Offspring. In: GUICHON, Juliet; MITCHELL, Ian; GIROUX Michelle. **The Right to Know One's Origin** (Montreal: McGill-Queen's University Press), forthcoming.
- JONES, Grace Heather; KIRKMAN, Maggie. **Sperm Wars: The Rights and Wrongs of Reproduction** (Sydney: ABC Books), 2005.
- JOHNSTON, Josephine. Mum's the Word: Donor Anonymity in Assisted Reproduction. **Health Law Review**, v. 11.
- JOYAL, Renée; PROVOST, Mario. **Précis de droit des jeunes**, 3e édition : Le droit civil de l'enfance et de l'adolescence (Québec: Éditions Yvon Blais), 1999.
- KELLY, Fiona. Redefining Parenthood: Gay and Lesbian Families in the Family Court – The Case of Re Patrick. **Australian Journal of Family Law**, v. 16, 2002.
- KELLY, Fiona. (Re)forming Parenthood: The Assignment of Legal Parentage Within Planned Lesbian Families. **Ottawa Law Review**, v. 40, 2009.
- LALOS, A; GOTTLIEB, C; LALOS, O. Legislated Right for Donor Insemination Children to Know Their Genetic Origin: A Study of Parental Thinking. **Human Reproduction**, v. 22, 2007.
- LECKEY, Robert. Where the Parents are of the Same Sex: Quebec's Reforms to Filiation. **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 23, 2009.
- MACCALLUM, Fiona; GOLOMBOK, Susan. Children Raised in Fatherless Families from Infancy; A Follow Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adolescence. **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, v. 8, 2004.
- MEZEY, Nancy. **New Choices, New Families: How Lesbian Mothers Decide about Motherhood** (Baltimore: Johns Hopkins Press), 2008.
- MILLBANK, Jenni. The Limits of Functional Family: Lesbian Mother Litigation in the Era of the Eternal Biological Family. **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 22, 2008.
- MINISTRO DOS SERVIÇOS GOVERNAMENTAIS CANADÁ. **Royal Commission on New Reproductive Technologies, Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies**, 1993.
- NEW ZEALAND. **Care of Children Act (N.Z.)**, 2004/090, 2004.
- NEW YORK CITY FAMILY COURT. 599 NYS2d 377, 1995.
- NEW YORK SUPREME COURT. **Thomas S. v. Robin Y** 618 NYS2d 356, 1994.
- NEW ZEALAND FAMILY LAW REVIEW. **P. v. K. & M.** [2004] N.Z.F.L.R. 752, 2004.
- NEW ZEALAND FAMILY LAW REVIEW. **P. v. K.** [2006] N.Z.F.L.R. 22, 2006.
- NEW ZEALAND LAW REPORTS. **P v. K** [2003] 2 N.Z.L.R. 787, 2003.
- NEW ZEALAND LAW REVIEW. **P. v. K.** [2004] 2 N.Z.L.R. 421, 2004.
- NOVA SCOTIA. **Birth Registration Regulations**, N.S. Reg. 390/2007, 2007.
- ONTARIO. **Child and Family Services Act**, R.S.O. 1990a.
- ONTARIO. **Vital Statistics Act**, R.S.O. 1990b.
- ONTARIO. **Adoption Information Disclosure Act**, S.O. 2005.

- ONTARIO. An Act to Amend the Vital Statistics Act in Relation to Adoption Information and to make Consequential Amendments to the Child and Family Services Act, S.O. 2008.
- ONTARIO COURT OF APPEAL. **A.A. v. B.B.**, (2007a) 220 O.A.C. 115 (CA). Disponível em: <https://ca.vlex.com/vid/a-v-b-b-680824969>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- ONTARIO COURT OF APPEAL. **Susan Doe v. Canada (Attorney General)**, (2007b) 219 O.A.C. 101 (CA). Disponível em: <https://ca.vlex.com/vid/susan-doe-v-can-681151133>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- ONTARIO COURT OF JUSTICE. **K. (M.) v. C. (M.) and D.(C.)**, 2007 ONCJ 456, 2007a.
- ONTARIO COURT OF JUSTICE. **Re: SSM** [2007] O.J. No. 4290, 2007b.
- ONTARIO COURT OF JUSTICE. **M.A.C. v. M.K.** 2009 ONCJ 18, 2009.
- ONTARIO SUPERIOR COURT. **Cheskes v. Ontario**, [2008] O.J. No. 3515, 2008.
- ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE. **M.M. v. J.H.**, (2004) 73 O.R. (3d) 337 (S.C.), 2004.
- OTTAWA. **Health Canada Directive**: Technical Requirements for Therapeutic Donor Insemination (Ottawa: Health Canada), 2000.
- PROVOST, Mario. La procréation médicalement assistée. **Droit de la famille québécois**, v. 1 50- 215.
- QUEBEC. Code Civil du Québec, 1991.
- QUEBEC SUPERIOR COURT. **S.G. v. L.C.** [2004] R.D.F. 517, 2004.
- QUEBEC SUPERIOR COURT. **L.O. v. S.J.** [2006] J.Q. No. 450, 2006.
- QUEBEC COURT OF APPEAL. **A v. B., X and C** [2007] J.Q. No. 1895.
- ROBERTS, MacKenna. Directors of Online Sperm Donor Business Face Criminal Prosecution. **BioNews** (8 June 2009), online: BioNews <<http://www.bionews.org.uk/new.lasso?storyid=4392>>.
- ROBSON, Mark; OFFIT, Kenneth. Management of an Inherited Predisposition to Breast Cancer. **New England Journal of Medicine**, 2007.
- SADDAVA, Mike. Gay Couple Leaps 'Walls' to Adopt Son. **Edmonton Journal**, 2007.
- SCOTS LAW TIMES. **X and Y** (2002) SLT (Sh. Ct.) 161, 2002.
- SHIELDS, Lisa. Consistency and Privacy: Do These Legal Principles Mandate Gamete Donor Anonymity. **Health Law Review**, v. 12, 2003.
- SUPREME COURT OF CANADA. **G.E.S. v. D.L.C.** [2006]. SCC Case Information: 31651. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-l-csc-a/en/item/6084/index.do>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- TAO, Tao; DE VALLE, Alfonso. Human Oocyte and Ovarian Tissue Cryopreservation and its Application. **Journal of Assisted Reproduction and Genetics**, 2008.
- TURKMENDAG, Ilke; DINGWALL, Robert; MURPHY, Therese. The Removal of Donor Anonymity in the UK: The Silencing of Claims by Would-be Parents. **International Journal of Law, Policy and the Family**, 2008.
- TURNER, A. J.; COYLE, A. What Does it Mean to be a Donor Offspring? The Identity Experiences of Adults Conceived by Donor Insemination and the Implications for Counselling and Therapy. **Human Reproduction**, v. 15, 2000.
- UNITED KINGDOM. **Human Fertilisation and Embryology Act**, 1990.
- YUKON. **Children's Act**, R.S.Y. 2002.

Artigo recebido para tradução: 26/05/2021.
Autorização para republicação em: 09/08/2022.

Delimitación del Derecho a La Libertad de Reunión y Agrupación en España producto de la actual crisis sanitaria del Covid-19

Delimitation of the Right to Freedom of Assembly and Grouping in Spain as a product of the current health crisis of Covid-19

Esmeralda Carol Ancieta Rodriguez¹
Alex Cabello Ayzama²

Resumen: La propagación del SARS-CoV-2 provocó la limitación de ciertos derechos fundamentales como una medida de protección del derecho a la salud y a la vida. Sin embargo, muchas de estas medidas fueron aplicadas de manera difusa, causando confusión sobre el respeto de los derechos fundamentales como el derecho a la reunión y agrupación. Por lo tanto, por medio del método deductivo, este documento busca estudiar las medidas adoptadas por España en cuanto a la afectación del derecho a la libertad de reunión y agrupación. Al final, se concluye en la aplicación de la difusa horizontalidad de los derechos a la reunión y asociación en contraposición con el derecho a la salud y el orden público viéndose cuestionada en relación a las sentencias y pronunciamientos por parte de los Tribunales Constitucionales.

Palabras-clave: Covid-19; libertad de reunión; España; derechos sociales

Abstract: The spread of SARS-CoV-2 caused the limitation of certain fundamental rights as a measure to protect the right to health and life. However, many of these measures were applied in a diffuse manner, causing confusion about the respect of fundamental rights such as the right to assembly and group. Therefore, by means of the deductive method, this document seeks to study the measures adopted by Spain regarding the infringement of the right to freedom of assembly and group. In the end, it concludes in the application of the diffuse horizontality of the rights to assembly and association in contrast to the right to health and public order, being questioned in relation to the sentences and pronouncements by the Constitutional Courts.

Keywords: Covid-19; freedom of assembly; Spain; social rights.

1. Introducción

¹ Maestría en Derecho Público por la Universidad de Sevilla (España). Diplomado en Arbitraje por la Universidad del Valle (Bolivia) y en Educación Superior basado en competencias por la Universidad Católica Boliviana (Bolivia). Abogada titulada de la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia).

² Profesor en la Universidad del Valle (Bolivia). Maestría en Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia (Brasil). Diplomado en Derecho Constitucional, Penal y Internacional por la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia). Abogado titulada de la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia).

La actual crisis sanitaria del COVID-19 y la variada evolución de sus diferentes variantes en diversos continentes del mundo, han puesto en jaque a todos los gobiernos, administraciones y sistemas sanitarios a nivel global. Siendo que a su vez ha repercutido en diversas áreas sociales, económicas y por supuesto jurídicas, en cuyo efecto se ahondará la última desde un punto de vista constitucional, en procura de establecer los objetivos planteados en el acápite introductorio. Indudablemente la pandemia ha impactado de forma decisivo en el ejercicio de determinados derechos fundamentales que para cuyo ejercicio requieren socialización, locomoción y autodeterminación del individuo.

Por lo que no resulta raro que los órganos investidos de potestad para el resguardo y precautela de los mismo se vean en jaque a la hora de determinar lo parámetros de ejercicio, como los son el derecho de reunión y asociación, que se tornan difusos por el actual contexto que envuelve la crisis sanitaria del COVID-19 a nivel mundial, y que en cuyo trabajo se analizará, proporcionando como punto de partida un síntesis del significado del derecho a la reunión y asociación, su reconocimiento y formalización en cuerpos normativos vinculantes en territorio español, con la finalidad de ser transversalizados dentro de un esquema doctrinal y analítico, en cuanto a la responsabilidad y límites de ejercicio, reflejando la primacía de la horizontalidad de los derechos fundamentales que los órganos rectores deben adoptar, aun en escenarios como los de la actual crisis sanitaria.

En tal sentido, los argumentos teóricos se acogerán con base a un contraste de diversas interpretaciones efectuadas por tribunales constitucionales y salas supremas por los cuales se denotará el pronunciamiento de citados derechos, cuyos autos y sentencias servirán de marco para plantear los lineamientos necesarios para comprender los límites del derecho a la reunión y asociación en tiempos de pandemia y el cómo su restricción no necesariamente implica una suspensión definitiva de carácter restrictivo, cuya inadecuada aplicación representaría una violación

de pleno de los derechos fundamentales. Por último, se contrastará la normativa y jurisprudencia nacional con las determinaciones y pronunciamientos que otros países han adoptado, para procurar que tanto el resguardo al derecho a la salud y resguardo del orden público, no vaya en desmedro del resto de los derechos fundamentales, lo cual permitirá reflejar punto en común, como la esencia horizontal de los derechos, indiferentemente del contexto cultura o situacional que atañe a los países u órganos rectores dado que es innegable que el COVID-19 ha traído consigo una serie de consecuencias dentro de la esfera jurídica, despertando un variado sistema de análisis sobre los efectos en el derecho y para el derecho, puesto que la adaptación de esta ciencia acorde a las necesidades humanas no se remite solamente a la esfera judicial - que van desde la suspensión de plazos, adecuación del derecho de la libertad y garantías a la seguridad de ejerció de los derechos que emanan del mismo, como su protección por parte de los órganos rectores, entre otros – así como sobre los límites impuestos sobre las libertada de reunión y los derechos fundamentales a la manifestación y la delimitación temporal del derecho a la libertad de agrupación o reunión, que a consecuencia de la crisis sanitaria se ha visto cuartado y ha puesto en debate el dilema ético – político, sobre la seguridad o libertad, que al poner en marcha medidas restrictivas en ambos ejes, han impuesto un coste tangible en la vida cotidiana de la ciudadanía y que se analizaran en contexto.

2. El derecho a la libertad de reunión y agrupación como derecho fundamental y su restricción en tiempos del Covid-19

Es importante partir desde el hecho de que la libertad de reunión y asociación, se consagra como un derecho fundamental y por lo tanto, inherente a la persona, que resguarda y protege el derecho de unirse a un colectivo o grupo de personas afines, cuya finalidad concurre en alcanzar

intereses de carácter usual. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos – Resolución 2200 A (XXI) de 1966, reconoce en su Art. 22 que “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.” Es necesario mencionar que la constitución de una asociación no necesariamente implica formalidad, no siendo necesario su registro a fines de ejercer este derecho, la informalidad no implica un carácter privativo o restrictivo, como señala el Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai en su párrafo 56, establece que no más de dos personas son necesarias para establecer una asociación - párrafo 54 del informe relator- reconociendo su importancia, como uno de los derechos más significativos que poseen los individuos y colectivos sociales, que va de la mano junto con la libertad de reunión pacífica, que está reconocida en el Art. 21 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, donde

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Cuya finalidad conlleva a resguardar la capacidad de los pueblos y colectivos de unirse y trabajar en pro de un bien común, enmarcado dentro de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos (DDHH), cuya esencia sirve como conducto para el ejercicio de muchos otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales de primera, segunda, tercera y hasta la cuarta generación, acompañado de la progresividad de los derechos como esencia propia y que el Informe Relator A/HRC/20/27 reconoce en su párrafo No 12, así bien en su párrafo 15 señala que según disponga el Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

[...] los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación no son absolutos. En la resolución 15/21 (párr. 4) se establece claramente que estos derechos "pueden estar sujetos a ciertas limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en razón de la seguridad nacional o la integridad de la población, el orden público, la protección de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.³

Ineludiblemente el derecho a la libertad de asociación desempeña y juega un papel concluyente en el progreso y coexistencia de cualquier sistema democrático eficaz, debido a que son un canal para el diálogo, entendimiento, pluralismo, tolerancia y sobre todo una vía para el desarrollo del resto de los DDHH, con un eje que contiene un espíritu de apertura, donde se sustentivase derechos como el de la libertad de expresión, con la apertura de espacio de debate y opinión, el derecho a la libertad religiosa o de creencia – sean mayoritarias o minoritarias – y donde la comunidad puede ser partícipe de la propia constitución y ejercicio de sus DDHH más fundamentales, donde se garanticen las opiniones disidentes en el marco de los principios de la ONU y el pleno respeto del mismo.

La Constitución Española (CE), recogiendo los principios emanados de la carta de las Naciones Unidas, los instrumentos y tratados internacionales en materia de derechos humanos y protocolos facultativos, dando cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos, previo control de convencionalidad y constitucionalidad interno, pretende reflejar el contexto de fondo de estos instrumentos y que por medio del Art. 21, en su parágrafo 1 y 2 señalan el reconocimiento del derecho a la reunión pacífica y sin armas, que no sea atentatoria contra el orden público y la convivencia pacífica, así bien su ejercicio no precisará autorización previa, dentro del marco de la norma formal. También señala en el apartado segundo que “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando

³ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. Párrafo 15, A/HRC/20/27, 21 de mayo del 2012.

existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.”(ESPAÑA, 1978) Cuyo ejercicio no puede restringirse bajo ningún tipo de censura o medida, salvo las establecidas por la ley y la CE o bien, con autorización previamente justificada y demostrada en pro de la tutela del bien común. Como se aprecia, se limita el derecho de asociación bajo determinadas condicionantes que reflejan en trasfondo el Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así mismo, el Art. 22 de la CE hace alusión al reconocimiento específico al derecho de asociación, señalando que todas las asociaciones que persigan fines ilícitos o que utilicen medios tipificados como delito son ilegales y serán sancionadas conforme a ley, en cuyo acápite quinto prohíbe las asociaciones secretas y de carácter paramilitar, que puedan significar un peligro para el Estado, el orden público construido en las leyes vigentes. Estableciendo así un instrumento sociológico y jurídico, que implica una total participación ciudadana y que debido a esta característica los diferentes poderes públicos no permanecen al margen del principio de libertad de asociación que se refleja en la CE y leyes de carácter específico, como es el caso de la Ley Orgánica 1/2002, Reguladora del Derecho de Asociación, aboca a regular las modalidades específicas que envuelven al Art. 22, en virtud de la facultad contribuida por el Art. 88 de la CE⁴, y que en su preámbulo en el apartado IX, enmarca los preceptos para

[...] superar la vigente normativa preconstitucional tomando como criterios fundamentales la estructura democrática de las asociaciones y su ausencia de fines lucrativos, así como garantizar la participación de las personas en éstas, y la participación misma de las asociaciones en la vida social y política, desde un espíritu de libertad y pluralismo, reconociendo, a su vez, la importancia de las funciones que cumplen como agentes sociales de cambio y transformación social, de acuerdo con el principio de subsidiariedad. (LEY ORGÁNICA 1/2002)

⁴ En ese sentido, el Art. 88. 1 señala. - Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

Donde su objeto principal es el de desarrollar y garantizar a plenitud el derecho de asociación reconocido en el Art 22 de la CE, instituyendo normas jurídicas de cuyos actuares corresponden al Estado, determinando que el derecho de asociación se regirá por la Ley Orgánica citada y su ámbito de aplicación abarca a las asociaciones determinadas en el Art. 1 de la presente ley y que en su Art. 2, alega que el derecho de asociación se regirá con un carácter general, incluyendo a las asociaciones sin fines de lucro, aquellas que no estén sometidas a un régimen asociativo determinado dentro del territorio español.

Ahora, situando todos estos preceptos constitucionales y legales al contexto actual, denota que el estado de crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha generado también una crisis dentro del derecho constitucional, su sistema de control y el ejercicio de derechos fundamentales para con el ciudadano, pero ¿en qué medida el constituyente y el Estado limitan el ejercicio de este derecho?, la adecuación del principio de proporcionalidad en relación al bien común y el goce horizontal de los derechos fundamentales es una tarea difusa para el Estado y el legislador. Claramente por la peculiaridad y la gravedad que enviste la situación, los mandatarios a nivel mundial han adoptado medidas de carácter restrictivo, dado la alta carga viral y el índice de contagio con el que cuenta y se expande el COVID-19, esto ha ocasionado que España adopte una posición paternalista en cuanto al sistema de control de la crisis sanitaria, respaldada por el Art. 55 de la CE donde:

Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. (ESPAÑA, 1978)

Y que, si bien es aplicable para el derecho de reunión, no señala específicamente el derecho de asociación del Art. 22, pero el legislador hace

la interpretación y relacionamiento de uno con el otro y de ambos con el derecho a libertad, que además pueden verse limitados temporalmente, para cuya Ley Organiza 4/1981 ordene el estado de alarma, donde menciona que “el Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, inciso segundo 2), de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional...”⁵, que por medio del Real Decreto 463/2020, específicamente se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, para lo cual el Estado español impone una serie de medidas restrictivas a nivel general, que delimitan la libertad algunos derechos fundamentales, entre ellos la libertad de asociación, que ha desatado un abanico de polémicas y dificultades en tanto su regulación y delimitación temporal.

Por su parte, el Art. 7 de la ley orgánica 4/1981, señala que “a los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad” Que va a la par del Art. 149 de la CE, que enviste al Estado con la responsabilidad de garantizar a todos los españoles el pleno ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes constitucionales. En primera instancia, era correcto que el Estado tome medidas de carácter general y aplicable a todas las comunidades autónomas (CCAA), debido a que España junto con Italia fueron los países más afectados del continente europeo, por lo que el accionar general de carácter paternalista debió enmarcar los parámetros sobre los cuales se establecerían las medidas de restricción con posterioridad acorde a las necesidades, densidad poblacional y los contextos situacionales propios de cada CCAA.

Plantear una regulación, netamente a cargo del nivel central no permitiría el tratamiento oportuno de la crisis sanitaria, debido a que los

⁵ Ley Orgánica 4/1981, De Los Estados De Alarma, Excepción Y Sitio. Art. 4, De 1 de junio, España.

contextos sociales y demográficos, hacen imperativa la necesaria especificidad de la regulación y ejecución de planes de contingencia, acorde a las necesidades propias de cada CCAA, inicialmente podía admitirse un control gestacional del Estado, quien debió trazar los parámetros marco y las directrices sobre las cuales luego, las CCAA regularían la crisis, haciendo uso de sus autonomías, dado que plantear medidas restrictivas aplicadas generalmente no se aplicaran en la misma medida en un municipio que cuente con una población numerosa y con un movimiento económico potencia, como lo es la comunidad de Madrid o Barcelona, a una comunidad con una población reducida como Asturias, si bien las directrices sobre la restricción de agrupación o asociación en espacios estrechos y que no garanticen el mínimo ejercicio de las medidas y el uso de insumos de bioseguridad, para evitar la propagación del virus es correcto y lógicamente restrictivo, es necesario tomar en cuenta que al ser un derecho fundamental de carácter subjetivo y formalizado dentro de los instrumentos jurídicos.

Al igual que el derecho a la salud, este debe ser garantizado de forma horizontal a la par de todos los derechos fundamentales, puesto que la esencia que los enviste se caracteriza por este aspecto, y es obligación de los poderes centrales y regionales el asegurar que no se vulnere el ejercicio del mismo, que si bien, por el actual contexto se ve limitado, el legislador se encuentra con una tarea titánica al procurar que el mismo goce de pleno ejercicio sin arriesgar la seguridad pública y sanitaria, al igual que el derecho a la salud. Bajo este parámetro, la concepción del bien común prevalece al de pocos es extremadamente difusa, dado que apertura la crítica y el debate sobre derechos de primera y segunda categoría y grupos de primera y segunda necesidad, pues tanto los DDHH como derechos fundamentales, se ven enmarcados dentro de un parámetro de universalidad e igualdad, sin discriminación alguna para todos los hombres y mujeres, entonces ¿Cómo alcanzará el legislador la procura del ejercicio del derecho de libre agrupación, sin que las medidas restrictivas no vaya en

desmedro del ejercicio del derecho a la salud y el orden público?. Indudablemente los parámetros de ejercicio son estrechos y de difícil delimitación. En tanto, el Art. 9.2. la CE va a delegar a los poderes públicos la tarea de

[...] promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (ESPAÑA 1978)

La ley Orgánica No 3/1986, cuya finalidad central está en proteger la salud pública, por medio de la adición prevista en la misma ley, siempre que se dé la existencia de razones sanitarias de suma urgencia o gravedad que ameriten la activación de este compendio legal y normas análogas para la protección del derecho a la salud pública de la colectividad. Sin embargo queda claro que la puesta en práctica del derecho a la asociación no es ejercido a un cien por ciento por cada individuo, el que se encuentre temporalmente limitado no quiere dar a entender su supresión definitiva o total, ya que el Estado y las CCAA en las medidas adquiridas, han optado en el uso de la voluntad por parte de los elementos y la aplicación de medios tecnológicos para que desarrollen actos de concentración masiva o que debido a sus características aglomeren un cumulo considerable de personas – tal es el caso de las iglesias, celebraciones de eventos religiosos de toda índole, seminarios y eventos de carácter académico y otro análogos – que debido a estas características puede representar punto de contagio de carácter masivo y por ende de expansión del covid -19, bajo esta consideración tales eventos no se pueden desarrollar de forma presencial y que no solo España, sino varios de los países en Europa, se caracterizaron por la permisibilidad en distintas fases de la desescalada el verano pasado, y que a pesar de mantener mecanismos para extremar las precauciones, al final terminaron por adoptar medidas iguales a las primeras asumidas por las CCAA.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el derecho de asociación al ser en un derecho humano, esta encarnada en el derecho a la libertad que no solamente tiene un sentido privado, sino también publico, punto que el legislador apoya al reconocer que

[...] la salud pública es una objetivación del problema del bien común, puesto que recoge tanto la vertiente individual como la colectiva... La práctica de la salud pública es más consistente con el enfoque de la justicia social (Labonte), pero esto no significa que se deban ignorar los efectos de las restricciones de las libertades individuales en las políticas públicas, más que nada porque ello también puede afectar a la salud de la población (aparte de lesionar la base normativa sobre la cual se fundamenta la libre elección de proyectos de vida en nuestra sociedad). Pero si al enfoque libertario se añade el enfoque pluralista sobre el bien común, se obtiene una visión de la sociedad como un agregado de individuos con sus intereses propios que no constituye ninguna base para un bien común a todos ellos (FARRÉS, 2020, p. 12).

Inconcusamente, la procura del bien común no se pone en duda, lo complicado está en alcanzar un equilibrio en el resguardo de un derecho sobre otro, y que sin este accionar implique una fractura de la proporcionalidad de comunidad política frente a la civil – es decir la libertad en sentido privado en contra de la libertad en sentido colectivo – puesto que los derechos fundamentales “...deben estar en el núcleo de cualquier acción de los Estados, porque solo de esta manera se asegurará que la dignidad, la igualdad y la libertad queden indemnes en momentos críticos como emergencias climáticas o sanitarias.”(BLANCO; PEREZ, 2020, p. 9), la restricción modula el ejercicio de los derechos, no necesariamente implica una categorización en la suspensión, porque en estado de alarma no se limitan los derechos de forma absoluta, se abstraen en parámetros de control y ejercicio, a justo fin de garantizar que no exista una clasificación, anteposición o el daño de un derecho fundamental contra otro, puesto que no puede existir la libertad ni ningún tipo de derecho sin responsabilidad, tanto del legislados y las CCAA, cuyo fin se aboca a garantizar una horizontalidad de los derechos de los ciudadanos y colectivos sociales que demandan el

ejercicio de la libertad de agrupación y asociación, obligados a su vez a un acatamiento normativo, en pro del resguardo del orden público.

Ahora bien, indirectamente el limitar el derecho de asociación y agrupación, afecta derechos que no solo van de la mano con la libertad, sino que también se desarrollan con su ejercicio, como lo son el derecho a la libertad de culto –mencionado precedentemente – pero también al derecho a la protesta y libre expresión, por lo que no resulta raro que en países como España e Italia se hayan presentado manifestaciones de grupos sociales que exigían hacer uso de los mismo. En tal caso, se comprende que el ejercicio del derecho a la manifestación nace del derecho a la libertad de asociación y reunión – porque presupone que la unión de dos o más personas nace del interés en común y a la vez estos derivan del derecho a la libertad propiamente. Pero el derecho a la libertad de reunión o asociación al ser voluntario debe ser comprendido desde una óptica subjetiva y no de manera objetiva, por lo que la aplicación de las medidas de restricción del estado de alarma crean para con estos derechos un problema de intereses, por ejemplo en “...el caso de la consideración como reuniones de los encierros de personas en determinados locales que supuesta su licitud y carácter pacífico, podrá determinarse o no como reunión en función precisamente del elemento temporal.” (GARCÍA; PENDAS, 1986, p. 208) Pues no se toma en cuenta que la libertad de reunión está alineada dentro de los parámetros de atención a la acción pública, constituida como una libertad democrática, por ende, obliga a los instrumentos de carácter público a ejercer una protección tutelar de forma positiva que a la fecha no se ha podido delimitar el accionar de dicho derecho y demarcarlo por los poderes públicos.

Ya que este derecho “protege la formación de la opinión y de la voluntad comunitarias y por ello supone un grado superior de integración social el grado siguiente consistiría en lograr un acuerdo sobre las metas que han de conseguirse a largo plazo, lo que daría lugar a la fundación de una asociación” (STEIN, 1973, p. 147), ergo, representa la constitución

democrática de la expresión ciudadana, que materializa la norma sustantiva, formalizada en preceptos legales de carácter vinculatorio para el Estado con los ciudadanos, - indiferentemente del contexto social, aun el que actualmente se atraviesa - por lo que la creación de la Ley Orgánica 9/1983⁶ Reguladora del Derecho de Reunión, persigue normar y garantizar el derecho a la libertad de reunión, curiosamente en su Art. 3 determina que ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización, estando protegidas al igual que las manifestaciones frente a quienes traten de impedir las, pero por medio del RD 463/2020 se procede a restringir el derecho de reunión y asociación, entre otros análogos. Por parte del legislador podría aplicarse el Art 4 en su parágrafo cuarto señala que:

Los participantes en reuniones o manifestaciones, que causen un daño a terceros, responderán directamente de él. Subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones responderán de los daños que los participantes causen a terceros, sin perjuicio de que puedan repetir contra aquéllos, a menos que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos.

Cuyo enunciado encaja perfectamente dentro de los requisitos subjetivos del derecho a la reunión, aplicada dicha lógica a la crisis sanitaria, la responsabilidad que enviste a los que ejerzan este derecho – lo cual no implica desentendimiento de los poderes públicos, quienes garantiza el goce de la libertad – deben comprender que el mismo esta hermanado de un deber y que este a su vez da lugar a exigencia de responsabilidad y limites, por consecuente, el ejercicio irresponsable del derecho a la libertad de asociacion o reunión en tiempos de pandemia genera la plena exigibilidad de sanciones administrativas por parte de los poderes reguladores, aquí donde los limites interpuestos se translucen en la necesidad hiperactiva de reunión, con uso pleno de las medidas de bioseguridad y la responsable

⁶ La presente ley pasara por una serie de modificaciones en su Art. 5 por la Ley Orgánica 8/2014, Se modifica el apartado 3 por la disposición adicional 3 de la Ley Orgánica 4/1997, el art. único.1 de la Ley Orgánica 9/1999.

asunción de medidas preventivas de contagio y del Estado a asegurar su cumplimiento sin ser netamente restrictivo.

La acción protectora del Estado debe ejecutarse en equilibrio en el principio de igualdad, reconocido en el Art. 1 de la CE, subrogando las brechas de aplicabilidad subjetiva y positivista en el ejercicio, la obligación de garantizar una acción protectora por parte del Estado y sus órganos reguladores investidos por el eje central, para custodiar una práctica horizontal del derecho a la libertad de asociación y reunión en pleno, con el establecimiento de un marco estándar para afirmar que las medidas de bioseguridad adecuadas, ya que la misma CE señala que el ejercicio lícito de un derecho no puede limitarse jurídicamente, su restricción excesiva constituye una violación a los preceptos jurídicos emanados en compendios legales, tal como lo señalan García; Pendas:

En definitiva, los órganos jurisdiccionales y, en general, todos los operadores jurídicos deben contribuir, a través de una aplicación de las normas basada en el principio favor libertatis, a que se materialice en la realidad este adecuado régimen jurídico que rige hoy día en nuestro Derecho las libertades de reunión y manifestación. (p. 219).

La aplicación de la norma no puede efectuarse a la raja tabla, el deslindar el ejercicio de un derecho fundamental por casos excepcionales como la crisis sanitaria, no implica la anteposición de unos derechos sobre otros, el límite de estos se marca cuando los derechos a la asociación o reunión afecte lesivamente al bien común protegido de forma consciente y dolosa, ignorando las recomendación de carácter preventivo que establecen las disposiciones especiales, en caso de corresponder la aplicación de las medidas sancionatorias, el hacer uso de reglas restrictivas de carácter genérico aplicando normas como la Ley 04/2015,⁷ que en su articulado denota una cadena de delimitación y restricción del derecho a la reunión y

⁷ La denominada Ley Mordaza, se constituye en el actual marco regulador de una ley aprobada por el Gobierno del Partido Popular, cuya concepción está orientada a la sustitución a la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

manifestación, además un tinte coercitivo y sancionador, en lugar de preventivo, no prestando las garantías correctas de ejercicio práctico para el pleno desenvolvimiento, denota una vulneración a este derecho por parte del ente público, por lo que, el círculo garantista que el Estado debe asumir en pro del particular debe ir proporcionalmente equilibrado con el bien jurídico protegido que la Ley 03/ 1986, Ley 04/2020 y la misma CE señalan, asegurando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Ahora bien, no resulta extraño que los Tribunales Constitucionales (TC) se hayan pronunciado – en mayor o menor manera – sobre el tema, con apego a los cuerpos normativos y la CE a la batuta, que en mérito de los Art. 55, pongan sobre la mesa los planteamientos y cuestiones sobre los límites sobre los cuales se rige este derecho y la potestad del Estado al limitarlos.

2.1 Sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional como garante de derechos, juega un papel muy importante en su gestión, delimitación, restitución y protección, más aún dentro del contexto que actualmente atañe al planeta - como lo es la pandemia del COVID-19 - cuyo pronunciamiento resulta fundamental a la hora de demarcar los límites de ejercicio y restricción, el cual por una serie de sentencias va a permitir legitimidad, determinados actuantes de los órganos centrales de gobierno. Por lo que, se debe señalar la STC 386/2020, mediante la cual se flexibilizan determinadas restricciones sociales, mencionadas en su capítulo II, Art. 3. 1, el cual coarta el ejercicio de la libertad de reunión a un máximo de diez personas, cuyo límite no se aplicaría a personas que resulten convivientes en un mismo recinto, pero su apartado segundo establece medidas de protección, donde en toda circunstancia de llevado a cabo el contacto social

[...] con terceros no convivientes deberán respetarse las medidas de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias para

la prevención del COVID-19, relativas al mantenimiento de una distancia mínima de seguridad de dos metros o estableciendo medidas alternativas de protección física, de higiene de manos y etiqueta respiratoria. (Orden SND 389/2020)

Por medio del artículo se imponen restricciones al ejercicio del derecho a la reunión, categorizada como una norma imperiosa de carácter coercitivo, sin embargo, delimitativa en cuanto al señalamiento de su aplicación en espacios públicos, dado que impide el intercambio de ideas, pensamientos y la concreción propia de una asociación. Por lo que indudablemente la jurisprudencia constitucional es imprescindible a la hora de configurar un determinado derecho ya que por medio se la STC 85/1988 el tribunal constitucional (TC) se adhiere a una concepción estricta del derecho fundamental a la libertad de reunión, que no pone el acento en la sociabilidad como la garantía de la libre circulación de ideas, la cual resulta aplicable dentro de un carácter transversal. Ya que la referencia que el TC establece como parámetros para la determinación del alcance propio y el alcance temporal, en cuanto al Estado no necesariamente implica que este envuelto de un privilegio de excepción, sino más al contrario se establecen las condiciones de restauración del orden constitucional en caso de ruptura, cuyo apartado segundo de las fundamentaciones jurídicas de dicha sentencia constitucional, señala que:

[...] el derecho de reunión, por el lugar en que se ejercita, comprende dos clases de reuniones que están sometidas a distinto régimen jurídico en el que intervienen matices diferenciadores y, por ello, en evitación de posibles confusiones, debemos adelantar que las consideraciones que aquí hagamos vienen específicamente referidas a las reuniones en lugares de tránsito público, dado que ésta es la calificación que corresponde a la aquí pretendida.

Es claro que al limitar el derecho a la reunión de forma en la que lo hace el ente administrador del Estado, el derecho no contaría con las características particulares que hacen que su esencia permita su ejercicio, dado a que se encuentra estrechamente ligado a la libertad de expresión, por lo que el TC parece tomar un aire de adhesión juiciosa a este derecho, por lo

que no implica que toda reunión en espacios públicos haga representación de una conducta iusfundamental del derecho objetivo a la expresión como subjetivo de la facultad de ejercicio, adoptando el Estado un poder de carácter jurídico atribuido por la norma positiva, sin embargo esta hipótesis no necesariamente significa que el derecho analizado no sea manifestado por medio del uso del derecho a la libertad para su ejercicio, que esta investido de esta conducta iusfundamentalista.

El problema recae en la difusa línea que el TC debe trazar para que las CCAA y el Estado no ejerzan e impongan medidas para la contención de contagios a causa de la pandemia se agranden y que con ella la privación de derechos fundamentales no denote una violación de los mismos, por lo que no resulta raro que las CCAA hayan emitido pronunciamientos y resoluciones que cuenten con una ratificación judicial de carácter restrictivo, que van en contra de derechos consagrados en la CE, tal es el caso de la Resolución SLT/1671/2020, que adopta nuevas medidas esenciales en materia de salud pública, para la contención del brote epidemiológico de la pandemia de COVID-19, en nueve municipios y en dos entidades municipales el mes de junio del 2020, por los que la Generalitat de Cataluña y los órganos de gobierno del Plan de actuación del PROCICAT, la cual menciona en su preámbulo, que en el marco de la legislación sanitaria de salud pública y de protección civil, que confiere el artículo 5 del Decreto 63/2020, donde los encuentros y reuniones de más de diez personas tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, enmarcados en el apartado sexto resuelve que “las reuniones que concentren hasta diez personas en establecimientos abiertos al público no se permite el consumo ni de alimentos ni de bebidas”, lo cual evidencia una medida acordada contradictoria al derecho, cuyos efectos jurídicos vincula una inadecuada delimitación del derecho sustantivo con la norma forma garante de los derechos fundamentales, por lo que no resulta raro que cuando la Generalitat solicite la autorización correspondiente al órgano central, para

la adopción de las medidas comprendidas en la resolución precedida la Juez de Instrucción N° 1, no haya ratificado esta medida – ergo, no lo enviste de porte legal garantista – mediante Auto del 12 de julio del 2020, alegando que sucinta convalidación no sería viable en el marco de la Ley Orgánica 3/1986, justamente por este mismo motivo de contrariedad al derecho puro y fundamental, ya que lo presentado envuelva la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, además señala en su punto I. del Razonamiento Jurídico que las relaciones o ratificaciones de medidas sanitarias 269/2020. Se pronuncio un auto parecido al del juez del tribunal supremo de justicia de Madrid que anulo estimado recurso de apelación que interpuso el gobierno de la CCAA “frente al auto del juez Alfonso Villagómez con el que rechazó ratificar las medidas anti Covid puestas en marcha en coordinación con el Ministerio de Sanidad, como fueron prohibir fumar en la calle si no se mantiene una distancia de más de un metro y medio o cerrar los locales nocturnos a la una de la madrugada” (LUCAS, 2020), que se consideró de la misma forma que el fallo anterior contrarió al derecho y que envolvía una serie de matices propias de carácter limitativo de los derechos fundamentales, tal como señala el Auto de 20 de agosto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Madrid. Así como la Ley No 1986 no mencionada nada referente, en fondo conlleva un contexto enmarcado en la protección y restricción de estos derechos

[...] tuvo que ser la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 la que precisara que “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental (BILBAO, 2020, p. 25).

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 2 de Gerona por medio del auto de 31 de julio del 2020, deja en relevancia la limitación y el condicionamiento que el derecho a la libertad de reunión puede sufrir, en consecuencia señala que “...las dudas que pueden surgir desde el punto de

vista formal tal y como fundamenta el Ministerio Fiscal”, pero entiende que, ante una situación de riesgo evidente para la vida de los ciudadanos, el derecho de reunión “puede sufrir un condicionante limitativo desde el punto de vista numérico sin que suponga en modo alguno su ablación con carácter definitivo”.

Sin embargo, el resguardo del derecho a la vida no puede significar un menoscabo del derecho a la libertad, que atañe a otros derechos fundamentales como el derecho a la asociación, reunión y expresión, en cuya base recae la esencia misma de los derechos fundamentales, la transversalidad y horizontalidad que deben procurarse en torno a los límites trazados al contexto actual, que resulta evidentemente, pero no impera en la aplicación una generalidad, bajo el presupuesto de que todos los colectivos ciudadanos sean categorizados como positivos confirmados, por ende debe aplicarse en una totalidad las medidas restrictivas, cuya hipótesis ha sido aplicado y formalizada en sentencias y autos emanados por el órgano administrativo competente y que coinciden que el efecto de generalidad debe ser restrictivo solo en la medida en la que no se transgredan otros derechos, cuya aplicación debe contar con un soporte legal previo. Este argumento es señalado por el procedimiento resuelto mediante Auto de 17 de julio del Juzgado Contencioso Administrativo N.º 15 de Barcelona, donde el Ministerio Fiscal

[...] se opuso a la ratificación de la medida relativa a los encuentros y reuniones al considerar que esa restricción carecía de soporte legal, era desproporcionada y no había sido justificada adecuadamente por la Administración. Pero el Juez entendió que era una prohibición ajustada a Derecho, porque no se cercenaba “ab initio” un derecho fundamental como es la libertad de reunión en su contenido esencial, sino que únicamente se limitaba de forma razonable por razones sanitarias. (BILBAO, 2020, p. 26).

A pesar del planteamiento de sucinta tesis, cuyo contraste claramente denota la ineficacia en la aplicación de los límites restrictivos del derecho a la reunión, cuya injerencia en su ejercicio demarca imprescindibilidad, no siendo suficiente una mera idoneidad que puede ser cómoda y eficaz hasta

cierto punto, pero no completamente adecuada, por lo que el filtro de la ratificación juega un papel muy importante a la hora de investir el resultado de una restauración constitucional que: “determina la justificación del estado excepcional, las medidas que en el mismo tomen las autoridades, y su límite, pues las actuaciones en cuestión sólo son lícitas si sirven al restablecimiento constitucional y, como hemos de ver de inmediato, se atienen al principio de proporcionalidad.” (SOLOZÁBAL, 2020, p. 4), el someter normas administrativas a un escrutinio estricto evita que la restricción del derecho a la reunión, no se vea vulnerado, dado que pone bajo tutela.

En cuanto al Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, ATC núm. 40/2020 del 30 de abril, refiere sus fundamentos sobre el derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19, cuyo fundamento tomado por parte del tribunal que realiza las siguientes consideraciones en cuanto al estado de alarma en mérito del Real Decreto 464/20, donde adopta para todas las medidas injertas en el citado decreto tiene un carácter “imprescindibles para hacer frente a la actual situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.

Por esto, el RD no anula la posibilidad de una manifestación el 1 de mayo.” Por lo que resulta menester señalar que el órgano judicial determina que el acto administrativo es radicalmente nulo, dada la falta de título jurídico ante la suspensión del derecho de manifestación y el derecho a la asociación sindical, “...la inexistencia de una limitación ordinaria pero proporcionada al ejercicio pretendido que esos derechos, y, sobre todo, ante la convalidación judicial de un acto administrativo nulo de pleno derecho.”

Siendo que la permanencia de estos derechos de primera generación, que al no ser una temática abarcada específicamente y a plenitud por el tribunal constitucional, que inadmite el trámite de recurso de amparo por la

Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT), contra la Sentencia con número 136/2020, pero hace mención en la sección argumentativa jurídica la necesidad y de deber de hacer prevalecer el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, con la posibilidad de celebrar una manifestación en los términos comunicados y que indudablemente se trata de un pronunciamiento notable y trascendente en cuando al análisis de los límites del derecho a la libertad de reunión, asociación y protesta, que denota el demarcamiento de límites de la doctrina clásica – que parte del principio de favorecer el derecho a la reunión como ejercicio de la libertad y promoción democrática participativa – que deja a ver un notable contradictoria de los principios regidos por la CE cuando se pronuncia sobre la necesaria restricción del derecho a la manifestación y por ende al de reunión y asociación en mérito del Art. 9.1 de la Ley Orgánica 9/1983, que prevé la prohibición de las reuniones en base a la alteración del orden público, con evidente peligro de las personas y bienes, pero cuya limitación deberá estar sujeta a razones fundadas⁸ cuya simetría entre el problema fundamental de ejercicio de derecho no va de la mano con las garantías consagradas en la citada LO y la propia CE.

2.2 Legislación y jurisprudencia comparada

No resulta raro que esta paradoja se haya reflejado de la misma manera dentro de otros sistemas de gobierno a nivel mundial, respecto a la conflictividad que representa para los tribunales constitucionales y las cortes supremas el fijar límites garantitas del derecho a la reunión y asociación, que por las características particulares de la crisis sanitaria se han visto cuartado y cuyas medidas han variado acorde al contexto social y cultural de cada país, además de ser consecuencia de las determinación

⁸ El análisis caustico sobre la base de un concepto material de orden público, no como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos, sino como desorden material que pondría en peligro la integridad física de las personas y bienes (ITUREN.2020.5)

jurídicas que los países han tomado, pero que en esencia conllevan el mismo fin garantista de fondo.

En tal entendido es que se alude una determina y puntual serie de sentencias emitidas por los órganos rectores de diferentes países, como es el caso de la Sentencia (1 BvR 828/20) emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que en amparo de los preceptos señaladas en el Art.32 (BVerfGG) se habilita su competencia para regular provisionalmente una controversia de ser urgente, mediante orden provisional para evitar desventajas graves, de ser requerida la prevención de amenazas de violencia o por otro motivo categorizado como importante que precautele la razón del bien común.

Y cuyo apartado 12º, indicando con base a lo precedido se requiere la emisión de una orden provisional en la medida en la que se desprenda la parte resolutive, relativa la orden de prohibición de la parte demandada, que alega una violación del derecho fundamental en virtud del artículo 8 de la Ley Fundamental

[...] garantiza a todos los alemanes el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas sin registro o permiso. De acuerdo con el artículo 8 (2) de la Ley Fundamental, este derecho puede ser restringido por ley o sobre la base de una ley para reuniones al aire libre. La tercera ordenanza del gobierno del estado de Hesse para combatir el virus corona del 14 de marzo de 2020 en la versión de la ordenanza del 30 de marzo de 2020 no contiene una prohibición general de reuniones al aire libre para más de dos personas que no pertenecen a la misma. casa. En este sentido, el gobierno del estado de Hesse también se involucró en su declaración del 15 de abril de 2020.⁹

La sentencia señala que el procedimiento principal que el legislador pretendía, era evitar las reuniones públicas, asimismo una prohibición de carácter generalizado donde se prohíben las reuniones de dos o más personas, que según señala la sentencia no pertenecerían al mismo catálogo,

⁹ Bundesverfassungsgericht 828/20, 15 April 2020, (1-BvR 828/20). Tribunal Constitucional Federal, decisión de la Primera Sala del Primer Senado. 15 de abril de 2020. (1 - BvR 828/20).

por lo que de acuerdo a este razonamiento la demandada violó la ordenanza de Hesse y no se le transgrediera el derecho fundamental a la reunión del Art. 8 citado.

No es necesario señalar que la suspensión de los derechos, aun siendo de carácter fundamental como lo señala la sentencia precedida, por lo que la restricción posibilita la invocación del derecho ante el órgano encargado de precautarlos, solicitando su tutela, pero que a pesar de la aplicación de dicha lógica lineal no procede de esta manera, cuyo fallo prohíbe diecisiete reuniones, restableciendo el efecto suspensivo, cuyo ejercicio horizontal de los derechos deja ser neutral, por lo que no se aplica de forma preferente el derecho a la salud y al orden público, dejando en segundo los derechos reclamados por tutela, cuyo núcleo de concentración de poder y toma de decisiones se ha concentrado significativamente en el poder público y ejecutivo, debido a que el Tribunal Constitucional Federal, examina los límites sobre la base de tres parámetros específicos.

La autodeterminación: el mismo legislador debe definir los límites de la regulación y debe indicar el objetivo de la misma. (2) El proyecto: debe ser posible determinar a partir de la ley cuál es el proyecto establecido por el legislador que debe ser alcanzado por el reglamento. (3) La predicción: la autorización debe de ser precisa para que sea posible prever en qué casos y con qué tendencia se utilizará y qué contenido pueden tener las normas dictadas sobre la base de la autorización (Kölling, 2020, p. 6).

Así mismo Kölling menciona que las autoridades pueden tomar medidas de carácter restrictivo siempre que se considere necesario, en la forma y durante el tiempo que sea necesario, con la finalidad de evitar la propagación de enfermedades altamente transmisibles, en mérito del Art 28.1 IfSG que va a restringir el derecho a la reunión consagrado en el Art. 8 LF, que provoca que:

[...] Debido a la interferencia para los derechos fundamentales de las medidas adoptadas para la lucha contra la covid-19, hubiera sido imperativo según la crítica, que el Gobierno federal tomara decisiones como un órgano colectivo porque el gabinete incluye ministros cuyas responsabilidades están relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales (Ibidem).

Dejando de lado las funciones del parlamento para la toma de decisiones específicamente en cuanto la restricción de derechos fundamentales, que claramente ha traído consigo una serie de problemas a la hora del ejercicio por los particulares

El 12 de abril el Tribunal Administrativo de Colonia, por ejemplo, confirmó la prohibición por parte del ayuntamiento de una manifestación. La policía disolvió la manifestación y acusó a 15 participantes de violar la ley de reuniones (VersG) y la Ordenanza de Protección contra covid-19 del Land. En Hamburgo, el 7 de abril de 2020, entre 150 y 200 personas se manifestaron en bicicleta, la policía de Hamburgo disolvió la manifestación e impuso multas a los participantes. Anteriormente, el Tribunal Administrativo de Hamburgo había rechazado la solicitud de los organizadores para una asamblea con 30 a 50 participantes [...]. (Ibidem)

Cuyos actores dejan denotan restricción del derecho a la reunión que se transversaliza reflejándose en el derecho a la manifestación, donde el eje regulador adopta una posición marcada de anteponer el fortalecimiento a la salud, por sobre los derechos básicos, lo cual van en contra de la misma esencia de horizontalidad de los derechos humanos como derechos fundamentales, que además están consagrados dentro de la constitución de Alemania y dentro de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el país.

Ahora bien, la aplicación de las medidas de aislamiento en la región latinoamericana no tuvo un panorama tan alejado como en la región europea, cuyo aislamiento fue legitimado rápidamente, pero se adoptaron pocas medidas para garantizar paralelamente el ejercicio de los derechos fundamentales. Uno de los ejemplos más notorios es la adopción del protocolo de la Ciudad de Buenos Aires – Argentina, que por medio de diversas sentencias hace alusión al ejercicio de derechos básicos como la libertad de culto, reunión, expresión y asociación, tal es el caso de la CSJ 1256/2020, que señala por parte del accionante en el apartado I, un relevante cuestionamiento a la constitucionalidad de las medidas restrictivas a efectos del COVID-19 asumidas, enumerando una serie de

derechos cuartado entre ellos el derecho a la libertad de reunión en mérito del Art. 18; VI, cuyas prorrogas sistemáticas han impedido su pleno ejercicio

Considera que la inconstitucionalidad de las medidas aludidas y la asunción de la suma del poder público con la excusa sanitaria, al haber sido aquéllas dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional sin haberse declarado el estado de sitio en los términos constitucionalmente previstos, resulta de la violación de los siguientes derechos y principios consagrados por la Constitución Nacional: ... i) el derecho de asociarse y de tener una vida social con la familia y amigos, puesto que se han cerrado los lugares de encuentro y se han impedido las reuniones familiares.

A cuyo fin, principal es el restablecimiento de la libertad de culto y con ella todos los derechos que conllevan como la libertad de reunión, pero además toma en alto la esgrima del derecho a resistirse a la aplicación de vacunas, las cuales fueron impuesta por ley a los ciudadanos considerados de alto riesgo – entre ellos los niños – cuya negativa es impuesta por el accionante porque considera que se vulnera el derecho de su hijo, el suyo y el de su familia, a lo cual, la corte suprema alude a que las medidas de carácter restrictivo asumidas por el estado van el pro del bien común, cuya delimitación no es ejercida de forma definitiva y cuya delegación de competencia emana del ministerio de salud, propiamente y cuyo fin es consolidar la precautela de los derechos fundamentales, dejando una difusa horizontalidad entre los mismo, además la corte suprema resuelve que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Que termina poniendo en alto la cuestionante relativa a la legalidad y legitimidad del ejerció de un derecho en relación a la proporcionalidad de resguardo de la salud colectiva y el orden público, cuyo paralelismo no resulta comparable en cuanto a un ejercicio sustantivo e igualitario de los derechos fundamentales.

3. Conclusiones

Queda claro que la crisis sanitaria del COVID-19 ha representado un reto para todos los sistemas judiciales y legisladores del mundo, la garantía

de los derecho fundamentales ha desempeñado un papel muy importante a la hora de determinar el rol del legislador y de los tribunales constitucionales como garantes de derecho, en pleno a las normas que los ordenamientos jurídicos y la propia constitución les anteponen, por lo que se puede concluir señalando la evidente y ardua tarea que estos entes administrativos versan consigo en son de la procura de demarcar los límites de aplicabilidad de los derechos fundamentales, que al momento no quedan claros, dado que dentro del eje central del Estado las cortes de las CCAA y el TC ha remarcado que no se coartan los derechos a la asociación y reunión propiamente, dado que se encuentran avalados por el Art. 55 de la CE y la Ley 3/1986, en apego al significado de que la restricción no representa una extinción propiamente del derecho.

Así bien, se ha podido demarcar con claridad la difusa horizontalidad de los derechos a la reunión y asociación contrapolado con el derecho a la salud y el orden público viéndose cuestionada en relación a las sentencias y pronunciamientos por parte de los TC, que han dejado al descubierto la difusa y estrecha línea que el legislador establece y que en tambaleos denota una clara transgresión de los mismo, dado que se procura en aumentar las restricciones, pero no se ha cuestionado ni planteado la posibilidad de trabajar sobre medidas externas que versen en torno al ejercicio igualitario de todos los derecho – como debe ser característicos, propia de su esencia – cuya proporcionalidad no ha sido aplicada adecuadamente.

Finamente se ha brindado un panorama del significado e importancia del derecho a la reunión y asociación, como derivativo de la manifestación democrática, ejercicio de la libertad de expresión y espacio de ideas propiamente, su consagración en instrumentos constitutivos cuya auto lineación está orientada a adoptar un modelo menos lesivo del derecho, que derivara de cada apreciación jurídica que se efectuada el legislador acorde al análisis de cada caso en particular, puede no ser la medidas más adecuada, pero ha sido esta característica la que ha impedido determinar los

lineamientos en marco de parámetros a seguir con posterioridad, cuyo punto en común recae en el respaldo del derecho a la reunión entre otras libertades que puedan ser conciliadas con las medidas de seguridad adoptadas es base para lograr un equilibrio exigible tanto para el ciudadano y para los órganos reguladores de la norma positiva.

Referências

- Auto 40/2020 de la Sala Primera, del 30 de abril 2020, (ECLI:ES:TC:2020: 40^a).
- BIGLINO Paloma. **Los Efectos Horizontales de COVID sobre el Sistema Constitucional: Estudios Sobre la Primera Oleada, Colección de Obras Colectivas.** Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza – España, 2020.
- BILBAO Juan María. **La Libertad de Reunión y Manifestación en Tiempos de Pandemia.** Fundación Miguel Giménez Abad del Estudio Parlamentario y del Estados Autónomo, Zaragoza – España, 2020.
- Bundesverfassungsgericht 828/20, 15 April 2020, (1-BvR 828/20). Tribunal Constitucional Federal, decisión de la Primera Sala del Primer Senado. 15 de abril de 2020. (1 - BvR 828/20)
- BLANCO Jesús M. PÉREZ Luis C. **El impacto de la pandemia del coronavirus en los derechos humanos de las personas con discapacidad en España.** Colección Convenio ONU No 26, Grupo Editorial Cinto, Madrid – España, 2020.
- Constitución Española Art. 116, Art. 3, 9.2. 21, 22, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 1978, España.
- FARRÉS Oriol. **Dossier Cuestiones Bioéticas De La Pandemia COVID-19.** Salus populi suprema lex, Barcelona – España, 2020.
- GARCÍA Piedad y PENDAS Benigno. **Régimen Jurídico del Derecho de Reunión.** Madrid – España, Pág. 199, 208, 219.
- GARCÍA Pelayo M. **Derecho Constitucional Comparado.** Revista de Occidente, Madrid – España, 1964.
- ITUREN Alberto. **El Ejercicio del Derecho de Manifestación (sindical o no) Durante la Pandemia por el COVID-19.** Ed. Wolters Kluwer, Valencia – España. 2020.
- Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. Párrafo 12, 15, 20 y 54. A/HRC/20/27, 21 de mayo del 2012.
- KÖLLING Mario. **Las Instituciones Democráticas Y Los Derechos Fundamentales En Tiempos De Covid-19 En Alemania.** Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza – España, 2020.
- Ley Orgánica 1/2002, Preámbulo IX, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, España.
- Ley Orgánica 4/1981, De Los Estados De Alarma, Excepción Y Sitio. Art. 4, De 1 de junio, España.
- Ley Orgánica 04/2015 de Protección a la Seguridad Ciudadana, Preámbulo II, del 30 de marzo de 2015, España.
- LUCAS Carmen. 28 de agosto del 2020. El TSJM tumba el auto del juez que anuló la prohibición de fumar sin distancia. **El Independiente**, Disponible en: <https://n9.cl/oob1> Acceso en 18 feb. 2021.

LLANO Alonso, F. H. **El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón**. Zizur: Aranzadi, 2007.

Orden SND 389/2020 (Disposición Derogada y Modificada), 3 de mayo de 2020, (BOE-A-2020-4791).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Art. 21, 22, 23. Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Resolución de SLT/1671/2020, de 12 de julio del 2020, (DOGC núm. 8175).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 1256/2020. 22 de diciembre del 2020. (CSJ 1256/2020).

SOLOZÁBAL Juan J. **Algunas Consideraciones Constitucionales Sobre El Estado De Alarma**. Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid España, 2020, Pág. 2, 3, 4.

STEIN Ekkehart, “Derecho Político”, Madrid – España, 1973, pág. 147.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala No 7), 28 de abril del 2016, (ECLI:ES:TC:1988:85).

Artigo recebido em: 20/02/2021.

Aceito para publicação em: 17/01/2022.

Apresentação do Dossiê

“Direitos Humanos e Internet: Desafios Contemporâneos”

Mais do que nunca urge o debate e a reflexão sobre a concretização de direitos humanos no plano nacional e internacional e os conflitos entre direitos que emergem da criação e desenvolvimento de novas tecnologias.

Os impactos decorrentes dessa nova sociedade tecnológica têm atingido diversos campos da vida social, inclusive o campo jurídico e as suas relações, exigindo-se novas perspectivas na análise de problemas nem sempre novos, mas muitas vezes imbuídos de uma nova roupagem e que são identificados, especialmente, no contexto da Internet.

Nesse sentido, com o recente reconhecimento por parte da Organização das Nações Unidas (ONU), da Internet como um Direito Humano, conforme Resoluções A/HRC/RES/32/13 de 18 jul. 2016 e A/HRC/38/L.10/Rev.1 de 04 jul. 2018, foi conferido à Internet tamanho grau de importância, de modo que hoje dificilmente é possível analisar os limites da proteção de direitos e os conflitos entre direitos fundamentais e direitos humanos, sem esbarrarmos nas relações criadas no campo digital.

A *digital age* é vista como a quarta revolução industrial e poderá ser “tão poderosa, impactante e historicamente importante”, como acredita e expressa Klaus Schwab em seu livro “A Quarta Revolução Industrial”, publicado em 2016, pela Editora Edipro.

A sociedade da informação ou informacional, como denomina Manuel Castells, na sua obra “A Sociedade em Rede” publicado pela Paz e Terra, em 1999, é marcada pelo uso massificado da internet, das redes e mídias sociais, pelo uso da Inteligência Artificial, bem como pelos impactos diretos e indiretos do mundo digital nas diversas esferas da vida social, inclusive nos processos democráticos, comerciais, econômicos etc dos países. Como bem alertou Castells, *op. cit.*, a modernização tecnológica das sociedades será

“capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos”, e assim o está sendo!

A ideia de uma liberdade irrestrita digital, se mostrou frágil e a sociedade passou a exigir do ordenamento jurídico maior capacidade de regular essas novas relações diante do uso de Inteligência Artificial, Big Data, algoritmos etc – ou seja, novos ingredientes que passam a ser somados ao debate jurídico e que exigem do intérprete do direito não apenas o desafio de buscar em outras ciências conceitos específicos de institutos previamente existentes, como também outros conceitos novos, que vão se integrando ao tema, conforme evolui a tecnologia, e, ao mesmo tempo, rever institutos próprios da ciência jurídica – ou a ausência deles, revisitando-os, portanto, analisando-os, a fim de compreender e garantir maior segurança nessas novas relações sociais digitais, regulando-as.

E dessas novas relações nenhuma área jurídica lhe escapa: A título de exemplo, no campo do direito comercial, alguns institutos recebem essa “nova roupagem” e agora são tratados também no campo digital. Os contratos, por exemplo, agora são eletrônicos; a moeda, agora é digital. No campo do Direito Civil também se identifica essa questão quando tratamos dos direitos autorais digitais, por exemplo. No Direito Penal e Processo Penal, os reflexos da *digital age* podem ser notados quando tratamos dos crimes cibernéticos ou provas constituídas no plano digital. Também o Direito do Trabalho enfrenta novos desafios que vão desde o *home office* até os trabalhadores nômades, que em cada momento estão em um lugar diferente do mundo, trabalhando para tomadores de serviços em outras jurisdições.

Outro interessante exemplo é a guerra cibernética (*cyberwarfare*) e seu potencial de destruição e que padece de regulação. Assim, até mesmo a guerra nos dias atuais ganha novos contornos: os ataques passam a ocorrer no *cyberespace*, nas redes, nos computadores com alvos específicos e estruturais, desestabilizando redes de água, energia elétrica, transportes,

colapsando sistemas inteiros, tais como o sistema financeiro, por exemplo. Nesse caso de guerra cibernética, um dos obstáculos está em alcançar um consenso internacional, no que diz respeito à regulação, prevenção e punição, provocando a interpretação do Direito Internacional sobre a questão.

Especificamente, a revolução digital também pode ser vista no âmbito da proteção e implementação dos direitos fundamentais. É possível identificar os inúmeros avanços positivos alcançados no plano digital, notadamente, no que diz respeito à participação do indivíduo e da sociedade civil. Assim, com a democratização das informações e a comunicação interativa, a tecnologia permite maior atuação – e integração – de movimentos sociais em defesa de direitos, amplamente notada durante o isolamento na pandemia de COVID-19. As tecnologias e as redes sociais permitiram a interação e mobilização social e a participação democrática, como assinalado por André de Carvalho Ramos e por mim no artigo “Direitos Humanos, Mídias Sociais e Democracia: Perspectivas de Direito Nacional e Internacional” escrito para a obra coletiva “Temas de Direitos Humanos no VI CIDHCoimbra 2021”, publicado pela Editora Brasília/Edições Brasil.

Pensando bem, a pandemia catalizou a realização de uma tendência, a tendência ao digital, e reforçou o acesso e o uso efetivo das tecnologias e trouxe à tona uma série de debates, especialmente diante da escassez regulatória. Com relação à pandemia e tecnologia, podemos destacar ainda os debates sobre o direito à informação no que diz respeito à concretização de outros direitos, tais como direito à saúde, por exemplo, considerando a responsabilidade da prestação da informação oficial e de qualidade por parte do ente público que também deve ser clara, completa, atualizada e compreensível, conforme tem entendido a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no seu relatório sobre o direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano, de 2011.

Mas, como foi dito, a pandemia apenas escancarou os debates sobre direito e tecnologia. O amplo acesso às tecnologias, especialmente, a Internet, – mas não se restringindo a ela -, é a realidade atual dos debates jurídicos. Haja vista mais recentemente ainda, o embate sobre os riscos das *fakes news* em tempos eleitorais, no Brasil e no mundo. Esse ponto ilustra bem não apenas a necessidade do debate a respeito do tema, como também a necessidade de uma regulação clara para que se possa evitar decisões arbitrárias, violatórias de direitos, especialmente no campo eleitoral, cujas decisões precisam ser rápidas e seus efeitos podem impactar sobremaneira todo o curso do processo democrático, colocando em risco não somente o exercício da liberdade de expressão política, mas também, e consequentemente, a própria democracia.

São inegáveis os benefícios alcançados com a tecnologia. No entanto, também inegáveis os desafios que a tecnologia no campo digital tem trazido, notadamente, no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais. No fundo, a famigerada “sociedade digital” muitas vezes mimetiza os mesmos desafios na proteção e fruição de direitos, restando saber se a regulamentação existente no plano nacional e internacional são suficientes para garantir a proteção e a efetivação dos direitos.

Exatamente nesse sentido, recentemente, foi analisada uma das formas da violência virtual ou cibernética ou abuso online, denominada de *stalking*, normalmente cometida contra a mulher. No artigo “violência contra a mulher na internet e os parâmetros de proteção fornecidos pelas cortes internacionais de direitos humanos: ‘velha história com uma nova cara’”, publicado na obra coletiva *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade* pela Editora Polimatia, em 2022, buscou-se demonstrar que as condutas reconhecidas como *stalking* (como por exemplo, ameaças e falsas acusações no campo digital e até roubo de dados, dentre outras) são parecidas com a perseguição no mundo *offline* e estão sujeitas, em princípio, aos mesmos desafios,

acrescidos ainda da “natureza sem fronteira da internet”, da dificuldade de se estabelecer provas, da falta de legislação específica e de outros pontos específicos do debate no campo *online*.

Assim, direitos como liberdade de expressão, associação e manifestação, direito à privacidade, por exemplo, ganham nova roupagem, conforme falávamos acima, e exigem novas práticas legislativas e jurídicas que possam potencializar valores como a igualdade, a justiça e a ética, diante dos avanços tecnológicos e seus efeitos negativos. Nesse sentido, temas sobre *fake news*, discurso de ódio, proteção de dados – velhos conhecidos, serão debatidos no campo digital, para o qual são lançados outros fatores – agora novos e - que precisam ser considerados para o debate, como por exemplo o uso de algoritmos que direcionam conteúdos a determinados grupos ou até mesmo a falsa ideia de anonimato, muito peculiar quando se trata do mundo digital.

E, paradoxalmente, nessa sociedade da informação, até mesmo o acesso à informação enfrenta desafios: a massificação e a facilidade de acesso à internet e à dispositivos tecnológicos, redes e mídias sociais na verdade mascaram a exclusão e as desigualdades, de modo que os benefícios alcançados com as tecnologias não chegam a todos os indivíduos igualmente.

Além disso, o direito à informação encontra barreira estabelecida pela existência de outros direitos, como é o caso do direito à privacidade que tem sido fortemente impactado pelo mundo digital, como bem salientado por Virgílio Afonso da Silva, em seu livro “Direito Constitucional Brasileiro” publicado pela Edusp. Ambos serão, - e precisam ser! -, debatidos conjuntamente na esfera da internet.

Esse debate encerra as peculiaridades dessa relação entre Direito e Tecnologia, já que também se somam aos institutos tecnológicos já existentes conceitos e valores intrínsecos à ciência jurídica, tais como o princípio da igualdade e da não discriminação.

Desse modo, é importante interpretar os direitos fundamentais e os direitos humanos considerando esse contexto digital. Aspectos que vão, por exemplo, desde a necessidade de adequação de empresas às normas da Lei Geral de Proteção de Dados, a identificação de cibercrimes e as possíveis violações de direitos humanos, exigem conhecer os padrões mínimos que devem ser protegidos, em caso de conflito entre direitos, como também exigem medidas específicas de enfrentamento, para garantir não apenas o exercício de direitos, como também a preservação da dignidade da pessoa humana, considerada o fundamento axiológico dos direitos humanos, como assevera Fabio Konder Comparato, a qualidade de vida da sociedade e a manutenção da segurança jurídica.

Diante disso, faço um singelo convite e um pedido: convido-os à leitura dos textos que enfrentaram o desafio proposto neste dossiê e que nos permitiram criar um espaço para reflexão crítica e propositiva a respeito das mazelas da nossa sociedade diante do indomável avanço tecnológico, propondo possíveis soluções para a proteção e garantia de direitos humanos e fundamentais que o Direito não pode desconsiderar. E peço-lhes ajuda na difusão e continuidade dos debates.

São Paulo, 29 de novembro de 2022.

Dra. Daniela Bucci
Professora Titular Direito Constitucional e Direitos Humanos
Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP

The Right of Data Portability in EU's GDPR and Brazil's LGPD

O Direito à Portabilidade de Dados no RGPD e na LGPD

Daniela Copetti Cravo¹

Abstract: At the same time that data portability is one of the greatest innovations brought by contemporary data protection legislation, it also represents one of the market's greatest challenges. Concerns about data transmission or interoperability safety are inevitable, as well as about compliance costs. Thus, innumerable doubts arise regarding the aspects of data portability implementation and its peculiarities. In this sense, the paper aims to analyze the most critical points of data portability in the Brazilian context based on comparisons of other legal systems experience, especially that of the European Union.

Keywords: Data portability. Implementation, Data protection legislation.

Resumo: Ao mesmo tempo em que a portabilidade é uma das maiores inovações trazidas nas contemporâneas legislações de proteção de dados, essa também representa um dos maiores desafios ao mercado. Preocupações quanto à segurança na transmissão dos dados ou quanto à interoperabilidade são inevitáveis, bem como com relação ao custo do compliance. Assim, inúmeras dúvidas surgem quanto à forma de implementação da portabilidade de dados e aos seus contornos. Nesse sentido, a proposta desse artigo é justamente analisar os pontos mais críticos da portabilidade de dados no contexto brasileiro, a partir da experiência comparada de outros ordenamentos e sistemas.

Palavras-chave: Portabilidade de Dados. Implementação. Legislação de proteção de dados pessoais.

1. Introduction

The development of personal data protection in Brazil is marked by legislative delay on the enactment of a general, contemporary and adequate law to a digital reality and by the inertia on creating a regulatory authority on the matter of data protection. This reality could be considered long

¹ Procuradora do Município de Porto Alegre. Diretora Acadêmica da ESDM. Doutora e Mestre em Direito pela UFRGS. Pós-Doutorado no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFRGS (2019 - 2020). Professora da Faculdade de Direito da São Judas Tadeu. Vice-Líder do Grupo de Pesquisa Comércio Internacional, mercados, investimentos internacionais e circulação de riquezas. Visitante de Investigação na Facultad de Derecho da Universidad de Chile.

overdue not only when comparing Brazil to European countries, but also to other Latin American countries.

Such a legal anomie, however, has begun to change in the last couple of years in light of considerable advances in data protection. In 2018, the Brazilian General Data Protection Act - LGPD (Lei nº 13.709/2018) was enacted. Subsequently, in 2019, it was proposed a constitutional amendment (PEC - Constitutional Amendment Proposal -17/2019) that seeks to place data protection as a fundamental right and to establish legislative competence on the matter only to the Federal Union. Now, in 2020, there was a lead ruling by the Brazilian Federal Supreme Court - (Medida Cautelar da ADI 6387), where personal data protection was recognized as a fundamental right.

Therefore, it is possible to say that personastes, a protection is already a reality in Brazil, even more with the LGPD coming into force on the 18th of September 2020. This law will inaugurate a series of novelties in the Brazilian legal system, as such as: the uniformity and the transversality of the legal treatment on the subject-matter, in a clear way to guarantee legal certainty and to fight off legal fragmentation and the creation of a legal ground that legitimate personal data processing.

Besides, the LGPD also gives data subjects a myriad of rights. Among these rights, it is highlighted the right to personal data portability, which was inspired by the novelty (BOZDAG, s.d.) provided through the article 20 of the General Data Protection Regulation (GDPR)².

Data portability, understood as the possibility of the data subject to transfer its data between different data controllers or to obtain a copy for

² The right to data portability was provided through the Proposal presented by the European Parliament and by the Council, dated 25th of January 2012, and related to protection of individuals regarding the respect for personal data processing and data free flow (FIDALGO, 2019, p. 91). But before being provided through the Proposal, data portability was being debated in other opportunities and initiatives, such as follows: In 2007, the Social Network Users Bill of Rights was enacted, which provided data portability. In sequence, the Data Transfer Project was initiated, having adhered Google, Facebook, Microsoft, LinkedIn, among others (BOZDAG, s.d.)

storage and use, appears as a tool of empowerment. With data portability, the data subjects feel more stimulated to use their data and to migrate freely between different services, even choosing the ones that have the policies that suit their interests the best.

In addition, data portability also seeks to promote competition in a market known for monopolies and network effects by reducing switching costs and the lock-in effect³. Thus, personal data portability is not only desirable but needed in a digital reality.

However, innumerable doubts arise regarding data portability implementation⁴ and its peculiarities. In this sense, the paper aims to analyze the most critical points of data portability in the Brazilian context based on comparisons of other legal systems, especially the experience of the European Union.

2. Legal nature of personal data portability

There was, in the scope of the European Union, a discussion about the right to data portability's true nature, which initiated even before the Regulation's approval when it was only a project. The debates included doubts about the relevance and the affinity of this legal concept to data protection. There were stances that advocated that data portability was something strange and external to privacy protection (GOLA, 2018).

Indeed, in a preliminary approach, it could be thought that data portability would be a legal concept closer to consumer or competition law.

³ Besides these costs and effect "it is certain that misinformation of the common user and the convenience of the adhesion to the big web platforms are factors that initiate power agglutination by indiscriminate data collection." (MARTINS; FALEIROS JÚNIOR, 2020, p. 219.)

⁴ A recurring concern in matter of data portability is related to compliance costs, which can be a burden too large for small companies. According to Carolina Banda, the big companies could be willing to develop softwares to respond to data portability. On the other hand, to small businesses and startups the efforts are considerable, even having the possibility to be presented as a barrier to market entry. (BANDA, 2016/17.)

However, the acknowledgement of data usefulness and its use by data subjects depends on the evolution of society itself, as well as on larger digital awareness and education of data subjects. Companies had already noted, a long time ago, that data is useful to craft more customized services and to meet more effectively the consumer's standards.

Data is also an important input to individuals, subsidizing and guiding the development of their personal faculties, achievements and satisfactions. When recognizing the value of data also as an input to individuals and not only to organizations, but data portability can also be used as a management and facilitation tool in the personal decision-making process.

For instance, it can help us verify the impact in our consumption patterns and to adopt more sustainable habits, among other possibilities. An example would be the transfer of our shopping list to a nutritional advice app or the use of our data on transportation and power consumption to create a personal carbon index⁵.

To the Government, data portability can be used to enable debureaucratization. Besides, it is a tool that will enable legitimately a secondary use (reuse) to data and according to the data subject's expectations⁶.

Therefore, data portability needs to be understood as a tool for promoting redistribution of power and benefits of a reality powered by data, generating value for data subjects. It is a user-centered tool that enables data subject agency in the data ecosystem (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 4)⁷.

⁵ In this regard, see: <https://www.latribune.fr/opinions/la-portabilite-des-donnees-un-levier-citoyen-pour-la-transition-ecologique-854175.html>

⁶ In the scope of the European Union, the Commission enacted a Directive proposal to promote governmental data reuse: EUROPEAN COMMISSION, 2018.

⁷ Data portability can also be understood as a new-generation right (MONTELEONE, 2017, p. 202.)

Thus, it is impossible not to recognize that data portability, apart from its potential effects on the market and on consumer welfare, is an individual (GERADIN; KUSCHEWSKY, 2013) right of each data subject that enables a larger data management and control (in a sense of deciding who will access and maintain its data). This right, furthermore, is not limited to data transfer between service providers (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 3), on contrary, it can be exercised by mere obtention of a copy by the data subject for personal use.

Data portability has also been understood as a mere data transfer, without terminating the relationship. Therefore, data portability solidifies the advance of a new generation of data protection laws, taking a step further, as traditional mechanisms of access, rectification, cancellation and resistance are no longer sufficient to guarantee adequate protection (KESSLER; DRESCH, 2020, p. 23) and informational self-determination.

Besides featuring a personal data protection evolution, data portability has also technical implications on other areas. In this sense, data portability can enable the creation of datasets and the access to data, an important element for developing new technologies and artificial intelligence⁸⁻⁹⁻¹⁰.

Still, data portability can be an important tool for promoting society's collective or diffuse interests. The citizens can request that their data stays available in the future when an enforcement of a public policy or a scientific mission could publicly call for data (VILLANI, 2018, p. 30).

⁸ Data access for the development and implementation of Artificial Intelligence is fundamental (EUROPEAN COMMISSION, s.d.)

⁹ Despite data usually being “free”, non-exclusive and non-rival, the access to it is still difficult. This restriction stems from the data collection, storage and distribution's infrastructure. Besides technological barriers, there are also legal and behavioral barriers (LUNDQVIST, 2018.)

¹⁰ It is mentioned the indispensable need to transfer and to exchange data among business and sectors for developing the Internet of Things (GRAEF *et al.*, 2019, p. 23.)

For these reasons, data portability must be stimulated and promoted, even when related to other regulatory policies¹¹, to cover other data rather than only personal data¹², especially because of the difficult distinction, in practice, between personal and non-personal data (GRAEF *et al.*, 2018). However, it is necessary clarity and conceptual delimitation on some essential topics of data portability, namely, to guarantee safety and respect for other important values in terms of data protection¹³.

3. Data portability as provided through the Brazilian Act (LGPD)

The right to data portability was not provided by all general data protection bills¹⁴. Among the active bills in the legislative process, only the PL - Bill - 5.276/2016 has brought data portability as a data subject right (BIONI, 2015, p. 57), in its article 18, item V.

In 2018, the PL 4.060/2012 was analyzed by the Chamber of Deputies, being appended to the main bill the PL 5.276/2016 and the PL 6.291/16. A substitute project was approved, which provided the right to data portability.

In sequence, the bill was passed in the Senate and sent to the President for signing. On the 14th of August 2018, with partial veto, the Lei

¹¹ In this regard, we highlight the initiatives related to Open Banking. See HOFFMANN, 2020, p. 40.

¹² An example is the legal provision provided by the article 6th of the Regulation (EU) n° 2018/1807,

which deals with the regime for the free flow of non-personal data in the European Union.

¹³ Besides criticism related to safety and data portability implementation difficulties, especially for small companies, there is also criticism being made by some North American legal scholars, according to Laura Drechsler, that data portability reinforces the idea of data as property. When treating data as a personal asset, data portability could raise complex issues on property and ownership (DRECHSLER, 2018, p. 12.)

¹⁴ According to Paula Ponce, in the writings of the first stage of the public consultation for the crafting of the Personal Data Protection bill, promoted by the Ministry of Justice and ended in April 2011, there was no mention of right to data portability. This right was inserted only in 2015. (PONCE, 2020.)

Ordinária n. 13.709/2018, named Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) was enacted, providing the right to data portability in its article 18, item V, of the LGPD¹⁵.

With little provisions about the right to data portability, the LGPD was extremely brief limiting itself to provide that (i) data portability will be performed among data providers, upon express requisition, according to the national authority provided regulation, respecting trade secrets (item V)¹⁶; (ii) data portability does not include anonymous data (art. 18, § - paragraph -7th); (iii) the national authority will provide the interoperability standards for the purpose of data portability (art. 40); and (iv) health data sharing among sensible personal data controllers is forbidden, except, among other exceptions, to enable data portability when requested by the data subject (§4th, item I, art. 11)¹⁷.

Besides these specific provisions on data portability, when exercising this right, the §3rd of the article 18, that provides the need of an express request from the data subject or from its legal representative to the data processing agent, will have to be followed (note that the law refers itself to the personal data processing agent that can be the data controller or the data operator, which is the one who performs personal data processing in the name of the data controller).

There is also legal applicability of the §4th of the same article to data portability, that provides in case of impossibility of immediate adoption of the provided through the §3rd of this article the data controller could: (i)

¹⁵ With the Law 13.853/2019, that converted the Provisional Decree n. ° 859/2018, the writing of the item V, of the article 18, ended up being modified a little to displace the expression “observed the commercial and industrial secrets” to the end of the phrase. It is accepted that the modification was positive, since with the new writing there will be no doubts that the regulamentation will be on data portability and not on the matter of trade secrets.

¹⁶ Such a legal provision implies that data transfer will be directly among data controllers.

¹⁷ Despite the mention made through the LGPD about data portability related to data sharing of sensible health data, “data sharing” cannot be confused with data portability because that can occur even without the data subject’s consent, if there is legal ground. (VIOLA; HERINGER, 2020.)

communicate that it is not the data processing agent and point, when possible, the agent; (ii) indicate legal or non-legal reasons as to why it cannot adopt immediately the provision. Still, the §5th of the aforementioned article mentions that the requisition will be complied without cost for the data subject¹⁸, on terms provided through the regulation which is also applicable to data portability.

At last, there are the provisions of §1st and §8th of the article 18 which provide data subject the right to petition to the National Authority or to consumer protection entities (art. 18, §1st and §8th, LGPD) (BERGSTEIN, 2019, p. 2). Therefore, if the data subject has its right to data portability denied or hindered by the data controller, it can turn to the competent authorities, safeguarding its access to justice.

Ultimately, despite the aforementioned legal provisions, the lack of legal provisions on this right creates innumerable doubts about its content, extent and applicability to data portability. Thus, in the next topics, it is shown some interpretative proposals about data portability in Brazil, in light of comparative law (in particular the GDPR).

4. The Definition of Data Portability

Data portability is a global tendency that embraces various distinct initiatives¹⁹. As Peter Swire (2020, p. 2) points, these initiatives revolve around the following perspectives: (1) data portability as an individual right, provided by legislation such as the GDPR, (2) debate about regulation of large platforms and (3) regulations of different data transfer sectors.

¹⁸ As Ana Frazão highlights: “the right to data portability, to reach such goals, must be easy, free and granted in a way to enable data use with efficiency and safety”. (FRAZÃO, 2018). Furthermore, there is a stance that the data subject does not need to show a motive to exercise its right to data portability.

¹⁹ Peter Swire prefers the term “portability” for an individual’s data transfer and the expression “other required transfers” for data transfer between two or more people. And the term “PORT” for the *genus* which include these two species. (SWIRE, 2020, p. 2.)

When it comes to data portability as an individual right, comparing the LGPD to other legislation, it is possible to verify that there is no common definition for data portability. In the European scope, we have the article 20 of the European General Data Protection Regulation (GDPR) which has to be interpreted in light of the Recital 68.

This article provides that “the data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided”. The same article still provides that the data subject also has the right to have this data transmitted between the entity responsible for the data processing, whenever technically possible.

In the United States of America, California Consumer Privacy Act (CCPA) provides that the consumer must receive their data in a portable and readily usable format that allows the transmission of this data to third parties. The CCPA provides that this must be done only when technically feasible.

The fact is that each legislation has defined the right to data portability in a diverse way²⁰. Some focus on the right to a direct data transfer to a new data controller, others focus on the right to receive and to store data into some personal device or the data subject’s right to send data to the new data controller.

In Brazil, we propose a broad concept to data portability, that can be defined as the data subject’s right (i) to receive personal data concerning to it in a digital format for use and/or storage from the data controller; (ii) to transfer this data to another data controller, in the present or in the future;

²⁰ Based on the Swiss Code of Obligations, which provides in its article 400, par. 1, the obligation to give back everything that was received during a contract, it is possible to advocate for a right to data portability for consumers, according to Alberini and Bemhamou. (ALBERINI; BENHAMOU, 2017)

and (iii) to request that its personal data be transferred directly to another data controller (receiver) when technically possible²¹.

Note that the first two cases (i) and (ii) already find legal grounds in Brazil, despite finding it in the right of access, as visualized in the §3rd of article 19 of the LGPD. Thus, these two ways of exercising the right to data portability can be requested by the data subject, as well as the case (iii), provided through the data portability's item itself (art. 18, item V, of the LGPD).

It is up to reflection, however, if this division of data portability (the first two cases covered through the right of access and the third case through the right to data portability itself) by the legislator was the right decision because it seems to exist some sort of mismatch and disharmony between what was provided through the item V of the article 18 that does not limit data portability to the data processing based on consent or on a contract, and what was provided through the §3rd of the article 19 of the LGPD. Precisely to avoid this fragmentation, it is understood that these ways of exercising the right to data portability itself (data copy /transfer to another data controller) should be a question of portability, as provided through the GDPR, in its article 20 (n. ° 1 and n. ° 2)²².

Another important topic is the direct data transfer to another data controller (art.18, item V). It is understood that this way of exercising the right to data portability does not imply, by itself, the termination of the relationship between data subject and data controller (sender), except when the data subject desires so.

There are cases that the data subject will want only to use its data in another service which sometimes is not even a direct competitor to the data

²¹ It is defended that the expression “technically possible” should not be interpreted in a broad manner because the direct data transfer among data controllers is the most effective form of data portability in terms of positive effect on society and the market. (GRAEF *et al.*, 2017, p. 23.)

²² In the European Regulation's scope, the right of access is different from the right to portability, since the first does not enable data reuse.

controller, but a mere complimentary service. For example, the already recurrent use of API (Application Programming Interface)²³⁻²⁴⁻²⁵ for data transfer, as it is the case of social logins.

The APIs are a set of protocols that define how software components communicate with each other. When enabling a company to easily access data generated by other companies, it is possible to catch a glimpse of the development of an interoperability between different agents (BORGOGNO; COLANGELO, 2018).

Besides APIs, the stimulus to develop the Personal Management Information Systems (PIMSS) is important, which will have a crucial role if data portability is to be widely implemented. The PIMSS enable facilitation for the complex consent management system and offer users a dashboard to monitor its data use. The PIMSS work as a data controller, with direct exchange between external data controllers²⁶. (CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), s.d.)

Note, then, that there will be cases in which the data subject wants to remain in the service, requesting only that its data be “duplicated” and sent to another data controller. See that a peculiar aspect about the digital market is that consumers, frequently, want to use various platforms at the same time (multihoming), which is possible by exercising the right to

²³ The use of standardized APIs would enable a continuous portability, according to the Centre on Regulation in Europe. (CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), s.d.)

²⁴ The European Data Protection Supervisor also understands that development of standardized APIs must be incentivized. (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, 2020)

²⁵ In the SynchroniCity’s guide, which is based on the OASC Minimal Interoperability Mechanism principles (MIMs), there is emphasis on API use for data storage and access as an essential element for the possibility of reapplication and portability of models of technologies to various different cities and communities, and that can be an important orientation for developing Smart Cities. See: SYNCHRONICITY, s.d.

²⁶ The creation of tactic solutions for PIMSS promotion is highlighted in the document elaborated by the Helsinki EU Office. (HELSINKI EU OFFICE, s.d.)

personal data portability (ENGELS, 2016). It is the possibility to establish a “second digital home” for the data subject (FIDALGO, 2019)²⁷.

It is observed, furthermore, that the exercise of the right to data portability does not imply the termination of the relationship between data subject and the data controller (sender), except when desired so by the data subject²⁸. In this case, the exercise of the right to data portability will imply the termination of the data processing after its transfer, the reason why it could be called “data portability *stricto sensu*”.

Lastly, the article 16 of the LGPD enables data preservation, even after the termination of the data processing, for the purpose of data transfer (item III of the mentioned article). That is, even after the data transfer for the purpose of data portability, there may be data preservation, if there is present any case provided through the items of the article 16, such as the need to comply with a legal obligation, or even so if the data subject wants to continue its relationship with the data controller. Therefore, in case the data subject only transmits its data (in the case of multihoming use), the data portability will not imply the erasure or the elimination of data (KESSLER; DRESCH, 2020, p. 37).

However, in case the data subject wants to use data portability to migrate to another service, terminating the relationship with the sending data controller, it is important to verify, in the concrete case, if there is legal ground to continue data processing by the sending data controller (originary). This because, despite data portability not being a case for termination as provided through the article 15 (KESSLER; DRESCH, 2020, p. 49), if the data subject wants to terminate the relationship with that data

²⁷ As well observed by Vitor Fidalgo, in the GDPR scope, there are no provisions about data elimination (article 17 of the GDPR) on data portability. (FIDALGO, 2019, p. 119.)

²⁸ As a rule, there is no termination of the data processing by simply exercising the right to data portability, except when it is the data subject’s intention on terminating the relationship (data portability *stricto sensu*) and on eliminating data or if it is present any cases of termination of data processing (article 15 of the LGPD)

controller, it could be a case of consent revocation or end of processing (item I and III).

5. The difference between right to data portability and right of access

During the GDPR's legislative process, it was advocated the possibility to add the right to data portability in the right of access. It was not the accepted option on the final Regulation's text, ending up consecrating data portability as an autonomous right and distinct from the right of access (FIDALGO, 2019, p. 91).

The right to data portability, therefore, can be seen as a step forward, an evolution in light of the right of access, as the data format would no longer be limited to what was chosen by the data controller, besides enabling data reuse (DUARTE; GUSEINOV, 2019, p. 110) by the data subject itself or by another data controller. It is a novelty brought through the GDPR, since the former Directive 95/46/EC had not brought such modern right²⁹.

Another difference between right of access and right to data portability in the European scope is their limit and applicability. Data portability includes only data provided by the data subject and only when the data processing is automated and consent-based or based on a contract execution (GRAEF *et al.*, 2017, p. 1367). Such restrictions and limitations, however, do not apply to the right of access as provided through the GDPR so that the right of access and the right to data portability end up complementing each other (STIFTUNG DATENSCHUTZ, s.d.).

In Brazil, there was no clear distinction between right to data portability and right of access as happened in Europe. Some aspects of the

²⁹ It is worth to point, however, that the Directive 95/45/EC already provided the right of access.

GDPR that appear in the right to data portability were provided through the LGPD in the right of access, as can be seen through the §3rd of the article 19 of the LGPD.

As already mentioned, the reflection about the correctness of the Brazilian legislator's choice is valid because it seems to exist some sort of mismatch and disharmony between what was provided through the item V of the article 18 that does not limit data portability to the data processing based on consent or on a contract, and what was provided through the §3rd of the article 19 of the LGPD. Furthermore, in Brazil, it was given the data subject a choice on how the right of access was granted, if by digital format or by printed format (art. 19, §2nd, of the LGPD).

6. Data Processing Covered through Data Portability

In regard to the extent of the right to data portability, it can be said that it is applied, as provided through the article 3rd of the LGPD, to a natural person in any data processing operation performed by natural or legal, private or public, person, independently of where it is its headquarters or in what country the data is located, as long as (i) the data processing operation is performed on national territory, (ii) the processing has the purpose of offering or providing goods and services or data processing of individuals located on national territory, or (iii) the personal data object of processing has been collected on national territory.

However, the right of data portability is not applied to, since excluded from the provisions of the Law No 13.709/2018 (art. 4th), data processing (i) performed by a natural person solely for private purposes; (ii) performed solely for journalistic, artistic or scholarly purposes; (iii) performed solely for public safety, national defense, State security or criminal investigation and criminal offenses repression purposes; or (iv) from outside the national

territory, as provided through the item IV of the article 4th of the Law No 13.709/2018.

7. Covered Data

In the same way as the GDPR (Recital number 26), anonymous data is not covered by data portability as provided through the §7th of the article 18 of the Law 13.709/2018. However, it is advocated that whenever it is possible to identify the data subject by providing additional information, such data must be covered by data portability, as it has been defended in Europe, with legal grounds on the article 11 of the Regulation (INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS, s.d.). Pseudonymised data shall, then, be covered by data portability.

In relation to the kind of data covered (provided, observed and inferred), there is no specific definition in the LGPD. In the GDPR's scope, data portability has been limited to provided data, which represents a significant change in the final text compared to the initial bill (HERT *et al.*, 2017)³⁰.

It is understood that it is necessary a larger reflection when it comes to the absence of a specific definition in the item V of the article 18. It remains controversial still if such absence could be considered an eloquent silence of the legislator to cover other “treated data” (that is, provided, observed and inferred) ³¹, or if such definition was reserved to regulation.

³⁰ It is understood that provided data is also covered as is the case of observed data. Data profiling, then, would not be covered through data portability provided through the GDPR. However, companies could voluntarily promote this kind of data portability, as a sign of accordance and trust. (U VRABEC, 2018)

³¹ As said by Paula Ponce, such a question was debated in Congress, when the Provisional Decree n° 869/2018 was being appreciated. The proposal of the Amendment n° 42 had the purpose of excluding data derived from data portability. However, the amendment was rejected by the Commission, which understood that data portability would relate only to data provided by the data subject itself and not that generated or complemented by the data controller. (PONCE, 2020.)

In Singapore (SINGAPORE, 2020), the Personal Data Protection Commission has proposed a public consultation for the purpose of defining the implementation of data portability. One of the topics of consultation was the kind of data that data portability would cover.

In this consultation, the Singapore Commission proposed the application of data portability to data generated in digital format that is (a) provided by the individual and (b) generated by the user's activities. After feedback, the Commission expressed interest in keeping this scope, but it intends to emit a white-listed dataset that specifies a pattern which data must be subjected to data portability to guarantee more clarity and certainty for organizations.

8. Legal Grounds

In the GDPR, data portability was limited to data processing performed on a consent basis or needed for the contract execution (Recital 68 and article 20, n. 1, point "a"). Besides that, it is necessary that it was performed in an automated manner, that is, in a digital format (article 20, n. 1, point "b").

In the LGPD, the right to data portability did not suffer any limitations related to legal grounds (there was only a restriction on the right of access, as provided through the §3rd of the article 19). However, it is understood that a broad data portability coverage could backfire, precisely because of compliance costs. Therefore, the reflection about the possibility of such a question being covered through the Brazilian Data Protection Authority (ANPD) regulation's is brought.

9. Coverage - Subjective Aspect

A literal reading of the article 18, item V, of the LGPD, could lead to the conclusion that data portability would only be applied to data controllers

when they fit the concept of “data provider”. And to define such a concept it would be necessary to dialogue with the Brazilian Consumer Protection Code (CDC)³²⁻³³.

On the topic, it is understood that the LGPD has not used the best technique when using the expression “provider” in the item V of the article 18, especially because such a concept creates legal fragmentation going against the objective of a general law: to guarantee legal uniformity and certainty. Moreover, the caput of the article 18 itself provides the data controller as the entity responsible for promoting data subject rights, which should also be applied to data portability, since topographically inserted in this article.

Still, considering that data portability is an individual right, not limited to the promotion of the consumer and competition welfare, the LGPD should not have made such a legal outline. As seen before, data portability has an intimate relation with informational self-determination, reason to why it should be applied broadly to data processing and not only to data generated due to a consumer relationship. Employment relationships are an example of data portability being important and useful to the data subject.

10. Interoperability

³² In relation to data portability application to the Government, a literal interpretation of the item V, article 18 of the LGPD, the Government could only be obligated to assure data portability when it plays the role of provider, according to the article third of the Consumer Law. Generally, with exception to public companies and to mixed capital companies that operate with economic activities in the strict sense, the Government is considered a provider when it provides public services that are singular and fee based. In this case, data portability would be applied almost “exceptionally” to the Government, since most of its activities do not fit the aforementioned characteristics.

³³ In Europe, the GDPR in its Recital 68 expressly says that, by its nature itself, data portability should not be exercised in relation to the entity responsible for personal data processing when it comes to the pursuit of its public duties or the exercising of its public authority. That is, in the Government, its application will be extremely rare, only when operating on a contract or a consent basis; However, data portability can be adopted as a good practice by the public sector in other cases. (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p. 7.)

Before the legal texts analysis (GDPR and LGPD) to inquire what they provide about interoperability, it is necessary to differentiate the concepts of “interoperable format” and of “interoperability”. Interoperable format would be minimum patterns for ensuring the possibility of data exchange and reuse (EUROPEAN COMMISSION, 2018), as it is the following set: structured format, commonly used and machine-readable (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 17).

An interoperable system or the interoperability, however, are related to the capability of communication, to program execution or to data transfer between distinct functional units, without needing to know exclusive characteristics of each unit (PUCCINELLI, 2017, p. 207). The thematic of an interoperable system is covered through the ISO/IEC 2382–01.

In Brazil, in the Federal Government (BRASIL, 2012), there are various initiatives for development of interoperability for purposes of implementation of digital governance policies. In the Interoperability Guide, as well as in the Decree n° 10.046/2019³⁴, interoperability appears as the capability of various systems and organizations working together.

In Europe, the European Parliament and Council’s Decision n° 992/2009/EC defines in its article 2nd, point “a”, the interoperability as the capability of disparate and diverse organizations to interact upon data interchange among the related systems.

In the LGPD, the Law itself makes it possible, in its article 40, that the national authority provides interoperability patterns for the purpose of data portability. Since, until the enactment of a regulation in Brazil, there is no need for interoperability between services. Thus, if technical barriers appear when performing data portability (namely the case of a direct data transfer to another data controller), the data controller must explain these

³⁴ It is worth pondering that despite the objective of combating fraud and management efficiency pursued through the Decree 10.046/2019, some criticism is made towards the Decree, precisely in light of the lack of safeguards and ways of control by the citizen of how its data will be treated and by which entities. (MARANHÃO; CAMPOS, 2019)

barriers in an intelligible and clear manner for the requesting party (INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS, s.d.), considering the §4th of the article 18 of the Law.

However, despite the interoperability for the purpose of data portability not being obligatory in Brazil yet, it is advocated that when indeed performed the data controller use interoperable formats to enable data reuse. Note that the LGDP has not brought any requirement as to what data format must be used, but based on a teleological interpretation it is possible to reach this conclusion, since without the use of an interoperable format data portability might not bring any benefit for the data subject, precisely because of the difficulty of data reuse (COLOMBO; GOULART, 2020, p. 94).

It is stressed that there is already a provision in our legal system related to interoperable data format. The Decree n. 8.771/2016, which regulates the Civil Rights Framework of the Internet Act, in its article 15, establishes that data must be kept on an interoperable and structured format to facilitate access due to a judicial ruling or a legal provision. Also, the article 25 of the LGPD provides that: “The data must be kept in an interoperable and structured format for data sharing related to public policies execution, public services provision, Government decentralization and dissemination and access to information for the general public”.

Thus, it is concluded that in Brazil there is no requirement of interoperability for the purpose of data portability so far, despite the possibility of being eventually provided through the Brazilian Data Protection Authority (ANPD)³⁵, as provided through the article 40 of the LGPD. Such a conclusion does not take back the requirement of compliance

³⁵ The responsibility, however, when it comes to the promotion of interoperability does not need to be limited to the ANPD (Brazilian data protection authority) so that in the regulated sector it is possible that the promotion could be done by other regulatory authorities (for example what is happening with the Open Banking). Moreover, the market itself can take center stage in the development of interoperability through good practices, in light of the article 50 of the LGDP.

to an interoperable format so that is, at least, structured in a current use and automated reading.

In Europe, it is understood that for compliance to data portability purposes, the entity responsible for data processing must provide personal data in an interoperable, structured, of current use and of automated reading format (Recital 68 of the GDPR). However, even if interoperability is desirable (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 17), there is no obligation to comply with it³⁶, as provided through the Recital 68: The data subject's right to transmit or receive personal data concerning him or her should not create an obligation for the controllers to adopt or maintain processing systems which are technically compatible”.

It is worth noticing that in the original writings of the GDPR, it was assigned to the Commission the role of identifying a common transfer format. However, such a necessity to define a format ended up being abandoned, precisely because of the existing divergences and discussions about the competitive implications of imposing a format (MONTELEONE, 2017, P. 209).

Despite not existing an obligation of interoperability, Paul Hert *et al.* (2017) suggest that it should be required. According to the authors, the Regulation's true intention would not be a mere direct data transfer between a data controller and another one but a development of a solid interconnection between different digital services, promoting, then, a user-centered system.

This stimulus for compatibility and for interoperability is not new and can be found in recent jurisprudence in the United States of America, as in the Lotus Development Corp v Borland International case (UNITED STATES OF AMERICA, 1995), quoted by Peter Swire and Yianni Lagos (2013). In this case, the Court ruled that the Lotus company could not use

³⁶ Note that in case of a direct data transfer (article 20, n. 2 of the GDPR), the text itself provides that it will only be perform when technically possible.

its copyright protection to prevent the creation of competitor softwares that enabled interoperability.

In the European Union, there is a similar provision to the North American precedent's one. It is the Computer Programs Directive of 1991, which provides the exception to the copyright, enabling third-party companies to observe, study and copy a program of another company when needed to reach program interoperability.

Interoperability can be produced on complimentary markets, which will have a stimulus to develop it or even have the possibility to come up originally. Given this, it would be possible for the intellectual property rights concession to promote an even better experience in terms of data portability in a similar way to the North American and European aforementioned precedents.

It has been understood that without interoperability is very probable that data portability does not come to generate all of its potential effects³⁷. Maurizio Borghi ponders that the pro-competition effects of data portability end up being more pronounced in markets with common data processing systems than in the ones with no interoperable patterns (BORGHI, 2019, p. 15).

11. Data Portability and Third-Party Rights

It is still possible that the right to data portability to conflict with other rights³⁸, such as that of trade secrets or intellectual property rights protection. Another problem that could arise is related to third party privacy

³⁷ The recent OECD report "Going Digital in Brazil" highlights the importance of developing interoperability patterns for data portability purposes. (OECD, 2020, p. 199.)

³⁸ As Indra Spiecker points out, until there is not a creation of a standardized information right that strikes an appropriate balance between interests, the right to data protection will collide several times with other rights. (SPIECKER, 2018)

rights³⁹ when, for example, a person wants to port a photo in which other people appear. (SWIRE; LAGOS, 2013, p. 349)

In these cases, it is possible to bring up the provisions of item II, of the §4th of the article 18 of the LGPD, considering a legal reason that prevents adoption of data portability. There is also expressed legal reservations provided by item V of the article 18 which provides that data portability will respect trade secrets⁴⁰.

In Europe, the article 20, n. 4, expressly provides that data portability cannot harm third party rights and freedom. On the same line, the Recital 68 warns: “Where, in a certain set of personal data, more than one data subject is concerned, the right to receive the personal data should be without prejudice to the rights and freedoms of other data subjects in accordance with this Regulation”.

It is worth noting the application of these reservations, be it provided through the article 20, n. 4, of the GDPR, be it through the item II, of the §4° of the article 18 of the LGPD, should not happen in any case of possible harm to third party rights but when data portability affect them adversely, that is, in an unjustified or illegitimate way. This needs, thus, a case-by-case approach (HERT *et al.*, 2017).

According to the Data Protection Working Party of Article 29 (Art. 29 WP), in various opportunities data controllers will end up treating data related to different data subjects. But this fact should not be used to deny or to restrict data portability. What must be observed is that the new data controller, if there are no legal grounds for such, must not treat third party data when it could harm these third-party subjects (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 11-12).

³⁹ This question is also brought up in the White Paper published by Facebook. (FACEBOOK, 2019.)

⁴⁰ The LGPD does not define how or in what grade this interest must be respected, neither conceptualizes what can be considered as trade secret.

Thereby, the Art. 29 WP (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 11-12) suggests in order to avoid adverse effects to third party subjects involved that such personal data processing performed by another data controller is possible only when data is maintained under exclusive control through requesting data subject and managed only for purely personal or domestic needs. That is, if there are no legal grounds, the new data controller cannot use third party data for its activities, such as that of profile or statistics enrichment or marketing targeting.

Another interesting tool suggested by Art.29 WP is that before executing data portability data subjects should be enabled to select which data they want to transfer. With this solution, the data subject itself can already leave third party data out. It is also possible to promote the search for third party consent to legitimate data transfer (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 11-12).

Among third party rights, there are also trade secrets and intellectual property rights. Such a conclusion can also be obtained through analogical interpretation of the Recital 63 of the GDPR. In Brazil, the trade secret was expressly provided through the item V, article 18, of the LGPD, and this will be further analyzed with more details.

Regarding the possible conflict between intellectual property rights and data portability, Vítor Fidalgo (2019, p. 125) says that this problem is more seeming than real because: in relation to raw data, the execution of data portability will not be an illegal use of a software or database. In the case of software, the attributed protection concerns only its expression, in a way that data portability would not violate this right. Regarding the database, it could be decompiled before sending. Lastly, in relation to the creator of the database, data portability does not represent a substantial violation if considered that it will only be transferred as part of the database's content, which may not even be quantitatively significant.

12. Trade Secret

In the LGPD's text, we can find about thirteen provisions on the need to observe trade secrets⁴¹⁻⁴². Despite the legislator's large concern with trade secret protection in the scope of personal data protection, this is one of the more neglected and less studied subject-matters in Brazil (PELA, 2018, p. 546), not existing a precise definition about its content, besides being conditioned to unfair competition practices.

As a matter of fact, the LGPD provisions on trade secrets have to be applied with caution, be it because of the lack of tradition or consensus on the subject, be it because of the lack of interpretative vectors in the LGPD, which does not define what can be considered as a secret not even to what measure or grade of interest must be observed.

It needs to be reflected specially upon how it will be harmonized the intangible information monopoly generally protected by trade secret with the rights granted for data subjects on data access, use and processing (MALGIERI, 2016).

Independent of the choices being made related to the intensity given to trade secret protection, especially when conflicting with data subject rights⁴³, it must be pondered that a mere obtaining of a personal data copy for private use or the right to access by the data subject does not have, *prima facie*, the capability of generating losses on competition in an unfair

⁴¹ The provisions on trade secrets were brought through the Plenary Amendment 9, received in the Plenary during the Bill 4060/2012's appreciation by the Brazilian Chamber of Deputies, being attached to the main proposal the PL 5.276/2016 and the PL 6.291/16

⁴² There is a myriad of words in Brazil to designate the confidential data of companies that deserve legal protection (FEKETE, 2003, p. 17). Given that the expression "trade secret" is a *genus* that ends up covering the other species, such as that of commercial and industrial secrets (BARBOSA, 2013, p. 124), it was opted to use the *genus* "trade secret" in this article.

⁴³ It must be noted that the right to data portability is the right, among others of the LGPD, to have the most implications on unfair competition, subject-matter that regulates trade secrets in our legal system.

way to the company (and the trade secret protection in Brazil is conditioned to an act of unfair competition).

Another important topic related to trade secret is data inference, which is obtained by raw data processing, performed generally by artificial intelligence. This data inference points the preferences, tastes and conditions of a certain person. It is also considered as data inference the creation of profiles and rating systems.

As being crafted by companies through investments and technologies, could data inference be protected by trade secret rights? Answering this question is no easy task, especially because it would be necessary to research thoroughly the legal nature of data inference as to verify if it is considered personal data.

Anyway, it is possible to ponder that, if the information generated by data processing is no longer associated with the original data, so that the data subject could no longer be identified, making it impossible to backtrace, it can be protected by trade secret rights. Furthermore, the techniques and the algorithms used to obtain information and knowledge can also be covered by trade secret rights (WACHTER; MITTELSTADT, 2019, p. 79)⁴⁴.

13. Civil Liability Regime for Data Portability

The implementation of data portability brings innumerable challenges and there is no simple solution. One of the data controllers main concerns is how to promote data portability safely and without jeopardizing the protection of data subjects itself⁴⁵. With such a concern comes the inquiry about eventual liability of the data sender and data receiver⁴⁶.

⁴⁴ However, there is the possibility of mitigating the algorithm's protection in favor of the data subject. For example, the metamorphic algorithms, which as they process personal data, they end up modifying themselves.

⁴⁵ The safety subject is one of the main topics covered by the recent FTC's workshop (<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/data-go-ftc-workshop-data-portability>).

⁴⁶ For a deeper analysis, see: CRAVO *et al.*, 2020, p. 185-202.)

On this path, a characteristic of data portability that deserves more attention concerns the risks for privacy that may arise from it. From the moment that data has become completely portable, it is easy to evade any privacy policies of the original data provider, to whom it was requested.

As a matter of fact, it would be enough transferring data to a new platform for the old legislation and policies to be no longer needed to be followed (YOO, 2012, p. 1155). Besides, there could be frauds in the identification of users that would enable an offender to port data among different platforms (ENGELS, 2016) or even to obtain a copy of it.

Thus, to reap all of the benefits of portability, it is indispensable and urgent that the liability and the legal duties to be observed are established very clearly (UNITED KINGDOM, s.d.). Well, in this attempt to define the civil liability regime of data portability, it should be taken into account, as a premise, the responsibility regime provided through the arts. 42 to 45 of the LGPD.

Therefore, for purposes of civil liability it is needed the breach of a duty, be it specific or general. When it comes to legal duties related to data portability, besides the general duty of safety, it is possible to identify specific duties in each step of data portability, which are: 1) data portability requisition, 2) pre-transfer, 3) transfer and 4) post-transfer (CRAVO *et al.*, 2020).

The first step of requesting data portability is one of the most sensitive since it will be necessary to verify if the one who requests data portability is, indeed, the data subject. It is important, therefore, to steer clear of unnecessary personal data collection. Still, it is necessary to avoid frauds of malicious people.

A possibility is the use of two-step verification or the requisition for the requesting party to enter its password. Still, it can be sent an email to the address of the requesting party register for confirmation if it really wants to proceed with that requisition (and even prevent the transfer in

case the data subject does not recognize that requisition (FACEBOOK, 2020)).

From the experience of the GDPR, it was verified that not always the speed of the answer to the requisitions and the verification of the data subject's identity can be conciliated. In this sense, it is worth noting the case of the applicant that obtained data of its fiancée because of requisitions based on the provided rights through the GDPR (HUDDLESTON, s.d.).

In the pre-transfer phase, it arises, already, the question whether the data controller must verify the legitimacy of the receiver. Must the data controller certify that the destination follows policies consistent with data protection? Must it warn the data subject about possible risks?

As provided through the Art. 29 WP, the data sender is not responsible for the recipient's adequacy to the data protection legislation, since it does not participate in the receiver's choice (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016)⁴⁷. A possible solution, pointed by Facebook in the Singapore's Public Consultation, would be the creation of codes of conduct and certifications (SINGAPORE, 2020). When adopting these, the data controller would be safer when performing data portability to another data controller that followed the code or was certified.

In the third phase, data transfer, it must be adopted measures that enable data transfer in a safe way and to the right destination (destination verification measures). Here, the use of adequate formats gains prominence, as well as peer-to-peer encryption (UNITED KINGDOM, s.d.) and new technologies, such as the blockchain (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

Maria Viola and Leonardo Heringer highlight that data portability is not consent-based, but on complying with an express requisition. Because of this, the data sender would act more as a mere operator of the activity.

⁴⁷ In relation to it, the European Banking Federation issued a statement saying that: "we believe it would be necessary to emphasize that the "sending" data controller cannot prevent adverse effects on any third parties involved in the context of the data portability" (EUROPEAN BANKING FEDERATION, s.d.).

However, this does not remove the responsibility of data sender of checking the operation's safety (VIOLA; HERINGER, 2020, p. 8).

Lastly, in the post-transfer phase, the data sender will not be responsible for data processing done at the destination, even if abusive (VIOLA; HERINGER, 2020, p. 9). Although, the data sender is still responsible for data maintained in their systems (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 9).

The data sender, still, can be hold responsible by sending corrupted data (SINGAPORE, 2020), and it must make sure that data was correctly delivered at the destination (VIOLA; HERINGER, 2020, p. 8). In the condition of new data controller, the data receiver must assure an appropriate legal ground for data processing, be it data of the requesting data subject, be third party data (INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, s.d.).

14. Final Considerations

At the same time the data portability is one of the largest innovations brought through the GDPR, it also represents one of the largest challenges to the market. Concerns about safety related to data transmission or to interoperability are inevitable, as well as to compliance costs.

As a matter of fact, the apprehension that the observation of data portability could become a burden too large to small companies is inevitable, which will generate a discouragement to market entry or permanence. In the long run, this can generate a concentration of power in the market for big companies, especially if they become APIS developers in order to execute data portability, revealing a possible anti-competitive impact of this tool.

A solution to counterbalance this situation is the adoption in Brazil through the ANPD of clear and precise orientations about the definition and

content of data portability. Still, the stimulus and the promotion of interoperability have become indispensable.

However, this duty does not have to be assigned only to the ANPD. It is possible that the promotion of interoperability could be done also by other regulatory authorities (as an example of what is happening with Open Banking). Furthermore, the market itself could take center stage in the development of interoperability through good practices, in light of article 50 of the LGPD.

Regardless of the choice made in the regulation of the legislation, it is certain that data portability is a data subject right that could be presented in three distinct ways of being exercised, such as: a mere data transfer without terminating the relationship with the data controller, the obtaining a copy of the data in an automated format and data portability *stricto sensu*, with the termination of the relationship and the data subject migration to another service supplier.

Anyway, it must be alerted that any institution related to data portability must be implemented along with safety policies, especially in the data transfer phase. Lastly, it is advocated that the right to data portability must be harmonized with other interests and rights.

Ultimately, if at first glance data portability could be understood only as a mechanism destined for the consumer market, today there is no longer doubt that this right is an individual right of the data subject. Data portability is an evolution that marks a new generation of rights, capable of placing the data subject as the protagonist of the new digital reality.

References

AFUAH, Allan. Are network effects really all about size? The role of structure and conduct. **Strategic Management Journal**, v. 34, p. 257-273, 2013.

ALBERINI, Adrien; BENHAMOU, Yaniv. **Data Portability and Interoperability: An Issue that Needs to Be Anticipated in Today's It-Driven World**. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3038877>.

- ALSTYNE, Marshall Van. **A platform strategy**: creating new forms of value in the digital age. Capgemini Consulting, 2016.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to data portability**. Brussels: European Commission, 2016.
- BANDA, Carolina, **Enforcing Data Portability in the Context of EU Competition Law and the GDPR**. MIPLC Master Thesis Series, 2016/17.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BERGSTEIN, Laís. Direito à portabilidade na lei geral de proteção de dados. **Revista dos Tribunais**, v.1003, maio 2019.
- BIONI, Bruno. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015.
- BORGHI, Maurizio. **Data Portability and Regulation of Digital Markets**. CIPPM / Jean Monnet Working Papers, Bournemouth University, 2019.
- BORGOGNO, Oscar; COLANGELO, Giuseppe. Data Sharing and Interoperability Through APIs: Insights from European Regulatory Strategy. **Computer Law & Security Review**, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No. 38, 2018.
- BOZDAG, Engin. **Data Portability Under GDPR**: Technical Challenges. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3111866>. Access on the 10th of October 2020.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Guia de Interoperabilidade**: Manual do Gestor / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Brasília: MP, 2012.
- CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). **Making data portability more effective for the digital economy**. Available at: https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/cerre_making_data_portability_more_effective_for_the_digital_economy_june2020.pdf. Access on the 6th of July 2020.
- COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme. Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do Direito brasileiro. In: FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin. (Org.). **Perspectivas do discurso jurídico**: revolução digital e sociedade globalizada. Rio Grande: Editora da Furg, 2020. p. 90-109.
- CRAVO, Daniela Copetti.; KESSLER, Daniela Seadi; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Responsabilidade Civil na Portabilidade de Dados. *In*: Nelson Rosenvald; Guilherme Magalhães Martins. (Org.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 185-202.
- CSERES, Kati J. The impact of consumer protection on competition and competition law the case of deregulated markets. **Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper**, n. 05, 2006. p. 4.
- DRECHSLER, Laura, Practical Challenges to the Right to Data Portability in the Collaborative Economy. Proceedings of the 14th International Conference on Internet. **Law & Politics**. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 21-22 June, 2018.
- DUARTE, Diogo Pereira; GUSEINOV, Alexandra. O direito de portabilidade de dados pessoais. *In*: CORDEIRO, Antônio Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo; DUARTE, Diogo Pereira Duarte (coord.). **FinTechII**: Novos estudos sobre tecnologia financeira. Coimbra: Almedina, 2019.
- ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, v. 5, n. 2, 2016.
- EUROPEAN BANKING FEDERATION. **Comments to the working party 29 guidelines on the right to data portability**. Available at: https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/04/EBF_025448E-EBF-Comments-to-the-WP-29-Guidelines_Right-of-data-portabi.pdf. Access on the 27th of October 2020.

- EUROPEAN COMMISSION. **DSM cloud stakeholder working groups on cloud switching and cloud security certification**. Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/dsmcloud-stakeholder-working-groups-cloud-switching-and-cloud-security-certification>. Access on the 6th of July 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. **A European strategy for data**. 19 fev. 2020. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-strategy-data-19feb2020_en.pdf. Access on the 25th of October 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. **GDPR Data Portability and Core Vocabularies**, 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a Directive on the re-use of public sector information**, 2018.
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **EDPS Opinion on the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust**. 29 jun. 2020. Available at: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-06-19_opinion_ai_white_paper_en.pdf. Access on the 6th of July 2020.
- FACEBOOK. **Charting a Way Forward on Data Portability and Privacy**. 04 set. 2019. Available at: <https://newsroom.fb.com/news/2019/09/privacy-and-data-portability/>. Access on the 27th of September 2019.
- FACEBOOK. **Comments to the Federal Trade Commission on Data Portability**. 2020. Available at: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/08/Facebook-Comments-to-FTC-on-Data-Portability.pdf>. Access on the 25th of October 2020.
- FEKETE, Elisabeth Kasznar. **O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no Direito Brasileiro**. Forense: Rio de Janeiro, 2003.
- FIDALGO, Vitor Palmela. O direito à portabilidade de dados pessoais. **Revista de Direito e Tecnologia**, v. 1, n. 1, 2019.
- FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: direito à portabilidade. **Jota**, 07 nov. 2018. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-direito-a-portabilidade-07112018>. Access on the 5th of January 2019.
- GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. **Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue**. 13 fev. 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Access on the 25th of December 2017.
- GOLA, Peter. **Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/67**. Munich: C.H. Beck, 2018.
- GRAEF, Inge, HUSOVEC, Martin, PURTOVA, Nadezhda. Data portability and data control: lessons for an emerging concept in EU law. **German Law Journal** 2018, v. 19 n. 6, p. 1359-1398, 2017.
- GRAEF, Inge; GELLERT, Raphael; PURTOVA, Nadezhda; HUSOVEC, Martin; **Feedback to the Commission's Proposal on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data**, 2018.
- GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; VAN DEN BOOM, Jasper. Spill-Over in Data Governance: The Relationship Between the GDPR's Right to Data Portability and EU Sector-Specific Data Access Regimes. **TILEC Discussion Paper No. DP 2019-005**, 2019.
- HELSINKI EU OFFICE. **Data agile economy from reactive to proactive approach for the benefit of the citizens**. Available at: https://helsinki.eu/wp-content/uploads/2020/05/Data-agileEconomy_From-reactive-to-proactive-approach-for-the-benefit-of-the-citizens.pdf. Access on the 6th of July 2020.
- HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-

centric interoperability of digital services. **Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice**, p. 1-11, 2017.

HOFFMANN, Jörg. Sector-Specific (Data-) Access Regimes of Competitors. **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper** No. 20-08, 2020.

HUDDLESTON, Jennifer. **Comments regarding “Data to Go: An FTC Workshop on Data Portability”**. Disponível em: <https://beta.regulations.gov/comment/FTC-2020-0062-0007>. Access on the 27th of October 2020.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. **Right to Data Portability**. Available at: <https://ico.org.uk/>. Access on the 25th of October 2020.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. **Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR**. Available at: <http://alicloud-common.oss-ap-southeast1.aliyuncs.com>. Access on the 21st of January 2018.

KESSLER, Daniela Seadi; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Direito à Portabilidade de Dados no Contexto Brasileiro e Europeu. In: CRAVO, Daniela Copetti; KESSLER, Daniela Seadi; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Portabilidade de Dados na Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 23-54.

LUNDQVIST, Bjorn. Portability in Datasets under Intellectual Property, Competition Law, and Blockchain. **Stockholm University Research Paper** No. 62, 2018.

MALGIERI, Gianclaudio, Trade Secrets v Personal Data: A Possible Solution for Balancing Rights. **International Data Privacy Law**, v. 6, n. 2, p. 102–116, 1 May 2016.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. **A divisão informacional de poderes e o cadastro base do cidadão**. 18 out. 2019. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-divisao-informacional-de-poderes-e-o-cadastro-base-do-cidadao-18102019>. Access on the 22th October 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O direito à portabilidade de dados pessoais e sua função na efetiva proteção às relações concorrenciais e de consumo. In: LÓSSIO, Claudio Joel Brito; NASCIMENTO, Luciano; TREMEL, Rosângela. (Org.). **Cibernética jurídica: estudos sobre direito digital**. Campina Grande: EDUEPB, 2020. p. 213-228.

MONTELEONE, Andrea Giulia. Il Diritto Alla Portabilità Dei Dati. Tra Diritti Della Persona e Diritti Del Mercato. **LUISS Law Review**, v. 2, 202-2013, 2017.

OECD. **A Caminho da Era Digital no Brasil**. Paris: OECD Publishing, 2020.

PELA, Juliana Krueger. The Brazilian Regulation of Trade Secrets. A proposal for its review. **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil**, v. 6, p. 546-550, 2018.

PONCE, Paula Pedigoni, Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 1, p.134-176, jun. 2020.

PUCCINELLI, Oscar. El derecho a la portabilidad de los datos personales. Orígenes, sentido y alcances. **Pensamiento Constitucional** n. 22, p.203-228, 2017.

SINGAPORE. Personal Data Protection Commission. **Response to Feedback on the Public Consultation on Proposed Data Portability and Data Innovation Provisions**. 20 jan. 2020. Available at: <https://www.pdpc.gov.sg/Legislation-and-Guidelines/Public-Consultations>. Access on the 20th of October 2020.

STIFTUNG DATENSCHUTZ. **Practical Implementation of the Right to Data Portability**. Available at: <https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Datenportabilitaet/studie-datenportabilitaet.pdf>. Access on the 3rd of October 2020.

SWIRE, Peter. **The Portability and Other Required Transfers Impact Assessment: Assessing Competition, Privacy, Cybersecurity, and Other Considerations**, 2020.

SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: antitrust and privacy critique. **Maryland Law Review**, n. 3, p. 335-380, 2013.

SYNCHRONICITY. **SynchroniCity Guidebook**. Available at: <https://synchronicity-iot.eu/wp-content/uploads/2020/01/SynchroniCity-guidebook.pdf>. Access on the 26th of September 2020.

U VRABEC, Helena. **Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control**. 23 maio 2018. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3176820>. Access on the 10th of October 2020.

UNITED KINGDOM. **Data Mobility: the data portability growth opportunity for the UK economy**. Available at: https://www.ctrl-shift.co.uk/reports/DCMS_Ctrl-Shift_Data_mobility_report_full.pdf. Access on the 25th of October 2020.

VILLANI, Cédric. **For a Meaningful Artificial Intelligence**. Mar. 2018. Available at: https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/MissionVillani_Report_ENG-VF.pdf. Access on the 24th of September 2020.

VIOLA, Mario; HERINGER, Leonardo. **A Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. Rio de Janeiro: ITS, 2020.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent, A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI. **Columbia Business Law Review**, 2019.

YOO, Christopher. When antitrust met Facebook. *George Mason Law Review*, v. 19, n. 5, p. 1147-1162, 2012.

Artigo recebido em: 11/08/2021.

Aceito para publicação em: 09/11/2022.

A Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) e sua relação com a advocacia: o advogado e seus deveres quanto ao tratamento dos dados pessoais

Law No. 13.709/18 (General Law for the Protection of Personal Data - LGPD) and its relationship with law: the lawyer and his duties regarding the processing of personal data

Rômulo de Moraes e Oliveira¹
Vinicius Albuquerque Lima²

Resumo: O teor do trabalho centraliza-se na análise da inovação legislativa decorrente da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), assim como o papel e os deveres do advogado quanto ao tratamento dos dados pessoais. A obra foi elaborada tendo como sentido o objetivo geral de verificar quais os impactos decorrentes do advento da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) na atuação da advocacia. Dessa forma empregou-se a metodologia através de técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais, com conhecimentos disponíveis a partir de obras doutrinárias, artigos e legislação, utilizando-se o estudo qualitativo, observando os sujeitos atingidos pelo advento da Lei nº 13.709/18. No que se refere aos resultados alcançados, ficou evidente que a LGPD atinge todos que utilizam-se de tratamento de dados e informações de terceiros, estando nesse contexto a atividade do advogado que utiliza de forma direta e indireta os dados e informações coletadas de seus clientes e colaboradores, além de que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais também traz sanções em caso de tratamento de dados ineficaz, afetando assim quem a descumpra. Conclui-se que a LGPD ocasionou uma série de mudanças e novidades a fim de tornar mais seguro o trabalho do advogado, mas, principalmente, trazer proteção ao titular dos dados pessoais, podendo ser um cliente do advogado, como também um funcionário ou estagiário que tem suas informações armazenadas nos departamentos do escritório de advocacia sendo o planejamento e plano no tratamento de dados um meio viável com aspectos de seguridade e proteção para um bom andamento da prática advocatícia e zelo por esta atividade.

Palavras-chave: Proteção de dados; Advocacia. Inovação. Deveres e atuação do advogado.

¹ Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). Mestrado profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (Universidade Federal do Tocantins), Especialista em Direito Constitucional (Escola Superior da Magistratura Tocantinense) e em Direito Processual Civil (Centro Universitário Internacional). E-mail: romulodireito1@gmail.com

² Vinicius Albuquerque Lima, Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: vinicius.lima2223@gmail.com

Abstract: The content of the work focuses on the analysis of the legislative innovation resulting from Law 13.709/18 (General Law for the Protection of Personal Data – LGPD), as well as the role and duties of the lawyer regarding the processing of personal data. The work was prepared with the general objective of verifying the impacts arising from the advent of Law No. 13.709/18 (General Law for the Protection of Personal Data – LGPD) on the practice of law. Thus, the methodology was used through bibliographic and documentary research techniques, with knowledge available from doctrinal works, articles, and legislation, using the qualitative study, observing the subjects affected by the enactment of Law No. 13.709/18. With regard to the results achieved, it was evident that the LGPD reaches everyone who uses third-party data and information processing, being in this context the activity of the lawyer who directly and indirectly uses the data and information collected from his clients and collaborators, in addition to the General Law for the Protection of Personal Data also brings sanctions in case of ineffective data processing, thus affecting those who breach it. It is concluded that the LGPD brought about a series of changes and innovations in order to make the lawyer's work safer, but mainly to bring protection to the holder of personal data, which may be a client of the lawyer, as well as an employee or intern who have their information stored in the law firm's departments and planning and planning in data processing is a viable means with aspects of security and protection for the smooth running of the legal practice and zeal for this activity.

Keywords: Data protection. Advocacy. Innovation. Duties and performance of the lawyer.

1. Introdução

O presente trabalho busca abordar um assunto cotidiano, onde a tecnologia e a internet estão cada vez mais presentes nas relações humanas, modificando e redefinindo as formas de interação, não só no aspecto social, mas também comercial, não obstante disso, o exercício da advocacia sofreu mudanças no decorrer do tempo para adaptar-se aos avanços tecnológicos.

Com o crescimento e o advento de inovações que transmitem e transferem dados, surge a necessidade de regulação legislativa para garantir e trazer segurança e transparência a fim de evitar abusos ou problemas decorrentes do mal uso das informações dos titulares dos dados.

Tendo então por tema desta obra, a Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) e sua relação com a advocacia, abordando os deveres e o papel do advogado quanto ao tratamento dos dados pessoais, analisando as inovações dessa normativa, observando a evolução

histórica que antecede a criação desta, os direitos constitucionais que estão sendo discutidos na LGPD, assim como os princípios que norteiam a lei e principalmente o impacto que a lei traz no exercício da advocacia, trazendo ao advogado deveres e cuidados quanto ao tratamento de dados pessoais.

Surgiu-se então a seguinte problemática: A Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), ao estabelecer mecanismos jurídicos de tratamento de dados pessoais nos meios digitais, impactará a atuação da advocacia enquanto uma atividade que lida com uma base de dados específica de clientes?

Por este modo, a pesquisa justifica-se para compreender os mecanismos jurídicos de tratamento de dados pessoais nos meios digitais e os efeitos na atuação da advocacia enquanto uma atividade que lida com uma base de dados específica de clientes.

A obra através de seu objetivo geral, busca verificar quais os impactos decorrentes do advento da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) na atuação da advocacia, além de seus objetivos específicos de compreender o objeto da referida lei a partir dos princípios e diretrizes estabelecidos em relação ao tratamento dos dados pessoais, como também demonstrar como o advogado deverá proceder no empenho processual sem violar as determinações previstas na LGPD, além de relacionar os novos paradigmas jurídicos previstos na legislação e seus princípios com as regras jurídicas vigentes da advocacia, com ênfase no tratamento de dados específicos sobre sua clientela.

A obra baseou-se na análise de doutrinas e legislações nacionais constantes em sítios, livros e *podcast* que abordam a tratativa dos dados pessoais e suas ligações com o desenvolvimento da atividade advocatícia, utilizando-se assim da metodologia dedutiva com pesquisas exploratórias, atingindo o universo de pessoas, especificamente os profissionais da advocacia.

Dessa forma, é necessário mensurar o quão importante é a temática no mundo jurídico, já que traz não só mudanças que atingem o exercício da advocacia, como também as atividades realizadas pelo advogado, cabendo a este zelar e garantir ao titular dos dados segurança de suas informações.

2. A lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) e a regulação do tratamento dos dados pessoais no Brasil

A criação da Lei nº 13.709/18, conhecida por Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi um avanço histórico no direito brasileiro por inovar e ampliar a proteção dos dados pessoais, mas antes de vir à tona, houve diversos marcos que influenciaram sua asserção.

O texto legal constante na Constituição de 1988, no seu art. 5º, inciso X, serviu como base legal para criação da LGPD, principalmente pela tratativa no que decorre ao direito de inviolabilidade da intimidade e privacidade, trazendo assim a ideia de proteção aos dados pessoais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

Outro importante acontecimento foi a promulgação a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), que tornou amplo o acesso à informação, dando transparência aos atos de posse do poder público. Apenas com o caso de invasão ao celular da atriz Carolina Dieckmann e o vazamento de suas fotos sensuais, o Congresso Nacional promulga a Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann), criminalizando a invasão de aparelhos eletrônicos com a intenção de obtenção de dados pessoais.

No ano de 2014, surgiu a Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) visando regular o uso da internet no Brasil por meio da previsão de princípios, direitos e deveres para quem usa a rede. Rodrigo Santos dispõe que “no caso do Marco Civil, ele reforçava (com a devida modernização) o direito à privacidade, mas ainda não garantia a proteção de dados como a LGPD propõe hoje.” (2020, não paginado).

Contudo, no ano de 2018 tem a elaboração da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que surgiu como uma forma ampliada de defesa dos direitos inerentes a informações e dados de pessoas naturais ou jurídicas, dando mais amplitude e parâmetros de seguridade.

2.1. A proteção dos dados pessoais como objeto de tutela constitucional

A LGPD, em conformidade com a Constituição de 1988, regulamenta direitos que estão atrelados a bens jurídicos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a personalidade, conforme consta no art. 1º da Lei 13.709/18:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

É extremamente relevante a conexão adotada pela inovação legislativa em relação aos direitos fundamentais, sendo estes recepcionados pelo uso e tratamento de dados, seja por pessoas físicas ou pessoas jurídicas.

Outra relevância está no reconhecimento da proteção de dados como direito inerente ao indivíduo, nesse mesmo contexto, Laura Mendes discorre sobre a proteção dos dados pessoais de forma que:

A proteção dos dados pessoais se insere na sociedade de informação como uma possibilidade de se tutelar o indivíduo diante dos potenciais riscos que o tratamento de dados poderia causar à sua personalidade, pois o que se visa proteger não são os dados em si,

mas sim o seu titular, que poderá ser afetado em sua privacidade caso alguns limites não sejam estabelecidos. (MENDES, 2014 p.32)

Dessa forma, a proteção dos dados não é algo ligado a matéria, mas sim a pessoa, ou seja, busca-se proteção aos direitos e garantias inerentes ao titular, atingindo diretamente o indivíduo, trazendo imposição de limites e controles aos quais a lei aduz.

A Constituição de 1988 ainda busca proteger o direito de informação inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão, conforme se observa no art. 5º, em seu inciso IX:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.
(BRASIL, 1988)

O direito à liberdade é um direito fundamental constante na Constituição de 1988 e garantido na LGPD, e ao que se refere à proteção dos dados, a garantia visa manter sob a tutela do indivíduo a decisão de compartilhar os dados e com quem compartilhar. Sendo assim, no caso de dados pessoais de terceiros, só poderá ter disposição ou propagação com a devida autorização do titular dos dados pessoais.

No transcrever do texto constitucional, é elencado outro preceito importante, a privacidade que consta no art. 5º, inciso X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

A LGPD busca proteger esse preceito constitucional em face do desenvolvimento de tecnologias pelas quais os dados pessoais são cada vez

mais compartilhados e movimentados em decorrência do uso de tecnologias como a internet. Por haver uma facilidade no monitoramento da vida privada pelo meio tecnológico, ocorreu uma maior vulnerabilidade ao direito de privacidade tornando essencial sua proteção para que não haja violações ao direito.

No direito brasileiro ainda paira incertezas no que decorre a privacidade, como até onde é cabível em casos de invasão de privacidade, fato esse que por ora não é cabível, de modo que a legislação entende que a base legal que permite a “invasão” é o consentimento por parte do titular de direito podendo esse ser declarado de forma clara e simples, desde que espontâneo.

Por fim, encontra-se o direito constitucional da personalidade, também constante no já citado art. 5º, inciso X da Constituição de 1988, sendo também abarcado pela LGPD, esse direito fica muito visível já quando há uma correlação de dados e informações relevantes ao indivíduo, na medida em que terceiro, se tiver acesso a tais informações, poderá mapear o titular dos dados, saber o que a pessoa faz, qual a profissão, e até mesmo sua música favorita, dentre outros exemplos.

2.2. Dos princípios jurídicos que norteiam a proteção dos dados pessoais a partir da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD)

Ao trazer os aspectos principiológicos, é importante destacar que o princípio norteador da LGPD é o da boa-fé, seguido por diversos princípios conforme preceitua o art. 6º da referida lei:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018)

Para Antônio Cordeiro, boa-fé pode ser entendida como uma intenção boa ou como contrariedade de má fé (CORDEIRO, 2013). Deve-se levar em conta um padrão de comportamento leal, de boas práticas e em conformidade com a legalidade. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, teve o aspecto de garantir os direitos dos usuários, deixando uma brecha para que conflitos que cheguem ao judiciário sejam analisados cuidadosamente, já que a legislação não consegue acompanhar as mudanças sociais.

No que decorre do princípio da finalidade, constante no art. 6º, inciso I, deve haver uma certa finalidade no que dispõe a utilização dos dados, impossibilitando transferências das informações a terceiros, segundo afirma Doneda (2006):

Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a

terceiros, além do que é possível a estipulação de um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade). (DONEDA, 2006, p. 216).

O princípio da adequação de certo modo está ligado ao princípio da finalidade visto acima, conforme art. 6º, inciso II, ao estipular que deve haver “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento” (BRASIL, 2018), sendo assim, não atenderá o princípio da adequação se o tratamento estiver em contrariedade com as finalidades informadas ao titular dos dados pessoais.

Ao que dispõe o princípio da necessidade, ele estipula que deve haver “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (BRASIL, 2018), decorrendo duas vertentes: acarretará aumento de responsabilidade para quem coleta os dados e impedirá a coleta não necessária.

Outro princípio é o do livre acesso que conforme o art. 6º, inciso IV da LGPD (BRASIL, 2018), vem para garantir aos titulares dos dados pessoais acesso facilitado e gratuito sobre as informações de duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais de quem os porta.

Viviane Maldonado (2020) afirma que “o titular dos dados pessoais está no centro do palco da legislação”. Entende-se que caso o titular requeira, quem realiza o tratamento de dados deve informar quais são as informações coletadas, sua utilidade, finalidade, período e a forma como é realizado o tratamento.

Ao abordar o princípio da qualidade dos dados, tem-se que levar em conta que as informações sobre o titular dos dados sejam atualizadas e verdadeiras. O princípio significa também que eventuais equívocos devem ser apagados ou retificados em caráter imediato ou em curto espaço de tempo, é o que determina o art. 18, III da LGPD:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

(...)

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados. (BRASIL, 2018)

Já no que decorre da transparência, esse traz a garantia de clareza aos titulares dos dados, informações precisas e acessíveis sobre a realização do tratamento e as variadas formas de tratamento, observando-se os segredos comercial e industrial. Como afirma Rony Vainzof (2020),

[o] objetivo da legislação é tutelar direitos fundamentais, como privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, por meio do tratamento ético, responsável e seguro dos dados pessoais; não há como garantir referida tutela sem a transparência.

O princípio da segurança impõe responsabilidades a quem efetue o tratamento de dados pessoais que atentem para a seguridade dos dados pessoais de acessos por terceiros ou de invasões. Para Pestana (2020), em caso de incidentes, segundo esse princípio, é irrelevante se a perda, acesso, alteração ou difusão resulte de uma conduta voluntária, ou seja, resultado de negligência, imprudência ou imperícia: a proteção dos dados é uma obrigação e o tratador deve prever todos os cenários de possíveis riscos e se precaver contra todos eles. Correlacionado está o princípio da prevenção que determina que o tratamento de dados deve se antecipar a fim de buscar proteção, prevendo fatos indesejados.

Para discorrer sobre o princípio da não discriminação, leva-se em conta que não pode haver tratamento de dados que visam fins ilícitos, ilegais ou abusivos. Laura Mendes cita como exemplo “um determinado usuário titular de dados pessoais estar sujeito ao risco de ser discriminado indevidamente no uso de aplicações de internet em razão das informações armazenadas em bancos de dados” (2015, p. 24).

Por fim, o princípio da responsabilização e prestação de contas determina que, além de cumprir o que determina a LGPD, quem realizar o

tratamento de dados pessoais deverá ter evidências de que as diligências realizadas tinham a finalidade e a boa-fé entrelaçados, nesse sentido:

Prever a responsabilização e a prestação de contas como princípio demonstra a intenção da Lei em alertar os controladores e os operadores de que são eles os responsáveis pelo fiel cumprimento de todas as exigências legais para garantir todos os objetivos, fundamentos e demais princípios nela estabelecidos. E não basta somente pretender cumprir a Lei, é necessário que as medidas adotadas para tal finalidade sejam comprovadamente eficazes. Ou seja, os agentes deverão, durante todo ciclo de vida de tratamento de dados sob sua responsabilidade, analisar a conformidade legal e implementar os procedimentos de proteção dos dados pessoais de acordo com a sua própria ponderação de riscos. (MALDONADO; BLUM, 2019, p. 166-167).

Este princípio traz uma garantia de cumprimento dos demais princípios, impondo responsabilizações para os controladores e operadores, pois deve-se seguir todos os princípios anteriores visando a finalidade específica para o tratamento dos dados. Deve-se ater-se para o fato de que todos os princípios são importantes para o exercício regular da legislação, dando mais confiabilidade e segurança.

3. O papel da advocacia no cenário da proteção dos dados pessoais

A Lei nº13.709/18 visa regulamentar o uso e destino de informações que sejam capazes de identificar ou facilitar a identificação de uma pessoa natural, sendo essa a definição de dados pessoais constante no art. 5º, inciso I da referida normativa, e do mesmo modo, o exercício da advocacia implica na criação de ambientes onde são inseridas diversas informações.

Nesse contexto, é essencialmente importante dispor que a atividade advocatícia está amplamente ligada às diversas formas de tratamento de dados pessoais, principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis que são definidos no art. 5, inciso II da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
(...)

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (BRASIL, 2018)

O uso dos dados sensíveis nos escritórios jurídicos fica notável seja nos e-mails trocados internamente pelos sócios ou na documentação arquivada que trazem detalhes sobre a esfera privada de clientes e colaboradores, patentes, contratos comerciais, preços e valores etc.

As empresas e os escritórios de advocacia, devem manter-se alertas aos dados pessoais que circulam e estão sob sua guarda, para evitar vazamentos desses. Não por outra razão, estratégias e boas práticas de segurança da informação se transformaram em uma preocupação no mundo jurídico, conforme salienta Daniel Donda (2020, p. 96):

Independentemente do tamanho do escritório ou do ramo de atuação, conhecer os conceitos e boas práticas de segurança da informação na advocacia pode evitar prejuízos e danos a reputação do escritório. Conhecer as ameaças é uma ótima forma de identificar os riscos.

Para assegurar maior proteção a estas informações, além de valorizar a reputação do escritório, pois é um fato prejudicial ao cliente ou a quem quer que seja, ter seus dados vazados de dentro de um lugar a qual ele depositou confiança e boa-fé, leva-se em conta a magnitude e o grau de segurança ofertados pelos praticantes da advocacia.

A LGPD vai ao encontro e alinhamento do código de ética da advocacia, já que no art. 42, inciso IV da Resolução nº 02/2015 dispõe que “é vedado ao advogado (...) divulgar ou deixar que sejam divulgadas lista de clientes e demandas” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015). Sendo assim, é vedada a propagação irregular de dados ou informações sobre clientes e demandas.

O exercício da advocacia lida com o tratamento de dados pessoais, seja pela coleta, tornando visível quando o cliente repassa suas informações para ser alocada em uma peça processual, pelo arquivamento, quando fica salva

as informações em computadores pertencentes ao escritório, pela modificação, quando há mudanças cadastrais das informações, pela transferência, com o repasse de dados entre advogados parceiros, pela difusão aparente, quando é transmitida a peça para o poder judiciário quando contém as informações pessoais, além de outras formas que necessitam de consentimento pelo titular.

De acordo com Souza (2018), o consentimento para o tratamento de dados é importante pois visa dar amparo à liberdade de escolha, devendo ser livre, informada, inequívoca, específica, determinada e expressa.

É um instrumento importante para que haja o tratamento de dados, devendo ser empregado como dispõe o art. 8º da LGPD, seja por escrito ou qualquer meio que demonstre a vontade do titular, podendo ainda ser revogado a qualquer momento pelo titular.

3.1. O advogado e sua função no tratamento dos dados pessoais

No que dispõe ao papel de quem exerce a advocacia, ou seja, do advogado e sua relação com o tratamento de dados pessoais, dá-se pelo simples fato de ser o profissional responsável pela governança do tratamento de dados constantes em seu ambiente de trabalho.

A gerência das informações pode ser feita pelo próprio advogado ou através de um terceiro como o profissional DPO (*Data Protection Officer*) que é o encarregado que cuida das questões relativas à proteção de dados, tornando-se responsável pelo sigilo e proteção, resguardando o local de trabalho de penalizações conforme disposto no art. 5º, inciso VIII da Lei nº 13.709.

O art. 11º da LGPD traz de forma direta as situações em que não serão necessárias o consentimento do titular dos dados:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
(...)

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária. (BRASIL, 2018).

Conforme dispõe a lei, o consentimento não é necessário em casos que o tratamento visar o cumprimento de leis e de políticas públicas, para órgãos de pesquisa, porém estes devem trabalhar com dados anonimizados sempre que possível, na execução de contratos ou para o exercício regular de direitos, que é o caso de uma ação judicial, e em casos de tutela da saúde e proteção da vida (BRASIL, 2018).

Dispõe Fernanda Sanches (2021) que nos contratos o advogado adequa em suas cláusulas o pedido de certos dados dos quais utilizará no processo e cita com quais instituições poderá ser compartilhado. A LGPD trouxe algumas hipóteses as quais o advogado se utilizará dos dados para que seja feito o cumprimento contratual, no caso da advocacia, pode utilizar como exemplo o contrato de honorários, a qual sem os dados solicitados não há como tornar acessível o uso de procuração, até mesmo na montagem da peça processual. Com isso, o advogado não precisa de um consentimento do cliente porque sem essas informações não tem possibilidade de cumprimento do contrato firmado com o cliente.

Outra possibilidade é o exercício regular de um direito, constante no art. 7º, inciso VI da LGPD, onde para exercer um direito cabível não precisa de autorização a fim de buscar os dados pertinentes. Um exemplo claro dessa hipótese é quando o cliente compactua um contrato com o advogado,

onde o profissional cumpre com todas as suas obrigações e não é pago pelo indivíduo como previa o contrato, podendo dessa forma o defensor utilizar-se dos dados já presentes no contrato anterior para ingressar com ação contra o seu antigo cliente.

Em se tratando de interações entre o advogado e o cliente, onde o advogado busca o envio de informações para o cliente com caráter informativo, necessita de autorização previa do cliente ou um termo de consentimento de uso de dados para que receba o mesmo, assim ensina Luana Galetti (2019). Cabe nesse ponto o relacionamento e harmonia entre os dois polos para que não haja violação a LGPD.

Ainda de acordo com Sergio Ricardo, “em uma sociedade extremamente conectada a meios eletrônicos, tem-se uma figura usual aos tempos modernos que seria as inteligências artificiais” (2018, p. 9). É o caso dos robôs eletrônicos que são utilizados através de aplicativos e programas adquiridos por grandes centros da advocacia para facilitar e auxiliar os advogados na manutenção e moldagem dos dados.

É muito importante, como mencionado antes, o uso de tecnologias para auxiliar no tratamento de dados, fazendo de forma organizada o planejamento seguro para levar até sua finalidade e disposição, tendo o advogado como ponto primordial nessa tarefa, por ser um profissional ligado a atividade que pratica e relaciona-se com dados pessoais a todo momento.

3.2. Dos deveres do advogado frente ao tratamento dos dados pessoais

Com o advento normativo, o advogado tem o dever de assegurar o sigilo profissional e a proteção dos dados pessoais dos seus clientes. São situações distintas, já que o sigilo profissional tem seguimento no art. 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 25 O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1994)

Nota-se que o mencionado texto legal diz respeito ao dever de confidencialidade por parte do advogado sobre as informações conhecidas em razão do seu exercício profissional. A proteção de dados pessoais é disciplinada pela LGPD, que determina como os dados pessoais devem ser tratados para garantir o direito dos seus titulares.

Surge ainda alguns direitos inerentes aos titulares das informações que devem ser cumpridas pelo controlador (podendo ser o advogado) a qual ocasiona deveres a este conforme traz o art. 18 da normativa referida:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I- Confirmação da existência de tratamento;

II- Acesso aos dados;

III- Correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV- Anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V- Portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI- Eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII- informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII- informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa. (BRASIL, 2018)

Inerente a atividade do advogado, seguindo o pressuposto do artigo 18 da Lei nº13.709/18 citado acima, o titular de direitos pode inclusive pedir a exclusão dos dados ao findar de uma ação jurídica ou com findar de sua utilização processual, como também acesso às informações de cunho pessoal, cabendo ao advogado a realização daquilo a qual foi proposto com seu cliente.

Também entra nos novos encargos do advogado como controlador e idealizador do tratamento de dados que em caso de incidente onde possa ocasionar vazamento ou prejuízo de dados pessoais, o art. 48 da LGPD determina:

Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

§ 1º A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela autoridade nacional, e deverá mencionar, no mínimo:

I - a descrição da natureza dos dados pessoais afetados;

II - as informações sobre os titulares envolvidos;

III - a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial;

IV - os riscos relacionados ao incidente;

VI - as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo. (BRASIL, 2018)

Conforme dispõe o texto do art. 48 discorrido acima, cabe ao controlador tomar as providências devidas a fim de comunicação a autoridade competente. A forma mais correta de evitar incidentes é a elaboração prévia de um plano de respostas a incidentes, a devida comunicação a autoridade nacional e titulares e a aplicação de medidas que mitiguem ou neutralizem os riscos ou danos causados, sendo o plano de incidentes aderido por todos os funcionários do escritório.

Os advogados, além de tudo, também têm o dever de assegurar a integralidade das informações armazenadas no seu local de trabalho, com isso, o escritório de advocacia que deseja se manter de acordo com a LGPD deve traçar uma política de acesso restrito aos processos e arquivos físicos, mantendo em sua maioria as informações em sistema de informática. Esse método requer um procedimento de revisão periódica, com o intuito de reforçar a segurança e a validade para funcionários, sócios, correspondentes, parceiros etc.

4. O impacto da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) na advocacia e as

Conforme disposto anteriormente, com o advento da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados), aconteceu uma diversidade de mudanças e inovações técnicas que devem ser seguidas no mundo comercial, bem como no exercício da advocacia com a finalidade exclusiva de proteger informações e dados de terceiros.

Assim como já disposto sobre o encarregado que cuida da proteção dos dados (*Data Protection Officer*), ele poderá ser alguém da área de TI ou advocacia, não importa, desde que as pessoas que auxiliarem esse encarregado formem uma assessoria técnica multidisciplinar, pois assim é que a organização poderá ter uma adequação mais efetiva da legislação (ALVES, 2019).

Dessa forma, é necessário ainda discernir sobre a governança de dados que é a realização do processamento de dados dentro do escritório, ou seja, uma forma organizacional ao que se refere ao tratamento dos dados. Apesar de complexo definir uma abordagem de governança, se assim o fizer, a organização fica assegurada quanto à conformidade com as obrigações legais, e alinhada com os objetivos do negócio (YUN, 2019).

Todos que armazenam e processam dados pessoais de pessoas naturais, inclusive quem exerce a advocacia devem alinhar-se às regras da Lei Geral de Proteção de Dados adotando mecanismos de controle interno para proteger os dados dos riscos que estão inerentes a fim de evitar penalizações a quais traz o art. 52 da Lei nº 13.709/18:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:
I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

- II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
- III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
- IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
- VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;
- X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador. (BRASIL, 2018)

Para garantir maior segurança, Marcelo Tostes (2020) traz que a contratação de uma equipe de TI capacitada pode contribuir muito com a segurança de dados do escritório, podendo evitar grandes riscos através da elaboração de uma política interna de uso de recursos digitais, podendo também o advogado se especializar para cumprir esse papel. Sobre as mudanças, Adriano Ferreira nos indica que:

Para se adaptar à LGPD, será necessário também "colocar ordem na casa", mapear os dados, classificá-los, organizá-los de acordo com a base legal que autoriza o seu tratamento e, depois, torná-los mais seguros. Devem ser adotadas várias mudanças, que podem garantir a adequação à lei e à proteção das atividades. (FERREIRA, 2019)

Os escritórios podem contratar fornecedores de software para armazenagem de dados em nuvem, com isso, é indispensável está inteirado sobre a responsabilidade que esses fornecedores têm com os dados, quais são suas políticas e principalmente saber se ele atende aos princípios da LGPD.

A computação em nuvem é um dos recursos que trazem muito mais praticidade para os profissionais do escritório, facilitando a interação com os clientes e a conclusão das atividades (FERREIRA, 2019). Além disso, garante a segurança dos dados e aumenta a produtividade do time.

De certo modo, a implementação da LGPD em qualquer área de atuação, assim como na advocacia, não é um pressuposto negativo, mas sim uma vantagem, pois vislumbra a proteção de dados e informações de

terceiros para que não haja inconveniência ou prejuízo com vazamentos ou sua utilização incorreta.

Conforme já demonstrado nos capítulos anteriores, o exercício da advocacia está ligado a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, pois por ser uma atividade que lida diretamente com dados de terceiros em diversas atividades, cabendo assim ao profissional a implementação da legislação no seu ambiente de trabalho, padronizando o tratamento de dados em obediência legal.

5. Considerações finais

O trabalho em destaque foi desempenhado seguindo o seu objetivo geral de verificar quais os impactos decorrentes do advento da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) na atuação da advocacia.

Há de se falar que houve também objetivos específicos, sendo de compreender o objeto da referida lei a partir dos princípios e diretrizes estabelecidos em relação ao tratamento dos dados pessoais, como também demonstrar como o advogado deverá proceder no empenho processual sem violar as determinações previstas na LGPD, além de relacionar os novos paradigmas jurídicos previstos na legislação e seus princípios com as regras jurídicas vigentes da advocacia, com ênfase no tratamento de dados específicos sobre sua clientela.

É de se afirmar que para a produção dele, foi preciso detalhar o lapso temporal, desde as legislações anteriores que tratavam do uso de dados, até se chegar ao surgimento da LGPD, utilizando-se, assim, não só de textos legislativos, mas também de doutrinas específicas, além de artigos e análogos.

Ao dispor sobre a temática, é importante ressaltar que há um afeto evidente aos direitos constitucionais, especialmente aos que dispõem bens

jurídicos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a personalidade, ambos constantes na carta magna.

Buscou-se também uma análise aos princípios norteadores da Lei Geral de Proteção de Dados, sendo no total, dez princípios que regem essa legislação, destacando-se o princípio da finalidade que dispõe que o uso de dados de terceiro deve ter um fim legítimo e específico, não podendo sair daquela linha de tratamento.

Também se destaca o princípio da segurança, que determina ao encarregado pelo tratamento de dados pessoais tomar medidas técnicas e administrativas a fim de garantir segurança e proteção. Ainda, sobre responsabilização e prestação de contas, deve ter a demonstração pelo agente de tratamento de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais como também a eficácia dessas medidas.

Chega-se à conclusão desta pesquisa de que a Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), ao estabelecer mecanismos jurídicos de tratamento de dados pessoais nos meios digitais, impactará a atuação da advocacia enquanto uma atividade que lida com uma base de dados específica de clientes pois o advogado ao receber dados e informações de seus clientes assume o papel de controlador ou operador sendo responsável pelo tratamento dos dados, cabendo o papel de zelar e proteger o que foi fornecido pelos titulares, podendo o mesmo contar com ajuda de profissionais especializados para realização desse tratamento.

O ambiente de trabalho do advogado é um paralelo gigante de armazenamento de dados e informações de pessoas, podendo em caso de vazamentos ocasionar prejuízo não só ao titular dos dados, mas também à reputação do escritório de advocacia.

Por fim, para que o advogado não incida nas sanções dispostas no art. 52 da LGPD, ele deve idealizar e implementar o tratamento de dados, seja com advento e uso de materiais eletrônicos ou físicos, implementando uma

governança e relatório de dados com finalidade de controle para que haja a sua correta finalidade, além de que após alcançado esse objetivo, e concluindo o tratamento dos dados, sejam estes excluídos .pois deste modo, estaria tornando o tratamento seguro e transparente, conforme pressupostos contidos na LGPD.

Referências

- ALVES, Fabrício. **Proteção de dados pessoais é a evolução da privacidade**. 2019. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/protecao-dados-evolucao-privacidade>. Acesso em: 25 maio 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 09 set. 2021.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.
- DONDA, Daniel. **Guia Prático de Implementação da LGPD: conheça estratégias e soluções para adequar sua empresa em conformidade com a Lei**. São Paulo: Labrador, 2020.
- FERREIRA, Adriano. **Ética na contabilidade e LGPD juntas a favor da segurança**. 2019. Disponível em: <https://www.dominiosistemas.com.br/blog/etica-na-contabilidade-e-lgpd-juntas-a-favor-da-seguranca/>. Acesso em: 03 jun. 2021.
- FERREIRA, Adriano. **O impacto da LGPD nos escritórios de contabilidade**. 2019. Disponível em: <https://www.dominiosistemas.com.br/blog/o-impacto-da-lgpd-nos-escritorios-de-contabilidade/>. Acesso em: 02 jun. 2021.
- GALETTI, Luana. **A advocacia e a proteção de dados na Revolução Industrial do século XXI**. 15 nov. 2019. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7876/67648594>. Acesso em: 15 out. 2021.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 19-43, 2015.
- MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo. Saraiva. 2014.
- PESTANA, Marcio. **Os princípios no tratamento de dados na LGPD (Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais)**. 25 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.
- SANCHES, Fernanda. **LGPD Contratos: Tenho que adequar os contratos já existentes à LGPD?** 15 maio 2021. Disponível em: <https://fersanchesk.jusbrasil.com.br/artigos/1202923170/lgpd-contratos-tenho-que-adequar-os-contratos-ja-existent-a-lgpd>. Acesso em: 14 out. 2021.

SANTOS, Rodrigo. **Linha do tempo da LGPD: O que mudou desde o primeiro anúncio?** 31 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.compugraf.com.br/linha-do-tempo-da-lgpd/#:~:text=A%20linha%20do%20tempo%20da%20LGPD,-embora%20o%20cen%C3%A1rio&text=No%20ano%20de%201948%2C%20a,direito%20%C3%A0%20privacidade%20mais%20popular>>Acessado em: 10 set. 2021.

SOUZA, L. Proteção de dados pessoais: estudo comparado do Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e Conselho e o Projeto de Lei brasileiro n. 5.276/2016. **Caderno Virtual**, [S. l.], v. 1, n. 41, 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3153>. Acesso em: 16 nov. 2021.

TOSTES, Marcelo. **Segurança de dados na Internet: como proteger a sua empresa?**2019. Disponível em: <https://transformacaodigital.com/juridico/seguranca-de-dados-na-internet-como-protetger-a-sua-empresa/>. Acesso em: 26 maio 2021.

VAINZOF, Rony. Capítulo I – Disposições Preliminares. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

YUN, Remilina *et al.* **Guia prático de programa de adequação a proteção de dados pessoais**. Brasil: [s. n.], p. 83-90, 2018.

Artigo recebido em: 03/11/2021.

Aceito para publicação em: 09/11/2022.

Os aspectos gerais dos tratados internacionais e a Convenção de Budapeste sobre Crimes Cibernéticos

General aspects of international treaties and the Budapest Convention on Cybercrime

Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo¹

Resumo: O objetivo deste artigo é verificar aspectos gerais dos tratados internacionais e os níveis similares de desenvolvimento para aplicação das disposições relativas ao crime cibernético na União Europeia. Utilizando como metodologia a análise documental dos textos legais de domínio público, bem como textos doutrinários que embasam as considerações finais neste trabalho. Durante a análise da Convenção sobre crimes cibernéticos do Conselho da Europa, que foi aberta para assinatura em Budapeste, em novembro de 2001, observou-se que a adesão de membros continua crescendo, bem como a qualidade da cooperação para enfrentar novos desafios no campo da informática, das relações em redes e duro combate ao crime.

Palavras-chave:Cooperação regional. Cibernético.Crimes. Convenção. Acordo.

Abstract: The objective of this paper is to verify general aspects of the international treaties and the similar levels of development for the application of the provisions regarding cybercrime in the European Union. Using as methodology the documentary analysis of legal texts from the public domain, as well as doctrinal texts that support the final considerations in this study. During the analysis of the Council of Europe Convention on Cybercrime, which was opened for signature in Budapest in November 2001, it was observed that the membership continues to grow, as well as the quality of cooperation to face new challenges in the field of information technology, network relations and hard crime fighting.

Keywords: Regional cooperation. Cybercrime. Convention. Agreement.

1. Introdução

Os acordos de cooperação regional envolvem, via de regra, membros com semelhante desenvolvimento, cultura e tradição jurídica e situados em um bloco econômico, como é o caso do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)

¹ Advogado, Pós-Doutor em Economia Política, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais, Mestre em Direito (área de concentração em Direito Internacional), Especialista em Direito Público. Professor do Programa de Mestrado Profissional em Economia e Mercados e Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, professor titular na Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS. Professor convidado na FIA/USP para cursos de MBA.

e do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) e da União Europeia. Por conta desta proximidade geográfica entre os países-membros de um bloco regional, trona-se mais fácil promover a cooperação e o desenvolvimento de um sistema único por meio da harmonização e convergência de políticas de combate ao crime cibernético.

Em análise sobre os aspectos da defesa da concorrência, por analogia, tema os lição de (OLIVEIRA, 2002, p. 308), na qual traz reflexão sobre a importância da harmonização dos preceitos:

[...] o desenvolvimento no âmbito dos blocos regionais envolve, em um primeiro momento, a harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência. Um passo seguinte importante é a transformação da defesa comercial (com ações *antidumping*, por exemplo), articulando-a com a defesa da concorrência. Em um estágio mais avançado, em que já se consolidou um mercado comum, como aquele obtido pela União Europeia, é possível conceber um órgão supranacional, como a DE-IV, da Comissão Europeia.

Neste sentido, a União Europeia é considerada o bloco comercial mais evoluído na atualidade, possuindo uma eficiente forma de defesa dos sistemas internos, por intermédio do Conselho Europeu de modo supranacional e responsável pela política de defesa contra crimes cibernéticos no âmbito da Comunidade. A título de exemplo e comparação, no Mercosul ainda não temos um avançado estágio de integração alcançado pela União Europeia, entretanto, podemos citar o Conselho do Mercado Comum, reconhecendo a cooperação entre os Estados-Partes da localidade.

A questão da formação dos protocolos intrabloco e sua importância no sistema internacional está definida nos ensinamentos de (GUIMARÃES, 2009, p. 47) como sendo a terminologia utilizada de modo indistinto, seja para tratados bilaterais, mas também para tratados multilaterais importantes e traz como exemplo o Protocolo de Kyoto, na esfera multilateral em matéria ambiental. Explica, ainda, que alguns se valem do vocábulo para indicar o termo final de uma reunião ou conferência internacional.

É importante frisar que, ainda resta um longo caminho para a efetiva proteção dos dados e um esquema maior de repressão do crime cibernético, já se trata de uma excelente iniciativa dos membros, com as perspectivas de, no futuro, incrementar as políticas de defesa cibernética, além de instituir um órgão supranacional com vistas a dirimir questões relativas a atos que possam vir a prejudicar o trefego das informações em rede digital.

Em uma análise sobre os pressupostos interpretativos dos tratados e convenções internacionais e seu alcance, esclarece (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 239):

Os tratados são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados. As convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, veem seus atos normativos repercutirem no âmbito interno dos Estados. Este é o caso, por exemplo, da OIT, Organização Internacional do Trabalho, cujas convenções aprovadas são submetidas às autoridades competentes dos Estados participantes (por exemplo, devem ser ratificadas pelo Congresso), passando a ter força legal.

A experiência obtida nos acordos de cooperação tem sido benéfica, tanto no sentido de evitar conflitos de jurisdições na aplicação extraterritorial de leis, quanto para servir de exemplo em um eventual acordo de cooperação multilateral, neste sentido afirma (NUSDEO, 2002, p. 170):

[...] os principais deveres assumidos pelas partes referem-se à informação recíproca a respeito de atividades potencialmente anticompetitivas realizadas em seu território de que tenham conhecimento e sejam do interesse da contraparte; à informação sobre investigações ou medidas tomadas que possam afetar os interesses da outra parte, podendo requisitar documentos, inquirir testemunhas, realizar buscas, etc. Costuma-se estabelecer também as cláusulas de cortesia, através das quais as partes se comprometem a levar em consideração os interesses da contratante no desempenho de suas funções.

Outro exemplo para contextualizar a situação de cooperação profícua foi a celebração entre o governo dos Estados Unidos e a Comissão Europeia em 1991, cuja principal proposta era a coordenação e diminuição da possibilidade de impacto resultante das diferenças entre as partes na

aplicação de suas leis sobre concorrência e outras medidas. Havia previsão para que cada uma das partes notificasse a outra quando for aplicar sua legislação e afetação dos interesses da outra, bem como reuniões periódicas entre ambas as autoridades com o fim de promover maior convergência legal.

2. Os Aspectos Jurídicos dos Tratados Internacionais

Nas lições de (FRANCO FILHO, 1999, p. 127), ao organizar o tema sobre a Convenção sobre os Direitos dos Tratados, ocorrida em Viena, no ano de 1969, destaca que:

1. Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelas partes; 2. Na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entra em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se por um tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores [...]

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 2º, alínea “a”, define tratado: “Tratado’ significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.

Entretanto, embora haja uma definição da expressão ‘tratado’ nessa Convenção, na verdade, a denominação dos tratados internacionais é irrelevante para que sejam determinados tanto os seus efeitos, isto é, sendo válida uma norma a mesma gera uma série de consequências; quanto a sua eficácia, ou seja, se a norma válida está verdadeiramente gerando consequências, surtindo efeitos. É irrelevante, porque se pode verificar, pela prática, que não há atribuição de nenhuma consequência (Soares, 2002, p. 59). Assim, tratados, por definição histórica de (SOARES, 2002, p. 58) ao observar a solenidade dos atos internacionais, destaca como sendo:

[...] atos solenes entre os Estados, tão antigos quanto as relações amistosas ou litigiosas entre grupos políticos autônomos. A notícia

de sua prática entre os povos pode ser datada dos primeiros registros escritos ou gravados em monumentos de pedra, os quais procuravam tornar claros, e em especial, com vista em sua perpetuação no tempo, tal como os valores religiosos fundamentais das grandes civilizações, os direitos e deveres entre aquelas unidades políticas autônomas. [...]

Como já mencionado no corpo deste trabalho, em nosso sistema podemos utilizar várias nomenclaturas para definir o tratado, como, por exemplo: acordos, convenções, ajustes, ligas, entre outros que são utilizados como sinônimos de atos bilaterais ou multilaterais internacionais, às vezes sem qualquer critério.

Nesse sentido, entende (PIOVESAN, 1997, p. 73/74) que “os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*) constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”. E segue explicando que ‘tratado’ é um termo genérico, usado para incluir tantas outras denominações semelhantes, tais como: convenções, pactos, protocolos, cartas e demais acordos internacionais.

Na verdade, os adeptos dessa corrente defendem a existência de uma diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, como também a existência de um limite de validade dessas normas, ou seja, a norma internacional só teria validade e geraria efeitos internacionalmente, mas não teria validade no interior dos Estados, a não ser que este, aceitando-a, promovesse sua internalização (por meio de um procedimento próprio, estabelecido por lei interna).

Eventualmente, na questão do dano econômico, o Estado vitimado de alguma forma em seu território, seu patrimônio, seus serviços ou mesmo sobre a pessoa ou bens de particulares a ele subordinado, tem legitimidade para invocar a responsabilidade internacional do Estado faltoso. Neste sentido, em matéria de complexidade, pode ser observada a lição de (MELLO, 2004, p. 1684-1685):

No século XIX, tendo em vista as consequências da revolução industrial, os Estados começam a estabelecer restrições às importações. A dificuldade para se estabelecer uma regulamentação internacional no setor econômico é explicada, citando a jurisprudência norte-americana [...] no sentido de que as possibilidades são tão grandes que se trona impossível fazer uma regulamentação geral. [...]

É fato que as soluções de controvérsias que envolvem os Estados devem ser resolvidas pelo modo pacífico. Neste sentido é a fala de (TRINDADE, 2002, p. 788):

[...] tendências atuais na solução pacífica das controvérsias internacionais mas também de áreas emergentes do direito internacional contemporâneo (tais como as das organizações internacionais, proteção dos direitos humanos, direito do meio ambiente) assim como de novas transformações ou desenvolvimentos em algumas de suas áreas mais tradicionais (tais como território, jurisdição, tratados, responsabilidade dos Estados) revela um sensível declínio da concepção voluntarista do direito internacional, segundo a qual este último dependeria inteiramente da vontade dos Estados.

3. Os Tratados Internacionais e seus Limites de Aplicação

Sem dúvida, temos uma inovação para os chamados *positive comity* e *negative comity principles*, traduzidos como princípios de cortesia positiva e de cortesia negativa. Pela cortesia negativa, uma das partes leva em consideração os interesses da outra, antes de aplicar sua legislação contra atos praticados em seus próprios limites territoriais, podendo, inclusive, não iniciar uma investigação, que deixaria a cargo do parceiro no acordo. Neste sentido, inclusive, é a própria redação da Convenção de Budapeste:

Artigo 26.º – Informação espontânea 1. Qualquer Parte pode, nos limites previstos no seu Direito interno e não e sem pedido prévio, transmitir a uma outra Parte informações obtidas no âmbito das suas próprias investigações, sempre que considerar que a transmissão dessas informações pode ajudar a Parte destinatária a iniciar ou a efetuar investigações ou procedimentos relativos a infracções penais previstas na presente Convenção, ou sempre que considerar que ela pode dar origem a um pedido de cooperação formulado por essa Parte nos termos do presente Capítulo.

Por outro lado, o *positive comity principle*, ou princípio de cortesia positiva, consiste em atos positivos de cooperação e assistência recíproca entre autoridades nacionais localizadas em diferentes países, ao contrário da *negative comity*, que implica, simplesmente, a decisão de não iniciar uma investigação. Mediante a cortesia positiva, uma das partes, sentindo-se prejudicada por práticas que ocorram no território da outra, pode notificá-la para que tome as medidas cabíveis em cada caso. Neste sentido também pode ser observado o texto da Convenção de Budapeste:

Artigo 27.º - Procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na falta de acordos internacionais aplicáveis 1. Na falta de um tratado de auxílio mútuo ou de um acordo assente em legislação uniforme ou recíproca em vigor entre a Parte requerente e a Parte requerida, aplica-se o disposto nos números 2 a 9 do presente artigo. Existindo esse tratado, acordo ou legislação, só se aplica o disposto no presente artigo se, em vez deles, as Partes envolvidas decidirem aplicar o presente artigo, no todo ou em parte.

É importante frisar que as disposições do acordo, principalmente no que concerne aos princípios de cortesia, não têm caráter vinculativo para as partes, ou seja, trata-se de mecanismos de aplicação voluntária com o intuito de dirimir os conflitos e tensões causados por aplicações unilaterais de leis antitruste nacionais. Além disso, cabe distinguir, como complemento, a diferenciação entre os conceitos de integração regional e regionalismo, com apoio nos estudos de (CREUZ, 2010, p. 61):

Com isso, vale pontuar breve distinção entre o conceito de integração regional e regionalismo. O regionalismo pode ser visto como um programa ou como uma política de Estado, enquanto a integração regional consubstancia-se efetivamente em um processo do qual Estados lançam mão de suas autonomias absolutas para a formação de um bloco econômico regional. Logo, o regionalismo integra o campo das políticas públicas, que pode envolver a instituição de um projeto [...]

Do ponto de vista histórico das relações internacionais, não se trata de algo novo, pois como exemplo, os Estados Unidos e a União Europeia já estabeleceram acordos de cooperação, ampliando os termos do acordo de 1991, em momento após a dissolução da União Soviética e, principalmente,

tornando mais abrangente o conceito de cortesia positiva. A versão aprimorada do princípio da cortesia positiva estabelece que qualquer das partes tem o dever de abrir uma investigação contra atos praticados em seu território, sempre que isso for solicitado pela outra parte. Não obstante, uma parte deve atender ao pedido da outra, mesmo que não haja qualquer violação de sua legislação antitruste interna.

Os Estados Unidos também firmaram acordos de cooperação com a Alemanha, Austrália, Canadá e Brasil. Nota-se que há grande interesse, por parte dos estadunidenses, em ampliar a cooperação com seus parceiros comerciais, que começou a se manifestar principalmente a partir de 1994, quando o Congresso americano aprovou uma lei que permite a troca de informações confidenciais com outros países; trata-se da *International Enforcement Assistance Act* (IAEAA), que confere poderes às agências para celebrarem acordos de cooperação não apenas no âmbito das trocas de informações sigilosas, mas também no que concerne às modalidades de assistência técnica (NUSDEO, 2002, p. 171).

Cabe ressaltar que há diferenças em relação aos acordos celebrados pelos Estados Unidos com seus diversos parceiros, pois isso ocorre em virtude da similaridade entre os níveis de desenvolvimento dos sistemas jurídicos desses países, diferentes, por sua vez, dos sistemas de países emergentes, que muitas vezes nem possuem legislação apropriada ao tema do crime cibernético, como é o caso deste estudo. O acordo celebrado entre os Estados Unidos e o Brasil, em 1999, difere do acordo celebrado entre os Estados Unidos e a União Europeia em 1998, por exemplo, principalmente no que se refere ao conceito de cortesia positiva, mais extenso no acordo com a União Europeia. Nesse diapasão, serve como esclarecimento o escólio de (FINKELSTEIN, 2003, p. 39) sobre a formação de blocos econômicos e seu contexto mundial:

Não existe um órgão internacional ou uma agência encarregada de fiscalizar ou autorizar a criação e o funcionamento dos mercados de bloco ou acordos de integração regional. Estes são negociados

diretamente pelos Estados interessados versando desagregar parte ou a totalidade da pauta comercial existente ou, em outros casos, ampliar a integração ora alcançada, evoluindo a forma adotada àquela posterior, que implica em maior integração.

Dessa forma, aumenta-se a expectativa da comunidade internacional para que se tornem viáveis acordos de cooperação multilaterais com vistas a um maior desenvolvimento dos sistemas de defesa para o crime cibernético em diferentes países, promovendo convergência de procedimentos e harmonização de leis progressivamente.

Neste sentido, é a percepção de (CELLI JÚNIOR, 1999, p. 61), ao expressar suas considerações a respeito das funções da regulação jurídica no âmbito internacional “[...] até certo ponto paradoxal regulamentação jurídica, das tensões, inconsistências e contradições entre os diversos sistemas de proteção à livre concorrência [...] As regras de concorrência podem ainda ser utilizadas como instrumento de outras políticas”.

Assim, nos envolve o tema da recepção dos tratados, que deve ser compreendida, mesmo no âmbito da União Europeia, sob dois prismas: Direito Internacional Público e direito interno, conforme ensina (DALLARI, 2003, p. 7):

O tema da recepção – e eventual integração – do direito, à luz dos propósitos desta obra, compreende duas dimensões distintas: a da recepção do Direito Internacional Público no direito interno e, mas particularmente, a da recepção dos tratados internacionais pelo sistema de normas de direito positivo do Estado. Quanto à dimensão mais geral, que serve de pano de fundo para aquela que, mas específica [...]

Portanto, as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno geram inúmeros problemas não só doutrinários, mas também práticos a respeito de se saber qual o tipo de relação que eles mantêm entre si. O ponto principal dessa questão consiste em saber qual das normas deverá prevalecer em havendo conflito entre a norma internacional e a norma interna. A problemática envolvendo as teorias monista e dualista reside no ponto da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, uma

vez que os monistas defendem a existência de um só ordenamento com prevalência (ou não) de uma norma sobre a outra, enquanto os dualistas defendem a existência de dois ordenamentos distintos e normas de sobreposição.

4. Os Crimes Cibernéticos e a Comunidade Global

Com o crescimento da conectividade global, a vida social e política mudou imensamente. O papel amplamente citado que a internet desempenhou durante a primavera árabe na promoção da liberdade de discurso afirma que as redes de computadores estão na linha de frente da defesa da liberdade, fundamental direitos e Estado de direito. No entanto, a liberdade on-line, assim como off-line, também exige segurança. De fato, a internet pode igualmente ser usada como um instrumento eficiente para vigiar e atacar adversários ou cometer danos e crimes de qualquer forma possível. O grau em que o ciberespaço trouxe liberdade aos usuários, da mesma forma, deram origem a ameaças à segurança que podem ser usadas contra o mesmo cidadão. Neste sentido é a lição de (NUNZI, 2012, p. 4):

As ameaças à segurança em nossas sociedades estão crescendo em escala e sofisticação e o desafio que representam é cada vez mais transfronteiriço e intersetorial. O crime cibernético, que ocupa um lugar de destaque entre as preocupações dos cidadãos e dos governos, corresponde perfeitamente a este perfil, uma vez que se baseia e visa as infraestruturas da Internet e seus usuários. Cidadãos, empresas, governos e infraestruturas críticas precisam de proteção contra os criminosos que exploram as tecnologias modernas.²

Entre os pontos do direito à liberdade e a garantia de segurança, a segurança cibernética é desafiada a garantir, de algum modo, a democracia, o Estado de Direito e dos direitos fundamentais aos cidadãos e, ao mesmo

² *Security threats to our societies are growing in scale and sophistication and the challenge they pose is increasingly cross-border and cross-sectoral. Cybercrime, which ranks high among the concerns of citizens and governments, perfectly matches this profile as it relies upon and targets internet infrastructures and their users. Citizens, businesses, governments and critical infrastructures need protection from criminals who exploit modern technologies.*

tempo, controlar o abuso da liberdade que pode, em tese, prejudicar vidas alheias. Conseqüentemente, a segurança cibernética e o crime cibernético estão ganhando crescente atenção no discurso público. No entanto, noções divergentes dos conceitos são que está colocando desafios quando se trata de abordar a questão de forma sistêmica.

Para obter certeza sobre os conceitos trazidos na Convenção de Budapeste partimos da premissa que o crime cibernético é definido, como os ataques cibernéticos que são conduzidos com potenciais ameaças para os serviços essenciais da União Europeia. Portanto, além disso está a noção de segurança cibernética, ou seja, a infraestrutura para defender computadores, servidores, dispositivos móveis, sistemas eletrônicos, redes e dados de ataques maliciosos.

Assim, o conceito de segurança cibernética e Infraestrutura crítica possuem várias definições e são usadas dentro de discussão acadêmica sobre o tema. Enquanto alguns estudiosos se referem à defesa cibernética e resiliência como componentes de uma estratégia global de segurança cibernética, outros usam o termo o que já indica discordância na abordagem do tema. Em geral, segurança cibernética concentra-se na proteção de computadores, redes e dados de forma não intencional ou acesso não autorizado, mudança ou destruição. Desta forma, de modo técnico, cabe a definição de (ROSSINI *et al.*, 2015, p. 10)³

Na verdade, um grande exemplo é o próprio termo segurança cibernética, que a União Europeia define como "salvaguardas e ações que podem ser usadas para proteger o domínio cibernético", tanto no campo civil como militar, das ameaças que estão associadas a ou que possam prejudicar suas redes interdependentes e infraestrutura de informação. A UIT define segurança cibernética como "a coleta de ferramentas, políticas, segurança conceitos, salvaguardas de segurança, diretrizes,

³ *In fact, a great example is the term cybersecurity itself, which the European Union defines as "safeguards and actions that can be used to protect the cyber domain, both in the civilian and military fields, from those threats that are associated with or that may harm its interdependent networks and information infrastructure". The ITU defines cybersecurity as "the collection of tools, policies, security concepts, security safeguards, guidelines, risk management approaches, actions, training, best practices, assurance and technologies that can be used to protect the cyber environment and organisation and user's assets"*

abordagens de gerenciamento de risco, ações, treinamento, melhores práticas, garantia e tecnologias que podem ser usadas para proteger o ambiente cibernético e os ativos da organização e do usuário".

Portanto, o alcance, a severidade e a natureza transnacional da Comissão Europeia, induzem a aplicação da lei e organizações de segurança internacional, juntamente com governos e o setor privado para definir e abordar a questão da segurança de dados. Desta feita, busca-se garantir a segurança cibernética como uma prioridade máxima na política da União Europeia, de onde existe uma noção de trincheira como uma primeira linha de defesa contra o crime cibernético.

Além disso, a Comissão estabelece princípios que devem realmente orientar a política de alcançar segurança cibernética como a proteção dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão, dados pessoais e privacidade, acesso para todos, governança democrática e eficiente de múltiplas partes interessadas e uma responsabilidade compartilhada para garantir, claramente, na direção da sustentação de um direito que deve protegido por meio de uma abordagem de segurança comum a todos.

A prevenção de crimes cibernéticos é parte integrante de uma segurança cibernética transnacional e de informações críticas estratégia de proteção. Isto inclui a adoção de uma legislação apropriada tanto no âmbito nacional como a nível internacional. Neste contexto, deve ser avaliado como determinante a relação entre crimes cibernéticos e relacionados, pois crimes cibernéticos têm um significado mais restrito em comparação com os crimes relacionados aos computadores de modo geral. Para elucidar esta questão interpretativa e conceitual, cabe o esolcio de (FIGUEIREDO, 2014, p.90), com apoio no Direito Penal, de onde extrai:

Logo, o Direito Penal desempenha um importante papel não somente de repressão, mas também de prevenção geral negativa ao criminalizar determinadas condutas que ameacem ou quebrem os princípios básicos do ciberespaço que são a confidencialidade, integridade e disponibilidade. Neste aspecto, a Convenção do Cibercrime possibilitou uma repressão e prevenção uniforme aos perigos causados pelo uso indevido do sistema de informática entre

os Estados europeus e também serve de inspiração aos demais países para legislarem acerca do tema, contribuindo desta forma para delimitar os parâmetros de um conceito operativo de cibercriminalidade de âmbito global.

Com isso, as legislações definem o crime responsabilidades por qualquer ação possível. O potencial ilimitado das tecnologias de computação aponta ao fato de que a situação atual é um começo deste problema que hoje se torna perigoso e ameaçador. No mais, quando as tecnologias estão se desenvolvendo tão rapidamente e há tantos cientistas e progresso técnico, a criminalidade informática, está se transformando em um dos crimes mais perigosos entre todos. Os crimes informáticos causam ameaças particulares ao campo das finanças, escolas, serviços, governos etc. Grupos criminosos roubam milhões de Reais por meio do uso ilegal de novas metodologias ilegais, sem falar no crime cibernético em nível internacional, que tem claramente uma dificultosa prevenção dada a velocidade de cometimento e possibilidade de escapatória dos delinquentes.

Como já dito anteriormente, o crime cibernético consiste em atos criminosos cometidos on-line através do uso de redes de comunicação eletrônica e sistemas de informação. A União Europeia implementou leis e apoia a cooperação operacional através de ações não-legislativas e financiamento de estruturas de combate. A colaboração entre países é essencial para o bom funcionamento do sistema repressivo. Neste sentido comenta (DELGADO, 2007. p.57/58):

[...] atendendo à diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados envolvidos nos procedimentos de cooperação, pode-se admitir sob a rubrica de cooperação judicial penal internacional aqueles atos de colaboração praticados não só entre juízes, mas também entre as autoridades do Ministério Público¹⁵⁸, razão pela qual – admite o autor – apesar de se utilizar do termo cooperação judicial penal internacional, considera que, sob este ponto de vista, seria tecnicamente mais adequado fazer uso da expressão, mais compreensiva, “cooperação jurisdicional penal internacional.

Portanto, o crime cibernético ou cibercrime é uma questão sem fronteiras que pode ser de várias maneiras classificado, que vão desde ataques contra sistemas de informação ou *phishing* (por exemplo, falsos

sites bancários para solicitar senhas que permitam o acesso às contas bancárias das vítimas), fraude e falsificação on-line, com instrumentos para o roubo de identidade, *phishing*, spam e código malicioso para conteúdo ilegal, incluindo material sobre abuso sexual infantil, incitação ao ódio racial, incitação a atos terroristas e glorificação da violência, terrorismo, racismo e xenofobia.

É sabido que, muitos destes tipos de crimes, têm se movimentado on-line ou são facilitados on-line. Como consequência, a maioria das investigações criminais tem um componente digital muito importante e uma necessidade especialização dos investigadores.

5. A Convenção de Budapeste e o Crime cibernético

A Convenção sobre crimes cibernéticos, discutida e aprovada no âmbito do Conselho da Europa foi aberta para assinatura em Budapeste, em novembro de 2001. Quinze anos depois, ela continua sendo o acordo internacional de suma relevância que versa sobre crimes cibernéticos e provas eletrônicas. A adesão continua crescendo, enquanto tanto a qualidade da implementação quanto o nível de cooperação entre as Partes continuam melhorando, e o próprio tratado está evoluindo para enfrentar novos desafios. Parte disso é a complementação por meio de um mecanismo de acompanhamento eficaz e por programas de capacitação, que são alimentados pelo comitê responsável, fato que, sobremaneira, vem contribuindo para a evolução da Convenção. Inclusive, no dia 15/12/21, o Senado brasileiro aprovou a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste (APROVADA..., 2021), o que se trata de um grande avanço em nosso sistema de proteção e combate aos crimes cibernéticos.

Oficialmente conhecida como a Convenção do Conselho da Europa sobre Cibercriminalidade, a Convenção de Budapeste - aberta para assinaturas em 2001 e que entrou em vigor em 2004 - foi o primeiro tratado

internacional a focar explicitamente o crime cibernético. Desde a redação deste artigo, 64 países ratificaram a Convenção de Budapeste - incluindo os Estados Unidos, que ratificaram o tratado em 2006. Vários outros países também estão em processo de aderir ao tratado.

Os objetivos do tratado são três: I- harmonizar as leis nacionais relacionadas aos crimes cibernéticos; II- apoiar a investigação desses crimes; e III- aumentar a cooperação internacional na luta contra os crimes cibernéticos. Entre outras coisas, o tratado obriga os países participantes a adotar legislação que proíba os crimes cibernéticos especificados. Ele também exige que os países participantes adotem certas regras de coleta de provas, tais como mecanismos para apoiar a preservação rápida de dados armazenados, além de servir como um limite ao Tratado de Assistência Jurídica Mútua (M-LAT) quando os países envolvidos em um pedido não possuem tais tratativas.

Conforme discutido, o tratado foi escrito antes do surgimento da computação em nuvem, quando a grande maioria das provas digitais (e outras) críticas para as investigações criminais foi mantida dentro das próprias fronteiras territoriais. Assim, pressupunha-se a jurisdição sobre a localização dos dados - operando sob a suposição de que os interesses nacionais relevantes e a localização dos dados subjacentes eram concomitantes. Este não é mais o caso. Com uma mudança na interpretação da regra, a partir 2018, concluiu-se que mais da metade de todas as investigações envolve um pedido transfronteiriço de acesso a provas eletrônicas.

A desconexão entre a jurisdição territorial dos Estados e as formas pelas quais os dados se movimentam e são mantidos além das fronteiras nacionais representa desafios significativos para a aplicação da lei. Mesmo em situações nas quais os países têm relações amigáveis, as múltiplas etapas necessárias para acessar os dados muitas vezes levam a longos atrasos. E em outras situações, a aplicação da lei pode nem mesmo ter a

certeza de localização dos dados ou sede da entidade com posse e controle dos dados e, portanto, nenhuma ideia de jurisdição para decisão do pedido. Ao analisar esta questão, nota-se a complexidade da extraterritorialidade e a internet nas palavras de (CIDRÃO *et. al.*, 2018, p.69/70):

Isso faz com que as questões que envolvem a internet sejam de alta complexidade, devido ao fato de estarem relacionadas a várias jurisdições distintas, afetando diferentes países, o que dificulta o entendimento de qual o país seria realmente competente para processar, julgar e penalizar esses infratores cibernéticos. Com efeito, a colisão entre o Direito pátrio e o Direito alienígena quanto à questão do mau uso da Internet faz crer que, para a solução desses conflitos, há a necessidade de se socorrer ao Direito Internacional por meio de acordo de cooperação e tratados. É nesse cenário que os tratados internacionais se fazem um importante instrumento para o combate aos cibercrimes.

Em reconhecimento a esses desafios postos, o Comitê da Convenção sobre Crime Cibernético criou um grupo de trabalho para considerar as questões em 2012, que se transformou no Grupo de Evidência da Nuvem e, por fim, recomendou a adoção de uma atualização do tratado na forma de um Segundo Protocolo Adicional. As negociações começaram em setembro de 2017, que resultaram na elaboração de cinco textos provisórios destinados a abordar alguns dos desafios. Além disso, a União Europeia está atenta aos perigos reais inseridos no ciberespaço, conforme preleciona (CAMPOS, 2018, p.2):

Devido não só ao perigo da ameaça transnacional, que é nos tempos correntes mais real do que nunca, mas também devido a evolução tecnológica que trouxe consigo novos desafios para estes atores, as Organizações Internacionais que agora se exploram começaram então a contar com o ciberespaço, espaço onde a delimitação espacial desta dissertação se cingirá, no ambiente securitário prioritário dos seus documentos estratégicos. A UE viria a aumentar o foco na segurança cibernética equipando-se e ajudando os Estados-membros a protegerem-se contra as ameaças cibernéticas, mantendo simultaneamente um ciberespaço aberto, livre e seguro.

O cibercrime existe há mais de 40 anos e o Conselho da Europa vinha lidando com este tema do ponto de vista do direito penal desde meados dos anos 80. Em 2001, a questão tornou-se suficientemente importante para

justificar um tratado internacional vinculativo. Então foi negociado pelos Estados membros do Conselho da Europa juntamente com o Canadá, Japão, África do Sul e Estados Unidos da América, a Convenção sobre Crimes Cibernéticos, ocorrida na cidade de Budapeste, Hungria, em novembro de 2001.

Desde então, as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) transformaram as sociedades em todo o mundo. Elas também as tornaram altamente vulneráveis aos riscos de segurança, com o advento dos crimes cibernéticos. Tudo isso aliado aos desenvolvimentos de células criminosas atuantes de forma organizada que, nas palavras de Carrapiço (2005, p. 181) colaboram entre si dentro do ciberespaço para:

O desenvolvimento em áreas como as comunicações, os transportes e o ciberespaço aumentaram de forma exponencial o campo em que estes grupos podem operar: "the spread of e-business and the possibility of creating so-called virtual identities facilitates and obscures criminal activities and actors by providing anonymity". Outra consequência relevante é a constituição de parcerias e a cooperação entre grupos de crime organizado de diferentes regiões do globo.

Embora haja o reconhecimento da necessidade de fortalecer a segurança, a confiança nas TIC's e de reforçar o Estado de Direito e a proteção dos direitos humanos no ciberespaço, todas as coisas "cibernéticas" se tornaram agora muito importantes. medida que eles tocam os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como os interesses nacionais (de segurança) dos Estados, é cada vez mais difícil chegar a um consenso internacional sobre soluções comuns.

Para superar este dilema, a abordagem mais sensata é focar em padrões comuns que já estão em vigor e funcionando, como a Convenção de Budapeste sobre aspectos do crime cibernético, e em abordagens nas quais há um amplo consenso, em particular, o desenvolvimento de capacidades.

Além disso, a repressão dos crimes cibernéticos continua desafiando os governos e a própria legislação constituída no tocante à aplicação devido à inerente interconectividade global das pessoas e das coisas. Os cibercrimes

desafiam os tudo que se tem como convencional até hoje em matéria de soberania estatal, pois podem originar-se de quase qualquer computador do mundo e passar por múltiplas fronteiras nacionais em questão de segundos. No mais, também são problemáticos os níveis nacionais de legislação que, eventualmente, facilite a atuação de criminosos.

6. Considerações Finais

Do ponto de vista legislativo, duas alternativas existem para o tratamento dos atos ou comportamentos antijurídicos, quais sejam, a ilegalidade intrínseca e a ilegalidade condicionada. A ilegalidade intrínseca é a aproximação adotada pelos Estados Unidos da América e pela Alemanha, na qual se supõe a proibição geral de certos comportamentos sem necessidade de avaliar o impacto, considerando com isso que só sua existência deveria ser demonstrada para ativar os procedimentos dedicados para impor as sanções correspondentes então.

Por outro lado, a ilegalidade condicionada é considerada para que os atos ou comportamentos constituam práticas restritivas que possam ser prejudiciais ao interesse geral ou outros objetivos que são estabelecidos pela legislação. Desse modo, a autoridade competente deveria enfrentar um caso de avaliação para estabelecer a existência de ato lesivo ao interesse individual.

É importante frisar que as interpretações estão conferindo habilidades discricionárias aos órgãos de aplicação (em medida menor quando eles são comportamentos definidos de proibição absoluta), mas com a diferença que em um caso a discricionariedade é usada para determinar se um ato ou comportamento ilegal é autorizado (ilegalidade intrínseca), enquanto no outro esse império é exercitado para determinar se ele é proibido (ilegalidade condicional).

Assim, no denominado ciberespaço, por estar em constante evolução, assim como as políticas preventivas e reativas relacionadas, uma grande quantidade de perguntas não respondidas permanece para os futuros pesquisadores abordarem, tais como o envolvimento dos direitos fundamentais e as disposições relacionadas com a análise de segurança dos dados no ciberespaço. Esta avaliação pode, inclusive, versar sobre o direito à proteção de dados pessoais, liberdade de expressão, liberdade de informação contidos na Carta dos Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia.

Tomando como base a Convenção de Budapeste e as novas pesquisas sobre o possível envolvimento das normas de proteção de dados e aspectos da segurança cibernética a União Europeia ainda terá muito espaço para encontrar soluções de governança para os novos emergentes desafios técnicos e de segurança neste novel campo do conhecimento.

A política de segurança cibernética inclui algumas das principais prioridades, entre as quais se destacam necessário para cumprir os objetivos estabelecidos no documento internacional firmado. Assim, umas das prioridades centrais da política estão definindo a principal estratégia em termos da provisão de segurança cibernética, bem como o fornecimento de uma visão geral dos princípios que podem possivelmente criar a infraestrutura e as estratégias para que se venha a ter uma proteção segura dos sistemas e redes de informação (públicas e privadas).

Portanto, a ausência de harmonização internacional pode criar abrigos para criminosos, semelhantes aos criados em paraísos fiscais pelo mundo afora. Urge, desta feita, impor limites legais dentro de um regime de direito internacional no ciberespaço para que se evitem dilemas jurisdicionais, pois os Estados não podem tratar do assunto individualmente e necessitam buscar, de modo contínuo, a cooperação transnacional ou global para combater eficazmente o crime cibernético.

Referências

- APROVADA adesão do Brasil à Convenção sobre crime cibernético. **Senado Notícias**, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/15/aprovada-adesao-do-brasil-a-convencao-sobre-o-crime-cibernetico>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- CAMPOS, Hélio Samuel Farinha. **A Luta Contra o Cibercrime: Os Casos da União Europeia e da NATO**. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais). Universidade do Minho - Escola de Economia e Gestão, 110p., 2018.
- CARRAPIÇO, Helena. O Crime Organizado e as Novas Tecnologias: uma Faca de Dois Gumes. **Revista Nação e Defesa**, n. 111, 3ª série, p. 175-192, 2005.
- CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos. A oportuna e necessária aplicação do Direito Internacional nos ciberespaços: da convenção de Budapeste à legislação brasileira. **Brazilian Journal of International Relations**, Marília, v. 7, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2018.
- COUNCIL OF EUROPE. **Convention on Cybercrime**. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680081561>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. **A construção da defesa da concorrência no Mercosul: uma perspectiva construtiva – cooperação e interesses nas relações internacionais**. Dissertação (Mestrado Programa San Tiago Dantas de Pós-Graduação em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas, 215p., 2010.
- DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DELGADO, Vladimir Chaves. **Cooperação internacional em matéria penal na Convenção sobre o Cibercrime**. Dissertação (mestrado em Direito das Relações Internacionais). Centro Universitário de Brasília, 315p., 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2011.
- FIGUEIREDO, Herivelton Rezende de. Cibercrime. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS, v. 16, n. 32, jul./dez. 2014.
- FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de mercado em blocos**. São Paulo: Thomson, 2003.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org.). **Tratados internacionais**. São Paulo: Ltr, 1999.
- GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Contratos internacionais de seguros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- NUNZI, Alfredo. Cybercrime: A new challenge for the European Union. **Revue Internationale de Droit Penal**, v. 83, 2012. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2012-1-page-289.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle dos atos de concentração no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSSINI, Carolina; GREEN, Natalie. **Cybersecurity and Human Rights.GCCS - Webinar Series Training Summaries**, 2015. Disponível em: <https://www.gp-digital.org/wp-content/uploads/2015/06/GCCS2015-Webinar-Series-Introductory-Text.pdf>. Acesso: 17 mar. 2022.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. v. I. São Paulo: Atlas, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Artigo recebido em: 30/03/2022.

Aceito para publicação em: 09/11/2022.

A moderação de conteúdo online e as batalhas entre o bem e o mal

Online content moderation and the battles between good and evil

Luciano Meneguetti Pereira¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar um dos temas mais problemáticos da sociedade digital contemporânea que é a moderação dos conteúdos produzidos na Internet, notadamente nas mídias sociais. A pesquisa justifica-se em razão das dificuldades que vêm sendo enfrentadas tanto em âmbito nacional como internacional no enfrentamento das complexas questões que a temática tem levantado. De um lado, práticas nefastas como a violência extremada, o discurso de ódio, o racismo, a intolerância (em suas mais diversas facetas), o engano viral online, teorias da conspiração e o cancelamento de pessoas promovido pelos “tribunais” da Internet têm promovido incontáveis violações de vários direitos no ambiente digital; de outro, a necessidade de uma efetiva proteção dos direitos violados por aquelas desprezíveis práticas e a tutela dos interesses das empresas proprietárias das plataformas digitais têm se mostrado cada vez mais importantes. Pela presente pesquisa conclui-se pela necessidade da moderação de conteúdo pela via estatal que observe os standards e parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos. Na pesquisa foi empregado o método dedutivo, utilizando-se como metodologia a pesquisa básica, qualitativa, exploratória e bibliográfica, lançando-se mão de doutrina autorizada de índole nacional e internacional.

Palavras-chave: Internet. Mídias Sociais. Conteúdo. Moderação. Direitos Humanos. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: This article aims to analyze one of the most problematic issues in contemporary digital society, which is the moderation of content

¹ Doutorando em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino (ITE) - Bauru/SP (2011). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UNP) - Natal/RN (2007). Especialista em Docência no Ensino Técnico e Superior pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP (em andamento). Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP (2005). Professor Universitário no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Aldete Maria Alves (FAMA) - Iturama/MG. Professor Universitário no Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul (FUNEC) - Santa Fé do Sul/SP. Professor Universitário no Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) - Araçatuba/SP e no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Birigui (FABI) - Birigui/SP. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Contemporâneo (GPDIC) do Centro Universitário Toledo (CNPq). Pesquisador no Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (NETI/USP). Membro da Rede Latino-Americana e Caribenha de Educação em Direitos Humanos; e da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos (RBEDH). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Advogado.

produced on the Internet, especially in social media. The research is justified by the difficulties that have been faced both nationally and internationally in facing the complex issues that the theme has raised. On the one hand, harmful practices such as extreme violence, hate speech, racism, intolerance (in its most diverse facets), viral deception online, conspiracy theories and the cancellation of people promoted by Internet "courts" have promoted countless violations of various rights in the digital environment; on the other, the need for an effective protection of rights violated by those despicable practices and the protection of the interests of companies that own digital platforms have shown themselves to be increasingly important. This research concludes that there is a need for content moderation by the state, which observes international standards and parameters for the protection of human rights. In the research, the deductive method was used, using as methodology the basic, qualitative, exploratory, and bibliographical research, making use of authorized doctrine of national and international nature.

Keywords: Internet. Social media. Contents. Moderation. Human rights. Freedom of expression.

1. Introdução

As batalhas entre o bem e o mal têm estado presentes na vida humana desde as mais remotas eras. A história tem demonstrado que ao longo dos séculos os seres humanos têm lutado interna e externamente em um dos lados e que em algum momento de suas vidas eles podem trocar de lado, passando para o “lado negro da força”. Esse é, aliás, um dos pontos mais intrigantes dos quais tem se ocupado a filosofia ao longo dos tempos. O fato é que tais batalhas têm atravessado os séculos, mudado de feição, e estão presentes na sociedade contemporânea, tendo alcançado o mundo digital e a vida *na e através* da Internet e das plataformas digitais.

Atualmente parece ser bastante óbvio para toda e qualquer pessoa que o advento da Internet revolucionou o mundo, transformando-o profunda e positivamente de maneira irreversível. Os benefícios por ela trazidos, aliados à toda evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas são incontáveis e seria de pouca utilidade procurar descrevê-los aqui. Mas um ponto que importa aqui ser destacado é que o *mal* também a atingiu, se apropriando dela, potencializando lutas antigas e dando origem a novos e complexos conflitos por meio de sua utilização aliada às novas tecnologias.

O cenário é paradoxal. Se de um lado os direitos humanos talvez tenham alcançado níveis de positivação, desenvolvimento e efetivação como nunca antes na história humana (a própria Internet já foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) como um direito humano)², de outro, nunca foi tão fácil violá-los, notadamente por meio da rede mundial de computadores e do uso de toda a parafernália tecnológica hoje à disposição, especialmente por meio das plataformas digitais de mídias sociais.

Nesse contexto e mais especificamente, a *liberdade de expressão* e o *acesso à informação* foram, sem dúvida, direitos que foram potencializados no mundo digital. Milhões de indivíduos que antes não tinham acesso e voz em diversas arenas, agora podem expressar suas ideias, filosofias, ideologias e convicções através da Internet, bem como acessar praticamente todo e qualquer tipo de conteúdo. Do mesmo modo podem influenciar os processos de tomada de decisões na esfera pública e participar mais ativamente dos debates públicos sobre assuntos pertinentes à condução de uma nação.

Mas por outro lado, essas liberdades também passaram a ser objetos de constantes ataques, restrições e violações indevidas, que muitas vezes têm ocorrido de maneira massiva e sistemática. Práticas nefastas como a violência extremada, o discurso de ódio, o racismo, a xenofobia, a misoginia, a intolerância (em suas mais diversas facetas), teorias da conspiração e o cancelamento de pessoas promovido pelos “tribunais” da Internet são exemplos atuais dessas violações, assim como as leis que têm sido editadas pelos Estados visando a moderação do conteúdo produzido na Internet para o combate destas práticas. O tema é realmente sensível, problemático e de difícil enfrentamento.

A expansão e a proliferação das mídias sociais nas últimas décadas constituem fatores que incrementaram a *batalha entre o bem e o mal no mundo digital*. O que se verifica na atualidade é que essas mídias têm

² Vide nesse sentido as Resoluções A/HRC/RES/32/13, de 18 de julho de 2016 e A/HRC/38/L.10/Rev.1, de 04 de julho de 2018.

constituído palco de verdadeiras guerras, que muitas vezes têm redundado em sérios prejuízos para a democracia e os direitos humanos e por vezes até mesmo em fatalidades envolvendo a vida humana. Além disso, nesse contexto estão em jogo os interesses econômicos das grandes corporações de tecnologia (*Big Techs*), proprietárias e controladoras das plataformas digitais e mídias sociais onde se veiculam diariamente uma quantidade incalculável de dados e informações por meio de textos, imagens e vídeos produzidos por seus usuários e clientes.

É neste cenário que os Estados nacionais começaram a editar leis visando a prevenção e o combate de violações de direitos na Internet, inclusive e notadamente no âmbito das mídias sociais, por meio da edição de regras de moderação do conteúdo que ali é produzido pelos usuários. No entanto, referidas leis não raras as vezes têm implicado em restrições indevidas e que igualmente violam direitos como a liberdade de expressão, de acesso à comunicação e a privacidade, quadros que podem facilmente conduzir à censura.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar algumas destas legislações, a fim de verificar como a moderação de conteúdo na Internet tem sido impactada por elas, aferindo a sua compatibilidade com os parâmetros internacionais de direitos humanos, e apontando ao final algumas diretrizes que podem ser seguidas pelos Estados para o alcance de uma regulação normativa que não seja atentatória contra os direitos humanos, e ao mesmo tempo consiga ser eficaz na prevenção e no combate às violações desses direitos.

Para o alcance do objetivo proposto, num primeiro momento são abordados os aspectos conceituais da liberdade de expressão, do acesso à informação e da moderação de conteúdo na Internet, em seguida são analisadas criticamente algumas leis nacionais já editadas e relativas à moderação de conteúdo online e, ao final, são apontadas algumas diretrizes para o enfrentamento da temática tratada no texto.

Na pesquisa foi empregado o método dedutivo, utilizando-se como metodologia a pesquisa básica, qualitativa, exploratória e bibliográfica, lançando-se mão de doutrina autorizada de índole nacional e internacional.

2. Aspectos conceituais e o mundo digital

Antes de se passar a análise da problemática central da presente pesquisa, importa que os aspectos conceituais concernentes à liberdade de expressão e à moderação de conteúdo online sejam abordados, ainda que sucintamente, com o fim de possibilitar uma melhor compreensão da pesquisa como um todo, especialmente em razão do fato de que as pessoas vivem hoje na *Era da Informação*, onde o acesso à ela e a participação na circulação de todo tipo de informação é uma característica distintiva de nosso mundo (LAIDLAW, 2015).

2.1 A liberdade de expressão e o acesso à informação na era da Internet

A consolidação normativa da liberdade de expressão e do acesso à informação é amplamente identificada em âmbito nacional na esmagadora maioria das Constituições do mundo, o mesmo ocorrendo no plano internacional, onde tais direitos encontram-se consagrados em uma extensa gama de instrumentos de direitos humanos tanto em nível universal como regional, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19), a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (art. 4º), a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 13), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 10) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 9º).

Mas como afirmou Norberto Bobbio (1992, p. 10) há mais de duas décadas, *uma coisa é proclamar um determinado direito, outra bem diferente é desfrutá-lo efetivamente*, especialmente quando se trata de direitos de vocação universal. Esse alerta continua mais vivo e importante do que nunca na era da Internet e da tecnologia de massa, especialmente no contexto das batalhas que têm sido travadas entre governos e Big Techs ao redor do mundo, em que o *mal* das supressões e restrições indevidas, que importam em escancaradas violações da liberdade de expressão e do acesso à informação, precisa ser combatido pelo *bem*, isto é, pelo amplo diálogo e por um esforço conjugado dos governos e das gigantes da tecnologia em prol da garantia desses direitos, conforme se verá adiante.

É evidente que a liberdade de expressão e o acesso à informação são direitos humanos que integram o patrimônio conquistado pela humanidade ao longo da história e não há dúvida de que o seu exercício foi amplamente potencializado pela Internet e pela tecnologia, um fenômeno que trouxe consigo várias implicações. As diversas mídias sociais hoje existentes, assim como bilhões de sites localizados na Internet “revolucionaram as comunicações modernas” (MCGOLDRICK, 2013, p. 125) e têm exigido importantes debates sobre o exercício da liberdade de expressão e do direito de acesso à informação e seus limites, pois neste contexto, “toda expressão ou informação gerada e compartilhada na internet ganha maior – e mais rápida – repercussão, seja ela positiva ou negativa” (RAMOS; BUCCI, 2021, p. 194-195).

As plataformas de mídias sociais, mais notadamente, revolucionaram a capacidade das pessoas em se conectar com esferas sociais, políticas e geográficas historicamente distintas e até mesmo incomunicáveis. Além disso, onde anteriormente imperava a atuação de guardiões que mitigavam e negociavam o acesso às plataformas de mídia de massa, hoje, potencialmente, qualquer pessoa e qualquer conteúdo podem alcançar milhões de pessoas em instantes. Esse desenvolvimento é capaz de oferecer

grandes oportunidades para a democratização da expressão e a diversificação do discurso público, mas também de ampliar ofensas e violações de direitos, com impactos prejudiciais e danosos à vida de milhões de pessoas.

Neste cenário, não há dúvidas de que o acesso à informação e a liberdade de expressão, pilares das democracias contemporâneas, precisam ser amplamente assegurados em toda a sua extensão no mundo cibernético³, especialmente num momento em que os governos ao redor do mundo começam a dar respostas às novidades e desafios que as mídias sociais passaram a representar.

Toda pessoa tem naturalmente a *liberdade de pensamento*, uma vez que no âmbito de sua consciência não vigoram normas, vontades ou forças externas capazes de controlar o pensar. Desse modo, é indiscutível que todo ser humano, em circunstâncias normais, detém a soberania sobre os seus pensamentos. No entanto, isso não é suficiente, pois é da própria natureza humana o não se contentar com a possibilidade de formar e manter suas opiniões e convicções dentro de si. Pelo contrário, é de sua natureza ir além e *expressar*, extrapolar os limites internos do pensamento para amplamente compartilhar suas ideias, ideologias, opiniões e convicções e, em muitos casos, até mesmo convencer os outros, fazer o proselitismo (BASTOS, 2002, p. 329).

E é por isso que aqui se afirma que o acesso à informação, bem como as liberdades de informação e de expressão são direitos que devem ser exercidos conforme todo o seu significado e extensão, bem como desfrutar de toda a proteção jurídica nacional e internacional já alcançada, o que compreende, por óbvio, tanto uma adequada e efetiva tutela da “liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também o

³ Não se afirma aqui que se trata de direitos absolutos, mas que tais direitos não podem ser restringidos sem a observância dos parâmetros nacionais e, sobretudo, internacionais de proteção dos direitos humanos.

externar sensações” (TAVARES, 2020, p. 497) enquanto um legítimo exercício da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão possui muitos significados, especialmente devido a sua amplitude e longínqua construção histórica. O que se constata é que estudioso ao redor do mundo, inclusive no Brasil, por vezes se desencontram ao tentar conceituá-la (BALBINO; PEREIRA, 2018, p. 17), não obstante concordem sobre a existência de um núcleo comum. Nesse sentido, Laurence H. Tribe (1988, p. 789, *tradução nossa*) afirma que “Qualquer conceituação adequada da liberdade de expressão deve, ao invés, passar por diversas modalidades de teorias para que se possa proteger a rica variedade de formas de expressão”.

Sob uma perspectiva bastante abrangente, a liberdade de expressão pode ser entendida como a *ampla e irrestrita faculdade de qualquer ser humano de expressar o que sente e pensa a uma pessoa, grupos ou mesmo multidões, pelo canal que melhor lhe convir, prescindindo de qualquer formulação de convicções ou juízo de valor*. Trata-se de um *direito-mãe*, de um *gênero* que abarca várias outras liberdades ou de um *guarda-chuva* em cuja sombra se encontram várias outras manifestações específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, as liberdades de consciência, de crença, religiosas, de comunicação (inclusive de imprensa), de informação, de opinião, de ensino e pesquisa, a livre expressão artística, intelectual e científica, enfim, todo um complexo de liberdades comunicativas.

Portanto, a liberdade de expressão deve ser tratada e tutelada da forma mais ampla possível pelos poderes constituídos em cada Estado nacional, *sem distinção alguma em relação ao meio pelo qual esse direito é exercido, se presencial ou fisicamente, ou através da Internet, virtualmente*.

Conforme a precisa síntese de Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 493),

[...] para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas,

juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, *blogs* etc.

Importante ainda para a compreensão do presente estudo é a distinção feita por Jónatas Machado entre as dimensões *substantiva* e *instrumental* da liberdade de expressão. Para o autor, “A *dimensão substantiva* compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A *dimensão instrumental* traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento” (*apud* TAVARES, 2020, p. 498).

Resta evidente que ambas as dimensões devem ser protegidas no âmbito da Internet e quando da utilização das plataformas digitais pelos usuários, inclusive as de mídias sociais. A *dimensão substantiva* aponta claramente para o fato de que todas as pessoas têm o direito de se expressar livremente na Internet, v.g., manifestando seu pensamento e suas ideias; emitindo opiniões de qualquer natureza e sobre qualquer assunto; assim como externando seus posicionamentos políticos, econômicos, ideológicos, religiosos etc. Nesse sentido, verifica-se que *essa dimensão constitui a pedra angular da liberdade de expressão*. Mas não menos importante é a *dimensão instrumental* dessa liberdade, que “compreende a possibilidade de escolher livremente o suporte físico ou técnico que se considere adequado à *comunicação* que se pretende realizar” (MACHADO, *apud* TAVARES, 2020, p. 499). Resta evidente que essa dimensão assume especial importância quando se trata do exercício e da tutela da liberdade de expressão na Internet.

Por sua vez, o direito à informação enquanto uma das manifestações da liberdade de expressão, pode ser compreendido como o

[...] *direito a ser informado*, e o *direito de acesso à informação*, que constituem a face positiva do *direito de se informar*, [e] abarcam,

nas suas diversas refrações subjetivas, um direito de não ser impedido de se informar, seja no que diz com a liberdade individual de recolher informações, seja no que diz respeito à liberdade de busca e escolha das fontes de informação (SARLET, 2021, n.p.).

Não há dúvida de que o direito à informação, tanto na perspectiva do direito de ser informado, como de acesso à informação, constituem na quadra histórica atual, elementos fundamentais para o exercício da cidadania e salvaguarda dos demais direitos e da dignidade humana, razão pela qual são componentes centrais no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, de modo que, qualquer Estado que se afirme democrático, deve tutelá-lo efetivamente, inclusive e notadamente quando exercido na Internet, por meio das plataformas digitais de mídia social. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos e Daniela Bucci (2021, p. 196) afirmam:

Estando a liberdade de expressão e de informação asseguradas também no âmbito da internet, o papel de destaque exercido pelas mídias e redes sociais na vida cotidiana, como dito acima, possibilitaram a democratização das informações e também a comunicação interativa, em que os indivíduos não apenas recebem a informação, como também interagem com seu interlocutor, servindo, ainda, como importante ferramenta para proliferação de movimentos sociais em prol do exercício de direitos humanos, políticos, ambientais, etc, a partir das quais inúmeras pessoas são mobilizadas ao redor do mundo.

Conforme se pode aferir pelas considerações feitas neste tópico, o *conteúdo* substantivo e instrumental, revelador da amplitude da liberdade de expressão e do direito à informação deve sempre ser interpretado e atuado na extensão mais ampla possível, notadamente na Internet, especialmente em razão do fato de que a vida das pessoas na atualidade é composta inarredavelmente por uma dimensão *real* e *virtual*.

2.2 A moderação de conteúdo online

No mundo digital integrado e possibilitado pela Internet existe um estado dinâmico de fluxo massivo e constante de dados e informações geradores de riqueza, que tem como um de seus poderosos propulsores o

conteúdo criado pelos usuários diariamente. De fato, quantidades inimagináveis de textos, imagens e vídeos são publicados todos os dias na Internet, notadamente nas famosas mídias sociais como o Facebook, Instagram, TikTok, Twitter e YouTube, dentre muitas outras.

A digitalização acelerada das sociedades e das economias criou uma situação em que algumas grandes plataformas controlam ecossistemas importantes na economia digital global. São empresas que surgiram como guardiãs dos mercados digitais com o poder de agir como legisladores privados, fato que tem ensejado diversos problemas para governos, usuários e clientes.

Hoje é evidente que as empresas, principalmente as proprietárias de grandes marcas, estão atentas ao conteúdo que é produzido e hospedado em suas plataformas⁴, bem como estabelecem maneiras de analisar e controlar esse conteúdo, a fim de evitar violações de direitos, responsabilizações legais e, sobretudo, para o alcance de seus interesses econômicos, consistentes principalmente na maximização dos lucros. Isso é fundamental para que elas possam manter um ambiente seguro e confiável para seus usuários e clientes, bem como para monitorar as influências sociais na percepção de suas marcas e cumprir as regulamentações oficiais dos Estados em que atuam. Desse modo, a *moderação de conteúdo* acaba sendo o método mais eficaz para o alcance dessas finalidades, embora seja também bastante polêmico.

Mas em que consiste essa moderação de conteúdo produzido online? Nos dicionários, em geral a palavra *moderar* implica em regular, controlar, refrear, reprimir, atenuar, diminuir, conter dentro de certos limites. Por sua

⁴ Na literatura especializada existem várias definições de plataforma digital, desde as mais simples até aquelas mais técnicas e sofisticadas. Em geral, uma plataforma digital pode ser entendida como um lugar específico, um espaço destinado à troca de dados, informações, bens ou serviços entre pessoas (jurídicas e/ou privadas), além de consistir em um ambiente de participação e interação de uma comunidade. Em um conceito bastante amplo, “*Plataforma digital* é qualquer ferramenta eletrônica para comunicação que inclui software de desktop, celular, social e de e-mail que cobre sites e mídias sociais” (IGI GLOBAL, 2021, n.p., *tradução nossa*).

vez, a palavra *conteúdo*, embora abarque diversas concepções, normalmente tem a ver com um conjunto de conceitos e ideias, com algum assunto, tema, tópico, argumento, ideia, teor, matéria, objeto, questão, opinião, tese etc.

Transpondo-se a palavra para o contexto aqui estudado, moderar um conteúdo produzido na Internet significa literalmente regular e controlar o que foi produzido e postado/publicado pelo usuário em determinada plataforma digital. Por outras palavras, a moderação no sentido aqui proposto implica numa espécie de triagem de um conteúdo potencial ou realmente impróprio ou ilegal que os usuários publicam em uma determinada plataforma. Nesse sentido Sarah T. Roberts (2019, p. 33) explica que “a moderação de conteúdo comercial é a prática organizada de triagem de conteúdo gerado pelo usuário postado em sites da Internet, mídia social e outros meios de comunicação online”.

Trata-se de um processo que envolve a aplicação de regras predefinidas pelas empresas proprietárias das plataformas digitais, com base em suas próprias políticas e na legislação (nacional e internacional) aplicável, e que tem como finalidade precípua monitorar o conteúdo nelas veiculado. Como resultado desse processo, se determinado conteúdo não atende às políticas e diretrizes da plataforma, é então sinalizado como impróprio ou ilegal e providências são solicitadas aos usuários, podendo até mesmo ocorrer a sua remoção sumária. Os motivos pelos quais isso pode ocorrer são diversos, tais como violência, extremismo, discurso de ódio, intolerância, *fake news*, nudez, ofensas e violações de direitos autorais, dentre muitos outros.

Como se nota, o objetivo explícito da moderação de conteúdo é garantir que as plataformas digitais sejam um ambiente seguro e confiável para utilização pelos seus usuários e clientes e, conseqüentemente, possibilitar o alcance dos interesses econômicos das empresas proprietárias, uma vez que pelo processo de moderação é possível fazer com que o conteúdo

gerado pelos usuários siga as regras e diretrizes específicas da plataforma, em razão do estabelecimento de sua adequação para publicação.

Estes são os principais motivos pelos quais essa moderação vem sendo amplamente utilizada pelas diversas mídias sociais, sites e aplicativos hoje existentes. O fato é que em razão da imensa quantidade de conteúdo que é criado a cada segundo ao redor do mundo, as plataformas digitais baseadas em conteúdo gerado pelos usuários estão lutando para manter o controle sobre textos, imagens e vídeos inadequados, ofensivos e ilegais.

Diversos fatores entram em cena quando se trata de decidir qual é a melhor maneira de lidar com a moderação de conteúdo em uma determinada plataforma, tais como os objetivos do negócio empresarial, os tipos de conteúdo gerados pelos usuários e as especificidades da base de usuários, dentre outros. Em razão disso, diversos tipos de moderação têm surgido ao longo dos últimos tempos, conforme hoje demonstra a literatura especializada.

O primeiro tipo é a *pré-moderação*, em que o conteúdo produzido e/ou publicado pelos usuários é revisado por moderadores antes de ser liberado pela plataforma e se tornar visível para o público em geral. Nesse caso, quando um usuário publica algum texto, imagem ou vídeo, o conteúdo é enviado para a fila de revisão, “indo ao ar” somente depois que um moderador de conteúdo o aprovar. Embora seja uma das maneiras mais seguras (se não a mais segura) de controlar e, se for o caso, bloquear um conteúdo prejudicial, esse processo é bastante lento, o que não se coaduna com o acelerado mundo digital on-line.

A *pós-moderação* é um segundo tipo, em que os usuários publicam um determinado conteúdo sempre que desejarem e ele se torna visível para todos imediatamente, mas tudo o que é publicado ingressa em uma fila para moderação. Assim sendo, se algum conteúdo for sinalizado como inadequado ou ilegal e, portanto, prejudicial, será removido para a proteção de todos os demais usuários. Neste tipo de moderação, nota-se que algumas plataformas

têm se esforçado para reduzir o tempo de revisão, com o intuito de que o conteúdo prejudicial não permaneça online por muito tempo. Essa tem sido a maneira mais comum e utilizada pelas plataformas para fazer a triagem de conteúdo.

Um terceiro tipo é a *moderação reativa*, que conta com o auxílio dos próprios usuários para sinalizar o conteúdo que consideram inadequado, que ofende as regras, políticas ou diretrizes da plataforma ou é ilegal. Esse tipo de moderação pode ser utilizado como um método independente ou combinado com a *pós-moderação* para o alcance de melhores resultados. Neste último caso, os usuários podem sinalizar o conteúdo mesmo depois de ele ter passado por outros processos de moderação, o que faz com que se obtenha uma dupla rede de segurança.

Há também a *moderação distribuída*, um tipo em que a decisão de remover o conteúdo é distribuída entre os membros da comunidade, que votam pela sua manutenção ou não. Neste caso a moderação é totalmente dependente da comunidade online para revisar o conteúdo inadequado ou ilegal e removê-lo, caso seja necessário. Os usuários empregam um sistema de classificação para marcar se parte do conteúdo atende (ou não) às diretrizes das plataformas.

Por fim, um quinto tipo é a *moderação automatizada*, em que algoritmos com tecnologia de inteligência artificial (IA) analisam o conteúdo publicado pelos usuários em questão de segundos, sinalizando-o como impróprio ou ilegal e, conforme o caso, removendo-o sumariamente. É possível verificar que com a ajuda da automação, a detecção de publicações ofensivas se tornou mais rápida e eficaz, possibilitando também que os endereços dos usuários na Internet (IP – *Internet Protocol*), responsáveis pelo conteúdo prejudicial, sejam facilmente detectados e bloqueados em um curto espaço de tempo.

Na literatura aponta-se ainda a *não moderação*, caso em que nenhum controle de conteúdo é feito por uma determinada plataforma ou site, o que possibilita uma anarquia e abusos por parte dos usuários.

Seja qual for a espécie, cabe aqui ressaltar que a moderação de conteúdo é um tema complexo e polêmico, que tem dividido a opinião de especialistas ao redor do mundo⁵, notadamente em razão dos problemas que levanta quanto à proteção da liberdade de expressão e do direito à informação, conforme se verá a seguir.

3. Direitos humanos em risco: as leis nacionais de moderação de conteúdo

Nos últimos tempos as críticas dirigidas às empresas proprietárias de plataformas digitais, especialmente de mídias sociais, têm aumentado consideravelmente em relação à forma como elas têm lidado com a moderação de conteúdo produzido e publicado por seus usuários e clientes.⁶ Tais críticas, que não serão aqui aprofundadas dada a finalidade da presente pesquisa, vão desde o abuso do poder e arbitrariedades diversas até os transtornos mentais causados aos funcionários ou terceiros que atuam como moderadores de conteúdo.⁷

Outro fator importante é que essas empresas passaram a ter que lidar com sérios dilemas éticos e jurídicos relacionados aos direitos humanos, v.g., o dever de prevenir e combater o conteúdo inadequado ou ilegal que atente

⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema vide obra de Emily B. Laidlaw, intitulada *Regulating Speech in Cyberspace: Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility* (Cambridge University Press), e a obra de Sarah T. Roberts, cujo título é *Behind the Screen: Content Moderation in the Shadows of Social Media* (Yale University Press).

⁶ O tema da violação de direitos pelas próprias *Big Techs* não será aqui analisado, pois escaparia aos objetivos da presente pesquisa, além de constituir uma temática que por si só ensejaria novas e distintas pesquisas.

⁷ Por exemplo, o poder sobre o discurso; a suspensão e exclusão sumária de perfis de usuários; a utilização indevida dos dados dos usuários; problemas com a privacidade; a falta de transparência; a ingerência indevida em questões políticas e em processos eleitorais; a tomada de posições ideológicas com prejuízo a conteúdos contrários etc.

contra suas políticas e diretrizes ou mesmo contra a legislação em vigor e que lhe é aplicável, e que, portanto, é prejudicial aos seus usuários e clientes e aos seus próprios interesses, sem que isso implique em restrições e silenciamento indevido do *discurso protegido* pela liberdade de expressão que, de acordo com o direito doméstico dos Estados nacionais e o Direito Internacional, deve ser permitido e devidamente tutelado. Em síntese, a moderação de conteúdo feita por essas empresas, que implica na intervenção e remoção de conteúdo, pode afetar os direitos à liberdade de expressão, de acesso à informação e a privacidade, o que por sua vez pode facilmente acarretar uma inadmissível censura.

Neste cenário e diante da necessidade de tornar efetiva a responsabilização destas empresas, nos últimos anos muitos governos passaram a editar leis visando regulamentar a atividade das *Big Techs* que atuam em seus territórios, o conteúdo que é produzido em suas respectivas plataformas e as atividades de moderação por elas realizadas. O que se constata é que governos em todo o mundo estão cada vez mais afirmando sua autoridade sobre as plataformas digitais. Como resultado, verifica-se que atualmente há uma batalha global entre Estados e empresas de tecnologia pela regulamentação da Internet, com sérias implicações para os direitos humanos, ou seja, os principais prejudicados têm sido os usuários.

Conforme o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, nos últimos dois anos (2019-2020) cerca de 40 novas leis de mídia social foram adotadas em todo o mundo e outras 30 estão sendo consideradas (OHCHR, 2021, n. p.). De acordo com o relatório anual *Freedom on the Net 2021*, produzido pela *Freedom House*, autoridades de pelo menos 24 países aprovaram ou anunciaram no último ano novas leis ou regras que versam sobre como as empresas devem tratar o conteúdo produzido em suas plataformas digitais (FREEDOM HOUSE, 2021, p. 13). Tais normativas

[...] incluem, de forma variada, requisitos para a remoção de conteúdo ilegal, penalidades para certas formas de remoções, a

nomeação de representantes legais para gerenciar solicitações estatais e provisões mais fortes de transparência e devido processo legal. As medidas mais problemáticas podem resultar no aumento da censura de dissidência política, reportagens investigativas, e expressões de identidade étnica, religiosa, sexual ou de gênero, particularmente entre comunidades marginalizadas (FREEDOM HOUSE, 2021, p. 13, *tradução nossa*).

Como resultado deste quadro, o que se constata é a diminuição e/ou restrição da liberdade de expressão em nível global e uma pressão sem precedentes sobre o exercício desse direito humano, não havendo dúvidas de que esse impulso global para o controle da *Grande Tecnologia* precisa ser discutido de forma séria e comprometida pelos diversos sujeitos e atores que compõem as sociedades nacionais e a sociedade internacional.

A partir deste ponto serão analisadas brevemente algumas das mais recentes legislações nacionais e suas principais implicações para a proteção e o livre exercício dos direitos humanos, notadamente, a liberdade de expressão e o direito à informação.

3.1 Turquia: İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (2020)⁸

A Turquia é um país que historicamente tem se destacado no cenário internacional em razão dos constantes ataques e restrições à liberdade de expressão. A sua mais recente regulamentação sobre as mídias sociais ocorreu por meio da Lei n. 7.253⁹, que entrou em vigor em outubro de 2020, alterando a lei de Internet turca (Lei n. 5.651/2007). Dentre as principais implicações para os direitos humanos, a nova legislação consolidou a

⁸ *Lei de Regulamentação de Transmissões na Internet e Combate aos Crimes Cometidos por meio Destas Transmissões*. O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3GSNsDp>.

⁹ O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3mbKAtC>.

censura de notícias sob o manto do “direito de ser esquecido”¹⁰, bem como simplificou a forma como os tribunais podem ordenar que as notícias sejam bloqueadas ou removidas, o que implica em restrições mais severas à liberdade de expressão (ÖĞRET, 2021).

Em meio às principais disposições desse conjunto normativo destacam-se as seguintes. As plataformas digitais de mídia social com mais de um milhão de usuários diários são obrigadas, dentre outras coisas: (i) a nomear um cidadão turco como seu representante na Turquia ou a estabelecer uma pessoa jurídica local, que ficam então responsáveis pelo cumprimento da legislação turca e sujeitos a multas aplicadas administrativa ou judicialmente pelo não cumprimento da lei e das decisões turcas, v.g., as ordens de remoção de conteúdo; (ii) a remover o conteúdo que for considerado “ofensivo” dentro do prazo de 48 horas após a notificação, sob o risco de agravamento das penalidades impostas, que incluem multas, proibições de novas publicações e limitações gradativas de largura da banda do tráfego de Internet; (iii) a apresentar relatórios preparados em turco semestralmente, contendo informações estatísticas e categóricas sobre a implementação das decisões para remover e/ou bloquear o acesso a conteúdo que lhe for notificado; e a (iv) tomar as medidas necessárias para hospedar os dados de seus usuários na Turquia (art. 6º)¹¹ (TURQUIA, 2021b).

Como resultado, verifica-se que as essas novas imposições legislativas acabaram por reduzir a capacidade das empresas de mídia social de resistir às solicitações das autoridades turcas destinadas a censurar mais severamente as vozes contrárias e de oposição, bem como o jornalismo independente e a liberdade de expressão em geral. Desde a entrada em vigor da nova lei, a maioria das empresas estabeleceu uma entidade legal na

¹⁰ Em termos genéricos, o direito de ser esquecido, já reconhecido por tribunais nacionais e internacionais, permite que as pessoas façam petições a empresas proprietárias de plataformas digitais, para que removam resultados de pesquisa online sobre si mesmas, desde que as informações não sejam consideradas de interesse público.

¹¹ Esse artigo 6º da Lei n. 7.253/2020 alterou a redação original do art. 4º da Lei n. 5.651/2007.

Turquia, embora algumas tenham prometido que não haverá mudanças em suas políticas de moderação de conteúdo (FREEDOM HOUSE, 2021, p. 14).

3.2 Indonésia: Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 5 (2020)¹²

A mais recente normativa de mídia social da Indonésia é o *Regulamento do Ministro das Comunicações e Informática n.º 5*, de novembro de 2020, que rege o funcionamento dos operadores de sistemas eletrônicos privados (art. 1º) acessíveis no país, conceito que inclui as plataformas de mídia social, os mecanismos de pesquisa e as plataformas de comércio eletrônico, de jogos e serviços de comunicação. Como se nota, o escopo da lei é bastante amplo.

Dentre as principais disposições do referido regulamento em relação às plataformas de mídia social destacam-se: (i) a imposição de registro perante órgãos nacionais (art. 2º), assim como o dever de manter tal registro atualizado, sob pena de sanções administrativas como a advertência, a suspensão temporária e cessação de acesso aos serviços eletrônicos (art. 7º); (ii) a determinação de novos e severos requisitos de remoção de conteúdo (arts. 9º e 13 a 19) a uma ampla gama de empresas de tecnologia, independentemente de seu tamanho, incluindo aplicativos de mídia social, serviços de compartilhamento de conteúdo e mecanismos de pesquisa, sob pena de imposição das sanções descritas anteriormente e também da revogação de licenças para operar no país (art. 45); (iii) a necessidade de disponibilização, pelas plataformas, de um mecanismo de denúncia, que deve contar com instalações e serviços no país para a resolução das reclamações feitas pelos usuários (art. 10); (iv) a obrigação de fornecimento de acesso aos sistemas eletrônicos e/ou dados eletrônicos às autoridades,

¹² *Regulamento do Ministro das Comunicações e Informática n.º 5*. O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3F2NUOZ>.

inclusive para fins penais (arts. 21 a 24 e 26 a 42); e, (v) a obrigação de nomear pelo menos uma pessoa de contato domiciliada no território da Indonésia, cuja tarefa é facilitar as solicitações de acesso a sistemas eletrônicos e/ou dados eletrônicos enviados pelas autoridades do país (art. 25) (INDONÉSIA, 2021).

É importante frisar que de acordo com a legislação em comento, uma vez notificada, a plataforma tem apenas 4 horas em situações “urgentes” (art. 15, 8) ou 24 horas nos demais casos (art. 15, 6) para remover o *conteúdo “proibido”*, amplamente conceituado como o discurso que viola qualquer lei nacional, que cria ansiedade na comunidade ou perturba a ordem pública (art. 9º).

O que se verifica é que a nova legislação constitui a mais recente adição ao arsenal legal usado pelo governo indonésio para reprimir a liberdade de expressão. Além das preocupações com os direitos humanos em relação ao seu amplo escopo, conforme se demonstrou, os prazos exíguos para a remoção de conteúdo levantam a questão de saber se as empresas proprietárias das plataformas digitais (exceto as maiores e mais poderosas economicamente falando), terão recursos para cumprir e, assim, sobreviver no mercado indonésio. Além disso, os prazos apertados também incentivam as empresas a implantar sistemas de monitoramento automatizados que muitas vezes sinalizam e censuram o conteúdo produzido pelos usuários de forma excessiva ou inconsistente.

Não há dúvidas de que nesse contexto muitos abusos podem ocorrer por parte das autoridades estatais. Sob o amparo desta lei, v.g., as autoridades da Indonésia já aplicaram as leis existentes para censurar conteúdo LGBTQIA+, críticas ao Islã e comentários sobre o movimento de independência nas províncias de Papua e Papua Ocidental (FREEDOM HOUSE, 2021, p. 14).

Ao analisar a lei em questão, a ONG de direitos humanos, Artigo 19, destacou as seguintes preocupações: a lei conta com definições muito amplas

e imprecisas, requer a localização de dados, concede às autoridades acesso aos dados sem as salvaguardas processuais adequadas, consagra avisos e ordens de remoção de conteúdo muito abrangentes e inclui penalidades excessivas pelo descumprimento de suas disposições (ARTICLE 19, 2021, p. 3).

3.3 Austrália: Online Safety Act (2021)¹³

A *Lei de Segurança Online* foi adotada na Austrália em junho de 2021. A nova legislação australiana está baseada em uma estrutura regulatória online já existente no país, estabelecida pelo *Enhancing Online Safety Act 2015*¹⁴ e, como as suas congêneres, também introduziu obrigações de conformidade para as empresas que operam online por meio das plataformas digitais.

Dentre as suas principais disposições vale destacar que a lei (i) estabelece um Comissário de Segurança Eletrônica (*eSafety Commissioner*), um órgão estatutário independente e apoiado pela *Australian Communications and Media Authority*, que tem amplos poderes e como principais funções promover a segurança online no país, administrar sistemas de reclamações, gerir um esquema de remoção de conteúdo online e coordenar as ações dos órgãos e autoridades ligados à segurança online no país (art. 4º); (ii) autoriza que o Comissário de Segurança Eletrônica ordene que as empresas forneçam a identidade e dados dos usuários (art. 194); (iii) permite que o Comissário solicite ou exija que um provedor de serviços de Internet bloqueie o acesso a nomes de domínio, URLs ou endereços IP contendo material que retrata, promove, incita ou instrui em “conduta violenta abominável” (arts. 94 e 95), e (iv) autoriza que o Comissário de Segurança Eletrônica ordene que as empresas removam o conteúdo

¹³ O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3p6xK1o>.

¹⁴ O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/32cJl67>.

publicado em mídias digitais, que é vagamente descrito como o abuso baseado em imagens, o abuso cibernético, a intimidação virtual ou qualquer material que seja de outra forma prejudicial, dentro do exíguo lapso temporal de 24 horas após a notificação (art. 109).

Como ocorre com outras legislações do gênero, o que se afere é que ao exigir a rápida remoção do conteúdo e incluir definições pouco claras sobre o que pode ser considerado um conteúdo proibido, a lei autoriza condutas que podem afetar desproporcionalmente o discurso legítimo de grupos marginalizados, em franca ofensa à liberdade de expressão. Dentre outros aspectos, vale destacar também que a legislação não é precisa sobre como o Comissário deve tomar as decisões, oferece poucas oportunidades para que os usuários respondam a reclamações sobre seu conteúdo, bem como engloba e dispensa o mesmo tratamento a uma variedade de empresas de Internet diferentes, em vez de diferenciá-las para fins obrigacionais com base em seu tamanho e função.

3.4 Rússia: Um labirinto normativo autoritário (2018-2021)

A Rússia conta com um labirinto de regulamentações pelo qual as empresas de tecnologia devem navegar para que possam atuar no país. Em geral, trata-se de leis que reforçam o autoritarismo e o controle estatal sobre a Internet, restringindo conseqüentemente a liberdade de expressão e outros direitos humanos.¹⁵ Algumas delas serão analisadas a seguir.

O que se verifica na atualidade é um quadro de significativa expansão de leis e regulamentos que aumentam o controle sobre a infraestrutura da Internet, o conteúdo online e a privacidade das comunicações, com real potencial de prejudicar seriamente a capacidade das pessoas no país quanto

¹⁵ O relatório *Online and On All Fronts. Russia's Assault on Freedom of Expression*, publicado pela ONG Human Rights Watch, demonstra como a liberdade de expressão tem sido atacada na Rússia por meio das constantes investidas legislativas opressoras. O seu conteúdo pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3p7qDG0>.

ao exercício de seus direitos humanos online, notadamente a liberdade de expressão e o acesso à informação (HUMAN RIGHTS WATCH, 2020).

A *Lei Federal de 27 de junho de 2018 n. 155-FZ*¹⁶ estabeleceu muitas administrativas por violação da lei de anonimato, que proíbe o oferecimento de serviços para contornar o bloqueio de sites proibidos. Desse modo, mecanismos de pesquisa que fornecem acesso a serviços de proxy, como redes privadas virtuais (VPNs), que permitem a um determinado usuário o acesso a conteúdo que foi banido pelo governo ou fornecem instruções para obter acesso a tal conteúdo, podem ser multados em valores significativos (RÚSSIA, 2021a).

Também em 2018, alterações¹⁷ na legislação antiterrorismo da Rússia (Lei Yarovaya)¹⁸ entraram em vigor, passando a exigir que as empresas de telecomunicações e Internet registradas perante autoridade russa (Roskomnadzor)¹⁹ como “organizadoras de disseminação de informações” (v.g., aplicativos de mensagens instantâneas e mídias sociais) armazenem e compartilhem dados e informações²⁰ sobre seus usuários sem a necessidade de ordem judicial (art. 10.1) (RÚSSIA, 2021b). É evidente que esse tipo de determinação onera financeiramente sobremaneira as empresas que atuam no país, principalmente as menores, bem como atenta contra o direito à privacidade dos usuários.

¹⁶ O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3yGqdd5>.

¹⁷ Nesse particular, foi alterada a Lei Federal de 27 julho de 2006 n° 149-FZ, que dispõe sobre a Informação, Tecnologias da Informação e Proteção da Informação. O seu conteúdo pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/32e3Pf0>.

¹⁸ Também conhecido como Pacote Yarovaya, trata-se de um conjunto de duas leis federais russas (Lei de 06.07.2016 n° 374-FZ e Lei de 06.07.2016 n° 375-FZ) que entraram em vigor em 2016, alterando a lei antiterrorismo anterior e outras leis que regulam o contraterrorismo e medidas de segurança pública.

¹⁹ *Serviço Federal de Supervisão de Comunicações, Tecnologia da Informação e Meios de Comunicação de Massa*, órgão russo responsável pela censura na mídia e nas telecomunicações, incluindo a mídia eletrônica, a comunicação de massa, a tecnologia da informação e telecomunicações.

²⁰ De acordo com a referida legislação, as empresas de Internet devem armazenar mensagens de texto, informações de voz, imagens, sons, vídeos e outras mensagens eletrônicas dos usuários.

Em 2019 entrou em vigor no país a *Lei da Internet Soberana* (Lei Federal de 05/01/2019 Nº 90-FZ)²¹, que altera várias legislações russas e, somadas a elas, amplia a já significativa capacidade das autoridades estatais de filtrar e bloquear automaticamente o conteúdo da Internet, não mais dependendo da cooperação das plataformas digitais para implementar o bloqueio. Nesse sentido, a referida lei exige que os provedores de serviços de Internet instalem equipamentos que possibilitem às autoridades russas “burlar” os provedores e bloquear automaticamente eventual conteúdo que o governo tenha proibido, bem como redirecionar o tráfego da Internet por conta própria (RÚSSIA, 2021c), sendo que pelo não cumprimento destas obrigações os provedores podem ser bloqueados no país.

Adicionalmente, em linhas gerais a lei (i) define as regras de roteamento de tráfego necessárias e organiza o controle sobre sua observância; (ii) regula a criação de uma infraestrutura necessária para garantir a operabilidade dos recursos de Internet russos no caso de as operadoras de telecomunicações russas não conseguirem se conectar a servidores raiz estrangeiros; (iii) estabelece para as autoridades em geral, operadoras de telecomunicações e proprietários de redes de tecnologia, a necessidade de realização de exercícios regulares para identificar ameaças e elaborar medidas para restaurar a operabilidade do segmento de Internet russo; e, (iv) cria a oportunidade para minimizar a transferência de dados que são trocados entre usuários russos de Internet para o exterior (RÚSSIA, 2021c).

Como um dos pontos mais críticos, a *Lei da Internet Soberana* prevê a transferência total do controle sobre as redes de comunicação online para uma agência governamental, desde o desligamento de redes em certas áreas da Rússia até o total desligamento do país da Internet “em caso de emergência” (HUMAN RIGHTS WATCH, 2020), fato que atesta as constantes investidas russas rumo ao isolamento.

²¹ O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/32isUp2>.

A *Lei Federal de 24 de fevereiro de 2021 n. 19-FZ*²² introduziu novas e pesadas multas para as *Big Techs* que não removerem o conteúdo considerado pelo Estado como “ilegal” (RÚSSIA, 2021d). Na sequência, outra lei reforçou as obrigações das plataformas digitais de identificar e remover conteúdo banido e exigiu que elas atuem de maneira coordenada com o Roskomnadzor a respeito decisões de moderação de conteúdo (FREEDOM HOUSE, 2021, p. 14).

3.5 Índia: The Information Technology (Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code) Rules, 2021²³

As regras indianas de Tecnologia da Informação (Diretrizes de Intermediário e Código de Ética de Mídia Digital), atualizadas em fevereiro de 2021, compõem o arcabouço de leis nacionais que potencializam a batalha global pela regulamentação da Internet e implicam em restrições à liberdade de expressão.

Dentre suas principais disposições estão inclusas (i) a *due diligence* e novas obrigações para os intermediários de mídia social (art. 3º); (ii) um mecanismo expandido de reparação de queixas, por meio do qual os usuários podem reclamar diretamente às empresas sobre os conteúdos publicados (art. 10); (iii) a possibilidade de imediato bloqueio de informações contidas em determinados conteúdos em casos emergenciais (art. 16); e, (iv) lapsos temporais reduzidos para que as empresas possam responder a solicitações estatais de aplicação da lei, v.g., para a remoção de determinado conteúdo (art. 3º, I, d) (ÍNDIA, 2021).

Os *intermediários significativos de mídia social*, definidos como empresas com pelo menos cinco milhões de usuários (art. 2º, I, v), são obrigados a implantar ferramentas de moderação baseadas em inteligência

²² O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3Ffn7Px>.

²³ O conteúdo da referida lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3yCB3AG>.

artificial, a abrir escritórios no país e nomear três novos executivos locais (art. 4º), sendo que um diretor de conformidade (*Chief Compliance Officer*), v.g., deve cumprir as ordens de remoção de conteúdo emanadas de um tribunal, agência governamental ou qualquer outra autoridade competente dentro de um lapso temporal de 36 horas, sendo que esse indivíduo pode ser pessoalmente responsabilizado e condenado a penas de prisão de até sete anos, caso não cumpra as determinações jurídico-normativas (ÍNDIA, 2021).

Além disso, vale destacar que a lei indiana proíbe uma ampla gama de conteúdos que são vagamente definidos, incluindo o discurso que mina a ordem pública, a decência, a moralidade ou a soberania, a integridade e a segurança do país (art. 19, II) e os mecanismos de denúncia de usuários também podem ser utilizados de maneira abusiva por partidários do governo para promover a remoção de comentários críticos e contrários aos seus interesses (ÍNDIA, 2021).

É possível aferir que as novas normas indianas fornecem algumas melhorias para moderação de conteúdo das plataformas digitais, v.g., ao exigir que os intermediários significativos de mídias sociais notifiquem os usuários quando o seu conteúdo for removido, lhes forneçam uma justificativa clara para a decisão e uma via para apelação (art. 10) (ÍNDIA, 2021). No entanto, a ampliação das obrigações impostas às plataformas digitais de mídia social, conjugada com os requisitos de representação no país e o risco de responsabilidade criminal, certamente constituem fatores que podem restringir a vontade das empresas em resistir às solicitações de censura do Estado que não atendem aos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos.

3.6 Reino Unido: Draft Online Safety Bill²⁴

²⁴ O conteúdo do referido Projeto de Lei pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3yEeOKE>.

O *Projeto de Lei de Segurança Online* do Reino Unido ainda não entrou em vigor até o presente momento. No marco deste Projeto, novas infrações criminais para usuários e executivos e multas substanciais são estabelecidas, bem como importantes mudanças que podem ter implicações globais são propostas, em busca de regulamentar as mídias sociais e a atividade das *Big Techs* no país.

Em termos de extensão, o Projeto alcança todas as empresas de tecnologia que permitem aos usuários postar seu próprio conteúdo ou interagir uns com os outros em suas plataformas, o que significa que grandes empresas como o *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* e *YouTube* estarão sujeitos às suas disposições, além de sites de pornografia comercial como *OnlyFans* e dos mecanismos de busca como o Google.

Em linhas gerais, o Projeto impõe um “dever de cuidado” ou “dever de cautela” (*duties of care*) às grandes plataformas digitais quanto à remoção de conteúdo online e à proteção de crianças e adultos (art. 1º, 4º e ss.). Esse dever visa garantir a segurança dos usuários destas plataformas, de modo que os provedores de conteúdo devem assegurar que seus usuários não sejam expostos a um conteúdo *ilegal* (nos termos da legislação inglesa) ou *prejudicial* (embora legal), conceitos que ainda não estão claramente definidos. Definir o que é um material “legal, mas prejudicial” pode ser um dos principais desafios. Também são concedidos amplos poderes (inclusive de investigação) ao OFCOM, órgão regulador dos serviços de comunicação no Reino Unido, v.g., para regulamentar as atividades das *Big Techs*, emitindo códigos de prática relacionados a deveres específicos das grandes empresas de tecnologia (art. 29); para promover investigações (art. 75) e exercer poderes de execução (art. 80) (REINO UNIDO, 2021).

O dever de cuidado proposto no Projeto é dividido em três partes: (i) prevenir a proliferação de conteúdo e atividades ilegais, como pornografia infantil, material terrorista e crimes de ódio como o abuso racial; (ii) garantir que as crianças não sejam expostas a conteúdo prejudicial ou

impróprio; e, (iii) para as grandes empresas (descritas como serviços de “Categoria 1”), o dever de garantir que adultos sejam protegidos de conteúdo que, embora seja legal, é prejudicial (REINO UNIDO, 2021).

Atualmente, o Projeto exige que as empresas proprietárias de plataformas digitais apresentem detalhes de como seus serviços podem expor os usuários a um conteúdo prejudicial e como elas irão combater esse risco, versando inclusive sobre o potencial impacto prejudicial dos algoritmos em suas atividades (REINO UNIDO, 2021).

3.7 França: L'inconstitutionnalité de la Loi Avia (2020)²⁵

Na França, a Lei n. 2020-766, de 24 de junho de 2020, apelidada de *Loi Avia*, que visa combater o conteúdo de incitação ao ódio na Internet, teve vários de seus dispositivos declarados inconstitucionais pelo Conselho Constitucional francês, em uma decisão cujos fundamentos podem servir de parâmetros tanto para outros tribunais nacionais como para cortes internacionais no tocante à proteção da liberdade de expressão em face das investidas estatais para regular a Internet.

Por meio da Decisão n. 2020-801 DC, de 18 de junho de 2020, o Conselho Constitucional anulou, além de várias outras disposições normativas, o dispositivo central da referida lei (art. 1º, II)²⁶, que consistia

²⁵ O conteúdo da referida lei, bem como a decisão sobre a inconstitucionalidade de diversos dispositivos pelo Conselho Constitucional francês podem ser consultados na íntegra em: <https://bit.ly/3paDYO4>.

²⁶ Referido dispositivo criava um artigo 6, II, na Lei n. 2004-575, de 21 de junho de 2004, para a confiança na economia digital, cuja redação era a seguinte: “Art. 6- 2. – I. – *Sans préjudice des dispositions du 2 du I de l'article 6 de la présente loi, les opérateurs de plateforme en ligne au sens du I de l'article L. 111- 7 du code de la consommation qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur la mise en relation de plusieurs parties en vue du partage de contenus publics et dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décret sont tenus, au regard de l'intérêt général attaché au respect de la dignité humaine, de retirer ou de rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes, tout contenu contrevenant manifestement aux dispositions mentionnées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de*

no dever de as mídias sociais remover o discurso de ódio “manifestamente ilegal” e vários outros tipos de conteúdo publicados em suas plataformas, em até 24 horas após serem notificadas, sob o risco de incorrer em multas pesadas de até 4% de sua receita global (FRANÇA, 2021a).

Dentre os fundamentos da decisão, o Conselho destacou que a liberdade de expressão é um direito humano que se encontra consagrado no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e no art. 34 da Constituição francesa, devendo ser protegido contra investidas arbitrárias. Além disso, ressaltou que dadas as grandes dificuldades das plataformas em avaliar o caráter de manifesta ilegalidade dos conteúdos veiculados e a possibilidade da existência de muitas denúncias (até mesmo infundadas), o prazo de 24 horas era particularmente curto para a tomada de decisões “jurídicas” muito técnicas. Afirmou ainda que a conduta exigida das plataformas é manifestamente ilegal pelo fato de não estar sujeito à intervenção prévia de um juiz nem a qualquer outra condição (FRANÇA, 2021a).

O que se nota é que o objetivo central da lei francesa era obrigar as plataformas online a assumir a maior parte da responsabilidade na remoção do discurso de ódio ilegal, fato que poderia levar as empresas a agir com muito mais cautela na análise de conteúdos, o que poderia implicar em remoções desnecessárias e atentatórias contra os direitos humanos. Além disso, a manutenção dos dispositivos normativos declarados inconstitucionais também consolidaria poderes de censura privada, já que relegava às empresas privadas de tecnologia a responsabilidade de determinar se um conteúdo é “manifestamente ilegal” ou não.

l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222- 33, 227- 23 et 421- 2- 5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227- 24 du même code.” (FRANÇA, 2021b)

3.8 Brasil: Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021²⁷

O Brasil também tem experimentado tentativas de ingerência e controle das mídias sociais por parte do governo federal, como foi o caso da natimorta *MP das Redes Sociais* (Medida Provisória-MP n. 1.068, de 6 de setembro de 2021), que alterava significativamente o Marco Civil da Internet – MCI (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014) e tinha o potencial de inviabilizar a moderação de perfis e conteúdo pelas plataformas digitais, notadamente aquele relacionado às notícias falsas (*fake news*) e constituía clara ofensa aos direitos fundamentais.

Dentre várias outras alterações, a referida MP incluía no MCI o art. 8º-A (*Dos direitos e das garantias dos usuários de redes sociais*), que previa, dentre outras coisas, a não exclusão, cancelamento ou suspensão, total ou parcial, de serviços e funcionalidades da conta ou do perfil, bem como a não exclusão, suspensão ou bloqueio da divulgação de conteúdo gerado pelo usuário, exceto por “justa causa”; e o art. 8º-B, segundo o qual a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderia ser realizado com “justa causa” e motivação (BRASIL, 2021).

Conforme se nota, a intenção da MP era fazer com que as empresas de mídia social somente pudessem restringir as contas e o conteúdo publicado pelos usuários em suas plataformas em circunstâncias bastante restritas (hipóteses de “justa causa”) ou para atender a ordens judiciais. O que se verifica é que a referida normativa efetivamente limitava a capacidade das empresas de fazer cumprir seus próprios termos de serviço e os esforços dos poderes instituídos no país para reduzir a desinformação e a disseminação

²⁷ O conteúdo da referida MP pode ser consultado na íntegra em: <https://bit.ly/3Fcqk2e>.

de notícias falsas que semeiam dúvidas sobre uma infinidade de assuntos, inclusive sobre os processos eleitorais.

O Partido Socialista Brasileiro (PSB) propôs no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 6.991/DF) com pedido de medida cautelar para determinar a imediata suspensão dos efeitos da referida MP em sua íntegra, petição que foi acatada pela Ministra Relatora Rosa Weber, em 14 de setembro de 2021. Na decisão a Ministra destacou

[...] a complexidade e a peculiaridade das diversas questões envolvidas na MP 1.068/2021. A propagação de *fake news* (notícias falsas), de discursos de ódio, de ataques às instituições e à própria democracia, bem como a regulamentação da retirada de conteúdos de redes sociais consubstanciam um dos maiores desafios contemporâneos à conformação dos direitos fundamentais (STF, 2021, p. 31-32).

Em 14 de setembro de 2021, o presidente do Senado e do Congresso Nacional rejeitou e devolveu a MP ao Executivo, o que fez com que a normativa perdesse o seu efeito legal, com o encerramento de sua tramitação no Congresso Nacional.

4. Estratégias que podem ser utilizadas na batalha entre o bem e o mal na regulação e moderação de conteúdo

As análises feitas na seção anterior deixaram evidente a existência de uma guerra global pela governança da Internet, guerra essa que se traduz em diversas batalhas que têm sido travadas entre os governos e as gigantes da tecnologia. A interferência estatal na regulação da Internet e mais especificamente das plataformas digitais de mídia social também restou evidenciada. Verificou-se que os governos ao editarem leis específicas voltadas à regulação da grande rede mundial e do uso da tecnologia, invariavelmente têm acabado por violar uma série de direitos humanos,

notadamente, a liberdade de expressão, o direito à informação e a privacidade.

Pelas legislações analisadas é possível se aferir um padrão de condutas que têm sido imposto pelos governos às *Big Techs*, que pode ser sintetizado da seguinte maneira, embora de maneira não exaustiva: (i) a necessidade de registro e nomeação de um representante legal da empresa para atuação no país e para fins de responsabilização; (ii) a constituição de uma filial no território do país; (iii) o estabelecimento de um órgão gestor estatal com amplos poderes de regulação para determinar condutas, fiscalizar e impor pesadas sanções administrativas (multas de valor elevado, suspensões e bloqueios de serviços e até mesmo o impedimento de atuar no país) àquelas empresas que descumprem a legislação local (fato com implicações globais); (iv) a edição de regras pouco claras, vagas e imprecisas relativamente à moderação de conteúdo; (v) a imposição de lapsos temporais exíguos para que as empresas tomem as medidas cabíveis para a remoção de conteúdo após terem sido notificadas; (vi) o dever de armazenamento dos dados e informações dos usuários em servidores situados no território do país; (vii) o fornecimento dos dados e informações dos usuários aos governos mediante ordem administrativa, sem que haja uma decisão judicial nesse sentido; e (viii) a obrigação administrativa de as empresas de tecnologia fornecer acesso aos sistemas eletrônicos e/ou dados eletrônicos às autoridades estatais, inclusive para fins penais.

Restou bastante claro o fato de que certas condutas normativamente impostas são no mínimo desproporcionais, quando não abusivas, discriminatórias e conseqüentemente atentatórias contra uma gama de direitos e liberdades hoje consagrados universalmente, bem como ofensivas aos regimes democráticos, de modo que refletir cuidadosamente e discutir o assunto de maneira comprometida tornou-se imperioso nesta quadra histórica das sociedades nacionais, profundamente marcadas e transformadas pela Internet e a tecnologia.

Dada a importância e a preocupação global em torno do assunto, organizações internacionais, organizações não governamentais e especialistas de todo globo passaram a desenvolver pesquisas e estudos aprofundados sobre a temática, com o fim de encontrar soluções que possam contribuir para o enfrentamento das questões suscitadas no âmbito das várias batalhas que estão sendo travadas, bem como mitigar os seus deletérios efeitos não apenas para Estados e empresas, mas sobretudo para o inquantificável número de pessoas que hoje utilizam a Internet e as mídias sociais ao redor do mundo e que são direta e indiretamente prejudicadas no exercício de seus direitos em razão destes conflitos.

Antes de prosseguir importa aqui fazer um adendo. Na presente pesquisa não se discute se as plataformas digitais de mídia social devem ou não moderar o conteúdo online. Para ser evidente que o quadro das relações e interações sociais globais atual revela essa necessidade. Tarleton Gillespie (2018, p. 5) está com a razão quando afirma que as

[...] plataformas devem, de uma forma ou de outra, moderar: tanto para proteger um usuário de outro, ou um grupo de seus antagonistas, quanto para remover o que é ofensivo, vil ou ilegal - bem como para apresentar sua melhor face aos novos usuários, para seus anunciantes e parceiros, e para o público em geral.

Portanto, a questão central não está no *se*, mas no *como* moderar e regulamentar, ou seja, em como deve se dar a atividade normativa estatal e a atuação das empresas para coibir a fala prejudicial nas plataformas digitais e ao mesmo tempo preservar a liberdade de expressão e outros direitos. E ainda nesse contexto serve o alerta: por estarem envolvidos altos interesses econômicos e políticos de ambos os lados, em certos casos até mesmo inconciliáveis, a tarefa não é nada fácil e sem dúvida precisa ser enfrentada de forma madura, responsável e coordenada, com ampla participação de todos os envolvidos (efetiva ou potencialmente) nas e pelas ações de regulamentar e moderar.

Com o fim de auxiliar na resolução dos dilemas de regulamentação e moderação de conteúdo online, em 2021 o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos propôs cinco ações para consideração por parte de Estados e empresas (OHCHR, 2021, n.p.):

(i) que o foco de toda regulamentação estatal esteja na melhoria dos processos de moderação de conteúdo por parte das empresas de tecnologia, e não na adição de restrições específicas ao conteúdo, v.g., diante de questões complexas, as pessoas devem tomar as decisões e não os algoritmos;

(ii) que as restrições impostas pelos Estados estejam baseadas em leis não apenas nacionais, mas também em parâmetros normativos internacionais (vinculantes ou *soft law*), além da necessidade de ser claras, necessárias, proporcionais e não discriminatórias;

(iii) que as empresas atuem com transparência sobre como fazem a curadoria e moderam o conteúdo e como compartilham informações, e que também os Estados o sejam acerca de suas solicitações para restringir ou remover determinado conteúdo e nas solicitações de acesso a dados dos usuários;

(iv) que aos usuários sejam ofertadas oportunidades efetivas de apelar contra decisões que considerem injustas e que tribunais independentes tenham a palavra final sobre a legalidade ou não do conteúdo; e, por fim,

(v) que a sociedade civil e os especialistas estejam envolvidos na formulação e avaliação das regulamentações a serem editadas.

Parece estar fora de dúvida de que as ações propostas pela ONU, se levadas a sério e implementadas por governos e empresas, têm a aptidão de em muito contribuir no tratamento do tema em escala global, uma vez que oferecem significativas alternativas aos rígidos padrões que os governos têm adotado na regulamentação da Internet e, notadamente, em relação à forma como as empresas devem moderar o conteúdo online.

A Comissão Europeia está dando passos significativos para o enfrentamento do tema no âmbito da União Europeia (UE). Em 2020 a

Comissão apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu duas iniciativas legislativas para atualizar as regras que regem os serviços digitais na UE: o *Digital Services Act (DSA)*²⁸ e o *Digital Markets Act (DMA)*²⁹, que constituem um único conjunto de novas regras aplicáveis em toda comunidade europeia e que visa a criação de um espaço digital mais seguro e aberto a todas as pessoas.

Embora ainda não seja possível aferir a real dimensão e os impactos desse conjunto normativo, alguns elementos bastante positivos podem ser destacados, dentre eles, como o fato de estar baseado na linguagem dos direitos humanos, de conter requisitos de transparência claros para as plataformas digitais e, especialmente, de ter sido elaborado através de um amplo processo participativo (setor privado, usuários de serviços digitais, organizações da sociedade civil, autoridades nacionais, Academia, comunidade técnica, organizações internacionais e o público em geral).

Fazendo uma adaptação das regras do direito empresarial/comercial e civil para as entidades comerciais que atuam no universo online, o que se extrai é que as novas regras apelam para mais justiça, transparência e responsabilização pelos processos de moderação de conteúdo dos serviços digitais, buscando garantir que os direitos humanos sejam respeitados e que os indivíduos tenham acesso a um recurso independente de reparação judicial. Também há o estabelecimento de um mecanismo detalhado de “notificação e ação” para lidar com a veiculação de conteúdo ilegal, regras abrangentes sobre publicidade online, incluindo a publicidade direcionada, e a permissão para o desenvolvimento e uso dos chamados contratos inteligentes (EUR-Lex, 2021).

Diante das ações apresentadas pela ONU e dos projetos da Comissão Europeia, e com base em estudos realizados pelas próprias plataformas

²⁸ Mais informações sobre a referida proposta normativa podem ser consultadas em: <https://bit.ly/3mgQDwX>.

²⁹ Mais informações sobre a referida proposta normativa podem ser consultadas em: <https://bit.ly/3m1GiQj>.

digitais³⁰, pela doutrina e por especialistas, alguns caminhos que podem ser trilhados por Estados e empresas ao lidar com as tormentosas questões oriundas da regulamentação e moderação de conteúdo:

(i) a ampla consideração pela gramática e linguagem dos direitos humanos consagrados no plano internacional (seja por meio de documentos vinculantes ou não), tanto na regulamentação como na moderação do conteúdo³¹; os reguladores e moderadores precisam levar em consideração os impactos que suas decisões podem ter sobre a liberdade de expressão e outros direitos;

(ii) o estabelecimento, pelas empresas, de canais dialógicos, interativos e com interfaces amigáveis para que os usuários possam relatar conteúdo ilegal ou prejudicial, bem como apelarem da remoção de determinado conteúdo ou da decisão de não remoção por parte da plataforma;

(iii) a determinação legal da criação de mecanismos de supervisão externa das políticas e decisões de aplicação normativa das empresas de tecnologia, bem como a exigência de apresentação de relatórios públicos periódicos à comunidade de usuários e clientes, onde se conste em linguagem clara e acessível, dentre outras informações, os padrões de moderação de conteúdo adotados e as medidas tomadas em face das denúncias feitas pelos usuários;

(iv) a estipulação legal de criação de mecanismos pelos quais as empresas de tecnologia possam fornecer aos governos e aos usuários de seus serviços, as informações de que precisam para julgar com precisão os seus esforços na moderação de conteúdo, fortalecendo-se assim a transparência, que constitui um dos vetores fundamentais no tratamento do tema;

³⁰ Nesse sentido, quanto aos caminhos apontados, a presente pesquisa se vale também das quatro questões-chaves e dos princípios formulados pelo Facebook, no estudo *Charting a Way Forward on Online Content Regulation*, disponível em: <https://bit.ly/3mHKWbJ>.

³¹ Vale aqui lembrar que os *Princípios Orientadores da ONU sobre Negócios e Direitos Humanos* estipulam que todas as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos.

(v) a previsão legal de prazos apropriados para a adoção de medidas pelas empresas, sobretudo quanto à remoção de conteúdo, que sejam condizentes com a complexidade da atividade que deve ser desenvolvida para o atendimento das solicitações, sejam elas de usuários ou das autoridades estatais;

(vi) a edição de uma regulamentação capaz de incentivar as empresas a cumprir metas específicas, v.g., de manter o conteúdo ilegal ou prejudicial abaixo de certos limites previamente acordados; é preciso incentivar as plataformas de tecnologia a atuar de modo que possam equilibrar responsabilmente valores como segurança, privacidade e liberdade de expressão, e isso pode ser alcançado por meio do estabelecimento de estruturas domésticas da responsabilidade das empresas;

(vii) uma regulamentação que crie regras levando em consideração a complexidade do mundo digital, notadamente que reconheçam as preferências dos usuários, que possam ser aplicadas em escala, que permitam a flexibilidade entre idiomas, tendências e contextos, e que considere a variação existente entre os serviços de Internet ao redor do globo;

(viii) a edição de uma regulamentação nacional que respeite a natureza da Internet, ou seja, a sua escala global e transcultural, bem como a ampla gama de valores presentes nas comunicações transfronteiriças;

(ix) a criação legal de órgãos reguladores estatais capazes de desenvolver pesquisas e estudos voltados à compreensão das capacidades e limitações tecnológicas na moderação de conteúdo e a permissão para que as plataformas digitais tenham flexibilidade para inovar e, inclusive contribuir em com tais estudos;

(x) considerar na atividade regulatória a gravidade que enseja a remoção do conteúdo ilegal e a prevalência do conteúdo prejudicial, seu status perante as leis, bem como os esforços já em andamento para lidar com o conteúdo.

Por fim, vale destacar a opinião do Grupo de Trabalho Transatlântico de Alto Nível Sobre Moderação de Conteúdo Online e Liberdade de Expressão³², que considera a transparência, os mecanismos alternativos de resolução de litígios e as limitações dos algoritmos como alguns dos melhores caminhos a seguir no tema da regulação e moderação de conteúdo online (TWG, 2019).

5. Conclusão

Pela presente pesquisa se pôde aferir que a regulamentação da Internet e das plataformas digitais, notadamente das mídias sociais, e especialmente no tocante à moderação de conteúdo online, constitui um cenário de intensas e dramáticas batalhas que têm sido travadas na contemporaneidade entre os Estados nacionais e as Big Techs, cujos resultados têm sido altamente maléficos para os direitos humanos.

Aferiu-se que a ânsia regulatória dos Estados, reveladora da intenção de estender a sua soberania sobre a Internet e controlar a vida digital, tem acarretado sérios prejuízos a direitos que hoje se encontram universalmente consagrados, notadamente à liberdade de expressão, ao direito à informação e à privacidade de um sem-número de usuários que se encontram espalhados ao redor do globo.

Verificou-se que a digitalização da vida nas diversas sociedades contemporâneas tem trazido consigo novas questões e problemas que são de difícil resolução e exigem um esforço hercúleo para o seu enfrentamento. Se de um lado é de absoluta importância combater o mal, evidenciado na Internet por atuações extremadas de violência, pelo ódio, racismo, intolerância, disseminação de notícias falsas e enganação online, desinformação, crimes virtuais e outras formas pelas quais tem se

³² Um projeto do *Annenberg Public Policy Center*, da Universidade da Pensilvânia, em parceria com *The Annenberg Foundation Trust*, em Sunnylands e o *Institute for Information Law*, da Universidade de Amsterdam. O grupo e suas atividades podem ser consultadas aqui: <https://www.ivir.nl/twg/>.

manifestado no mundo virtual; de outro, tornou-se igualmente imperiosa a proteção e a tutela efetiva dos direitos humanos não apenas da parte real, mas também da parte virtual da vida dos seres humanos, enquanto luta pela prevalência do bem no mundo digital.

Nesse contexto, o trabalho demonstrou que a liberdade de expressão e o direito à informação devem ser tutelados em toda a sua amplitude também na esfera digital, aferindo-se que a dupla dimensão desses direitos (substantiva e instrumental) é de observância obrigatória no âmbito da Internet, o que reclama uma atuação dos Estados e das empresas proprietárias de plataformas digitais que operam online, comprometida com os parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos.

Pela análise das várias e expansivas legislações nacionais que visam regulamentar a moderação de conteúdo nas plataformas de mídia social se verificou a existência de um padrão normativo estatal que invariavelmente importa em diversas ofensas aos direitos protegidos. E como forma de enfrentamento desse estado de coisas digital contemporâneo, foram apresentadas diversas ações que, uma vez implementadas, podem contribuir significativamente para a construção de uma Internet mais livre, segura, democrática e de respeito aos direitos humanos.

Referências

- ARTICLE 19. **Legal Analysis**. Indonesia: Regulation of the Minister of Communication and Informatics Number 5 of 2020 on Private Electronic System Operators (Ministerial Regulation 5). Disponível em: <https://bit.ly/3yB5OpI>. Acesso em 10 dez. 2021.
- BALBINO, Daniel Abrantkoski; PEREIRA, Luciano Meneguetti. A liberdade de expressão e o discurso de ódio: Um estudo sobre a necessidade da educação em direitos humanos. *In: Educação em direitos humanos: construindo uma cultura de respeito aos direitos humanos*. São Paulo: Boreal, 2018, p. 14-35.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BICKERT, Monika. **Charting a way forward on online content regulation**. Disponível em: <https://bit.ly/3mHKWbJ>. Acesso em 10 dez. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Disponível em: <https://bit.ly/3Fcqk2e>. Acesso em 10 dez. 2021.

EUR-LEX. **Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a single market for digital services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC.** Disponível em: <https://bit.ly/3pfk30e>. Acesso em 10 dez. 2021.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020.** Disponível em: <https://bit.ly/3yDmih4>. Acesso em 10 dez. 2021a.

FRANÇA. **Loi n. 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.** Disponível em: <https://bit.ly/30DTybh>. Acesso em 10 dez. 2021b.

FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net 2021.** Disponível em: <https://bit.ly/3snPF5E>. Acesso em 10 dez. 2021.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media.** New Heaven: Yale University Press, 2018.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Russia: Growing Internet Isolation, Control, Censorship. Authorities Regulate Infrastructure, Block Content.** Disponível em: <https://bit.ly/32caRke>. Acesso em 10 dez. 2021.

IGI GLOBAL. **What is Digital Platform.** Disponível em: <https://bit.ly/3q9mH6P>. Acesso em 10 dez. 2021.

ÍNDIA. **The Information Technology (Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code) Rules, 2021.** Disponível em: <https://bit.ly/3yCB3AG>. Acesso em 10 dez. 2021.

INDONÉSIA. **Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 5.** Disponível em: <https://bit.ly/3F2NUOZ>. Acesso em 10 dez. 2021.

LAIDLAW, Emily B. **Regulating speech in cyberspace: gatekeepers, human rights and corporate responsibility.** Cambridge: Cambridge University Press, 2015. Epub.

MCGOLDRICK, Dominic. **The Limits of Freedom of Expression on Facebook and Social Networking Sites: A UK Perspective.** In: **Human Rights Law Review**, Volume 13, Issue 1, March 2013, p. 125–151. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngt005>. Acesso em 10 dez. 2021.

ÖĞRET, Özgür. **Turkish social media law consolidates news censorship under ‘right to be forgotten’.** Disponível em: <https://bit.ly/3p5WWF1>. Acesso em 10 dez. 2021.

OHCHR. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Moderating online content: fighting harm or silencing dissent?** Disponível em: <https://bit.ly/32gDAEn>. Acesso em 10 dez. 2021.

RAMOS, André de Carvalho; BUCCI, Daniela. **Direitos humanos, mídias sociais e democracia perspectivas de direito nacional e internacional.** In: NUNES, César Augusto R. et. al. (Orgs.). **Temas de direitos humanos do VI CIDH Coimbra 2021.** Campinas; Jundiaí: Brasília; Edições Brasil, 2021, p. 193-205.

REINO UNIDO. **Draft Online Safety Bill.** Disponível em: <https://bit.ly/3yEeOKE>. Acesso em 10 dez. 2021.

ROBERTS, Sarah T. **Behind the screen: content moderation in the shadows of social media.** New Haven and London: Yale University Press, 2019.

RÚSSIA. **Федеральный закон 01.05.2019 № 90-ФЗ “О внесении изменений в Федеральный закон “О связи” и Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации”.** Disponível em: <https://bit.ly/32isUp2>. Acesso em 10 dez. 2021c.

RÚSSIA. **Федеральный закон 24.02.2021 № 19-ФЗ “О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях”.** Disponível em: <https://bit.ly/3Ffn7Px>. Acesso em 10 dez. 2021d.

RÚSSIA. **Федеральный закон** 27.06.2018 № 155-ФЗ. “О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях”. Disponível em: <https://bit.ly/3yGqdd5>. Acesso em 10 dez. 2021a.

RÚSSIA. **Федеральный закон** 27.07.2006 № 149-ФЗ. “Об информации, информационных технологиях и о защите информации”. Disponível em: <https://bit.ly/32e3Pfo>. Acesso em 10 dez. 2021b.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Epub.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6991 MC/DF**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 14/09/2021. Publicação: 16/09/2021. Disponível em: <https://bit.ly/32jF8NV>. Acesso em 10 dez. 2021

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

TRANSATLANTIC WORKING GROUP (TWG). **Co-Chairs Report No. 3. Working Papers**. The Bellagio Session, November 13-16, 2019, hosted by the Rockefeller Foundation Bellagio Center, Italy. Disponível em: <https://bit.ly/3J0BkSR>. Acesso em 10 dez. 2021.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2. ed. Mineola/NY: The Foundation Press, 1988.

TURQUIA. **Lei de Regulamentação de Transmissões na Internet e Combate aos Crimes Cometidos por meio Destas Transmissões**. Lei n. 5.651/2007. Disponível em: <https://bit.ly/3GSNsDp>. Acesso em 10 dez. 2021a.

TURQUIA. **Lei para Alterar a Lei de Regulamentação de Transmissões na Internet e Combate aos Crimes Cometidos por meio Destas Transmissões**. Lei n. 7.253/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mbKAtC>. Acesso em 10 dez. 2021b.

Artigo recebido em: 26/03/2022.

Aceito para publicação em: 09/11/2022

Realidades adaptadas: perspectiva dialética entre o homem e a inteligência artificial nas relações de trabalho

Adapted realities: dialectic perspective between man and artificial intelligence in work relations

Ulisses Juliano da Silva¹

Resumo: A inteligência artificial (IA) possui um poder único, de ablaquear o potencial humano de melhoria de resultados que as ferramentas tradicionais não são capazes de fazer. A pandemia serviu para evidenciar que a implementação de tecnologias disruptivas nas relações de trabalho é um caminho irreversível, sobre o qual se faz necessário uma reflexão madura e complexa sobre a relação do homem e essa tecnologia que está transformando cada vez mais as relações de trabalho, incentivando as capacidades humanas e proporcionando a construção de novas realidades. Atualmente a inteligência artificial promove uma diversidade de tecnologias convencionais que estão tendo um impacto substancial na vida cotidiana, neste contexto, é preciso voltar a atenção a observância dos direitos humanos nas relações de trabalho, que estão sendo impactadas pela IA. Com uma rápida visão histórica, é possível diagnosticarmos que a humanidade é uma constante dialética semiótica, numa busca esperançosa de um futuro melhor. Nesse cenário, novas formas de trabalho foram criadas enquanto outras foram extintas, reformuladas ou adaptadas, em especial durante o período da pandemia.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Relações de Trabalho; Tecnologias; Direitos Humanos.

Abstract: Artificial intelligence (AI) has a unique power, to undermine the human potential for improving results that traditional tools are not capable of. The pandemic served to show that the implementation of disruptive technologies in labor relations is an irreversible path, on which a mature and complex reflection on the relationship between man and this technology that is increasingly transforming labor relations is needed, encouraging human capacities and providing the construction of new realities. Currently, artificial intelligence promotes a diversity of conventional technologies that are having a substantial impact on everyday life, in this context, attention must be paid to the observance of human rights in labor relations, which are being impacted by AI. With a quick historical overview, it is possible to diagnose that humanity is a

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público; e em Inteligência Artificial e Machine Learning. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Projeção. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Relações de Trabalho e Tecnologias Disruptivas" - Faculdades Integradas UPIS. Membro da Escola de Processo da Unisinos e do Grupo de Pesquisa "Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho", da PUCRS. Advogado.

constant semiotic dialectic, in a hopeful search for a better future. In this scenario, new forms of work were created while others were eliminated, reformulated or adapted, especially during the period of the pandemic.

Keywords: Artificial Intelligence; Work relationships; Technologies; Human rights.

1. Introdução

Em um apartamento em Brasília, com a música “Anjos Tronchos” de Caetano Veloso ecoando pelos cômodos, um servidor do Tribunal de Justiça na mesa da sala, trabalha em conjunto com um software de inteligência artificial para promoverem o andamento de um processo judicial.

O servidor redige um texto de determinada certidão, enquanto que o software intuitivamente indica em qual momento o processo se encontra, após uma série de andamentos processuais promovidos de forma sensível e “ciente”, abrindo e fechando prazos, identificando juntadas de peças processuais e documentos, bem como intimando partes e patronos para o regular prosseguimento do feito. Enquanto isso, um aspirador robótico “*roomba*” realiza a limpeza minuciosa do imóvel completamente mapeado.

O caminho para colaboração homem-máquina já passou por diversos percalços. Inicialmente, a IA foi recebida com muita expectativa, mas os resultados não corresponderam a excitação inicial, e, depois, uma segunda onda de entusiasmo e, então, à decepção. Esses períodos ficaram conhecidos como os dois “invernos” da IA². A partir da década de 2000,

² A área da IA começou nos anos 1950, e, durante as décadas que se seguiram, qualquer progresso na pesquisa foram inconclusos e incertos. Na década de 1970, o financiamento havia se dissipado tanto que a época ficou conhecida como o primeiro inverno da IA. Então, durante alguns anos na década de 1980, alguns pesquisadores progrediram nos chamados sistemas especialistas – sistemas de computador carregados com códigos que permitiam a uma máquina executar um tipo de raciocínio rudimentar usando regras “se-então”, em vez de seguir um algoritmo estrito e predeterminado. A revolução dos computadores, no entanto, estava em andamento e a atenção foi desviada para os computadores pessoais à medida que se tornavam cada vez mais acessíveis e práticos para a pessoa comum. Mais uma vez, o dinheiro para a IA secou, e chegou o segundo inverno da IA. Somente na década de 2000 que a IA começou a atrair grandes investimentos novamente. (DAUGHERTY; WILSON, 2019, p. 27.)

milhares de empresas foram criadas, pesquisadores desenvolveram trabalhos e, atualmente, estamos experimentando um cenário colaborativo entre a IA e o homem.

A IA possui um potencial sem precedentes de transformar o ambiente de trabalho nas empresas. Graças a esse potencial, estamos agora na iminência de uma grande transformação no campo das relações de trabalho. É um novo tempo no qual as regras fundamentais segundo as quais identificávamos o direito do trabalhador e sua relação com o empregador estão sendo reescritas diariamente.

Mas, nem tudo são flores nessa relação entre o homem e a máquina. Intelectuais, cineastas, pesquisadores, entre outros, estão denunciando o que chamam de “novo proletariado da era digital”. O professor da UNICAMP, Ricardo Antunes (2018, p. 25), desponta entre os mais críticos deste cenário, alertando para a proliferação de trabalhos precarizados, bem como a burla aos direitos trabalhistas nas mais diversas áreas com a justificativa do desenvolvimento da tecnologia em prol da melhora da qualidade de vida do ser humano.

Antunes denuncia que para termos a tecnologia a nossa disposição, milhares de trabalhadores são vilipendiados em seus direitos humanos em países do sul como China, Índia e diversos outros do continente Americano e Africano (ANTUNES. 2018, p. 26).

O professor explicita que “ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional-digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do novo proletariado da era digital”, desrespeitando direitos adquiridos, flexibilizando as relações de trabalho e afetando a vida de milhares de trabalhadores (ANTUNES. 2018, p. 26-28).

Nada obstante isso, os avanços na IA não estão apenas automatizando muitos processos de trabalho, tornando-os mais eficientes, eles agora estão permitindo que pessoas e máquinas trabalhem de forma colaborativa de maneiras inovadoras. Esse novel muda completamente a própria natureza

do trabalho, exigindo que a gestão das empresas, sindicatos e empregados se dê de maneiras drasticamente diferentes e, isso impacta diretamente os direitos humanos do trabalhador.

Sob este prisma, este texto se inicia com um panorama atual do impacto da Inteligência Artificial nas relações de trabalho. Através da visão de grandes pensadores, aborda-se o desejo da sociedade em evoluir que abarque em seus princípios o interesse dos cidadãos e a prosperidade das empresas de forma eficaz.

Passo seguinte, aborda-se os desafios que estão sendo enfrentados para que a relação entre o homem e a IA seja a mais produtiva possível gerando efeitos positivos na sociedade, com o escopo de tentar desvelar o contexto por trás de todo o avanço tecnológico no que se refere ao respeito aos direitos humanos. Por fim, intenta-se explicitar como é possível estabelecer uma relação entre homem e a IA de forma em que os direitos humanos são respeitados, ao mesmo tempo em que a sociedade é beneficiada pelos avanços da tecnologia implementada nas empresas, indústrias, fábricas, órgãos governamentais entre outros, impactando diretamente a qualidade de vida dos trabalhadores. A inteligência artificial já está mudando alterando o cotidiano da humanidade, quase inteiramente, de maneiras que melhoram a saúde, segurança e produtividade humanas nas mais diversas áreas, inclusive no Direito.

A presente pesquisa visa a problematizar e discutir o impacto da inteligência artificial na construção do direito contemporâneo sob o paradigma da simbiose entre humanos e tecnologias, bem como as implicações sociais, éticas e jurídicas.

A justificativa da relevância temática se traduz na reflexão imperativa sobre a realidade que se descortina com os avanços recentes de inteligência artificial que estão revolucionando o universo jurídico, perscrutando as possibilidades de criação de caminhos alternativos dentro das fábricas, indústrias e empresas de forma colaborativa, orgânica e

inclusiva entre o homem e a máquina, visando a ampliação das habilidades humanas e não sua substituição, bem como o respeito e a promoção dos direitos humanos.

2. Avanço e retrocesso: o binômio da expansão da desigualdade

Numa praia do litoral Baiano um belo rapaz faz uma *selfie* e posta em sua rede social. Uma curtida dessa foto, pode proporcionar um bate-papo despretenso, gerando uma conexão virtual que talvez desencadeará em uma relação afetiva física. Compartilhar a foto de um certificado, diploma ou participação em um evento, pode gerar empatia por parte de *headhunters* que, por sua vez podem contatar o perfil e oferecer uma vaga de emprego.

O que a maioria das pessoas não sabem é que *smartphones*, *notebooks* ou *tablets*, são compostos de dezenas de elementos e ligas metálicas, que são produzidos a partir de minerais encontrados na natureza, tais como quartzo, bauxita, esfalerita, calcopirita, espodumênio, wolframita, tetraedrita, bastnaesita, entre outros (JENNESS, 2016).

O ponto de partida, portanto, são as minas e, é aí que as coisas começam a ficar nebulosas. Milhares de mineiros trabalham sob condições brutais e sub-humanas em diversos lugares do mundo, vilipendiando o trabalhador abarcando drasticamente a exploração o trabalho infantil e de imigrantes.

Em 2015, o cineasta e documentarista Zhao Liang produziu e apresentou um chocante documentário denominado *Behemoth*. O premiado diretor apresenta o progresso chinês como paradigma do mundo ao expor duro ofício realizado pelos mineiros. Os acidentes, contaminações e mortes. Tudo isso ocorre numa sociedade que esperava que o uso das tecnologias eliminaria o trabalho desumano (LIANG, 2015).

Em plena pandemia, mais precisamente no mês de julho de 2021, numa manhã ensolarada de um domingo (11.07), o bilionário Richard Branson, fundador do grupo Virgin, decolou a bordo do foguete da sua própria empresa, para um breve voo espacial. Poucos dias depois, foi a vez de Jeff Bezos de repetir o feito, com foguete produzido por sua própria empresa, desencadeando uma nova corrida espacial em pleno século XXI, embalada em uma aura de turismo ultra-vip para um destino mais do que exclusivo (BARROS, 2021).

Bezos, após o voo, ao ser questionado pela imprensa, agradeceu a todos os funcionários e clientes de suas empresas por terem “bancado a sua viagem ao espaço”. Evidentemente ele não quis comentar as acusações contra suas empresas de aproveitamento de trabalho precarizado na china (BARROS, 2021).

Na contemporaneidade estamos experimentando a existência em uma sociedade pós-moderna, líquida³ e hipermoderna⁴. Vivenciamos um mundo em um constante processo de autoconstrução e desconstrução, numa mobilidade e mutabilidade de nossos códigos, de nossas consciências, culturas, relações e interações sociais. Portanto, é preciso encontrar soluções inovadoras para desafios inéditos. Nessa esteira, temos a IA não apenas como uma facilitadora, mas também como uma promotora de novos e infundáveis aminos para a construção de uma sociedade contemporânea que se revela em constante ebulição.

³ O conceito de modernidade líquida foi desenvolvido pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman e diz respeito a uma nova época em que as relações sociais, econômicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis, como os líquidos. O conceito opõe-se, na obra de Bauman, ao conceito de modernidade sólida, quando as relações eram solidamente estabelecidas, tendendo a serem mais fortes e duradouras.

⁴ Hipermodernidade é o termo criado pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky para delimitar o momento atual da sociedade humana. O termo “hiper” é utilizado em referência a uma exacerbação dos valores criados na Modernidade, atualmente elevados de forma exponencial. O termo Hipermodernidade como ideia de exacerbação da Modernidade surgiu em meados da década de 1970 e ganhou destaque em 2004 graças ao estudo de autores franceses e ao livro “Os tempos hipermodernos” de Lipovetsky com a colaboração de Sébastien Charles.

Nas últimas décadas a humanidade foi exposta a profundas mudanças e rupturas sociais, provocada pela rápida expansão da infraestrutura de comunicação digital e pela adoção exponencial da tecnologia digital.

Os avanços tecnológicos e sua aplicação aos processos produtivos e modelos de negócios têm impactado as fórmulas de organização e defesa dos interesses dos trabalhadores. As transformações alteram de forma definitiva o nosso ambiente de trabalho e a maneira pela qual existimos e agimos dentro dele.

A relação de poder que se estabelece entre empregado e empregador é maximizada na era digital pela utilização, em alguns casos essa relação promove a simbiose entre homem e a IA, em outros casos empregadores estão utilizando a IA como uma nova forma de enfraquecer a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Além disso, necessário se faz salientar que neste cenário, o Estado perde controle do fluxo econômico e financeiro, sendo relegado a segundo plano como unidade política e espaço de desenvolvimento de governo e soberania, em face das empresas transnacionais que acumulam poder e capital que, por sua vez, são subsidiadas pelos Estados para gerar emprego e aquecer a economia local. Para o professor italiano Eusebi Colàs Neila, precisamos ter a “plena consciência de estarmos vivendo durante uma era de transformação, e não em uma sociedade transformada” (COLÀS, 2011).

3. Perspectiva dialética entre o homem e a inteligência artificial

Ao voltarmos nosso foco para o Brasil, mais especificamente ao Poder Judiciário, necessário se faz analisar alguns dados fornecidos pela principal

fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, o “Relatório Justiça em Números/2020”⁵.

Conforme se depreende do relatório, em 2019, nove em cada dez ações judiciais foram iniciadas em um computador, um celular ou um tablet – dez anos antes, a proporção era de um a cada dez. Ainda, o relatório esclarece que já foram digitalizados 131 milhões de casos, ou seja, 90% dos processos judiciais. Tal feito hercúleo apresenta novos desafios ou, como já explicitado no presente texto, para os operadores do direito, transformando dados em conhecimento para novas abordagens, gestão e dimensionamentos dos conflitos, vislumbrando a inteligência artificial como o “inédito viável”⁶ na reinvenção da construção do direito.

A tecnologia, portanto, deixa de cumprir um papel meramente instrumental e modifica os institutos. Não estamos mudando apenas de ambiente, mas também de racionalidade. É imprescindível a utilização de dados para a transformação do conhecimento.

Nada obstante isso, a resolução n. 331 do Conselho Nacional de Justiça, cria uma base nacional de dados do poder judiciário – “DATAJUD”, responsável pelo armazenamento centralizado dos dados e metadados processuais relativos a todos os processos físicos ou eletrônicos, públicos ou sigilosos dos tribunais. Por conseguinte, a resolução n. 335 do CNJ, cria a

⁵ Principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.

⁶ Para compreender o inédito viável, é imprescindível entender o que vem a ser as “situações-limites”. Paulo Freire nos ensina que tais situações se “apresentam aos homens como se fossem determinantes históricas, esmagadores, em face das quais não lhes cabe outra alternativa, senão adaptar-se”. O homem não chega a transcender as “situações-limites”, mas além delas e em relação com elas, cria o “inédito viável”. Nesse sentido, Paulo Freire postula que no momento em que os homens percebem as “situações-limites” não mais como uma “fronteira entre o ser e o nada, mas como uma fronteira entre o ser e o mais ser, se fazem cada vez mais críticos na sua ação, ligada àquela percepção. Percepção em que está implícito o inédito viável como algo definido, a cuja concretização se dirigirá, sua ação”. Ana Freire, conceitua o termo como “uma coisa inédita, ainda não claramente conhecida e vivida, mas quando se torna um ‘percebido destacado’ pelos que pensam utopicamente, o problema não é mais um sonho, ele pode se tornar realidade. Vide: FREIRE, 1987, p. 60-61; FREIRE, 2014, p. 273.

plataforma digital do poder judiciário – PDPJ-BR, com o escopo principal de incentivar o desenvolvimento colaborativo entre os tribunais, para a gestão e expansão do processo judicial eletrônico – PJE, transformando-o em um sistema de multisserviços.

Graças aos recentes avanços na inteligência artificial, estamos agora na iminência de uma grande transformação do Direito. É uma nova era na qual as regras estão sendo reescritas diariamente impactando diretamente o cotidiano dos servidores públicos que trabalham nos órgãos do Poder Judiciário, bem como reflete diretamente no labor dos operadores do direito nas mais diversas áreas, tais como advocacia, promotoria e segurança pública.

Ademais, diversos sistemas de inteligência artificial estão sendo utilizados pelo Poder Judiciário Brasileiro, cabe destacar os mais famosos: VICTOR⁷ (utilizado no STF para analisar a repercussão geral; BEM-TE-VI⁸, utilizado pelo TST para análise de tempestividade e competência; SÓCRATES⁹, implementado pelo STJ para realizar análises semânticas,

⁷ Apesar do nome humano, VICTOR é um sistema que usa inteligência artificial para aumentar a eficiência na tramitação dos processos e a velocidade da avaliação judicial dos processos que chegam ao STF. Desenvolvida a um custo de R\$ 1,6 milhão, a ferramenta promete ser uma grande aliada dos ministros. Antigamente, quando um recurso extraordinário sobe ao STF via processo judicial eletrônico (PJe), era necessário que um servidor separasse e identificasse as peças contidas no documento. Essa tarefa levava, em média, 30 minutos para ser concluída. Já o sistema VICTOR leva apenas cinco minutos para executar a mesma atividade. (AZEVEDO, s.d.)

⁸ O Sistema Bem-te-vi foi desenvolvido pela CDS a partir da aplicação de conceitos de inteligência artificial, resultando num produto considerado inédito na Justiça do Trabalho. A ferramenta traz a funcionalidade de análise automática da tempestividade dos processos. Atualmente, cerca de 3% de todos os processos que chegam ao TST por ano, um quantitativo de 10 mil ações, são considerados intempestivos, isto é, estão fora do prazo para as partes recorrerem. Quando o processo chega ao gabinete, exige uma leitura global do assessor, o que demanda muito tempo. O Bem-te-vi agora possui uma maneira de sinalizar para esse servidor que existe a chance de quase 100% de determinado processo ser intempestivo, o que economiza um tempo considerável na análise daquele processo. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias-fala-setin/-/asset_publisher/ezbATd610oL7/content/id/24876758 Acesso em 19.09.2021.

⁹ Ferramenta capaz de apontar, de forma automática, o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei descritos como violados ou objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência, possibilitando ao servidor uma rápida identificação do conteúdo do recurso, bem como sugerindo as controvérsias jurídicas. (REVOLUÇÃO..., 2020)

triagem de processos e levantamento de dados para a tomada de decisões; ALICE e MÔNICA, sistemas utilizados pelo TCU que analisam editais de licitação, atas de preços e até relatórios dos auditores do tribunal.

Além destes, dezenas de sistemas de IA estão sendo implementados nos tribunais pátrios promovendo uma verdadeira revolução na prestação jurisdicional substituindo seres humanos em trabalhos custosos e repetitivos, possibilitando assim a liberdade do homem para trabalhar colaborativamente com os sistemas, buscando a efetividade e a razoável duração do processo, traduzindo assim, o anseio da sociedade.

Evidentemente, tal simbiose não ocorre apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas também impactam diretamente no exercício da advocacia que utiliza diversos sistemas de inteligência artificial para a efetividade de sua atividade, senão vejamos: ROSS, sistema que compreende demandas apresentadas e apresenta teses e hipóteses; ELI, um assistente personalizado, dedicado a otimizar processos, realizando diversas tarefas; STIVE, cria milhões de estratégias de negociação, bem como histórias coerentes a partir dos dados do processo; ALIBE, oferece teses de defesa; DATA MINING, identifica até 64% das situações/probabilidades para elucidar um crime.

Traduzindo esse cenário atual, os executivos Paul Daugherty e H. James (2019. p. 13-14) aduzem que “os sistemas de IA não estão apenas automatizando muitos processos judiciais e/ou de trabalho, tornando-os mais eficientes, eles agora estão permitindo que pessoas e máquinas trabalhem de forma colaborativa de maneiras inovadoras”.

Por décadas, os softwares foram tipicamente considerados ferramentas de trabalho, usualmente separados dos trabalhadores humanos, que realizavam tarefas específicas. Para os executivos, essa tarefa específica fazia parte de uma cadeia de trabalho rígida e fixa que geralmente incluía pessoas realizando outras tarefas predefinidas. Ademais, os softwares de IA colaborativos são equipados com a capacidade de “sentir o ambiente”,

analisar, agir e aprender para contribuir com os humanos produzindo uma vasta e impressionante variedade de teses, precedentes e jurisprudências, bem como apontando soluções propositivas para os processos de trabalho.

Diante deste cenário, a utilização de IA de forma colaborativa com o ser humano “contribui para elaboração de produtos por meios mais céleres, adequado e solidário, capaz de libertar os trabalhadores da sufocante massificação dos milhares de processos de trabalhos repetitivos” (DAUGHERTY, 2019. p. 16). Tal colaboração já está tão imbrincada entre o homem e a IA, que se dá de modo quase imperceptível a tal ponto, que milhares de profissionais sequer imaginam vivenciar uma realidade em que os processos de trabalho exigiam a presença física em diversos locais era imprescindível para o resultado do produto.

Destarte, imprescindível o investimento no treinamento de milhões de pessoas para os empregos de amanhã e estabelecer salvaguardas para garantir que, à medida que a IA evoluir, os benefícios se estendam para os seres humanos. Obviamente, nesse contexto uma pergunta se apresenta: como os humanos e a IA podem colaborar para ampliar – e não substituir – as habilidades humanas? A resposta para a provocação perpassa o cenário disruptivo atual que apresenta desafios que, por sua vez, precisam ser identificados com o escopo de criar futuros possíveis estrategicamente.

As promoções de trabalho colaborativo entre homem e máquinas estão sendo aplicadas em grandes fábricas como na Mercedes-Benz no sudoeste da Alemanha. Segundo Daugherthy e Wilson, essa instalação processa 1.500 toneladas de aço por dia, produzindo mais de 400 mil veículos por ano. Entretanto, o mercado está migrando para carros personalizáveis, onde o consumidor, pode escolher online entre uma ampla gama de recursos em seu próximo carro (DAUGHERTY, 2019. p. 16).

Com tanta variação e complexidade na fabricação de carros, a única maneira de montá-los com rapidez suficiente é trazer as pessoas de volta

ao processo para trabalhar de forma cooperativa com as máquinas (DAUGHERTY, 2019. p. 18).

4. A simbiose entre o homem e a inteligência artificial como salvaguarda dos direitos humanos

Com o avanço de IA houve uma verdadeira transformação em todo o mundo no que se refere às relações de trabalho. Modelos de negócios foram completamente modificados e, por consequência, modelos de empregos impactando diretamente as relações de trabalho. Tais tecnologias e inovações facilitaram o trabalho durante a pandemia, contudo, a mudança brusca de rotina que a pandemia causou na vida e no trabalho das pessoas trouxe impactos também para a saúde mental. É o que mostra um estudo (NOAL *et al.*, 2020) realizado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e publicado pela revista *The Lancet*.

De acordo com os pesquisadores, os casos de depressão aumentaram 90% e o número de pessoas que relataram sintomas como crise de ansiedade e estresse agudo mais que dobrou entre os meses de março e abril deste ano (NOAL *et al.*, 2020). Para uma das organizadoras do estudo, em um evento promovido pela Fiocruz, a psicóloga Fabiana Damásio esclareceu que os problemas de saúde mental no trabalho estão ligados a três pilares: tempo, espaço e condições (GAMEIRO, 2020).

Para Damásio¹⁰, é perceptível uma ausência de limites entre trabalho e vida pessoal e o entrecruzamento do trabalho com as atividades domésticas, evidenciando ainda mais durante o período da pandemia, as questões das

¹⁰ A psicóloga citou as estratégias de cuidado com os trabalhadores da saúde desenvolvidas pela Fiocruz Brasília, como o suporte aos trabalhadores que atuam na linha de frente do novo coronavírus, as 20 cartilhas de saúde mental com orientações aos trabalhadores sobre como agir em determinados temas e que contou com o trabalho de 145 pesquisadores e técnicos da Fiocruz, as oito edições do programa Conexão Fiocruz Brasília, o teleatendimento psicológico que está sendo organizado com a OPAS/OMS para trabalhadores e população, além do *Curso Nacional de Atenção Psicossocial e Saúde Mental na Pandemia covid-19*, com mais de 70 mil inscritos.

desigualdades sociais, em que os espaços físicos foram transferidos para as plataformas digitais e tecnologias (GAMEIRO, 2020).

A pandemia aumentou a intensidade das atividades dos profissionais, bem como adentrou e ocupou todo o espaço das nossas casas – salas, quartos, cozinhas e escritórios. Não há mais separação espacial de casa e trabalho e, isso afeta diretamente o trabalhador, que acaba ocupando integralmente o seu tempo com o trabalho, tanto pela enormidade de tarefas, quanto pela ausência da sociabilidade.

A OMS (Organização Mundial da Saúde) já aponta que, durante a pandemia, houve um aumento dos índices de suicídio, depressão, preocupação, medo, ansiedade, da violência doméstica, fragilidade das redes de proteção e uso abusivo de álcool e outras drogas. Durante o período da pandemia, a instabilidade de trabalho tornou-se mais sensível do que já o era, fazendo com que muitas pessoas produzissem mais do que o necessário pelo medo e a incerteza.

Neste cenário de produtividade tóxica¹¹, muitas pessoas perderam o emprego durante a pandemia, enquanto outras estão completamente sobrecarregadas pelo excesso de trabalho. Noelia Núñez (2021), esclarece que em nossas sociedades hiperconectadas, o teletrabalho ou trabalho remoto durante a pandemia afetou ainda mais o trabalhador, haja vista que não desconectamos nossos celulares e computadores, e tudo à custa de um aumento da jornada de trabalho que extrapola os limites do corpo e da mente.

Milhares de trabalhadores continuam trabalhando mesmo após o fim do expediente, bem como durante feriados e finais de semana gerando um desgaste, levando diversos profissionais ao risco de experimentarem um

¹¹ María Jesús Álava Reyes, psicóloga geral sanitária e especialista em Psicologia do trabalho e das organizações, diz que é uma situação que ocorre quando se produz excesso de trabalho, quando se chega a situações limite. “Isso acontece por medo e excesso de pressão. Produzir se torna tóxico porque esse ritmo não pode se manter ao longo do tempo e causa estragos na saúde. Também cria um ambiente tóxico porque há um descompasso entre o trabalho e o restante de sua vida”. (NÚÑEZ, 2021.)

estresse crônico ou síndrome de *Burnout*¹². Neste cenário, os trabalhadores visualizam o avanço das tecnologias no que se refere às relações de trabalho e não é surpresa que a relação entre pessoas e a inteligência artificial seja tensa. Diariamente temos acesso a notícias de trabalhadores humanos sendo substituídos por máquinas, robôs e softwares nas mais diversas áreas de atividade laboral.

Desde 2000, apenas nos Estados Unidos, cinco milhões de pessoas perderam empregos na indústria, aproximadamente metade disso por meio de ganhos de eficiência e automação (DPCCARS, 2019). O avanço tecnológico sempre foi, e sempre será é imprescindível para a sobrevivência do ser humano. A questão que deve ser enfrentada é se estamos dando um passo realmente evolutivo ou apenas modernizando a exploração do trabalho como já ocorreu em diversos momentos da história da humanidade. Governos estão sendo movidos e impactados pela tecnologia, milhares de empresas em todo o mundo estão reconceituando seus negócios e organizações usando ou testando a IA fazendo investimentos bilionários objetivando aumento de receita exponencial.

A ideia de máquinas inteligentes como um potencial ameaça à humanidade é antiga, alimentada por autores como Isaac Asimov, Philip Dick, entre outros, que inundaram a cultura popular, promovendo uma visão de humanos versus máquinas. Pense em filmes como *Eu, Robô, 2001: Uma Odisseia no Espaço* e a série de filmes *Exterminador do Futuro*.

Daugherty e Wilson (2019, p. 19), esclarecem que “essa visão não é apenas equivocada, como também tragicamente míope”. A verdade simples é que as máquinas não estão dominando o mundo, nem estão eliminando a necessidade de seres humanos no local de trabalho, em vez disso, estão amplificando nossas habilidades e colaborando conosco para alcançar ganhos de produtividade que antes eram impossíveis.

¹² A síndrome de burnout é um distúrbio psíquico caracterizado pelo estado de tensão emocional e estresse provocados por condições de trabalho desgastantes.

Para o professor Matthias Risse (2018), a IA gera desafios para os direitos humanos pelo fato de que a ideia central por trás destes direitos é a suposição da superioridade da humanidade para outras formas de vida que merecem menos proteção.

Risse enfatiza que nós controlamos os animais porque podemos criar um ambiente onde eles desempenham um papel subordinado. “Mas podemos ser incapazes de fazê-lo com a IA”. Segundo o professor, precisaríamos, então, de regras para um mundo onde alguns agentes inteligentes são máquinas. “Eles teriam que ser projetados de forma que respeitassem os direitos humanos, mesmo que fossem inteligentes e poderosos o suficiente para violá-los” (RISSE, 2018).

Objetivando estabelecer diretrizes claras, o Instituto *Future of Life Cambridge, MA*, realizou em 2017, uma conferência sobre “IA Benéfica” no centro de conferência de Asilomar, na Califórnia. Dessa conferência foram elaborados 23 princípios para guiar futuros desenvolvimentos de IA. Destes, 13 estão listados sob o título “Ética e Valores”. Entre outras questões, esses princípios insistem que, onde quer que a IA cause danos, deve ser verificável o porquê, e onde um sistema estiver envolvido na tomada de decisões judiciais, seu raciocínio deve ser verificável pelos auditores humanos (FUTURE, 2017).

Ademais, os princípios 10 e 11, apresentam o que ficou denominado como “alinhamento de valores”¹³, conclamando que “sistemas de IA devem ser projetados de modo que seus objetivos e comportamentos possam ser assegurados para se alinhar com os valores humanos (dignidade humana, direitos, liberdade e diversidade cultural) em toda a operação.

É imprescindível a definição e observância de parâmetros claros de forma universal, pois, a revolução dos dados está ocorrendo de forma quase que indiscriminada por grandes empresas como Google, Apple, Facebook,

¹³ Sobre o alinhamento de valores, veja também CONN, 2017.

Tesla, Amazon, entre outros, que podem determinar o destino de pessoas, comunidades e até nações.

O escândalo “Cambridge-Analytica”, bem como o depoimento de Mark Zuckerberg aos senadores norte-americanos em abril de 2018, “revelou o grau surpreendente de ignorância entre os legisladores da maior economia do mundo sobre o funcionamento das empresas de internet que utilizam de IA para prosperarem”, destaca Risse(2018).

Desta forma, é necessário mais interação entre os direitos humanos e as comunidades de IA, de modo que não sejam criados sistemas sem a observância dos direitos fundamentais.

Com esse intento, por meio do Observatório de Políticas de IA “OECD.AI”, em maio de 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2019), elaborou um documento no qual constam os princípios para o desenvolvimento de IA. Por conseguinte, em junho de 2019, o Grupo dos 20 - G20, adotou os princípios para o uso de IA centrados no ser humano baseados no documento da OCDE. Mesmo não tendo valor legal, o documento da OCDE serve como um norte para países e empresas em todo o mundo que pretendem trabalhar no uso e desenvolvimento da tecnologia.

A justificativa da OCDE é que a IA “é uma tecnologia de uso geral que tem o potencial de melhorar o bem-estar e as pessoas, contribuir para uma atividade econômica global sustentável positiva, aumentar a inovação e a produtividade e ajudar a responder aos principais desafios globais. É implantado em muitos setores, desde produção, finanças e transporte até saúde e segurança” (OCDE, 2019). Nada obstante, é sabido que juntamente com os benefícios, a IA também levanta desafios para todas as sociedades e economias, principalmente em relação a transições no mercado de trabalho.

Portanto, a recomendação identifica cinco princípios baseados em valores complementares para a administração responsável de IA confiável e

convida os atores de IA a promovê-los e implementá-los: (1) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; (2) valores centrados no ser humano e justiça; (3) transparência e explicabilidade; (4) robustez, segurança e proteção; e (5) responsabilidade.

Além e consistente com esses princípios baseados em valores, o relatório da OCDE também fornece cinco recomendações para os formuladores de políticas relativas às políticas nacionais e cooperação internacional para IA confiável, a saber: (1) investir em pesquisa e desenvolvimento de IA; (2) promover um ecossistema digital para IA; (3) moldar um ambiente político favorável para IA; (4) capacitação humana e preparação para a transformação do mercado de trabalho; e (5) cooperação internacional para IA confiável.

Destaca-se o princípio intitulado “valores centrados no ser humano e justiça”¹⁴. A justificativa para este princípio se baseia no sentido de que a IA deve ser desenvolvida de acordo com os valores centrados no ser humano, como liberdades fundamentais, igualdade, justiça, estado de direito, justiça social, proteção de dados e privacidade, bem como direitos do consumidor e justiça comercial.

Dessa forma, o que se busca é o “alinhamento de valores”, nos sistemas de IA (ou seja, seu projeto com salvaguardas apropriadas), incluindo a capacidade de intervenção humana e supervisão.

Para a OCDE, esse “alinhamento” pode ajudar a garantir que os comportamentos dos sistemas de IA protejam e promovam os direitos humanos e se alinhem com os valores centrados no ser humano em toda a sua operação. Nada obstante isso, em 16 de setembro de 2019, por

¹⁴ 1.2. Os atores de IA devem respeitar o estado de direito, os direitos humanos e os valores democráticos em todo o ciclo de vida do sistema de IA. Isso inclui liberdade, dignidade e autonomia, privacidade e proteção de dados, não discriminação e igualdade, diversidade, justiça, justiça social e direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos. Para tanto, os atores de IA devem implementar mecanismos e salvaguardas, como a capacidade de determinação humana, que sejam adequados ao contexto e consistentes com o estado da arte.

iniciativa do Senador Styvenson Valentim, foram apresentados dois projetos de lei que pretendem disciplinar o uso de inteligência artificial no Brasil: o Projeto de Lei nº 5051, que estabelece princípios para a utilização da inteligência artificial, e o Projeto de Lei nº 5691, que institui a “Política Nacional de Inteligência Artificial”. Apesar de auspiciosos os projetos estão “parados” no Senado Federal, talvez, por sofrerem severas críticas por parte da comunidade acadêmica e empresarial.

Por sua vez, já condizente com a recomendação da OCDE, em março de 2020, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 21/20, que pretende criar o marco legal do desenvolvimento e uso de IA pelo poder público, por empresas, entidades diversas e pessoas físicas. O texto, em tramitação na Câmara dos Deputados, estabelece princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso e implementação de IA.

O texto apresentado pelo deputado Eduardo Bismarck (PDT-CE) é bem detalhado. Ele prevê a figura do agente de IA, que pode tanto ser o que desenvolve e implanta um sistema de IA (agente de desenvolvimento), como o que opera (agente de operação). Os agentes de IA terão uma série de deveres, como responder, legalmente, pelas decisões tomadas por um sistema de inteligência artificial e assegurar que os dados utilizados respeitem a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A norma regula o tratamento de dados pessoais de clientes e usuários de empresas do setor público e privado.

Cabe destacar o art. 6º, incisos I e II do projeto de Lei:

Art. 6º São princípios para o uso responsável de inteligência artificial no Brasil:

I - finalidade: uso da inteligência artificial para buscar resultados benéficos para as pessoas e o planeta, com o fim de aumentar as capacidades humanas, reduzir as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento sustentável;

II - centralidade no ser humano: respeito à dignidade humana, à privacidade e à proteção de dados pessoais e aos direitos trabalhistas;

A proposta também prevê nos incisos V e VI do art. 10º, “a capacitação humana e sua preparação para a reestruturação do mercado de trabalho, à medida que a inteligência artificial é implantada e o estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica”.

Em linhas gerais, o Projeto prevê princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso da inteligência artificial no Brasil, além de fixar diretrizes para a atuação do Poder Público, de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, e até entes sem personalidade, de modo que não se trata de um mero instrumento informativo, mas sim vinculativo¹⁵.

Estamos em uma era de “darwinismo digital”, em que as tecnologias estão evoluindo de forma célere e irreversível. Durante a pandemia a amplificação de IA e a reformulação dos processos de negócio está gerando interação e incorporação de IA às relações de trabalho. Portanto, necessário se faz refletir sobre os riscos existentes no desenvolvimento e implementação de IA em benefício da sociedade como um todo, de forma inclusiva, bem como elencar os riscos aos direitos humanos que podem surgir, compreendê-los e pensar em forma de mitigá-los, além de incentivar investigações sobre mudanças na natureza do trabalho.

5. Conclusão

A IA está transformando sociedades, setores econômicos e o mundo do trabalho, e seu avanço é inevitável. Atualmente líderes governamentais,

¹⁵ O centro de inovação, administração e pesquisa do judiciário da Fundação Getúlio Vargas e a Rede Interinstitucional de Pesquisadores, sob a coordenação do Ministro Luís Felipe Salomão, elaborou comentários preliminares ao PL 21/20, disponível em https://ciapi.fgv.br/sites/ciapi.fgv.br/files/ciapi_fgv_notatecnica_ia.pdf.

presidentes de grandes empresas, desenvolvedores de IA e intelectuais, são confrontados com decisões que têm consequências profundas.

O período pandêmico, serviu para revelar o quanto a humanidade está dependente de tecnologias para continuar seu progresso. Daí surge a necessidade de entender a relação simbiótica que se estabelece entre o homem e a inteligência artificial.

A dialética entre a participação ativa entre o homem e a inteligência artificial é o catalisador para a construção de soluções criativas na mudança da visão das relações de trabalho. Nessa relação, o homem tem ao seu dispor as possibilidades ilimitadas da inteligência artificial na realização de atividades repetitivas e análise de grande quantidade de dados, além de elaboração de diversos procedimentos, análises e relatórios que serão utilizados no exercício de sua atividade.

Destarte, o que se busca é a potencialização da capacidade humana no que se refere a resolução de informações ambíguas, elaboração de projetos com a concatenação de dados complexos, bem como o auxílio imprescindível para produção criativa, promovendo a celeridade e economicidade do processo de trabalho e, por consequência a satisfação de todos os envolvidos.

Como se observa no presente trabalho, aplicações cada vez mais úteis de inteligência artificial, com impactos positivos potencialmente profundos em nossa sociedade estão sendo produzidas. Restou explícito no texto, a figura dos profissionais não colaborativos tradicionais estão historicamente superados por pesquisadores, intelectuais e desenvolvedores de softwares que estão “criando futuros” para superar a realidade que se impõe, formulando mecanismos para garantir que os benefícios para o trabalhador e empregador de forma geral, sejam amplamente compartilhados e experimentados pela sociedade.

Assim, estamos diante da reinvenção da maneira como trabalhamos, precisamos refletir diante dessa “situação-limite” e criar “inéditos viáveis”,

tais como a preparação de novos profissionais com habilidades de laborar em colaboração com a IA estabelecendo, salvaguardas para garantir a proteção de direitos humanos, ao mesmo tempo em que a sociedade evolui.

Emsuma, caberessaltar, que para a construção do trabalho no mundo contemporâneo a sociedade precisa abordar a IA sem medo ou suspeitas, mas como ponte para o futuro, pois, com uma mentalidade aberta ao novo, ao inédito, as tecnologias emergentes podem transformar profundamente a sociedade para melhor nas próximas décadas.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.
- AZEVEDO, Bernardo de. **Conheça VICTOR, o sistema de inteligência artificial do STF**. S.d. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/conheca-victor-o-sistema-de-inteligencia-artificial-do-stf/>. Acesso em: 11 nov. 2022.
- BARROS, Carlos J. Bilionários vão ao espaço, e pobres nem podem buscar trabalho em outro país. **Uol**, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/carlos-juliano-barros/2021/07/20/bilionarios-va-o-ao-espaco-e-pobres-nem-podem-buscar-trabalho-em-outro-pais.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 21/20**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 12 set. 2021.
- CNJ. **Resolução Nº 335 de 29/09/2020**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em 10 set. 2021.
- CONN, Ariel. How Do We Align Artificial Intelligence with Human Values? **Future of life**, 03 fev. 2017. Disponível em: <https://futureoflife.org/ai/align-artificial-intelligence-with-human-values/>. Acesso em: 11 nov. 2022.
- DAUGHERTY, Paul R; WILSON, H. James. **Humano + máquina**: reinventando o trabalho na era da IA. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.
- DPCCARS. **BMW Factory Humans & Robots Work Together at Dingolfing Plant**. Vídeo disponível no YouTube, 25min22, postado em 02 mar. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Dm3Nyb2lCvs>. Acesso em: 10 ago. 2021.
- FREIRE, Ana. M. A. Notas explicativas. In: FREIRE, Paulo (Org). **Pedagogia da esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FUTURE OF LIFE INSTITUTE: **Asilomar AI Principles**. 2017. Disponível em <https://futureoflife.org/ai-principles/> Acesso em 21 set. 2021.
- GAMEIRO, Nathália. Depressão, ansiedade e estresse aumentam durante a pandemia. **Fiocruz**, 13 ago. 2020. Disponível em <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/depressao-ansiedade-e-estresse-aumentam-durante-a-pandemia/>. Acesso em 01 out. 2021.

JENNESS, J.E., Ober, J.A., WILKINS, A.M., and GAMBOGI, Joseph. **A world of minerals in your mobile device**: U.S. Geological Survey General Information Product 167, 2 p, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.3133/gip167>.

LIANG, Zhao. **Behemoth**. 2015.Documentário disponível em <https://projectr.tv/films/behemoth/604190193ca02200011ff215>. Acesso em 29.09.2021.

NOAL, Débora da Silva; PASSOS, Maria Fabiana Damasio; FREITAS, Carlos Machado de. **Recomendações e orientações em saúde mental e atenção psicossocial na COVID-19**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020.

NÚÑEZ, Noelia. Pandemia provoca produtividade tóxica: como identificá-la e se libertar dela. **El País**, 02 ago. 2021. Disponível em <https://brasil.elpais.com/cultura/2021-08-02/pandemia-provoca-productividade-toxica-como-identifica-la-e-se-libertar-dela.html>. Acesso em: 09 out. 2021.

OECD. **AI Principles overview**. 2019.Disponível em: <https://www.oecd.ai/ai-principles/> Acesso em: 14 set. 2021.

REVOLUÇÃO tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. **Superior Tribunal de Justiça**, 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2022.

RIBEIRO, Darci G. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina/PR: Toth, 2020.

RISSE, Matthias.Human Rights and Artificial Intelligence: Na Urgently Needed Agenda.**Publicum**, v. 14, n. 1, p. 1-16, 2018.DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35098>.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 5051**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 30 set. 2021.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 5691**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>. Acesso em: 30 set. 2021.

SILVA, André Luiz Olivier.Os direitos humanos enquanto exigências e reivindicações mútuas: o caso das liberdades individuais. *Justiça & Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 7-35, 2016. Disponível em:<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/343/466>. Acesso em: 30 set. 2021.

STANFORD UNIVERSITY. **Artificial Intelligence and Life in 2030**: one-hundred-year study on artificial intelligence. Elaborado em set. 2016. Disponível em: https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai_100_report_0831fml.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

Artigo recebido em: 15/10/2021.

Aceito para publicação em: 09/11/2022.

Desafios contemporâneos do direito à prova: obtenção de dados digitais armazenados no exterior

Contemporary challenges of the right to proof: obtaining digital data stored abroad

Paula Ritzmann Torres¹

Resumo: O presente artigo expõe criticamente alguns aspectos relacionados às formas de obtenção de dados digitais (armazenados em dispositivos físicos e em nuvens) localizados fora do território de um Estado para fins penais. Abordam-se os impactos da realização da cooperação jurídica internacional e da fixação de jurisdição de execução em relação aos meios de obtenção de prova voltados para a obtenção dos dados digitais localizados no exterior, levando em consideração não somente os interesses dos Estados, mas também os direitos humanos dos indivíduos envolvidos.

Palavras-chave: dados digitais; prova; jurisdição; cooperação jurídica internacional; direitos humanos.

Abstract: The article addresses the gathering of digital data locate abroad (devices and in the clouds) for criminal matters. The article focusses on international judicial cooperation and jurisdiction to execute as different mechanisms to obtain the evidence located in the territory of other States, taking into consideration the impacts not only on the interesses of the but also the human rights of the individuals involved.

Keywords: digital data; evidence; human rights; international judicial cooperation; jurisdiction.

1. Introdução

Vivemos em uma sociedade da informação (CASTELLS, 2010, p. 21). A internet e o desenvolvimento de novas tecnologias permitem que a coleta, transmissão e armazenamento de dados digitais abranja, de modo mais ou menos relevante, todas as facetas da vida em sociedade.

¹Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FMP). Graduada em Direito pela UFPR e em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba - UniCURITIBA.

No processo penal, as provas digitais (*e-evidence* ou *digital evidence*) se tornaram cada vez mais relevantes. As características dos dados digitais – desmaterialização e dispersão – impactam os requisitos probatórios e processuais da prova digital, os quais, em diversos aspectos, diferem das provas analógicas, suscitando novos temas para debate.

Um exemplo é a volatilidade e fragilidade dos dados digitais, que podem ser mais facilmente contaminados, requerendo técnicas e procedimentos necessários para a preservação da cadeia de custódia da prova digital, para que, apresentada em juízo, tenha potencial epistêmico adequado (BADARÓ, 2021, p. 7). Já a facilidade de armazenamento massivo de dados digitais requer que se repense a forma de execução da medida de busca e apreensão, especialmente diante do impacto que técnicas de cópia integral dos dispositivos apreendidos (*mirror-image copy*) causam sobre a privacidade, a intimidade e o direito fundamental a proteção de dados pessoais dos indivíduos (ARMENTA DEU, 2018).

Ademais, pensar em dados digitais é, por natureza, pensar na globalização e na ausência de fronteiras estatais na internet. Precisamente pela sua ubiquidade, imaterialidade e volatilidade, os dados digitais possuem maior fluidez, se tornando facilmente transnacionais.

A facilidade de localização extraterritorial dos dados digitais e a ausência de um quadro normativo claro geram problemas de cooperação jurídica internacional e de fixação de jurisdição para obtenção dos dados digitais. O tema impacta a relação entre Estados e os direitos dos indivíduos envolvidos ou interessado (direta e indiretamente) na obtenção da prova e na sua posterior admissibilidade no processo.

O dilema da obtenção de dados digitais localizados fora do território do Estado impacta a conformação tradicional de vários direitos colocados em conflito, como o acesso à justiça, de um lado, e o sigilo de dados, o direito à privacidade e o direito à prova, de outro.

Sem o propósito de esgotar o tema, o objetivo do presente artigo é analisar criticamente as particularidades das diferentes formas para a apreensão de dados digitais localizados no exterior. Serão abordadas duas situações: (i) dados digitais armazenados em dispositivos físicos, os quais, por sua vez, estão localizados em outro Estado; e (ii) dados digitais armazenados em nuvem, com acesso remoto de qualquer local, mas que possuem uma versão física armazenada em outro Estado.

2. A apreensão de dados digitais armazenados em dispositivos físicos no exterior: o recurso à cooperação jurídica internacional

Existem situações em que as informações que se pretende obter, em formato digital, estão armazenadas em dispositivos físicos (DVD, pendrives, HDs, computadores, celulares, etc), os quais, por sua vez, estão localizados fora do território de um Estado. Nessa situação, o caráter extraterritorial da prova impõe o auxílio do Estado no qual os dispositivos físicos estão localizados para a apreensão dos dispositivos e posterior busca e extração dos dados digitais de interesse para a investigação ou processo penal.

Trata-se de clássica hipótese de utilização da cooperação jurídica internacional, em que um Estado solicita ajuda de outro Estado para a execução de atos de investigação ou de desenvolvimento processual além das suas fronteiras estatais (MCCLEAN, 2012, p. 149).

Com base na indiscutível centralidade do ser humano no direito internacional, reconhece-se que o ideal de cooperação jurídica internacional é um instrumento manejado pelos Estados, mas que possui os indivíduos como destinatários. Coaduna-se com a lição de Grinover (2004, p. 4), no sentido de que a cooperação jurídica internacional deve ser analisada sob o

enfoque trilateral, tendo o indivíduo como sujeito de direitos, protegido por normas internacionais e garantias constitucionais e legais.

Com o propósito de pontuar os principais aspectos de cooperação jurídica internacional que impactam a obtenção de dados digitais armazenados no território de outro Estado, parte-se de uma análise estruturada da cooperação jurídica internacional baseada na tríade *vias – veículos – pedidos* (ABADE, 2013, p. 309; CARVALHO RAMOS, 2018, P. 456).

2.1 Os pedidos

O pedido é o objetivo final que se pretende obter com o ato de cooperação jurídica internacional, no caso a obtenção de dados digitais armazenados em dispositivos físicos localizados no território de outro Estado.

A produção probatória no exterior segue o princípio do *locus regit actum* ou *lex diligentiae*, consolidado em inúmeros tratados², bem como no art. 13 da Lei de introdução às normas de direito brasileiro (LINDB), sendo aplicável a lei do local em que a medida será executada. Assim, a lei processual para a obtenção de dados digitais armazenados em dispositivos físicos será a lei do Estado em que se encontram tais dispositivos.

O aspecto mais controverso e, até o momento não solucionado, sobre a lei aplicável em matéria de cooperação jurídica internacional é a (in)compatibilidade entre a forma como o ato é cumprido no Estado Requerido e os direitos e garantias fundamentais previstos na legislação do Estado Requerente. Tais ponderações expõem a tensão entre Direito Internacional e Direito Interno, colocando em contraposição o risco de

² Por exemplo, entre outros, no art. 18.17 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, no art. 46.17 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e no art. 10 da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

xenofobia jurídica com denegação de acesso à justiça e a possibilidade de violação de garantias fundamentais.

Em termos práticos, o dilema gera insegurança sobre a admissibilidade da prova que não é coletada segundo os ditames do Estado em que será posteriormente utilizada (CALVANESE, 2018, p. 354; MITSILEGAS, 2019, p. 565 e ss).

No Brasil, em que pese anseio de parte da doutrina³, não há imposição convencional e tampouco legal pelo reconhecimento automático aos elementos de prova produzidos segundo procedimentos diferentes dos nacionais. Nesses casos, nos termos do art. 17 da LINDB, as cláusulas da soberania e da ordem pública impedem a realização do ato de cooperação jurídica internacional ou a concessão de eficácia aos efeitos do ato já realizado que violar as regras fundamentais do Estado (DOLINGER, 1986, p. 205 e ss).

No caso da obtenção de dispositivos físicos que armazenam dados digitais, a forma como o ato é conduzido no Estado estrangeiro pode gerar debates sobre a violação às garantias processuais penais brasileiras, a exemplo da clássica limitação na condução de busca e apreensão domiciliar durante o dia (Constituição da República, art. 5º, inc. XI) ou a preservação da cadeia de custódia das provas, caso as técnicas utilizadas difiram das empregadas no Brasil (Código de Processo Penal art. 158-A a 158-F).

A extensão do pedido e a sua forma de execução no Estado Requerido também podem impactar o ato cooperacional e a subsequente análise da validade da prova dele derivada. Por exemplo, serão diferentes as questões suscitadas se (i) for realizada uma busca e apreensão dos dispositivos, com o seu posterior envio ao Estado Requerente para extração de dados; ou (ii) for realizada a obtenção dos dados in situ, com manipulação dos dispositivos e utilização de técnicas específicas para extração dos dados pelo próprio Estado Requerido, o que pode ocorrer a depender da forma como o pedido for

³ No Brasil, o tema também encontra eco, entre outros, em ABADE, 2013.

formulado ou do interesse da investigação para ambos os Estados (Requerente e Requerido).

2.2 As Vias

A transmissão de um pedido de apreensão de um dispositivo físico de armazenamento de dados digitais pode ser comunicada entre os Estados de algumas formas. As vias se diferenciam de acordo com o órgão que realiza a intermediação/comunicação do pleito cooperacional.

Em resumo, a via diplomática, cujo nome já indica o vínculo clássico com a Chancelaria dos Estados, tem como fonte normativa tratados *ad hoc* ou promessa de reciprocidade. Já a via da Autoridade Central desenvolveu-se a partir de tratados multilaterais, regionais ou bilaterais de cooperação jurídica internacional, que preveem um órgão de enlace designado por cada Estado para intermediar os pedidos, sendo, no caso brasileiro, em regra, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (Decreto nº 9.662/2019) (SAADI; BEZERRA, 2012, p. 19).

Atualmente, também se vislumbra a via do contato direto entre órgãos congêneres, em que os pedidos são comunicados diretamente por meio de redes interinstitucionais, sem intermediação da Chancelaria ou da Autoridade Central, tal qual ocorre com a EUROJUST, EUROPOL e as UIFs (GULLY-HART, 2005, p. 28). Por fim, parte da doutrina traz também como via de cooperação jurídica internacional a via por qualquer interessado, em que a parte, quando autorizada pela legislação do Estado Requerido, lá pleiteia diretamente a realização de um meio de prova, submetendo-o a posterior legalização consular ou autenticação (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 463)⁴.

⁴ Por outro lado, Denise Vaz e Fábio Bechara (2017, pp. 91-112) entendem não ser uma hipótese de cooperação jurídica internacional propriamente dita na medida e quem não se

As vias de cooperação jurídica internacional colocam em confronto a agilidade na tramitação dos pedidos de busca e apreensão de dispositivos de armazenamento de dados e o respeito à formalidade do procedimento, no sentido de um processo em contraditório.

De um lado, não se nega a relevância da celeridade na tramitação dos pedidos a fim de viabilizar a efetividade da investigação e persecução penal. De outro, as vias de cooperação não podem minar a transparência e possibilidade de participação e de controle pelas partes (CORDANI, 2008, p. 113 e ss).

Considerando ser a surpresa o elemento determinante para a efetividade da medida de busca e apreensão de dispositivos físicos que armazenam dados, não há conhecimento e contraditório prévio pela parte afetada pelo ato cooperacional. Porém, como corolário do exercício do processo em contraditório – garantia convencional e constitucional -, logo após a execução da medida de busca e apreensão, deve ser possibilitada a parte o contraditório diferido do ato cooperacional e o acompanhamento e controle do rito cooperacional, cuja duração perdura alguns meses após a realização do ato de busca e apreensão.

Aliás, a própria dispersão e imaterialidade dos dados digitais são características que reforçam a importância de se permitir o acompanhamento do rito cooperacional logo após a apreensão dos dispositivos físicos que armazenam dados digitais, para que a parte afetada possa acompanhar os procedimentos utilizados e verificar a completude e integridade dos dados, caso haja extração de dados já no Estado Requerido.

2.3 Os veículos

trata de uma relação Estado – Estado. A discussão, apesar de pertinente, foge ao escopo do presente estudo.

Por fim, os veículos de cooperação jurídica internacional traduzem as formas de execução de um pedido, *i.e.*, são os instrumentos processuais previstos pelo Estado, internamente, para que o pedido seja requerido ou executado.

Há uma discussão sobre os instrumentos processuais possíveis de serem utilizados para veicular pleitos cooperacionais de obtenção de dados armazenados em dispositivos físicos localizados em outro Estado. Em tese, a carta rogatória, o auxílio direto e o procedimento da equipe conjunta de investigação são veículos aptos a instrumentalizarem pedidos de cunho probatório.

Até pouco tempo, as cartas rogatórias reinavam como o veículo clássico para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional entre Estados, entre membros do poder judiciário, transmitidos pela via diplomática, para cumprimento de decisão jurisdicional estrangeira (ABADE, 2016, p. 11). Por herança histórica do Império e da Primeira República, não se admitiam cartas rogatórias passivas executórias para a execução de medidas no Brasil que impusessem gravame aos cidadãos ou bens brasileiros, as quais eram consideradas, *per se*, como atentatórias a soberania nacional (MADRUGA, 2006, p. 78 e ss).

O panorama alterou-se no início dos anos 1990. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, competente para realização do juízo de delibação até a alteração da EC nº 45/2004, passou a autorizar o *exequatur* a cartas rogatórias executórias amparadas em tratados internacionais.

A globalização e o aumento dos fluxos transfronteiriços, bem como o desenvolvimento da criminalidade transnacional, evidenciaram que a efetividade do conceito de soberania depende da complementariedade entre jurisdições (ABADE, 2016, p. 13). Como consequência, após a EC nº 45/2004, a alteração do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça realizada com a Resolução nº 9/2005, encerrou a polêmica ao prever expressamente

que “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”.

Paralelamente a isso, o Brasil também ratificou diversos tratados de cooperação jurídica internacional⁵ que, visando dar mais celeridade aos trâmites cooperacionais e eliminar parte da burocracia do rito procedimental – o que Nadelmann (1985, p. 469) denominou de *excessivered tape* - trouxeram previsões específicas para veiculação de pedidos, inclusive meios de prova e meios de obtenção de prova, por auxílio direto, transmitidos pela via da Autoridade Central.

Após alguma hesitação doutrinária e jurisprudencial, firmou-se o entendimento, no julgamento da Reclamação nº 2.645 (2009), pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a carta rogatória não detém o monopólio universal para veicular pedidos cooperacionais, sendo possível a sua convivência com o auxílio direto e com outros veículos de cooperação jurídica internacional.

Atualmente, há previsão não apenas convencional, mas também legal para que os atos de cooperação jurídica internacional para produção probatória sejam veiculados por carta rogatória (arts. 783 a 786 do Código de Processo Penal; arts. 36, 40, 960 e 965 do Código de Processo Civil; e arts. 216-O a 216-X do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça) ou auxílio direto (arts. 28 a 33 do Código de Processo Civil).

Nos casos em que o Brasil é o Estado Requerido, mantiveram-se as cartas rogatórias passivas para os casos em que o *exequatur* é necessário. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça realiza o juízo de delibação, examinando o cumprimento de requisitos formais (autenticidade dos documentos encaminhados) e a conformidade entre a decisão estrangeira a ser cumprida no Brasil e a ordem pública e soberania brasileiras. Satisfeitos

⁵Entre outros, em nível multilateral (global e regional), a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Mérida contra a Corrupção, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os membros do Mercosul, Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

os requisitos, emite-se uma ordem de “cumpra-se” para que a decisão estrangeira seja eficaz no Brasil (ARAÚJO, 2005, p. 67).

Já o auxílio direto passou a ser utilizado para pedidos provenientes de autoridades jurisdicionais e de autoridades não jurisdicionais que não contém uma decisão que demanda prévio *exequatur*. O auxílio direto é processado como se fosse um pedido cautelar para a realização de um meio de prova ou de obtenção de prova nacional e, nos casos em que a medida demanda autorização judicial, é submetido à apreciação (de mérito) do juízo federal de 1º grau⁶.

Apesar das previsões legais, como consequência da dualidade dos institutos, permanecem dúvidas sobre os atos que requerem a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, o que tem implicações nas hipóteses de cabimento do auxílio direto. No ponto que interessa ao presente estudo, a celeuma que se desenvolveu diz respeito a devida delimitação do alcance e aplicabilidade do auxílio direto para veicular medidas coercitivas a serem realizadas em território brasileiro, a exemplo de atos de busca e apreensão de dispositivos físicos que armazenam dados digitais.

Dois recentes casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (Recursos em Habeas Corpus nºs 102.322/RJ e 97.334/RJ) abordaram o cabimento da carta rogatória *vs.* auxílio direto precisamente para a realização de busca e apreensão em território brasileiro. O julgamento, unânime, foi no sentido de que o pedido tinha origem em pronunciamento jurisdicional de um juiz de instrução estrangeiro, sendo necessário, portanto, o juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça para a execução da medida no Brasil.

A decisão, entretanto, não trouxe um exame aprofundado do tema e tampouco solucionou as questões sobre o cabimento do auxílio direto ou da

⁶ Apesar de divergências doutrinárias, o conceito de auxílio direto é definido por exclusão ao de carta rogatória passiva, nos termos do atual art. 28 do Código de Processo Civil (ABADE, 2016, pp. 9-25. BECHARA, 2011, p. 55. HILL, 2019, pp. 137-165).

carta rogatória para a realização de atos executórios de cooperação jurídica internacional probatória no Brasil.

Por fim, com a promulgação do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados partes do MERCOSUL e Associados para a criação de equipes conjuntas de investigação (promulgado internamente pelo Decreto nº 10.452/2020), meios de obtenção de prova, entre os quais busca e apreensão, podem ser veiculados no bojo de um procedimento de equipe conjunta de investigação (SOUZA, 2020, p. 145 e ss). O seu dinamismo e agilidade, bem como a previsão de um guarda-chuva normativo (acordo de cooperação técnica) que autoriza a realização de várias medidas investigativas, adicionam mais elementos que precisam ser levados em conta na discussão sobre os veículos de cooperação jurídica internacional em matéria de prova e, especificamente, na apreensão de dados armazenados em dispositivos físicos.

3. Dados digitais armazenados em nuvens

Quando se pensa em *cloud computing* ou armazenamento de dados em nuvens, na internet, a sensação que se tem é de que tais informações estão guardadas somente no ciberespaço, intangíveis fisicamente e livre de fronteiras geográficas.

Em que pese ser esse o provável futuro do armazenamento de dados ainda não condiz com o presente. Atualmente, o que se consegue através da nuvem é uma facilidade para o acesso remoto a tais dados, os quais, todavia, ainda possuem uma versão física armazenada em, pelo menos, um local, em um servidor em um *data center* administrado por um provedor de serviços (*data farms*). E esse local não necessariamente coincidem com o Estado em que o usuário se encontra ou em que a empresa está sediada.

Além da localização extraterritorial dos *data centers*, o próprio dado digital, devido às suas características, pode ser em si *multi-territorial* ou *un-*

territorial, já que pode tanto se mover rapidamente entre Estados, quanto se dividir, para ser replicado e transmitido para vários locais diferentes. A Microsoft, por exemplo, é uma localizadora de dados, centralizando-os perto de onde o usuário está; já a google é uma balanceadora de carga, que divide e movimenta os dados entre locais menos carregados (NOJEIM, 2018, p. 180-181).

Ainda, existem técnicas de roteamento por camadas que tornam anônima a identificação e a localização dos usuários e, conseqüentemente, dos seus dados (a exemplo do *TOR – the onion router*). Como resultado, muitas vezes sequer se sabe onde os dados estão armazenados (*loss of location*) (ALLEN, 2019, p. 390; COE, 2016, p. 15).

O armazenamento de dados além das fronteiras do Estado em que estão os usuários, assim como as dificuldades de se determinar a própria localização de tais dados, desafiam os contornos clássicos da jurisdição estatal, suscitando dúvidas sobre as formas de se obter acesso a dados armazenados em nuvem.

Antes de abordar algumas das alternativas diferentes para o acesso aos dados digitais em nuvem, é necessário fazer um breve apêndice sobre o conceito de jurisdição e sua relação com a cooperação jurídica internacional.

3.1 Jurisdição e cooperação: uma relação de anterioridade

A jurisdição internacional de um Estado consiste no seu poder sobre pessoas, atos e bens, em geral localizados em seu território ou em espaços não submetidos a jurisdição de outro Estado (MANN, 1984, p. 20). Na década de 1930, a Corte Permanente de Justiça Internacional, no julgamento do *Caso do Estatuto legal da Groenlândia Oriental*, reconheceu que a jurisdição traduz uma das formas do exercício da soberania estatal.

Desde esse período, a possibilidade de exercício extraterritorial da jurisdição estatal já é debatida no âmbito dos tribunais internacionais.

Originalmente, no julgamento do célebre *Caso Lotus* (1928), a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu que os Estados somente não poderiam estender a aplicação das suas leis e jurisdição para atos ocorridos fora de seu território quando proibido pelo direito internacional. Ao longo dos anos, com o fortalecimento do direito internacional, o raciocínio inverteu-se culminando no entendimento de que é lícito o exercício extraterritorial da jurisdição somente quando autorizado pelo Direito Internacional (caso do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, da Corte Internacional de Justiça).

A doutrina internacionalista clássica divide a jurisdição em três subespécies diferentes (RYNGAERT, 2008, p. 9). A jurisdição normativa, para prescrever ou criar regras de conduta social, a qual segue os princípios da territorialidade e nacionalidade, ressalvadas hipóteses em que o alcance extraterritorial da jurisdição para regulação social é admitido para a proteção de nacionais, de interesses estatais, dos efeitos dos atos ou nos casos de jurisdição universal. Já a jurisdição para adjudicar traduz a possibilidade de o Poder Judiciário de um Estado conhecer e julgar determinados casos. Por fim, a jurisdição para execução ou implementação é a expressão da clássica soberania estatal westfaliana, portanto, territorial, autorizando-se que um Estado execute suas regras no território de outro Estado (alcance extraterritorial) somente quando há prévio consentimento do Estado onde a ação ocorrerá. É precisamente a subespécie de jurisdição de execução que interessa ao presente estudo sobre a obtenção de dados digitais armazenados no exterior.

Nesse ponto, pode-se questionar se o exercício da jurisdição para execução de pedidos de acesso a dados armazenados em nuvem necessariamente significa uma jurisdição de execução, na medida em que não é necessário ingressar fisicamente no território de outro Estado para obter tais dados, já que existem situações em que a empresa (voluntaria ou

coercitivamente) entrega dados armazenados em outro Estado (Bellia, 2001, p. 36 e ss).

Contudo, levado ao extremo, caso não haja o cumprimento, por um provedor, do pedido de acesso, o Estado, como última medida, teria que determinar uma busca e apreensão física dos dispositivos que armazenam tais dados, nos *data centers*, os quais, por sua vez, não estariam localizados dentro das fronteiras territoriais daquele Estado.

Nesse panorama, a cooperação jurídica internacional surge quando a jurisdição para prescrever e a jurisdição para executar estão em descompasso, sendo necessário o auxílio entre dois Estados para a execução de uma medida (pré-processual, instrutória, probatória ou de execução) fora do seu território. Conforme sintetiza, em estudo clássico, Lowe (2003, p. 354): “If States wish to do more than they are able to do within the limits of the jurisdiction allowed to them, they must first seek the agreement and cooperation of other states”.

3.2 Dados armazenados em nuvens: diferentes soluções para acesso

As opções para acesso de dados localizados em nuvens além das fronteiras estatais englobam soluções diferentes.

Uma forma comumente utilizada, no Brasil, é o acesso remoto a tais dados a partir do aparelho ou do computador da própria pessoa investigada, após a sua busca e apreensão, com autorização judicial específica para acesso ao conteúdo do dispositivo. Entretanto, há casos em que não se sabe a identidade do investigado, ele não é encontrado, ou nos dispositivos fisicamente apreendidos não estão armazenados os dados que se pretende obter.

Outra forma é a adoção de uma solução consensual direta entre o Estado e um provedor de conteúdo ou de aplicação de internet para envio voluntário dos dados.

Por exemplo, as *big techs* americanas noticiam ter fornecido voluntariamente dados requeridos por Estados em várias situações. A Apple, por exemplo, disponibiliza a quantidade de pedidos recebidos de cada Estado, o tipo de dado requisitado e o percentual de pedidos atendidos. No caso do Brasil, entre julho e dezembro de 2020, a Apple recebeu 1.639 pedidos para fornecimento de dados sobre aparelhos (IMEI, número de série), tendo enviado dados em 84% dos casos; 6 para dados financeiros de usuários (cartão de crédito), tendo enviado dados em 33% dos casos; 1.453 dados do usuário da conta (ID de identificação da Apple, e-mail etc), tendo enviado dados em 85% dos casos; e 28 para dados em situações de emergência (sem especificação), tendo enviados dados em 100% dos casos (APPE, 2020; COE, 2016, p. 22 e ss).

Todavia, a opção de entrega voluntária empresa pode não se concretizar por uma série de motivos, que incluem razões técnicas dadas pelas empresas para não conseguir acessar os dados armazenados no exterior em subsidiárias e não cumprimento dos requisitos legais do Estado sede das empresas para obtenção de tais dados, entre outros.

Assim, desde que saiba onde efetivamente estão os data centers com as respectivas versões físicas, existem outras alternativas para obtenção de dados digitais armazenados em nuvem: cooperação jurídica internacional ou fixação de jurisdição do Estado.

Em âmbito internacional, o caso *Microsoft vs EUA* ilustra o embate entre ambas as soluções⁷.

⁷ Sabe-se da existência de outros casos similares em outros Estados, a exemplo do caso *Yahoo vs Bélgica*. Escolheu-se o caso americano para ilustrar o problema já que são americanas as principais empresas que detêm dados de usuários brasileiros ou com impacto em fatos realizados no Brasil. Sobre o caso *Microsoft vs. EUA*, ver, entre outros, MADRUGA; FELDENS, 2016, pp. 49-70; ABREU, 2018, pp. 233-257.

Nos Estados Unidos admite-se a utilização de técnicas unilaterais para obtenção de dados localizados no exterior. Tal tradição norte-americana tem origens na década de 1980, no julgamento do caso *United States vs Nova Scotia*, em que se determinou judicialmente que um banco, localizado em Miami, fosse obrigado a produzir dados bancários existentes em uma filial nas Bahamas, sendo que a lei do país caribenho garantia o sigilo bancário aos seus clientes. A partir de então se desenvolveu a doutrina das *Nova Scotia Subpoenas* para unilateralmente obter provas no exterior, tendo como fundamento a jurisdição sobre pessoas (jurisdição *in personam*) que estejam em território americano (SCHULTHEIS, 2005, p. 563 e ss).

Em 2013, a doutrina foi utilizada para embasar uma ordem de busca e apreensão do conteúdo de e-mails de contas da Microsoft, armazenadas em seu *data center* localizado na Irlanda. A Microsoft contestou a decisão, dando início a uma batalha judicial entre a empresa e o Departamento de Justiça Americano, tendo, de um lado, o argumento da existência de jurisdição americana baseada no fato da empresa ser americana e poder acessar dados armazenados em uma subsidiária no exterior; de outro lado, o argumento de que obrigar a empresa a fornecer dados fisicamente armazenados no exterior caracterizaria uma tentativa de exercício de jurisdição extraterritorial de execução ilegal, sendo necessária cooperação jurídica internacional (via MLAT).

Em primeira instância, o ganho de causa foi em favor do Departamento de Justiça Norte-Americano. Já na Corte de Apelações do Segundo Circuito a decisão foi revertida, concluindo-se que, de acordo com o *Stored Communication Act*⁸ (em vigor à época), a jurisdição seria fixada pelo local do ato de invasão de privacidade do usuário do e-mail da Microsoft, no caso, o local em que a informação está armazenada (fora dos Estados

⁸Aliás, o *Stored Communications Act*, em contrapartida, proibia que empresas sediadas nos Estados Unidos revelassem informações de usuários, independentemente de suas nacionalidades, sem ordem judicial emitida por tribunal americano.

Unidos). O caso foi parar na Suprema Corte Americana, todavia, perdeu objeto sem ser julgado com a promulgação do *Cloud act*⁹.

Já no Brasil, a ADC nº 51, pendente de julgamento, aborda o mesmo problema.

Desde 2013, há alguns precedentes no Superior Tribunal de Justiça (por exemplo o Inq 784/DF e o RHC 86.570/AM) em que se determinou multa diária ao provedor que não cumpria ordem judicial para entrega de dados, ao argumento de que tais dados estariam armazenados nos Estados Unidos, onde não se permite o afastamento de sigilo sem que seja emitida uma ordem especificamente por um juiz americano. As decisões foram no sentido de que o armazenamento dos dados no exterior, recebidos e remetidos por brasileiros em território nacional (sob jurisdição brasileira), seria uma decisão estratégico-empresarial, que permitiria uma transferência reservada (*interna corporis*) para a filial no Brasil, sem a necessidade de cooperação jurídica internacional.

O debate se intensificou com a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Diferentemente de outros Estados, o Brasil não exigiu que todos os atos relacionados ao processamento e guarda de dados sejam realizados dentro do Brasil, autorizando-se, por exemplo o armazenamento em *data center* no exterior. Por outro lado, o art. 11 também prevê que a realização de um dos atos (de coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet) no país, atrai a incidência da lei brasileira. O §1º, do mesmo dispositivo complementa a aplicação da regra aos dados coletados no Brasil e ao conteúdo das comunicações, desde que um dos terminais esteja localizado no país.

⁹ Sem a pretensão de descrever as hipóteses de incidência do *Cloud act*, suficiente resumir que se trata de solução, na perspectiva nacional americana, que prevê as condições para acesso aos dados, entre as quais se prevê que uma companhia sujeita à jurisdição de outro Estado seja objeto de um pedido de apresentação de dados sob seu controle, independentemente de onde estes dados estejam armazenados.

Nesse cenário, em 2017, a Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional) propôs uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 51) visando declarar a constitucionalidade de vários dispositivos do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos (MLAT), incorporado pelo Decreto nº 3.810/2001, referentes à obtenção de conteúdo de comunicação privada sob controle de provedores de aplicativos de internet sediados em território americano.

A ADC nº 51 não visa questionar a constitucionalidade do MLAT entre Brasil e Estados Unidos, mas discutir se subsidiárias brasileiras de provedores de internet podem ou não ser obrigadas a atender a pedido de juiz brasileiro para fornecer dados armazenados nos Estados Unidos. Em especial, aborda a dúvida sobre a fixação da jurisdição brasileira extraterritorial para acesso a dados armazenados no exterior ou a necessidade de recurso à cooperação jurídica internacional para a sua obtenção.

Enquanto a ação não é julgada, identificam-se ao menos duas vertentes doutrinárias. De um lado, alguns autores entendem que a decisão de armazenamento de dados no exterior, em locais com legislação mais protetivas aos usuários, é meramente empresarial, como estratégia de atrair mais consumidores, em linha com o entendimento dos supracitados julgados do Superior Tribunal de Justiça. O direito de acesso à justiça e a efetividade na persecução penal justificariam a hipótese de incidência da jurisdição brasileira de execução, fixada pelo local de coleta do dado, nos termos do art. 11 do Marco Civil da Internet, sendo dispensada a obrigatoriedade de cooperação jurídica internacional para obtenção de tais dados, os quais deveriam ser fornecidos pelas empresas mediante ordem judicial emitida por juízes brasileiros (CARVALHO RAMOS, 2021, p. 929-931).

De outro lado, parte da doutrina pontua que as filiais de provedores não necessariamente possuem acesso aos dados armazenados em outros

Estados e, mesmo quando possuem capacidade de abrir e baixar os dados em seu terminal, estão sujeitas à jurisdição do Estado em que está sediado o provedor e, sendo o Estados Unidos, a legislação americana proíbe que tais dados sejam compartilhados, exceto se existir uma ordem judicial emitida por um juiz americano.

Assim, obrigar os provedores de conteúdo a fornecer dados armazenados em *data centers* no exterior seria um exercício de jurisdição extraterritorial ilegal, sendo necessário utilizar o canal do MLAT (MADRUGA; FELDENS, 2016, p. 49 e ss).

A solução apresentada pela primeira corrente se aproxima à doutrina norte-americana das *Nova Scotia Subpoenas*, em que se força uma jurisdição de execução, com a imposição de multas, suspensão de serviço e pretensões de responsabilização criminal de diretores jurídicos de provedores de internet pelo crime de recusa de fornecimento de dados (art. 21 da Lei nº 12.850/2013)(MADRUGA; FELDENS, loc cit.).

Já a segunda corrente, ao privilegiar a cooperação jurídica internacional, com razão, critica argumentos meramente utilitários usados para afastar a via tradicional do MLAT (ZAGARIS, 1990, p. 339 e ss). A opção pela via da cooperação jurídica internacional possui relevância à luz do direito internacional, já que privilegia uma solução entre Estados, em respeito aos princípios clássicos da independência, igualdade e não-intervenção consagrados internacionalmente (Carta das Nações Unidas, art. 2º) e nas Constituições dos Estados (no Brasil, CR, art. 4º, incs. I, IV e V).

Não são inválidas as críticas à cooperação jurídica internacional para obtenção de dados digitais. A volatilidade e a mobilidade dos dados digitais demandam investigações mais ágeis e dinâmicas, as quais são especialmente impactadas pela lentidão e burocracia na tramitação dos MLATs¹⁰. Indaga-se se seria necessário contornar o uso da cooperação

¹⁰ Segundo dados do Comitê da Convenção de Budapeste, de 2016, a média era de 24 meses. COE. Cybercrime Convention Committee. *Criminal justice access to electronic evidence in*

jurídica internacional ou se já existem ferramentas para tornar os mecanismos cooperacionais mais eficientes para a obtenção de dados digitais armazenados em nuvem.

Por fim, não se nega a possibilidade de que, no futuro, não tão distante, não se armazenem dados em território estatal e sim em espaços comuns (*global commons*) ou que efetivamente não se saiba onde estão armazenados os dados (*loss of location*), demanda o aprimoramento das soluções atuais, em sentido amplo, para o acesso a tais dados, inclusive sobre o local de armazenamento do dado como elemento de conexão para fixação da jurisdição de execução (LA CHAPELLE, 2016, p. 6 e ss).

4. Considerações Finais

Sem pretensão de esgotar o tema, o que seria inviável pela complexidade, à título de conclusão, elencam-se algumas particularidades à apreensão de dados digitais armazenados no exterior e seus impactos em direitos dos envolvidos nos atos cooperacionais, motivo pelo qual requerem maior aprofundamento:

1. Os dados digitais são fluidos e facilmente transnacionais, o que impacta a relação entre Estados e também os direitos dos indivíduos envolvidos ou interessado (direta e indiretamente) na obtenção da prova e na sua posterior admissibilidade no processo.

2. Em regra, os pedidos de cooperação jurídica internacional para obtenção de dados digitais armazenados no exterior são executados de acordo com a lei do Estado em que estão armazenados, que, se ofensiva às garantias processuais penais brasileiras, pode gerar a inadmissibilidade da prova digital.

the cloud: recommendations for consideration by the T-CY. Final report of the T-CY cloud evidence group. Strasbourg, 2016. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime> . Acesso em: 20.10.2021

3. As vias de cooperação jurídica internacional para transmitir os pedidos de obtenção de dados digitais armazenados no exterior devem viabilizar que a parte afetada acesse e acompanhe o rito cooperacional tão logo seja executada o pedido, possibilitando que conteste o cumprimento dos requisitos legais para a realização do ato e acompanhe as técnicas usadas para a preservação da integridade da prova digital em seu traslado ao Estado requerido.

4. A carta rogatória é o veículo de cooperação jurídica internacional aceito segundo entendimento jurisprudencial atual para instrumentalizar as medidas de obtenção de dados digitais armazenados em dispositivos no Brasil, o que, todavia, não resolve o dilema entre as hipóteses de cabimento da carta rogatório e do auxílio direto para atos de cooperação jurídica internacional de cunho executório.

5. A relação entre jurisdição de execução e de cooperação jurídica internacional é de complementariedade, eis que se o Estado não possui jurisdição para executar uma medida de obtenção de provas digitais, porque armazenadas fora do seu território, requer auxílio do Estado do local em que as provas se encontram para cumprimento da medida.

6. Dados digitais armazenados em nuvem podem ser entregues voluntariamente por provedores de conteúdo diretamente a Estados, em que pese tal alternativa seja sujeita à discricionariedade empresarial para cumprimento dos pedidos e tipo de dados encaminhados.

7. Até o julgamento da ADC nº 51 segue sem resposta definitiva a pergunta sobre qual é o mecanismo adequado para obtenção de dados digitais armazenados em nuvens de servidores norte-americanos, se via MLAT ou se via fixação da jurisdição de execução extraterritorial brasileira.

8. Diante da possibilidade de *loss of location* dos dados digitais, também é o momento de se discutir a substituição do princípio clássico da territorialidade por outro elemento de conexão para fixação da jurisdição de

execução sobre dados digitais, o que, a fim de evitar sobreposição e conflitos de jurisdição, deve ser formalizado em tratado internacional.

Referências

ABADE, Denise Neves. Análise da Coexistência entre Carta Rogatória e auxílio direto na assistência jurídica internacional. In: Brasil. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília: MPF, 2016, pp. 9-25.

_____. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ABREU, Jacqueline de Souza. Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. **Revista de Informação Legislativa**, a. 55, n. 220, out/dez. 2018, pp. 233-257.

ALLEN, Stephen. Enforcing Criminal Jurisdiction in the Clouds and International Law's Enduring Commitment to Territoriality. In: ALLEN, Stephen; COSTELOOE, Daniel; FITZMAURICE, Malgosia; GRAGL, Paul; GUNTRIP, Edward. (eds.). **The Oxford handbook of jurisdiction in international law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 381-412.

ARAÚJO, Nadia de. **Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução nº 9/2005**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa, Algunas consideraciones sobre la valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): perspectivas españolas y europea, In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni. (orgs.). **Dimenzione tecnologica e prova penale**. Torino: G. Giappichelli, 2018, p. 55-75.

BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. **Boletim IBCCRIM**, ano 29, n.º 343, jun. 2021, pp. 7-9.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELLIA, Patricia L. **Chasing bits across borders**. The University of Chicago Legal Forum, paper 454, 2001, pp. 36-101.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CASTELLS, Manuel The information age: economy, **Society and culture**. v. I. 2nd Ed. Chichester: Blackwell Publishing Ltd, 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Caso do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, (Congo vs. Bélgica)**, j. em 14 fev. 2002.

COE. Cybercrime Convention Committee. Criminal justice access to electronic evidence in the cloud: recommendations for consideration by the T-CY. Final report of the T-CY cloud evidence group. Strasbourg, 2016. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime>. Acesso em: 20 out. 2021.

CORDANI, Dora Cavalcanti. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto – controle dos atos pela parte atingida. In: VILARDI, Celso, PEREIRA, Flávia Rahal Bresser, DIAS NETO, Theodomiro. **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva-FGV, 2008, pp. 109-138.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, **Caso do Estatuto legal da Groenlândia Oriental (Dinamarca c. Noruega)**, Série A/B 48, j. em 2 de agosto de 1932.

_____. **Caso Lotus (França vs. Turquia)**, Série A10, j. em 7 de setembro de 1927.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 90, abr.-jun. 1986, pp. 205-232.

GRINOVER, Ada Pellegreni. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 373, maio/jul. 2004, pp. 03-18.

GULLY-HART, Paul, Cooperation Between Central Authorities and Police Officials: The Changing Face of International Legal Assistance in Criminal Matters, **Revue Internationale De Droit Pénal**, vol. 76, 2005, pp. 27-48.

HILL, Flávia Pereira. A cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR, Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio; DIDIER JR, Fredie (Org.). **Cooperação Internacional**: Coleção Grandes temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 137-165.

LA CHAPELLE, Bertrand de. FEHLINGER, Paul. **Jurisdiction on the internet: from legal arms race to transnational cooperation**. Global Commission on Internet Governance, paper series n. 28, abril 2016.

LOWE, Vaughan. "Jurisdiction". In: EVANS, Malcom (Ed.). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2003, pp. 329-355.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. In: MACHADO, Maira Rocha; REFINETI, Domingos Fernando (orgs.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 77-98.

_____. FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: **Brasil. Ministério Público Federal. Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília: 2016, pp. 49-70.

MANN, Frederick Alexander. **The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years**. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, t. 186, 1984.

MCCLEAN, David. **International co-operation in civil and criminal matters**. Oxford: Oxford University

MITSILEGAS, Valsamis. The european model of judicial cooperation in criminal matters: Towards effectiveness based on earned trust. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 5, 2019, pp. 565-596.

NADELMANN, Ethan A. E. A. Negotiations in criminal law assistance treaties. **American Journal of Comparative Law**, vol. 33, n. 3, 1985, pp. 467-504.

NOJEIM, Greg. Reforma do sistema MLAT entre privacidade e eficiência: os dilemas do acesso transnacional a dados de usuários. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (eds). **Direitos fundamentais e processo penal na era digital**. vol. 1. São Paulo: InternetLab, 2018, pp. 178-198.

RYNGAERT, Cedric. **Jurisdiction in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SAADI, Ricardo A.; BEZERRA, Camila Colares. A autoridade Central no exercício da cooperação jurídica internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. 1ª Ed. Brasília: MPF, 2012, pp.19-25.

SCHULTHEIS, Ned. Warrants in the Clouds: How Extraterritorial Application of the Stored Communications Act Threatens the United States Cloud Storage Industry.

Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, vol. 9, n. 2., 2015, pp. 661-693.

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal: Alcançando o Devido Processo**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. Equipes conjuntas de investigação e obtenção transnacional de elementos de informação. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Fepile Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). **Altos estudos sobrea prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 145-166.

STF, **ADC 51**, Rel. Min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento.

STJ, **Inq 784/DF**, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 17.04.2013.

_____. **RHC 86.570/AM**, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 27/08/2019.

_____. **Rcl 2645**, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18/11/2009.

_____. **RHC 102.322/RJ**, 6ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 12/05/2020.

VAZ, Denise; BECHARA, Fábio. Cooperação jurídica internacional: regime jurídico da comunicação espontânea. In: VAZ, Denise; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tome. (Org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**. Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. 1ed.São Paulo: LiberArs, 2017, v. 1, pp. 91-112.

ZAGARIS, Bruce. Developments in International Judicial Assistance and Related Matters, **Denver Journal of International Law & Policy**, vol. 18, n. 3, 1990, pp. 339-386.

Artigo recebido em: 30/03/2022.

Aceito para publicação em: 03/11/2022.

O direito fundamental à educação na pandemia de Covid-19: implementação do ensino remoto e questionamentos acerca da (des)igualdade de condições

*The fundamental right to education in the Covid-19 pandemic:
implementation of distance learning and questions about
(in)equality of conditions*

Thainá Penha Pádua¹
Gustavo Henrique Maia Garcia²

Resumo: Objetiva-se investigar o panorama atual das condições de acesso dos estudantes brasileiros à *internet*, verificando se houve, de forma satisfatória, o acompanhamento das aulas através do ensino remoto (EAD) no período de isolamento social causado pela pandemia do vírus Covid-19. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância jurídica e prática, especialmente porque a doença ainda não foi erradicada, e, embora o ensino presencial tenha sido retomado progressivamente, os impactos dos meses de afastamento das instituições escolares ainda são incalculáveis. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental (análise de relatórios sobre o acesso à *internet* no Brasil), demonstrou-se que o ensino à distância, como única alternativa, se mostra questionável, haja vista que uma grande parcela dos estudantes não tem acesso suficiente às mídias digitais, o que viola o princípio constitucional da igualdade e o direito fundamental à educação.

Palavras-chave: Educação; Coronavírus; Direitos fundamentais; Ensino remoto; Segregação;

Abstract: The article aims to investigate the current scenario of the conditions of access of Brazilian students to the internet, verifying if there was, in a satisfactory way, the monitoring of classes through remote teaching (EAD) in the period of social isolation caused by the Covid-19 virus pandemic. The choice of topic is justified due to its legal and practical relevance, especially because the disease has not yet been eradicated, and, although face-to-face teaching has been progressively resumed, the impacts of months away from school institutions are still incalculable.

¹Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-graduada em Direito Processual pela Fundação Educacional de Oliveira - FEOL. Pós-graduada em Direito Penal pela Damásio S/A. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras (2016). Advogada. Membro do Observatório do Mundo em Rede – Cyber Leviathan. Membro da RED de Derecho América Latina y el Caribe (REDALC).

²Mestrando em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Constitucional pela LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado Criminalista, inscrito na OAB/MG sob o nº 190.359.

Through bibliographic and documentary research (analysis of reports on internet access in Brazil), it was demonstrated that distance learning, as the only alternative, is questionable, given that a large portion of students do not have sufficient access to digital media, which violates the constitutional principle of equality and the fundamental right to education.

Keywords: Education; Coronavirus; Fundamental rights; Remote teaching; Segregation.

1. Introdução

Nas últimas décadas, a humanidade presenciou transformações sensíveis graças à introdução de novas tecnologias da informação e da comunicação, primeiro com o computador de uso pessoal e a internet banda larga, difundidos no final da década de 1990 e início dos anos 2000, e mais recentemente com a popularização dos *smartphones* e *tablets*, potencializados por conexões móveis à internet cada vez mais rápidas.

A ampliação do número de aparelhos e de prestadoras de serviços de telecomunicação possibilitou a queda dos custos de produtos e serviços relacionados à tecnologia, que foram propagados para diversos segmentos da sociedade, assumindo a forma de tecnologias mundanas, completamente integradas à vida cotidiana. No entanto, algumas dessas ferramentas jamais chegaram à parcela mais desfavorecida da população, e muitos dos que conseguem adquirir computadores ou *smartphones* não possuem adequada instrução para explorar bem suas funcionalidades, ou não possuem adequado acesso à internet.

Nos últimos anos, com o crescimento vertiginoso da demanda por insumos de fabricação de eletroeletrônicos, impulsionado pela pandemia de Covid-19, somado a fatores como a interrupção das cadeias produtivas, o aumento da inflação, e o dólar supervalorizado, tornou-se ainda mais difícil para os mais pobres adquirir aparelhos eletrônicos, freando a tendência de popularização até então observada. Por isso, a capacidade de acesso à

tecnologia tem se tornado um fator decisivo para o aumento ou redução da desigualdade socioeconômica.

O coronavírus afetou de forma especial a educação, porque se tornou um grande obstáculo à continuidade das atividades presenciais em todos os níveis de ensino, e a adoção do sistema virtual foi a única alternativa encontrada para dar continuidade às atividades escolares no período inicial, enquanto não havia vacinas.

Os sistemas de ensino público dos entes federados decidiram por momentos e estratégias distintas para o retorno das atividades ao longo desses mais de dois anos de pandemia, porém, em todos eles os impactos foram profundos, e ainda incalculáveis. Dessa forma, torna-se importante analisar o papel do Estado na promoção do direito à educação, considerando o cumprimento das exigências sanitárias e de inclusão digital.

Constitui objetivo geral da presente pesquisa investigar os problemas na educação remotadurante a pandemia de Covid-19, que modificou totalmente as condições de realização do processo de ensino-aprendizagem, uma vez que o distanciamento social impôs a suspensão do contato físico (presencial) da sala de aula, que passou então a ser de forma virtual na maioria das instituições.

A escolha do tema decorre de sua relevância jurídica e prática, haja vista a permanência indeterminada da pandemia, que subsiste com o constante surgimento de novas variantes do vírus, cada vez mais transmissíveis, apontando para a necessidade de estudo e reflexão no intuito de minimizar os danos causados aos estudantes.

Assim, o tema permanece relevante, pois ainda existe a possibilidade de agravamento do quadro da Covid-19 no mundo, e até mesmo de surgimento de novas doenças ainda mais graves, trazendo a necessidade de novas medidas restritivas, com inúmeras consequências e insegurança para aqueles estudantes que não têm acesso à *internet*.

Inicialmente, no trabalho, foi desenvolvido um estudo sobre o *status* jurídico da educação no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de uma análise constitucional, evidencia-se que a educação é direito de todos e dever do Estado, que não pode interromper a prestação desse serviço público essencial, devendo compatibilizar medidas de segurança sanitária com a manutenção do ensino.

Através da pesquisa, questiona-se se tal forma de ensino público, oferecido de forma isolada, é compatível ou não com as proposições trazidas pela Constituição democrática brasileira de 1988, cujos pilares se encontram na proteção da dignidade humana, aplicabilidade do princípio da não-discriminação e efetividade dos direitos fundamentais, principalmente da igualdade, tendo a educação um *status* de direito social fundamental que não pode ser negligenciado.

A delimitação do objeto proposto se deu a partir da seguinte pergunta problema: até que ponto o ensino remoto foi/está sendo vantajoso para os estudantes? Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, foi possível demonstrar criticamente que tais proposições legislativas evidenciam uma necessidade de reflexão sobre o tema.

A utilização do método dedutivo permitiu o recorte da pesquisa realizada, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o posicionamento jurídico do direito à educação no Brasil, reduzindo-se o espectro de análise até se chegar à situação pandêmica, que ensejou a utilização do ensino à distância no ensino básico, examinando suas consequências práticas para os estudantes.

A pesquisa bibliográfica baseou-se em autores constitucionalistas como José Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Bernardo Gonçalves Fernandes, possibilitando a construção de um raciocínio que ressalta a importância do direito em comento, bem como a necessidade de os entes da federação desenvolverem medidas de inclusão digital.

No primeiro tópico, realizou-se breves apontamentos críticos acerca da possibilidade de o cidadão acionar o Poder Judiciário em caso de descumprimento desse direito social, e sobre o paradigma de ensino adotado pelo Estado brasileiro, que entende a educação como ferramenta de emancipação do sujeito.

No próximo tópico, foi apresentada e discutida a alternativa adotada pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) para a educação no momento de pandemia: o estudo remoto através de aulas disponibilizadas em plataformas digitais, no objetivo de evitar a propagação do vírus, cumprindo as determinações de distanciamento social. O MEC expediu diversas portarias autorizando e orientando as instituições de ensino brasileiras nesse sentido, que tiveram de se reinventar rapidamente, na tentativa de dinamizar as aulas e conseguir adesão dos alunos.

Em seguida, através da análise de relatórios de pesquisas empíricas quanto ao acesso à *internet*, demonstrou-se que uma pequena parcela dos estudantes tem acesso a uma conexão de qualidade e uma fração ainda menor possui acesso a dispositivos digitais adequados para os estudos *online*, como *tablets* e computadores, possuindo somente um aparelho celular, muitas vezes a ser dividido entre a família.

Por fim, o último tópico investiga a problemática científica proposta, concluindo que o ensino à distância (EAD) acaba por se apresentar segregacionista. A partir das premissas teóricas decorrentes dos princípios da dignidade humana e da não-discriminação, bem como o direito fundamental à igualdade, foi possível construir análises que verificam a necessidade de se possibilitar o acesso àqueles educandos que não possuem, bem como a criação de outros modos de fornecer o ensino no período de isolamento social.

2. O *status* jurídico da educação no ordenamento jurídico brasileiro

Na maior parte das civilizações pós-modernas, a educação – instrução formal ou educação em espaços escolares – é pacificamente considerada como primordial ao desenvolvimento humano e ao progresso da comunidade. Sem ela, a sociedade não evolui, não prospera. A cultura não se desenvolve, nem se aprimora. Principalmente, a educação se revela uma ferramenta fundamental para a fruição de outros direitos fundamentais, possibilitando o exercício da cidadania e da realização individual.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 inaugurou, na história constitucional brasileira, um título próprio para os chamados direitos e garantias fundamentais (Título II), em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso rol de direitos dos trabalhadores, igualmente previstos no capítulo dos direitos sociais (CANOTILHO et. al., 2013).

Diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internacionalizados pelo Brasil e dotados de vinculatividade (*jus cogens*), com hierarquia supralegal, também tratam da obrigatoriedade dos Estados de implementarem os direitos econômicos, sociais e culturais.

Como direitos fundamentais sociais básicos, a Constituição reconheceu e assegurou expressamente no art. 6º: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, afirmando o compromisso do constituinte com a justiça social (BRASIL, 2021, p. 17).

Nos artigos 205 a 214 da Constituição, tem-se explicitado, de forma mais detalhada, o papel do Estado nessa ordem social a ser garantida. O artigo 205 preceitua que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 2021, p. 114).

O artigo seguinte, 206, traz os princípios que devem nortear o ensino a ser ministrado pelas instituições, sendo eles:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (BRASIL, 2021, p. 114).

Qual a consequência dessa posição constitucional? Até que ponto o Estado deve fazer garantir esse direito social tão amplo? Qual o nível de prioridade deve ser dado a ele? Os poderes públicos devem criar medidas para a sua materialização?

Para Bernardo Gonçalves Fernandes, “os direitos sociais impõem ao Estado um “atuar permanente”, ou seja, “uma ação oriunda de uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício ao indivíduo” (2020, p. 888).

Há direitos que guardam obviamente as mesmas características do direito à liberdade, já que dele derivativos, valendo, entretanto, destacar a educação como um deles, pois, sem ela, sequer se terá a compreensão do significado do direito fundamental de liberdade (LIMA, 2003, p. 133).

Sem um ensino satisfatório, os indivíduos não tomam consciência dos seus direitos, dos seus deveres, do seu papel na sociedade e fatalmente não possuirão um sentimento de pertencimento como cidadãos no meio em que

vivem. Por isso, a educação deve ser pública (gratuita) e universal, garantindo a todos as condições mínimas para que persigam seus próprios objetivos de vida. Dessa forma, a educação também assume caráter prestacional, porque depende do poder público para ser implementada.

A educação preconizada pela Constituição, é importante deixar claro, não deve ser confundida com mera instrução formal ou formação técnica. A partir de uma leitura sistemática do texto fundamental, percebe-se que o ensino que deve ser oferecido para crianças e jovens deve ter cunho emancipatório, visando a promoção da autonomia do sujeito.

Em verdade, as instituições escolares, como hoje são conhecidas, não foram criadas com objetivo de desenvolvimento do sujeito, mas sim para qualificação e formação de mão de obra para atender o mercado. Entre os séculos XVII e XVIII, como aponta Foucault (2011), instituições como a escola se dedicaram à dominação dos sujeitos, transformando-os em corpos dóceis e úteis aos objetivos das forças produtivas, aproximando-os tanto quanto possível às próprias máquinas.

A educação tradicional, até hoje predominante no Brasil, é herdeira desse sistema, que tem como base a relação de submissão e dominação do professor sobre o aluno, que, conforme Paulo Freire (1978), é tido como uma folha em branco na qual se deposita conhecimento, conformando-o de acordo com os interesses da classe dominante. Por outro lado, o Estado brasileiro, orientado por valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, preconiza uma educação significativa, voltada para a autonomia, para a emancipação do sujeito.

Nesse sentido, Freire (1996) aponta que o ensino exige respeito à autonomia do educando, e a compreensão de que a educação é uma forma de intervenção no mundo. Assim, a ordem constitucional instaurada em 1988 exige não só a universalização do ensino, mas uma ruptura com o modelo tradicional, abandonando padrões autoritários em prol de uma escola democrática e plural.

A promoção do direito à educação pelo Estado exige ainda a manutenção de uma enorme estrutura física, além de um grande quadro de professores e auxiliares. Também é necessário prover as escolas de outros serviços essenciais, como a alimentação dos alunos e a presença de psicólogos e assistentes sociais. Essas prestações positivas correspondem a bens e serviços muito dispendiosos, sendo que a sua viabilização está diretamente ligada ao poder econômico do Estado (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 697).

No caso do Brasil, tem-se a regra de que a União aplicará, anualmente, no mínimo 18% de sua receita obtida com impostos à educação e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, no mínimo, 25%. Existe também a previsão constitucional de uma fonte adicional de financiamento ao ensino por meio de uma contribuição social, prevista no art. 212, §5º, da Constituição Federal.

Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança). É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes, ele pode obter a satisfação das suas “prestações prestacionais” através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado) (CANOTILHO, 2003, p. 408).

Sendo assim, o desafio se forma a partir da dificuldade de prover serviços de ensino para aqueles que não têm condições financeiras de adquirir e materializar os seus direitos sociais de forma privada, principalmente em um país extremamente desigual como o Brasil. Os mais pobres precisam exigir do Estado o fornecimento, uma vez que estão no rol de direitos sociais fundamentais de todo e qualquer ser humano, sem distinção, devendo ser fornecidos, dessa forma, a título gratuito.

Ainda que no caso de alguns direitos sociais se reconheça uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivado no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de

direitos sociais a máxima eficácia e efetividade possível, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências.

Não se deve perder de vista que aos direitos sociais se aplica o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, o que, a despeito de uma possível – concorrente – dimensão programática (impositiva de tarefas e deveres) dos direitos sociais, impõe seja lembrado que a consagração de um direito social como fundamental importa que também este tenha, na sua condição de direito subjetivo, asseguradas a máxima eficácia e efetividade possíveis (CANOTILHO et. al., 2013, p. 1998).

Ainda segundo os autores, a carência ou insuficiência de conformação da norma *jus fundamental* que engloba direitos sociais não poderá ser um obstáculo à sua aplicação imediata e exigibilidade judicial (CANOTILHO et. al., 2013, p. 1989).

No caso de descumprimento desses direitos sociais, sobretudo do direito à educação, que é o ponto fulcral deste trabalho, o seu titular tem a possibilidade de se insurgir ao Poder Judiciário e exigir a prestação, sob pena de se ter caracterizado um estado de inconstitucionalidade por omissão, tamanha a sua importância (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 707).

O seu surgimento, como se sabe, se deu justamente na crise da tradição do Estado Liberal e na transição para o Estado Social de Direito, em que se buscavam mecanismos mais concretos de efetivação desses direitos que têm o intuito de reduzir as desigualdades socioeconômicas.

Nesse contexto, surgem questionamentos oriundos dos conflitos com relação ao ensino de forma digital no período da pandemia por Covid-19, implantado inicialmente de forma emergencial, mas, devido à persistência do quadro pandêmico, foi, em maior ou menor medida, transformado em regra geral.

Tem-se, de um lado, o dever prestacional do Estado de fornecer e concretizar o direito à educação e, de outro, milhões de estudantes brasileiros sem acesso à internet ou a dispositivos eletrônicos, o que

inviabiliza totalmente o processo de ensino-aprendizado em períodos de isolamento físico.

3. O ensino remoto como alternativa no período de isolamento social em razão da pandemia

Em razão da necessidade de isolamento físico entre as pessoas para evitar a transmissão do Coronavírus, surgiu, no início de março de 2020, no cenário da educação atual, um grande impasse: o debate sobre a implementação de aulas à distância ou a não realização de aulas (suspensão total).

No dia 17 de março de 2020, o Ministério da Educação e Cultura expediu a primeira portaria, de nº 343, dispondo sobre a possibilidade de substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais em instituições federais de ensino superior, enquanto durasse a situação de pandemia:

Art. 1º Autorizar, em caráter excepcional, a substituição das disciplinas presenciais, em andamento, por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação, nos limites estabelecidos pela legislação em vigor, por instituição de educação superior integrante do sistema federal de ensino, de que trata o art. 2º do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017 (MEC, 2020).

Logo após, foram expedidas diversas outras portarias (nº 345, 376, 473, 544, 1030), no mesmo sentido, com algumas alterações pontuais. Quanto às instituições estaduais, foi publicada a deliberação “COVID-19 nº 18 em 22 de março de 2020”, dispondo acerca de medidas de prevenção e enfrentamento do vírus a serem cumpridas pelas instituições privadas de ensino e pelas redes de ensino municipais:

Art. 2º Ficam suspensas, por tempo indeterminado, as atividades presenciais de educação escolar básica em todas as unidades da rede pública estadual de ensino. [...]

§ 3º Fica facultada às instituições referidas no caput a realização de atividades acadêmicas por meios não presenciais, de modo a cumprirem o calendário escolar que lhes é aplicável (Deliberação Comitê Extraordinário COVID -19 nº 18, 2020).

Desta forma, seguindo as diretrizes acima, muitas instituições de ensino se mobilizaram para implementar rapidamente o ensino à distância emergencial, utilizando, via de regra, plataformas digitais já existentes para esse fim, com ambientes virtuais de aprendizagem, vídeo-aulas gravadas, fornecimento de materiais de estudo via redes (formato .pdf), aulas *online* ao vivo, orientações genéricas via redes sociais, tutoria, *chat* online, *whatsapp*, entre outros.

A Lei Federal nº 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB), traz a base para a condução do ensino no país. O Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017, que regulamenta o artigo 80 da LDB, considera em seu art. 1º o ensino à distância como sendo a:

Modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorra com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos.

Assim, os docentes, em um curto espaço de tempo, tiveram que ressignificar o modelo de aprendizagem escolar, passando a lecionar em frente à câmera, diferentemente de todas as práticas pedagógicas utilizadas costumeiramente até então.

A utilização de metodologias ativas, por orientação das instituições de ensino, teve fundamental importância para manter o engajamento dos discentes, que em sua maior parte também não estavam acostumados ao ensino remoto. Metodologias ativas se traduzem como “todo o processo de organização da aprendizagem (estratégias didáticas) cuja centralidade do processo esteja, efetivamente, no estudante” (PEREIRA, 2012, p. 6). Ou seja, os livros e a ação intelectual do professor passam a ser secundários.

Nessa senda, os alunos ocupam posição central do ensino e aprendizagem, mesmo remotamente, tendo o professor como um mediador, facilitador, ativador, havendo um trabalho em equipe, utilizando-se de problemas reais aplicados aos conteúdos ministrados em aula, permeados por reflexão autônoma dos discentes no processo.

Essa dinâmica de ensino visa facilitar as aulas ministradas nos períodos de isolamento, cujo estudante sai de uma postura passiva e passa para uma postura ativa, com maior autonomia no aprendizado, despertando-lhe maior interesse, o que é fundamental para diminuir os impactos da mudança radical.

Se para nós educação *online* é fenômeno da *cybercultura*, devemos investir na linguagem hipermídia. Postar apenas textos em *pdf*, apresentações de slides lineares, videoaulas e ou pirotecnias descontextualizadas é subutilização do digital em rede e instrucionismo curricular. Precisamos engendrar uma teia complexa de conexões e acionar os estudantes a adentrarem os conteúdos, produzindo colaborativamente conhecimentos nas interfaces de comunicação síncronas e assíncronas. Só assim, teremos educação online (SANTOS, 2020, p. 1).

Contudo, o ensino remoto não pode ser tomado como paradigma de ensino regular, principalmente no ensino fundamental, porque a socialização e as experiências vividas na escola são de grande importância para o desenvolvimento do sujeito (FREIRE, 1996), e a experiência virtual não pode ser compreendida como substituta da vivência presencial. Assim, é importante ter consciência do caráter de excepcionalidade do ensino à distância durante a pandemia, mas também da importância de promover a inserção de todos os estudantes em um mundo que a cada dia mais está integrado com o digital.

No entanto, apesar de todos os esforços de todos os lados, o desafio central nessas circunstâncias consiste na dificuldade de inclusão digital dos estudantes que, conforme dados apresentados neste artigo, não possuem acesso à internet para manter os estudos ou, quando têm acesso, este é insuficiente em razão de má conexão ou de não possuírem equipamentos

eletrônicos para tal. Muitas famílias possuem apenas um ou dois aparelhos celulares dos pais, que precisam ser divididos entre eles e todos os filhos, sem contar na dificuldade de utilização das plataformas digitais pela falta de familiaridade com o digital.

Esse problema é acentuado pelo descaso governamental, sobretudo do governo federal, que insistiu em negar a gravidade da crise sanitária e dar respostas satisfatórias a ela, prejudicando também ações governamentais nos estados e municípios (BRASIL, 2021). Tampouco promoveu qualquer política de universalização de acesso à internet, demonstrando ausência de preocupação também com os estudantes que não possuíam acesso ao ensino pela via remota, e, por isso, tiveram graves prejuízos em sua formação.

4. A (in) existência de igualdade de condições de acesso ao ensino não-presencial

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação, realizada pelo Centro Regional e Estudos para Desenvolvimento da Sociedade da Informação, em 2019, somente 74% da população tinha acesso à internet, o que correspondia a 134 milhões de pessoas e 71% dos lares do país (CETIC, 2019).

A referida pesquisa evidenciou que a cada cinco indivíduos, um possuía acesso à internet somente utilizando-se da conexão de seu vizinho, demonstrando ainda que, para 72% dos desassistidos, é impossível acessar a rede por falta de conhecimento. A maioria dos que possuem acesso satisfatório é pertencente as classes mais altas, concluindo o relatório que apenas metade das classes D e E possuem acesso (CETIC, 2019).

A pandemia provocada pelo Coronavírus escancarou essa desigualdade, antes despercebida, enquanto a internet ainda não era considerada uma importante ferramenta para exercício de direitos fundamentais. O Estado brasileiro é falho no fornecimento gratuito de

internet à sua população, desconsiderando a sua essencialidade na era digital globalizada em que se vive.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2014), apenas 1.457 das 5.565 cidades brasileiras fornecem esse serviço gratuito, como Uberaba (MG), São Paulo (SP), Recife (PE), Fazenda Rio Grande (PR) e Estância (SE), por exemplo, mas a maioria delas somente em poucos espaços públicos. Ou seja, não havendo acesso à população, não há inclusão digital.

Países como Alemanha, Lituânia, Croácia, Cingapura, Estados Unidos, fornecem *wi-fi* de forma gratuita à população em praticamente todo o seu território (McCARTHY, 2015), o que demonstra a preocupação destes Estados com a inclusão informática de sua população, sabendo de sua influência direta em seu desenvolvimento social e econômico.

Contudo, os dois anos desde a descoberta do Sars-Cov-2, com todas as restrições de circulação e de reunião impostas, demonstraram a importância de novas tecnologias da informação e da comunicação para a sociedade contemporânea. Em 2020, ano de início da pandemia, o número de usuários da internet chegou a 81%, e cresceu principalmente entre as classes C e DE, cujos índices aumentaram, respectivamente, de 80 para 91% e de 50 para 64%. As classes A e B já contavam com alto percentual de acesso, passando, respectivamente, de 99 para 100% e de 95 para 99% (CETIC, 2021, p. 66).

Embora os dados apontem para uma redução na desigualdade de acesso à internet no Brasil, esta ainda é uma realidade opressiva, pois a qualidade dos aparelhos e o tipo de conexão são diretamente proporcionais ao seu custo. Ainda que uma maior parcela de populações vulneráveis tenha tido acesso à rede, isso pode não representar necessariamente um acesso adequado aos recursos.

Os telefones celulares são, de longe, os aparelhos mais utilizados para o acesso à internet. O percentual de usuários que se valeram dos *smartphones* para se conectar à rede é de 99%, enquanto o daqueles que se

utilizaram de computadores convencionais estabilizou-se em 42%, após uma tendência de queda (em 2014, era de 80%). Já a utilização de aparelhos de televisão para acesso à internet vem aumentando gradativamente, atingindo em 2020 o percentual de 44%, enquanto *videogames* apresentam índice estável de 10% dos internautas (CETIC, 2020, p. 74).

Enquanto televisores e *videogames* possuem propósito mais direcionado ao entretenimento, com maior custo de aquisição e funções mais limitadas, os *smartphones* têm se apresentado como alternativa aos computadores pessoais, possibilitando uma infinidade de funcionalidades, a um custo mais acessível. O celular, em verdade, tornou-se parte central da sociedade humana a partir do momento em que possibilitou a conexão quase ininterrupta do usuário à internet, o que também trouxe uma série de problemas relacionados à “sociedade do cansaço” (HAN, 2015).

Embora não seja o aparelho mais adequado para leitura e escrita, sua grande popularidade possibilitou o acesso de boa parte dos estudantes a materiais escolares, ainda que utilizando os *smartphones* dos pais, muitas vezes tendo que dividir com irmãos e até com primos.

Todavia, cerca de seis milhões de estudantes não têm qualquer acesso à internet no Brasil. É o que concluiu o estudo "Acesso Domiciliar à Internet e Ensino Remoto Durante a Pandemia", feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2020). Desses, 5,8 milhões são alunos de instituições públicas de ensino, com baixa renda familiar, dispondo de poucos meios (ou nenhum) para estudar de forma remota.

Os mais prejudicados se encontram no ensino fundamental. Ao todo, são mais de 4,35 milhões de estudantes sem acesso, sendo 4,23 milhões de escolas públicas. No ensino médio, estima-se que, de 780 mil adolescentes que não dispõem de internet em casa, 740 mil são da rede pública. Já a pré-escola pode ter até 800 mil crianças sem conexão, sendo que 720 mil frequentam o ensino público.

De 150 a 190 mil discentes da graduação, cerca de 51 a 72 mil são de instituições públicas. Importante salientar que os maiores acessos à rede se dão através de aparelho celular, sendo que a minoria possui um notebook ou um *tablet*, o que dificulta em demasia o estudo remoto. Quase 1,8 milhões de alunos da rede pública não têm esses equipamentos (IPEA, 2020), o que pode ter relação direta com o grande aumento da evasão escolar no período pandêmico.

Uma questão relevante é a situação dos professores. Mesmo que a maioria (76%) venha buscando maneiras para desenvolver ou aprimorar seus conhecimentos sobre o uso das tecnologias para auxiliar nas aulas, apenas 42% indicam ter cursado alguma disciplina sobre o uso de tecnologias durante a graduação, e somente 22% participaram de algum curso de formação continuada sobre o uso de computadores e internet nas atividades de ensino (CETIC, 2018).

A pesquisa do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira concluiu que 67% dos docentes alegam ter necessidade de aperfeiçoamento profissional para o uso pedagógico das tecnologias educacionais (INEP, 2017), o que demonstra outra lacuna em toda a problemática exposta.

Assim, tem-se evidenciada a enorme barreira tecnológica, associada aos problemas psicológicos causados pelo isolamento social durante a pandemia, o que prejudica substancialmente os estudantes e se apresenta como um desafio gigantesco aos docentes.

Conforme prescrito no inciso primeiro do art. 207 da Constituição Federal, é de se questionar se, nesse contexto, estaria sendo efetivado o princípio da igualdade, especificamente a igualdade de condições no caso de ensino à distância. “Existe uma desigualdade de situações de fato relevante sob o ponto de vista jurídico-constitucional? Existe um fundamento material – razão objetiva – para esta igualdade de tratamento em situações desiguais?” (CANOTILHO, 2003, p. 1297).

A igualdade, que era tomada apenas em uma perspectiva formal – visando abolir privilégios ou regalias de classe, tendo em vista o tratamento isonômico entre todos – transforma-se em uma igualdade material – voltada para o atendimento de condições de “justiça social” (direitos sociais mediante uma atuação positiva para a atenuação das desigualdades) (FERNANDES, 2020, p. 544).

No entanto, autores modernos começam a tratar da igualdade em seu aspecto procedimental, “orientando-se para garantia da igual condição (opção) de participação do cidadão, em todas as práticas estatais” (FERNANDES, 2020, p. 545).

De acordo com Robert Alexy (2001), em consonância com o entendimento de Canotilho, esse princípio deve ser tido como uma norma que, primeiramente exige um tratamento igualitário e só admitirá um tratamento desigual se houver uma justificativa fundamentada e relevante.

Por óbvio que uma diferenciação não pode ser direcionada a somente uma pessoa, e deve haver uma lógica entre os fatos (situações) ensejadores da desigualdade e a norma desigual.

Assim, “um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, ou devido processo legal; ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo ou uma meta a serem alcançados” (OMMATI, 2020, p. 49).

A atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter como norte o princípio da igualdade em todos os seus atos, assegurando a concretização da dignidade humana. Para isso existem as ações afirmativas, que se configuram como instrumentos que estipulam medidas compensatórias oferecendo certas prerrogativas a determinadas minorias em desvantagem histórica socioeconômica, com o claro objetivo de concretizar igualdade de oportunidades.

Trata-se de uma política social de discriminação positiva, na qual os tribunais brasileiros se pautam em suas decisões para analisar a

constitucionalidade e/ou garantir, em casos concretos, o direito de ser tratado desigualmente na medida de sua desigualdade.

Nas palavras de Jorge Reis Novais (2006, p. 16), os direitos fundamentais e sociais são “trunfos contra a maioria”, pois, num Estado edificado na dignidade da pessoa humana como o Brasil, cada pessoa tem a si assegurada uma esfera de autonomia e liberdade individual que não pode ser comprimida nem restringida pelo só fato de um ato normativo ou política pública ser decorrente de uma decisão majoritária.

Esse raciocínio se aplica à situação atual, uma vez que a segregação dos estudantes sem acesso à *internet* não pode perdurar em um Estado Constitucional Democrático, sendo papel deste criar medidas de inclusão digital desses jovens, para evitar que, em momentos excepcionais, como a pandemia de Covid-19, aumente ainda o abismo de desigualdade da sociedade brasileira.

5. Alternativas para minorar a segregação e incentivar a igualdade educacional

Diante da disparidade de condições entre os estudantes, sobretudo da rede pública de ensino, oriundos das classes detentoras de menor renda, é necessário primeiramente que se avalie quais os recursos tecnológicos são utilizados por eles, de forma a não penalizar ainda mais aqueles que não dispõem de dispositivos eletrônicos satisfatórios, devendo o professor direcionar o material didático da forma que melhor lhes aprouver.

Feito esse mapeamento, uma das possíveis medidas a serem tomadas é a distribuição de *chips* de dados móveis para os que possuem aparelhos telefônicos, o que possibilitaria aos alunos o acesso à conexão. Essa estratégia foi utilizada, por exemplo, no Estado do Maranhão, com os alunos matriculados no ensino em tempo integral (STHWART, 2021).

Para os estudantes que não possuem dispositivos adequados, nem mesmo *smartphones*, uma alternativa seria a transmissão de aulas via

televisão (canais abertos), rádio ou mesmo a distribuição de celulares ou tablets, de acordo com a possibilidade orçamentária de cada ente da federação, o que seria suficiente para conectar milhares de estudantes da rede pública de ensino.

Para a transmissão de aulas via televisores, uma opção é a distribuição de kits de conversão da TV para um similar de *Smart TV*, a partir de um dispositivo de *stream*, o que permitiria o acesso pela *internet*, através dos aplicativos como o *youtube*, por exemplo.

A distribuição de material impresso para o estudo também é de grande valia, e foi utilizada por grande parte das escolas, juntamente com a participação e o incentivo da família para que os estudantes não tivessem que suspender totalmente as suas atividades escolares, mesmo com as dificuldades que se apresentam.

Com o avanço da vacinação, no ano de 2021, muitas cidades propuseram aplicar o retorno híbrido (presencial e virtual), levando-se em conta, para essa decisão, várias questões, como a situação de infectados internados em âmbito local, os números frente aos novos casos de Covid-19, a estrutura física das escolas para a devida assepsia, o número de alunos e turmas, e as diretrizes do Estado, do Município e da União.

São vários fatores que influenciaram a retomada das atividades, como a vacinação infantil, que ainda hoje enfrenta resistência de diversos setores da sociedade, capitaneados pelo próprio presidente da república (CANTANHEDE, 2022).

Novas cepas do vírus ainda continuam a surgir, sendo incertos o futuro da pandemia e a necessidade de adoção de novas medidas sanitárias pelas instituições escolares. Também não é de se desconsiderar a possibilidade de surgimento de novos vírus ainda mais graves, com potencial para trazer grandes transtornos como o Sars-CoV-2 (IAMARINO; LOPES, 2020).

Em todo caso, o Estado brasileiro deve ser capaz de garantir o acesso de todos os estudantes às ferramentas adequadas para o acesso à educação pública de qualidade. O Estado precisa garantir a igualdade de condições de acesso a todos, sem distinção qualquer, nos moldes em que preceitua a Constituição Federal, para concretizar o direito à educação.

O eixo fundamental para a inclusão digital se encontra na materialização de políticas públicas educacionais alternativas e inclusivas, conforme mencionado, a partir de uma visão sistêmica da atual situação dos discentes, haja vista que o desafio não é continuar o processo de ensino-aprendizagem em momentos excepcionais de restrições sanitárias, mas continuá-lo de forma operacionalizada, para que todos tenham a possibilidade de ser abarcados.

6. Considerações finais

O presente trabalho evidencia um campo fértil para análise e reflexão da atual situação da educação no Brasil, sobretudo após um longo período de distanciamento físico imposto pela pandemia do vírus Sars-CoV-2, que estremeceu toda a forma de ensino praticada e trouxe a necessidade de adaptação ao novo normal.

Passado o pior momento, com relativa estabilidade do quadro pandêmico, torna-se necessário avaliar os impactos das medidas sanitárias tomadas nos períodos de maior gravidade, a fim de melhor delimitar os contornos do direito à educação, a ser garantido pelo Estado inclusive em momentos de excepcional impossibilidade de manutenção dos espaços escolares.

A Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação preconizam a educação como direito de todos e reforçam o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Fato é que o projeto educacional implementado com urgência durante o período de isolamento social, com o uso da *internet*, não garante a

qualidade e o direito à igualdade de acesso à educação para todos os estudantes, pois, como demonstrado, apenas uma minoria oriunda das classes sociais mais altas possui acesso satisfatório, podendo dar continuidade aos estudos. Os demais estudantes estão longe de ter um sentimento de pertencimento, ante o enorme descaso e falta de planejamento estatal para amenizar os impactos da ausência de conexão e do atraso causado.

O modelo digital jamais será abandonado, até porque, quando bem empregado, proporciona incontáveis avanços. Porém, o intuito da pesquisa foi evidenciar alguns desafios da realidade educacional e social do Brasil, sobretudo de estudantes pertencentes às classes mais desfavorecidas, de modo a provocar reflexões acerca da criação de um novo modelo de sociedade, que seja mais igualitária, com investimento em melhorias na formação docente e de novos projetos que deem prioridade para garantir o direito à educação, à igualdade de condições para o acesso à *internet* e a permanência na escola com um padrão de qualidade satisfatório de ensino, sob o enfoque da inclusão digital.

Práticas inclusivas advindas de políticas públicas são necessárias e urgentes no Brasil, com uma atuação conjunta com o corpo docente, discente e com a família dos estudantes para que os prejuízos sejam reparados, com o nivelamento do ensino entre os estudantes, independentemente de suas condições financeiras.

Assim, espera-se que a educação digital se dê não só de maneira temporária e emergencial, mas que seja incorporada nas práticas escolares, como ferramenta essencial para que o indivíduo exerça sua cidadania e tenha autonomia em um mundo cada vez mais interconectado.

A operacionalização de situações excepcionais, como a pandemia, é de fundamental importância no Estado Constitucional Democrático, levando-se em conta a discrepante realidade socioeconômica do país, que requer

medidas práticas compensatórias imediatas, elevando-se o direito à *internet* como um direito fundamental.

Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 109/2021. – Brasília: Senado Federal, 2021.
- BRASIL. Diário Oficial do Estado (DOE). **Deliberação Comitê Extraordinário COVID - 19 nº 18, 22 de março de 2020**. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391226>. Acesso em 30 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811**, São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJe de 25 de jun. de 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. 2380 p.
- CANTANHEDE, Eliane. O que é mais grave e realmente perigoso: ser tarado por vacina ou tarado contra vacina? **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 9 jan. 2022. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-e-mais-grave-e-realmente-perigoso-ser-tarado-por-vacina-ou-tarado-contra-vacina,70003945236>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- CETIC. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. **Pesquisa TIC Educação 2018**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 05 nov. 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nas-escolas-brasileiras-tic-educacao-2018/>. Acesso em: 26mar. 2020.
- CETIC. **Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros 2020**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2020/>. Acesso em: 24 de jan. de 2022.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- IPEA. **Acesso Domiciliar à Internet e Ensino Remoto Durante a Pandemia**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Ago. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36561&Itemid=9. Acesso em 24 dez. 2020.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- MCCARTHY, Niall. Países com as melhores redes públicas de wi-fi do mundo. **Forbes**, 12 jun. 2015. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2015/06/12-paises-com-as-melhores-redes-publicas-de-wi-fi-no-mundo/>. Acesso em: 25 dez. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 25. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1996.

- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- IAMARINO, Átila; LOPES, Sônia. **Coronavírus: explorando a pandemia que mudou o mundo**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 133.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OMMATI, José Emílio Medauar; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria do Direito Contemporânea**. 2.ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.
- Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação. **Centro Regional e Estudos para Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic)**, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/publicacoes/>. Acesso em: 28 dez. 2020
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Perfil dos Municípios Brasileiros (Munic) 2014**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- PEREIRA, Rodrigo. Método Ativo: Técnicas de Problematização da Realidade aplicada à Educação Básica e ao Ensino Superior. In: **VI Colóquio internacional**. Educação e Contemporaneidade. São Cristóvão, SE. 20 a 22 setembro de 2012.
- BRASIL. MEC – Ministério da Educação e Cultura. **Portaria 343 de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- SANTOS, Edméa. EAD, palavra proibida. Educação online, pouca gente sabe o que é. Ensino remoto, o que temos para hoje. Mas qual é mesmo a diferença? **Revista Docência e Cibercultura**, Sessão Notícias. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/re-doc/announcement/view/1119>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STHWART, Matheus. **Governo entrega chips com pacote de dados a estudantes da Rede de Ensino Integral do Maranhão**. Secretaria de Educação do Governo do Estado do Maranhão – SEDUC, São Luiz, 5 de mar. de 2021. Disponível em: <https://www.educacao.ma.gov.br/governo-entrega-chips-com-pacote-de-dados-estudantes-da-rede-de-ensino-integral-do-maranhao/#:~:text=Com%20pacote%20de%20dados%20de,o%20ano%20letivo%20de%202021>. Acesso em: 25 jan. 2022.

Artigo recebido em: 19/07/2022.

Aceito para publicação em: 09/11/2022.

A violação dos direitos humanos em virtude de restrições e banimento virtual por parte de plataformas privadas

Violation of human rights due to restrictions and virtual bans by private platforms

*Carla Santana Gonçalves*¹

*Luiza Cavalcante Ribeiro*²

*Carlos Alberto da Silva Moura Junior*³

Resumo: Esse trabalho possui como objetivo analisar o poder que as três gigantes da internet (*Facebook, Twitter e Google*) possuem de controlar o direito a comunicação dos seus usuários, limitando a sua liberdade de expressão, principalmente através da exclusão das contas que violam as diretrizes internas dessas plataformas. A questão principal é se os CEOs dessas empresas podem tomar decisões tão duras, as quais são capazes de restringir um dos pilares do sistema democrático, com base unicamente em suas políticas privadas, sem seguir nenhuma lei? Para tentar chegar a uma resposta será analisado o banimento do ex-presidente americano Donald Trump e as opiniões de diversas autoridades sobre esse caso. Para tanto nos basearemos em uma pesquisa documental. Conclui-se, portanto, que uma decisão que é tomada pautada em cunhos ideológicos, apesar de alegrarem e satisfazerem uma parcela social, em verdade, quando se analisa sua essência, percebe-se a afronta e retirada e descarte da garantia de direitos para a sociedade como um todo.

Palavras-chaves: Banimento virtual. Plataformas privadas. Liberdade de expressão. Oligopólios digitais.

Abstract: This work aims to analyze the power that the three internet giants (*Facebook, Twitter and Google*) have to control the right to communication of their users, limiting their freedom of expression, mainly through the exclusion of accounts that violate internal guidelines. of these platforms. The main question is whether the CEO's of these companies can make such tough decisions, which are capable of restricting one of the pillars of the democratic system, based solely on their private policies, without following any laws? In order to try to reach an answer, the banning of former US President Donald Trump and the opinions of various authorities on this case will be analyzed. For that, we will base ourselves on a documentary research. It is concluded at the end that a decision that is taken based on ideological imprints, although they rejoice and satisfy a

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Teresina – PI, Brasil. E-mail: carlasangoncalves@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Teresina – PI, Brasil. E-mail: luizaribeiro91@hotmail.com.

³ Mestre em Direito Econômico pela UFPI, Especialista em Direito Civil e Processo Civil, coordenador do projeto de pesquisa "Direito Econômico e desenvolvimento do Nordeste" da UFPI e promotor do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

social portion, in fact, when analyzing its essence, one perceives the affront and withdrawal and discard of the guarantee of rights for the society as a whole.

Keywords: Virtual ban. Private platforms. Freedom of expression. Digital oligopolies.

1. Introdução

Em vista dos recorrentes casos hodiernos em que o oligopólio empresarial de empresas donas das maiores redes sociais, como *Facebook*, *Twitter* e *Google* enrijeceram seu controle sobre os usuários e aplicam com mais rigor suas diretrizes, chegando ao ponto de banir temporária ou permanentemente em casos de descumprimento do imposto se suscitou o questionamento sobre os limites dessas empresas para agir arbitrariamente sem nenhuma regulação jurídica oficial. Uma insegurança na, questionável, demasiada autonomia privada gerou diversos debates e o principal é de se o poder existente nas mãos de CEOs das empresas que controlam o mercado da comunicação digital de poder tomar decisões tão duras sem seguir leis e a justiça não estaria se sobressaindo aos legitimamente estabelecidos, como exemplo, um presidente de uma nação poderosa, caso de Donald Trump.

Neste trabalho será discutido a essencialidade e necessidade das pessoas terem o direito de ter acesso à essas plataformas digitais, principalmente com a pandemia e isolamento social, sendo a única forma de manter a comunicação e trabalhos funcionando. Também sobre o conteúdo das diretrizes dessas plataformas privadas, bem como quais os termos e restrições e como se dá o procedimento administrativo para que alguém sofra alguma punição ou restrição por parte delas.

Será destacado também o amplo domínio do mercado que essas empresas de comunicação atingiram e que passaram a ser uma espécie de tribunal, “punindo” pessoas que violem suas diretrizes, emergiu-se um poder na mão de poucas pessoas, como os CEOs do *Google*, *Twitter* e *Facebook*, ou seja, eles, sem se pautar em legislações juridicamente impostas pelas

nações, podem excluir e isolar pessoas do mundo, seguindo “sua legislação” (diretrizes). E, por fim, os direitos que estão sendo violados com essa atuação despótica, os danos causados aos usuários que são ocasionalmente punidos, como isso afeta e põe em perigo a atuação dos Poderes legítimos das nações, os problemas presentes e futuros que está ocorrendo e que podem ocorrer se algo não for feito pelas autoridades dos países.

Com essa fundamentação se busca concretizar a tese de que as empresas privadas de comunicação digital não podem ejetar alguém por completo de suas plataformas, ainda que tenham direito de tomar providências diante de usuários que regridam suas regras, mas que haja uma ponderação entre essas partes, ou seja, que o direito de regular suas próprias empresas e o direito de um ambiente justo para usuários coexistam.

2. Direito à comunicação

Aristóteles classificava o homem como um animal social, expressando a dependência que os homens têm em relação uns aos outros, pois somente através da convivência interpessoal é possível aos seres humanos alcançar o desenvolvimento pleno de suas capacidades (ALARIO, 2009). Nesse sentido, a linguagem mostra-se fundamental, uma vez que é por meio dela que o homem consegue manifestar essa sua natureza social.

Assim, pode-se observar que as interações humanas não são algo novo, as pessoas sempre buscaram se comunicar, o grande diferencial está na forma como essas interações ocorreram e ainda ocorrem. Inicialmente utilizavam-se gestos, símbolos (como as pinturas nas cavernas), depois palavras, e, conforme a sociedade foi avançando, foi surgindo instrumentos que auxiliaram as comunicações, como o rádio, o telégrafo, o telefone. Na segunda metade do século XX, no contexto da Guerra Fria, surgiu uma das

principais ferramentas de interação social da atualidade: a internet (IGNACZUK, 2019).

Essa tecnologia foi criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos (ARPA) e denominada inicialmente de Arpanet, seu objetivo era facilitar as estratégias de Guerra. Posteriormente, passou a ser utilizada também no meio acadêmico e, após diversos avanços, alcançou a sua abrangência atual, fazendo parte de todas as esferas sociais (ROCKCONTENT, 2020).

A internet marcou uma nova era na história da humanidade, a sociedade contemporânea é conhecida como a “sociedade da informação” (ESCOLA, 2021). A respeito das interações humanas, que é o principal foco desse trabalho, pode-se observar um encurtamento das distâncias entre as pessoas, as comunicações ficaram mais fáceis e mais abrangentes. Isso se deve principalmente por causa das mídias e das redes sociais, as quais são mecanismos de informação e comunicação presentes na rede de computadores (ROCKCONTENT, 2020).

Como outrora mencionado as relações interpessoais são imprescindíveis para o desenvolvimento dos homens, nesse sentido, sendo as redes sociais um dos principais mecanismos capazes de proporcionar a interação social e o compartilhamento de informações entre as pessoas, nota-se a importância de garantir a todos o seu acesso. É nesse ponto que reside um dos maiores imbróglis do mundo digital; diversas pessoas são privadas da aproximação com essas mídias.

Embora em muitos casos essa privação seja resultante da falta de acesso à internet, a discussão que vem ganhando força nos últimos anos é a respeito da restrição imposta pelas próprias redes sociais aos seus usuários. O *Facebook*, o *Google* e o *Twitter*, maiores plataformas da atualidade, possuem diretrizes que visam regular a atuação daqueles que utilizam os seus sites, quando há o desrespeito as políticas que são impostas o dono da conta pode ter ela bloqueada temporária ou definitivamente, como aconteceu

com o ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, que foi excluído de várias plataformas (WALLACE, 2021).

Desse modo, Trump e outros usuários bloqueados têm violado o seu direito de interagir e se comunicar com as demais pessoas. Esse direito não é apenas natural, porque faz parte de uma necessidade do homem como apregoava Aristóteles, mas é também um direito humano fundamental, que está expresso em tratados internacionais e em várias constituições.

A Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, reconheceu a comunicação como um direito humano fundamental ao estabelecer, em seu artigo 19, que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Já na Constituição Federal brasileira tem-se no inciso IV do artigo 5º a garantia da livre manifestação do pensamento e no inciso IX, do mesmo artigo, está expressa a liberdade de comunicação, independente de censura ou licença (Constituição, 1988).

Desse modo, pode-se compreender o porquê de tantas discussões a respeito desse poder que as redes sociais tem de banir alguém dos seus espaços, afinal não é plausível que um direito tão essencial e protegido, como esse da liberdade de comunicação, fique à mercê unicamente de diretrizes internas de redes privadas.

3.Procedimentos para restrições e banimento do ambiente virtual

O poder de exclusão digital encontra-se nas mãos, principalmente, de três grandes empresas, são elas: o *Facebook*, o *Twitter* e o *Google*. O *Facebook* porque é a rede social mais utilizada no mundo, possuindo cerca de

2,7 bilhões de usuários ativos. O *Twitter*, embora seja o décimo oitavo no ranking mundial, com 353 milhões de usuários ativos, é uma rede que exerce grande influência política, por ser ela uma das principais ferramentas utilizadas por representantes e ex-representantes governamentais, como Jair Bolsonaro, presidente do Brasil, e Trump, para conversarem diretamente com seus eleitores (VOLPATO, 2021). No caso do *Google* essa não é uma rede social propriamente dita, visto que não visa proporcionar uma interação e conexão entre usuários, mas é um dos maiores buscadores da internet, sendo fundamental para o acesso a informações, além de possuir diversos outros produtos com aplicações específicas, como por exemplo o *Gmail*, o *YouTube* e o *GoogleDrive* (SIGNIFICADOS, 2015).

Para que seja alcançado um mais apurado e compreensível entendimento sobre a temática proposta iremos analisar as diretrizes e políticas gerais de uma dessas três grandes *Big Techs*⁴ globais: o *Twitter, Inc.*, o qual se opta pela análise, devido ao caso que impeliu os maiores debates internacionais sobre esse assunto terem ocorrido em tal plataforma, que foi o banimento do ex-presidente Trump, além do fato de ser palco das principais discussões e até mesmo de decisões políticas atuais.

O fato de selecionar apenas uma das inúmeras plataformas não diminui a amplitude de análise, em vista que todas elas seguem um liame protocolar lógico de medidas administrativas para com seus usuários que se assemelham consideravelmente e conseqüentemente podem ser aplicados para o entendimento geral de como se dá os procedimentos para restrições e banimento do ambiente virtual. E a escolha do caso Trump se dá não só pela magnitude da figura pública que representa e suas inúmeras ações, mas também por ter sido aplicado a punição mais severa do *Twitter* e a “exceção de interesse público” que se caracteriza como uma forma, analogicamente,

⁴ São grandes empresas de tecnologia que nos últimos anos dominaram o mercado desse setor e se tornaram oligopólios, como o *Twitter*, *Facebook*, *Instagram*.

de infração “privilegiada”, conceito que será explanado, posteriormente (L’OFFICIEL, 2021).

Sem mais delongas informativas, o *Twitter*, assim como as demais plataformas segue, no geral, um padrão de controle quanto a atuação de seus usuários fazendo com que situações de perturbação a um ambiente passivo e de interesses úteis não sejam constrangidos. Essas ações perturbadoras se dão no uso não autorizado de marca registrada, uso não autorizado de material protegido por direitos autorais, venda ou promoção de mercadorias falsificadas, que infrinjam a política de privacidade para crianças, exploração sexual de menores, pornografia, falsa identidade de uma pessoa ou marca, informações privadas publicadas, comportamento abusivo e ameaças violentas, spam e abuso do sistema e, por fim, violação da política de anúncios (TWITTER, 2021).

Essas motivações têm suas especificidades para serem denunciadas e a plataforma expressa as razões em que serão aplicadas cada tipo de violação, ou seja, nem toda ação virtual que, à primeira vista, apresente tal conteúdo será banido automaticamente, pois a análise de denúncias será feita caso a caso, já que as vezes, se encaixam apenas como liberdade de expressão e exercício do direito de usuário. Podendo afirmar, assim, um primeiro ponto que é a forma de análise de violação sendo realizada por meio de denúncia, por parte dos próprios usuários, como parceiros, ou por entidades e autoridades locais autorizadas do país de origem, mas enfatizando que o *Twitter* tem seus membros de patrulha e fiscalização, mas que não consegue abranger completamente as ações de seus usuários (TWITTER, 2021).

As medidas corretivas são as intituladas pela plataforma como “providências não exageradamente rígidas para conter contas que cometam erros e violem regras”. As primeiras medidas elencadas a seguir são as de menor teor, já que se pode observar que se limitam as restrições para um *tweet* apenas e não a conta íntegra do usuário (TWITTER, 2021).

A primeira medida corretiva é a restrição a visibilidade do *tweet*, nessa situação o conteúdo passa a ficar menos visível na plataforma, nas buscas, respostas e *timeline* (linha do tempo da rede social) dos usuários em geral. A segunda é a solicitação de remoção do *tweet* a qual acarreta na notificação via e-mail ao violador informando o *tweet* e os termos violados, seguidos da ordem de remoção, mas que ainda sim, cabe recurso da parte requerida, em casos de possíveis equívocos. Já a terceira, trata-se da ocultação de um *tweet* ofensivo enquanto a remoção é a aguardada, sendo esta uma ação originária da anterior, pois quando há a notificação de violação, e o prazo estipulado para remoção é estabelecido o *tweet* em questão passa a ser ocultado com uma mensagem informando que violou as regras, ocultação que se estende pelos 14 dias posteriores a remoção, mesmo já estando excluído (TWITTER, 2021).

Por fim, trata-se da medida de exceção de interesse público, medida constantemente utilizada contra o ex-presidente Trump, sendo as medidas preliminares precedentes a mais grave tomada por parte do *Twitter*. Ela é raramente utilizada, no geral, mas que na situação específica do chefe de Estado norte-americano, foi o meio de contenção de diversas ações inapropriadas. Resumidamente é uma restrição à violação, só que com o diferencial de que o usuário se trata de uma figura pública e, suas informações publicadas são consideradas teor de interesse público. E a análise do caso será feita pela equipe *Trusty and Safety*⁵, além das equipes locais frequentemente entrarem em contato com a população e partes interessadas externas para incorporar o contexto local no modo como será desenvolvida orientações de políticas e medidas corretivas (TWITTER, 2021).

Nessas situações há a ocultação do *tweet*, indicando o motivo da restrição, mas que os usuários poderão visualizar o que foi publicado, em

⁵ É um conselho de confiança e segurança, sendo formado por organizações especializadas independentes que estão espalhadas pelo mundo todo. Eles cuidam de casos que violem as regras e diretrizes do Twitter, se responsabilizando por dominar as temáticas recorrentes como por exemplo, Segurança e Assédio Online, Direitos Humanos e Digitais, Prevenção de Suicídio e Saúde Mental, Exploração Sexual Infantil e Desumanização.

contraponto serão desativados engajamentos, como curtidas, comentários, *retweets*, este sendo possível apenas com comentário, além de serem limitadas a contagem de engajamentos no *post*. O conteúdo não aparecerá em diversas áreas do *Twitter* como forma de reduzir danos possíveis (TWITTER, 2021).

Já nas restrições contas na íntegra, temos a solicitação de mídia ou edição de perfil, em que haverá a suspensão temporária e determinação para que o infrator edite a mídia ou as informações em seu perfil até que a conformidade seja atendida. A alteração da conta para o modo somente leitura, nesses casos a conta denunciada está em meio a um episódio abusivo, então é alterada temporariamente para o modo somente leitura e são restringidos *tweets*, *retweets*⁶ ou curtidas até os que a normalidade se restabeleça. E para finalizar, com a mais grave medida aplicada temos a suspensão permanente, a conta do usuário é removida da visualização em nível global, e o infrator não tem mais permissão para criar novas contas, sendo é acompanhada de uma justificativa por parte da plataforma, sendo aplicável recurso se o usuário acreditar ser equívoco (TWITTER, 2021).

Esta última providência, foi a proferida ao, até aquele momento, presidente Donald Trump que negava veementemente a transição no governo estadunidense e para isso, se utilizou de métodos sórdidos para incitar violência e legitimar atos repugnantes e criminosos. A plataforma afirmou em sua carta de esclarecimento que esse tipo de conta não está totalmente acima das regras previstas, mesmo que expressem tamanho poder e poderio econômico, demonstrando que até autoridades políticas estão subordinadas às diretrizes dela (TWITTER, 2021).

É como se coexistissem dois ordenamentos, no entanto, um legitimado e outro não, se sobressaindo o questionamento do precedente que a aplicação

⁶ Tweet é um texto, imagem, notícia, vídeo ou outras coisas possíveis de compartilhamento feito por um usuário.

Retweet é a possibilidade de replicar o que foi publicado por um outro usuário com ou sem comentário.

da “legislação virtual” pode reverberar para democracia atual, enfatizando o questionamento de se o poder econômico e de influência de *Big Techs* se sobressai aos poderes originariamente constituídos de cada nação. Essa ação “punitiva” gerou discussões sobre a questão da violação de expressão, mas que foi refutada pelas plataformas com a justificativa de que por serem empresas privadas e não órgãos ou repartições estatais, essa lei de não se aplica quando moderam suas plataformas, ou seja, as diretrizes virtuais não se fundamentam em legislações pré-concebidas.

Por fim, compreendendo-se o entendimento geral dos procedimentos para restrições e de posse dos limites de atuação dos usuários, pode-se observar que as plataformas têm autonomia para agir e estabelecer suas próprias “regras do jogo” e tomar decisões que se assemelham a um tribunal, no entanto, virtual, mas que geram efeitos leves, médios ou grandiosos dependendo as decisões e do destinatário destas.

4. O poder de exclusão digital nas mãos de oligopólios

Como já foi mencionado as plataformas digitais podem remover o conteúdo de um determinado usuário, quando este violar seus Termos e Condições de Uso, sua política de privacidade ou quando a lei do Estado obrigar ou permitir essa ação, em alguns casos, a própria conta pode ser excluída (VIEIRA; ROCHA, 2021). Quanto aos Termos e Condições de Uso, eles representam as regras e diretrizes que devem ser seguidas pelos usuários. Como são empresas privadas, cada uma tem o direito de impor as diretrizes que julgar mais apropriadas para o alcance de um ambiente seguro aos que dela quiserem se utilizar. Nesses termos as regras costumam ser que não se tolera o discurso de ódio, a incitação à violência, a disseminação de notícias falsas e de conteúdos inapropriados, como a pornografia, entre outras (MOIP, 2020).

Esse poder das empresas de expulsar usuários que violam suas regras tem provocado inúmeras discussões ao redor do mundo, há pessoas que consideram as decisões corretas por serem formas de garantir a segurança pública, mas a maioria que as consideram violações ao sistema democrático, alegando que rompem com o direito à liberdade de expressão, instituindo a censura, além de serem baseadas na parcialidade dos executivos. Aqui voltaremos a analisar o caso do Trump, observando as opiniões a respeito do seu banimento.

Em janeiro de 2021 ocorreu um dos casos mais emblemáticos, o *Twitter* bloqueou a conta de Donald Trump após apoiadores do então presidente americano invadirem o Congresso dos EUA. Em sua defesa, Jack Dorsey afirmou que antes da remoção foi feita uma “advertência clara” ao parlamentar e que a medida foi baseada no que mais impulsiona a política da rede, o dano real que o discurso online pode provocar. Todavia, ainda que considere essa decisão correta para o momento, Dorsey reconhece o seu risco, em sua conta fez uma série de postagens em que diz não se orgulhar da proibição e afirma que o banimento abre um precedente perigoso “o poder que um indivíduo ou empresa tem sobre uma parte da conversa pública global.” (CLAYTON, 2021).

Além do *Twitter*, Trump foi cancelado de outras redes como *Facebook*, *Youtube* e *Amazon*, que fechou a conta do *Parler*, aplicativo utilizado pelos seus apoiadores. Isso coloca em xeque a ideia exposta por Dorsey quando comentou em suas publicações que quem não quisesse seguir as regras e aplicações poderia ir buscar outro serviço, pois o *Twitter* é apenas um dos grandes espaços de conversa pública. Ainda segundo ele os diversos cancelamentos não foram coordenados, as empresas podem ter tirado suas próprias conclusões ou terem sido influenciadas umas pelas outras. De qualquer forma o ex-presidente foi silenciado nos ambientes públicos digitais não tendo para onde recorrer para mostrar seus posicionamentos (CLAYTON, 2021).

Como uma forma de se comunicar com seus apoiadores sem precisar das gigantes da web, Trump tentou criar sua própria rede social a *'From the Desk of Donald J. Trump'*, no entanto a ferramenta foi desativada com menos de um mês de uso, devido à falta de engajamento (WASHINGTON, 2021). Isso deixa ainda mais evidente o poder dessas grandes empresas, uma vez que apenas com suas diretrizes conseguiram silenciar em parte alguém que já foi considerado muitas vezes o homem mais poderoso do mundo. Nas palavras do comissário europeu para o mercado interno, Thierry Breton, “Não é apenas uma confirmação do poder dessas plataformas, mas também mostra as profundas fragilidades na forma como a nossa sociedade se organiza no espaço digital” (RAZZANTE, 2021).

Mesmo não apoiando as postagens de Trump, diversas autoridades governamentais se posicionaram contra os gigantes da web que suspenderam suas atividades. A chanceler da Alemanha, Ângela Merkel, disse que o banimento viola o direito fundamental a liberdade de expressão e, por isso, não deveria ser feito por empresas privadas, mas exclusivamente pelo Estado, através de lei e no marco feito pelo legislador. De modo semelhante argumentou o alto representante da União Europeia Joseph Borell, o qual disse ser necessário regular melhor os conteúdos das redes sociais, mas não somente com as regras das redes privadas, pois a liberdade de expressão precisa ser respeitada (RAZZANTE, 2021). Já o ativista russo Alexei Navalny afirmou que embora seja uma empresa privada, a ação não deixa de ser um ato de censura (WALLACE, 2021).

Ademais outro cerne da questão diz respeito a possível parcialidade dessas gigantes da internet ao tomarem suas decisões. No ano de 2019, em uma coletiva de imprensa com Jair Bolsonaro, Trump disse que via no *Facebook* e no *Twitter* uma discriminação política com os grupos conservadores, ele também acusou o Google de manipular os mecanismos de busca em favor da esquerda (ISTOÉ, 2019). Esse pensamento é comum a diversos partidários de Trump e a outros grupos de direita que também já

foram censurados pelas plataformas. As CEO afirmam que não são tendenciosas a qualquer ideologia política e que os conservadores usam as redes sociais com grande repercussão, sendo que o conteúdo censurado diz respeito a assuntos que violam suas políticas, incitando à violência ou produzindo desinformação, por exemplo (ISTOÉ, 2020).

Assim, tem-se novamente o problema de as diretrizes privadas dessas empresas possuírem o controle sobre quem pode e quem não pode falar, sobre aquilo que é discurso de ódio e aquilo que é posicionamento político. Se por um lado essas redes limitam a liberdade de expressão, por outro acredita-se que elas não fazem o suficiente para remover as notícias falsas e os discursos de ódio (WALLACE, 2021). Em junho de 2021 a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) do Senado brasileiro aprovou a convocação das três gigantes da tecnologia, *Facebook*, *Google* e *Twitter*, para explicarem a veiculação de postagens do presidente brasileiro, Jair Bolsonaro, nas redes sociais, em que ele espalha desinformação a respeito da Covid-19. Segundo o vice-presidente da comissão, Randolfe Rodrigues, Trump foi banido por muito menos (MAIA, 2021). Isso evidencia a falta de uma punição uniforme pelas plataformas.

É evidente que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, existem regras internacionais e nacionais que limitam esse direito, determinando que discursos que incentivem o genocídio e a violência sejam eliminados. Nesse sentido, nota-se que a princípio o problema do bloqueio nas redes sociais não reside no fato de ele ser ou não ser necessário, pois mesmo quem é contra as publicações de Trump criticou o seu cancelamento. A crítica está nesse direito intrínseco ao homem e fundamental para o gozo de outras liberdades estar nas mãos de companhias sem legitimidade democrática e investidura popular, mais especificamente sob o controle de três delas. Conforme David Díaz-Jogeix, diretor de programas para a liberdade de expressão da ONG Artigo 19, "As redes sociais são guiadas por regras internas de funcionamento. O que criticamos é que essas normas não

se baseiam, hoje, em padrões internacionais de direitos humanos" (WALLACE, 2021).

Vale ressaltar que a regulamentação dessas plataformas pelos governos também é problemática, pois eles também podem ser parciais e utilizar as redes para censurar opositores. Por isso ainda vai ser necessário um grande debate sobre essas regulamentações. A União Europeia já informou que pretende tratar desse assunto o mais rápido possível (RAZZANTE, 2021).

5. O perigo e ameaça ao Direito com a sobreposição do “poder” econômico sobre os poderes legítimos das nações

Retendo-se o mínimo conhecimento sobre direitos já é possível observar que o banimento por tempo indeterminado/permanentemente por parte das plataformas de comunicação digitais é no mínimo questionável, partindo do pressuposto de que é dubitável a legitimidade de tais empresas, como já bem denominadas *Big Techs* (MACIEL, 2021). Em todas as nações que se tem conhecimento e que vivem em um sistema de civilização é de se saber dos procedimentos para lidar com transgressões por parte dos seus entes nacionais, sendo pressupostos para aplicação dessas medidas a garantia de que serão julgados por uma autoridade competente e legítima.

Pode-se parecer um fato inédito para muitos, no entanto, já é uma medida que vem sendo adotada há anos pela plataforma, segundo dados da *The Washington Post*, um jornal diário dos Estados Unidos, no ano de 2018, entre os meses de maio e junho, foram banidas cerca de 70 milhões de contas do Twitter (MÜLLER, 2018), com a justificativa que as contas estariam promovendo desinformação. Já neste ano de 2021, mês de janeiro, em seus dias iniciais, foram banidas mais de setenta mil contas que estariam

promovendo teoria da conspiração “sem fundamento” do QAnon⁷(FUNG, 2021).

Usuários “comuns” já vinham sendo retirados da plataforma, mas o fato que gerou alarde foi com o banimento de Trump. Isso é algo preocupante, pois se questiona até que ponto direitos seriam retirados de “menores” até que um “grande” fosse afetado para que seja discutido soluções para os problemas. Aliás não são todas as pessoas que tem porte para sofre tal represália e criar uma plataforma própria de comunicação, como Donald Trump fez após ser banido. E como é sabido, ela teve que ser deletada por falta de audiência, ou seja, além de poder, influência, capital financeiro, ainda é necessário competir com oligopólios, ou melhor *Big Techs*, para assegurar o mínimo de espaço para manifestação (MACIEL, 2021).

Esse primeiro “combate” entre Trump e essas grandes empresas e que teve como derrotado o ex-presidente americano, é uma amostra para as demais nações que não se trata de um debate fácil de se resolver, já que estão em jogo direitos para os dois lados. Como já foi citado, a justificativa das empresas quando questionadas sobre a violação da liberdade de expressão, é afirmar que as legislações locais de cada nação, no caso, a mais poderosa nação do mundo, não estariam totalmente acima das regras previstas (CLAYTON, 2021). Logo, observa-se que essas empresas não abrem, até o momento, do seu poderio de mercado e que não pretendem deixar de tomar suas próprias decisões. É possível imaginar que com essa atitude, pretende-se criar uma espécie de nova autoridade, desta vez, em “terras invisivelmente habitáveis”.

A liberdade de opinião, liberdade de manifestação e os direitos e garantias individuais são base da argumentação das partes afetadas com o

⁷ É uma teoria da conspiração da extrema direita norte-americana (seguidores de Trump) que afirma a existência de adoradores de Satanás, canibais e a pedófilos os quais, segundo essa tese, conspiram contra o governo de Donald Trump. Algo bem parecido com os excêntricos seguidores da ideologia bolsonarista no Brasil que acreditam que existe perigo de o comunismo subjugar o país.

banimento nessa rede social de comunicação, em vista que privar alguém de expressar seus pensamentos e os meios de expressão se caracteriza como violação de um direito humano defendido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (GOMES, 2020). Além do fato de que, especialmente compelidos pela pandemia, os as plataformas de comunicação se tornaram meios essenciais para que o contato humano e suas atividades permanecessem, mesmo com o mundo parado. (CLAYTON, 2021)

As redes foram encurtadoras de distâncias e possibilitaram uma aproximação entre os seres, bem como a migração em massa de atuações sociais e políticas de suma importância fossem realizadas nelas. Afirmando-se como um meio mais essencial ainda, já que todos têm o direito e dever de se inteirar de movimentações e decisões políticas. Explorando a outra face da moeda, temos outros direitos de livre exercício, comércio, propriedade privada, livre iniciativa e alguns outros que chocam com os das partes afetadas. As empresas não demonstram interesse em abdicar de sua autonomia, pois para elas colocariam em risco sua atuação no mercado (CLAYTON, 2021).

Mas como resultado dessa discussão, deve-se analisar as soberanias das nações, pois são estas que asseguram que os agentes que habitam tal localidade tenham seus direitos assegurados. Se não houver uma discussão urgente sobre ações a nível global, a própria soberania destas estarão sendo violadas, já que estarão dando espaço para a ação sem regulação por parte dessas empresas.

Tanto é algo grave que a então chanceler alemã, Angela Merkel, considerou o caso de Trump como problemático; da parte de Joseph Borrell "não é possível que esta regulamentação seja executada principalmente de acordo com regras e procedimentos definidos por atores privados"; o ministro da Economia da França Bruno Le Maire, disse que "regulamentação dos gigantes digitais não pode e não deve ser feita pela própria oligarquia digital". Já é objeto de preocupação por diversas autoridades pelo mundo e

claramente é uma situação que gera desconforto e que demandará muita energia para ser solucionada. (MACIEL, 2021)

Não se deve comemorar um ato de violação de direitos com quem está sendo afetado no momento, frisa-se a expressão “no momento”, pois que de resultado de uma convivência com tais atos surge a possibilidade de outros serem afetados igualmente com decisões e práticas injustas por parte de quem domina determinado espaço, isso sem ter chances de se manifestar contra, pois seu pretérito ato de comissão e omissão à opressão alheia foi a chave que validou sua própria mordação.

Suprime-se todo e qualquer cunho ideológico para garantir direitos aos seres humanos, em situações como essas, principalmente, em vista que deveria ser tratado como um ato antidemocrático e ser um alerta para democracia atual e futura. Se uma conta de um presidente de uma nação pode ser banida sem um procedimento previamente estipulado, por líderes que controlam essas plataformas sem garantias institucionais de sua isonomia, que dirá dos outros usuários com escassos acessos a réplicas, tréplicas e, principalmente, a famigerada influência.

6. Considerações finais

Sendo assim, como já frisado reiteradas vezes no decorrer deste trabalho pode-se ressaltar e destacar ainda mais a necessidade de assimilar que deve ser suprimido, em prol da estabilidade e devida garantia da democracia, todo e qualquer cunho ideológico para garantir direitos aos seres humanos. Uma decisão que é tomada pautada em cunhos ideológicos, apesar de alegrarem e satisfazerem uma parcela social, em verdade, quando se analisa sua essência, percebe-se a afronta e retirada e descarte da garantia de direitos para a sociedade como um todo.

Trata-se de uma situação que se deve olhar com cautela e enxergar os danos que se escondem por trás dessas “benfeitorias/ serviços” em prol da

paz e segurança das pessoas nas plataformas, bem como “asseguramento” da democracia.

Alicerçado no que foi pontualmente exposto anteriormente podemos concluir que as empresas privadas de comunicação digital não podem ejetar alguém por completo de suas plataformas sem seguir uma legislação formalmente legitimada advinda de poderes dos países que utilizam desses meios de comunicação, pois a liberdade digital e de sociabilidade representa a capacidade humana de falar e ser ouvido, o que se tornou um direito fundamental básico individual.

As plataformas também devem ter direito a tomar providências necessárias diante de usuários que regridam suas regras, mas que haja uma ponderação entre essas partes, ou seja, que o direito de regular suas próprias empresas e o direito de um ambiente justo para usuários coexistam, aliás, eles (usuários) devem ter direito a que esse procedimento seja de forma transparente, justificada e obedecendo limites estabelecidos por lei, que devem ser criadas. Bem como a criação de leis em todos os países que se utilizem desses serviços digitais para que se regulem essas ações de decisões privadas despóticas evitará um autoritarismo digital e não deixará o poder econômico se sobressair à ordenamentos consolidados e, principalmente, à liberdade individual.

Referências

A IMPORTÂNCIA DOS TERMOS DE USO E DA POLÍTICA DE PRIVACIDADE NO E-COMMERCE. **MOIP**, 2020. Disponível em: <https://moip.com.br/blog/termos-de-uso-e-politica-de-privacidade-no-ecommerce/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ALARIO, Raphael. **O homem é um animal social – Aristóteles**. Projeto Phronesis, 2009. Disponível em: <https://projetophronesis.wordpress.com/2009/01/10/o-homem-e-um-animal-social-aristoteles/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CLAYTON, James. Por que fundador do Twitter diz que banimento de Trump foi 'correto, mas perigoso'. **BBC News**, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55674897>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CONHEÇA A HISTÓRIA DA INTERNET, SUA FINALIDADE E QUAL O CENÁRIO ATUAL. Rockcontet, 2020. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FUNG, Brian (ed.). **Twitter baniu 70 mil contas que promoviam teoria conspiratória do QAnon**. 12 de jan. 2021. CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/01/12/twitter-baniu-70-mil-contas-que-promoviam-teorias-do-qanon>. Acesso em: 27 jun. 2021.

GOMES, Sarita. **Seção 230 - Lei de Decência das Comunicações Americana e a Censura prévia autorizada no Brasil**. 2020. JusBrasil. Disponível em: <https://saritagomes.jusbrasil.com.br/artigos/859639423/secao-230-lei-de-decencia-das-comunicacoes-americana-e-a-censura-previa-autorizada-no-brasil>. Acesso em: 27 jun. 2021.

IGNACZUK, Carolina. Evolução dos meios de comunicação: o que mudou? **Movidesk**, 2019. Disponível em: <https://conteudo.movidesk.com/evolucao-dos-meios-de-comunicacao/>. Acesso em: 19, jun. 2021.

L'OFFICIEL. **Por que Donald Trump foi banido totalmente do twitter?** 9 jan. 2021. Disponível em: <https://www.revistalofficiel.com.br/hommes/por-que-donald-trump-foi-banido-totalmente-do-twitter>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MAIA, Mateus. CPI aprova convocação de representantes de Facebook, Google e Twitter. **Poder360**, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/cpi-aprova-convocacao-de-representantes-do-facebook-google-e-twitter/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MACIEL, Rui (ed.). **Aobanir Trump, o Twitter apontou um canhão para as Big Techs**. 12 jan. 2021. Canaltech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/analise-ao-banir-trump-o-twitter-apontou-um-canhao-para-as-big-techs-177261/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MÜLLER, Léo (ed.). **Twitter teria banido 70 milhões de usuários nos últimos 2 meses**. 06 jul. 2018. Tecmundo. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/131999-twitter-teria-banido-70-milhoes-usuarios-ultimos-2-meses.htm>. Acesso em: 27 jun. 2021.

RAZZANTE, Ruben. O que a Europa pensa da remoção de Trump das redes sociais. **GAZETA DO POVO**, 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/o-que-a-europa-pensa-da-remocao-de-trump-das-redes-sociais/>. Acesso em: 22, jun. 2021.

SIGNIFICADO DE GOOGLE. Significados, 2015. Disponível em: <https://www.significados.com.br/google/>. Acesso em: 21, jun. 2021.

SOUZA, Ramon de. **Donald Trump está permanentemente banido do Twitter**. 08 jan. 2021. Canaltech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/donald-trump-esta-permanentemente-banido-do-twitter-177177/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

TRUMP ABRE NOVA TRINCHEIRA EM SUA GUERRA CONTRA REDES SOCIAIS. **ISTOÉ**, 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/trump-abre-nova-trincheira-em-sua-guerra-contra-redes-sociais/amp/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

TRUMP DESATIVA SUA PRÓPRIA 'REDE SOCIAL' EM MENOS DE 1 MÊS. **UOL**, 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2021/06/02/trump-desativa-sua-propria-rede-social-em-menos-de-1-mes.htm>. Acesso em: 23, jun. 2021.

TWITTER E FACEBOOK DEFENDEM NO SENADO DOS EUA SUA IMPARCIALIDADE POLÍTICA. **ISTOÉ**, 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/twitter-e>

facebook-defendem-no-senado-dos-eua-sua-imparcialidade-politica/. Acesso em: 23 jun. 2021.

TWITTER. **Nossas opções de medidas corretivas**. 2021. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/enforcement-options>. Acesso em: 27 jun. 2021.

TWITTER. **Permanent suspension of @realDonaldTrump**. 8 jan. 2021. Disponível em: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension. Acesso em: 27 jun. 2021.

TWITTER. **Sobre as exceções devido ao interesse público no Twitter**. 2021. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/public-interest>. Acesso em: 27 jun. 2021.

VIEIRA, A. B.; ROCHA, M. V. D. S. Como funciona a remoção de conteúdo nas principais redes sociais. **Jus**, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90298/como-funciona-a-remocao-de-conteudo-nas-principais-redes-sociais>. Acesso em: 20 jun. 2021.

WALLACE, Arturo. Como as redes sociais bloquearam Trump e por que isso gerou um grande debate sobre liberdade de expressão. **BBC News**, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55664816>. Acesso em: 21 jun. 2021.

Artigo recebido em: 04/07/2022.

Aceito para publicação em: 09/11/2022.

O uso de dados pessoais pelo *Twitter*: Big techs e a formação de bolhas sociais e a submissão política da sociedade ao colonialismo de dados

Twitter's use of personal data: Big techs and the formation of social bubbles and the political submission of society to data coloniality

Gabriel Pedro Moreira Damasceno¹
Thalissa Guedes Rodrigues²
Gustavo de Azevedo Rabelo³

Resumo: Este trabalho tem como objetivo compreender a formação de bolhas sociais, o colonialismo de dados e o capitalismo de vigilância no que tange à atuação das *big techs*, no contexto da rede social *Twitter*, através da análise de seus termos de serviço, bem como as consequências jurídicas e sociais das bolhas sociais. Para isso, foram estudadas as políticas de privacidade, comportamento abusivo e mídia sensível do *Twitter*, além de pesquisa bibliográfica e documental, pelo exame de textos de autores que trataram dos temas relacionados ao trabalho. Ao fim do estudo, constatou-se que a personalização do conteúdo apresentado aos usuários da rede, através do tratamento dado aos seus dados pessoais, ocasiona a formação das bolhas sociais.

Palavras-chave: Bolhas Sociais; Capitalismo de Vigilância; Colonialismo de Dados; *Twitter*.

Abstract: This work aims to understand the formation of social bubbles, data colonialism and surveillance capitalism in relation to the performance of big techs, in the context of the social network *Twitter*, through the analysis of its terms of service, as well as the consequences legal and social aspects of social bubbles. For this, *Twitter's* privacy policies, abusive behavior and sensitive media were studied, as well as bibliographical and documental research, through the examination of texts by authors who dealt with work-related themes. At the end of the study, it was found that

¹ Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito Internacional Contemporâneo pela UFMG. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN. Atualmente é professor dos cursos de Direito da UNIFIPMoc, FUNORTE e da FUNAM. Co-Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Direito Internacional Crítico - DICRÍ/UFU. Professor Coordenador da Liga Acadêmica de Direito Internacional Sundhya Pahuja – LADISP/UNIFIPMoc. Co-Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Direitos Humanos – NEADH/FUNAM/FUNORTE. E-mail: gpmdamasceno@hotmail.com.

² Professora de Língua Portuguesa na Rede Pública de Ensino na SEE/MG. Possui Pós-graduação em Linguística Aplicada ao Ensino de Português e Graduação em Letras/Português pela Universidade Estadual de Montes Claros. Atualmente, cursa Direito na FUNAM, onde é bolsista de Iniciação Científica. E-mail: thalissa.guedes93@gmail.com.

³ Graduado em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela FUNAM. Atualmente, cursa Direito na FUNAM. E-mail: gustavo.rabelo@soufunam.com.br.

the personalization of content presented to network users, through the treatment given to their personal data, causes the formation of social bubbles.

Keywords: Social Bubbles; Surveillance Capitalism; Data Colonialism; Twitter.

1. Introdução

A Internet é parte essencial da vida cotidiana de bilhões de pessoas em todo o mundo. Antes limitada a laboratórios de pesquisas militares, universitárias e confinada a data centers, hoje está no bolso (ou na bolsa) de mais da metade da população humana, em todos os cantos da Terra. De acordo com a pesquisa *Digital 2022: Global Overview Report*, com uma população de quase 8 bilhões de habitantes, mais de 5 bilhões têm acesso a dispositivos móveis, e quase 5 bilhões são usuários de Internet (KEMP, 2022).

Dentre os 'navegantes' da Internet não se pode deixar de citar o Brasil. De acordo com as estatísticas apresentadas por KEMP (2022), com uma população de aproximadamente 214,7 milhões de habitantes, 77% (ou 165,3 milhões) têm algum tipo de acesso à Internet. Esses dados correspondem à pesquisa realizada em janeiro de 2022 e demonstram um aumento de 3,3% em comparação com o ano anterior. Mais de 4,6 bilhões de usuários da Internet são ativos nas mais diferentes redes sociais disponíveis pelo mundo, um acréscimo de 10,1% com relação a 2021 (KEMP, 2022).

As principais redes não têm taxas de assinatura e são mantidas por anúncios. O sucesso das técnicas de marketing acontece com a segmentação de usuários em potenciais grupos de compradores, entretanto a segmentação acontece também com o conteúdo que cada usuário vê. Desde cedo percebeu-se que, para manter o usuário mais tempo na rede vendo mais anúncios, era preciso mantê-lo fixado ao conteúdo que realmente gosta, criando as chamadas "bolhas". Isso possibilita um fenômeno diferente, mas não inexistente, da vida diária: milhões de pessoas reunidas em um mesmo

ambiente, como em uma praça pública, mas sem contato entre grupos, pois cada um está fechado no seu próprio mundo.

Nesse sentido, BARBIERI (2022, p. 6) expõe a “formação de bolhas de indivíduos com opiniões homogêneas em redes sociais”. Essa unanimidade de opiniões tende a agrupar ainda mais os indivíduos, que tendem a considerar as crenças contrárias como incorretas e exigindo, inclusive, restrições a tais opiniões. Essas restrições, entretanto, ficam a cargo da própria rede social, mas privilegiando “(...) crenças derivadas da bolha do próprio censor e possam resultar na redução da diversidade de opiniões que pretendem combater”.

Pode-se dizer que há uma aceitação geral das políticas de privacidade impostas pelas redes sociais, mas é uma aceitação consciente? É comum os termos de serviço das redes sociais e de outros serviços on-line aparecerem quando da criação das contas, entretanto, aparentemente, poucos são os que se dedicam à leitura pelo menos dinâmica do conteúdo, dando às grandes empresas de tecnologia um poder sobre a sociedade jamais imaginado.

Elas têm a posse sobre o que é postado pelos usuários, podendo controlar e reger as informações conforme sua vontade. No que diz respeito a esse uso de dados do usuário, assim como acontece com as outras redes sociais, destaca-se o *Twitter* que é uma dessas grandes empresas de tecnologia (big techs) que utiliza dados para “determinar em quais tópicos você está interessado, sua idade, os idiomas que você fala e outros sinais para mostrar conteúdo mais relevante para você” (TWITTER, 2022).

Em vista disso, o presente artigo tem o objetivo de analisar as transformações jurídico-sociais causadas pela utilização dos dados pessoais dos usuários e a sua relação com as políticas de privacidade, comportamento abusivo e política de mídia sensível do *Twitter*. E para a elaboração deste trabalho serão utilizados os preceitos da pesquisa documental em conjunto com a pesquisa bibliográfica. Para isso serão selecionados e analisados a política de privacidade e termos de serviço do *Twitter* e a Lei 13.709/2018,

denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018), analisadas a partir do referencial teórico descolonial, que auxiliará no desenvolvimento dos conceitos de Colonialismo de Dados, Capitalismo de Vigilância e Bolhas Sociais.

Assim, o presente artigo foi estruturado da seguinte forma: em um primeiro momento são apresentados dados sobre o uso e a disponibilidade da internet no mundo e Brasil, em conjunto com um recorte de dados sobre a rede social *Twitter*. Em seguida há um tópico conceituando os preceitos teóricos: Colonialismo, Colonialidade, Capitalismo de Vigilância, Colonialismo de dados e seus sinônimos, para assim, diante dessas abordagens demonstrar a influencia ou não do Twitter na formação de bolhas sociais e a construção do seu papel na colonização dos dados dos usuários.

2. As redes sociais são a verdadeira Internet? Estatísticas sobre o uso do *Twitter*

Desde os seus primórdios, a Internet possibilitou a conexão entre pessoas de pontos distantes. Isso nos levou às atuais redes sociais, que para muitos é a 'verdadeira Internet'. Jankowicz (2019), citada por Ferreira (2021), afirma que países emergentes, por exemplo, dependem quase que exclusivamente de plataformas como *Facebook* e *WhatsApp*, ou seja, a experiência dessas pessoas no ciberespaço é praticamente navegar de uma dessas plataformas para outras.

A facilidade no uso da internet, a sua ampla disponibilidade para a maior parte da população, as novas formas de manter contato com parentes, amigos e colegas de trabalho, a obtenção de informações diretamente de seus transmissores (e também o contato direto com aqueles que informam) foram ampliados pela prática das operadoras de telefonia em oferecerem pacotes de acesso sem desconto da franquia para redes específicas. Essa prática é

intitulada *zero-rating*. Tal artifício possibilitou a infiltração das redes sociais em todos os estratos da população brasileira e demais países emergentes (FERREIRA, 2021). Assim, mesmo pessoas que não têm costume com uma navegação ampla e não dispõem de computadores e serviços mais avançados possuem uma conta em redes sociais.

Ocorre que grandes empresas, com sedes em vários locais do mundo e detentoras dos meios de comunicação, não têm interesse na soberania nacional, especialmente dos países do Sul Global, e de forma direta podem influenciar os processos sociais e eleitorais em diversas nações, seja permitindo a manipulação de opiniões via robôs (perfis automatizados) e disseminação de informações falsas.

Diante de uma vasta quantidade de empresas de tecnologia que se utilizam desses artifícios, um recorte se faz necessário para a análise de transformações das relações jurídico-sociais. Uma dessas redes sociais é o *Twitter*, rede social de micro postagens (anteriormente limitadas a 140 caracteres; posteriormente aumentadas para 280 caracteres) criada em março de 2006 (KINAST, 2020) e que possui hoje mais de 436 milhões de usuários (KEMP, 2022). Essa rede social permite o envio e recebimento de atualizações de outras pessoas por vários métodos, como o *website*, *SMS* e aplicativos que variam conforme a plataforma hospedeira. É um serviço altamente utilizado por pessoas em todo mundo que fornecem conteúdo informativo e pelas que querem se informar diretamente de suas fontes, sem intermediários, sendo por isso utilizado por profissionais e organizações de todo o planeta, por funcionar com atualizações exibidas em tempo real. (ASSIS, 2009).

Também aqui, o *Twitter* tem sua parcela de usuários. Aproximadamente 19 milhões de brasileiros têm perfis na rede, equivalente a quase 9% da população. Não caiu nas graças do povo como o concorrente *Facebook*, mas ainda é uma quantidade de usuários expressiva no país, conforme observado pelos números de usuários, disponível no relatório

Digital in 2022 (KEMP, 2022). De acordo com a política de privacidade do serviço,

Nós recebemos informações quando você visualiza conteúdo em ou interage com nossos serviços (...) mesmo se não tiver criado uma conta. Esses Dados de Registro podem incluir informações como o seu endereço IP, tipo de navegador, sistema operacional, página da Web de origem, páginas da Web visitadas, localização, sua operadora de telefonia celular, informações de dispositivo (...) termos de pesquisa e informações de cookies. Também recebemos Dados de Registro quando você clica, visualiza e interage com links em nossos serviços (...). (TWITTER, 2022, p.7).

Diante do exposto, percebe-se que a obtenção e controle de dados na intenção de influenciar processos sociais e democráticos em redes sociais como o *Twitter*, tem como consequência a formação de bolhas sociais, e esse fenômeno se coloca diretamente ligado aos conceitos de colonialismo, colonialidade, e ao que atualmente, no âmbito digital, classifica-se colonialismo de dados e capitalismo de vigilância.

3. Colonialismo, Colonialidade, Capitalismo de Vigilância e Colonialismo de dados

Os termos colonialismo e colonialidade estão diretamente ligados à condição de subalternização (relações de poder), ou seja, um grupo dominante (eurocêntrico), que se considera superior e salvador, subjugando grupos dominados (a título de ilustração, Américas, África e minorias) em vários ramos, tais quais: economia, política e também a produção de conhecimento (BRAGATO, 2014).

Ao diferenciar e ao aprofundar melhor conceitos, pode-se afirmar que o termo colonialismo, de acordo com Achille Mbembe (2018) citado por Almeida (2021, p.27) “foi um projeto de universalização, cuja finalidade era inscrever os colonizados no espaço da modernidade”, ou seja, em relação às áreas citadas no parágrafo anterior, determinados povos dominantes,

através de processos de poder e hierarquização consideravam-se ser aqueles que “salvariam” os povos dominados das sombras da ignorância.

Em suma, o colonialismo foi um projeto de poder político na qual colônias eram exploradas de modo político-econômico por um grupo dominante. Acerca desse conceito e em contraponto ao termo colonialidade, Damasceno (2022) aborda a seguinte diferenciação pontuada por Maldonado-Torres (2018)

(...) Maldonado-Torres diferencia os conceitos de colonialismo e de colonialidade. Para o autor, enquanto o colonialismo pode ser compreendido como a formação histórica dos territórios coloniais: “(...) entendido como os modos específicos pelos quais os impérios ocidentais colonizaram a maior parte do mundo desde a ‘descoberta’ (...). Já a colonialidade é entendida pelo autor como uma lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais.” (DAMASCENO, 2022, p.40)

Portanto, mesmo com o desaparecimento (em partes) do sistema de colônias, o exercício de poder (Colonialidade) ainda se perpetua no mundo globalizado, através da desumanização de povos outrora colonizados, ao desconsiderar epistemes não europeias e da estratificação social e racial.

Aprofundando o conceito de Colonialidade, Bragato (2014) expõe que o conceito tem como expoente Aníbal Quijano (2005) e este ao analisar as relações de dependência entre o centro (povos dominantes) e periferia (povos dominados) percebeu que as relações não se esgotam nas áreas econômica e política, mas também há processos de poder no que tange a construção de conhecimento, assim a Colonialidade está caracterizada através do exercício de poder nas relações de dominação colonial da modernidade e se diferencia no colonialismo que é em si o processo de poder. No que tange a relação entre a colonialidade e a modernidade percebe-se que são termos intrínsecos

A tese básica – no universo específico do discurso tal como foi especificado – é a seguinte: a “modernidade” é uma narrativa complexa, cujo ponto de origem foi a Europa, uma narrativa que constrói a civilização ocidental ao celebrar as suas conquistas enquanto esconde, ao mesmo tempo, o seu lado mais escuro, a

“colonialidade”. A colonialidade, em outras palavras, é constitutiva da modernidade – não há modernidade sem colonialidade. (MIGNOLO, 2017, p.2)

Assim, de acordo com Ballestrin (2013) a colonialidade é pautada e subdividida em outras vertentes, tais como a do poder, do saber e do ser.

Ao destrinchar essas vertentes, a colonialidade do poder relaciona-se ao processo de perpetuação e estratificação social, racial e sexual, pautadas em hierarquias advindas do colonialismo, tendo na raça um padrão de poder na criação de dualismos, nas quais o privilégio é estabelecido para sexo masculino e brancos, em contrapartida, índios e negros são enquadrados à margem da sociedade (DAMASCENO, 2022). De acordo com Damasceno (2022, p. 41) “estes últimos, ainda, são apresentados enquanto identidades homogêneas, ou seja, não importa a diversidade das culturas negras e indígenas, elas são vistas como únicas, além de lhes serem apontadas características negativas”.

O processo da colonialidade do saber (LANDER, 2005) dá-se início com a conquista ibérica do continente americano, a partir disso, utilizando-se da premissa de detentores da modernidade é que os colonizadores iniciaram o processo da “constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória (MIGNOLO, 1995) e do imaginário (QUIJANO, 1992)” (LANDER, 2005, p. 10). Dessa forma, os paradigmas coloniais do saber “garantem a naturalização da exclusividade da tradição de pensamento ocidental, disseminada como forma sobrevalorizada de cultura em prejuízo de práticas, cosmologias e conhecimentos não ocidentais” (REIS, 2022, p.4).

Por fim, a colonialidade do ser está relacionado a invisibilização do outro (não europeu) por meio da prática da inferioridade, subalternização e desumanização ao desconsiderar a existência desses, desse modo o padrão considerado correto é o que reflete a “modernidade” e racionalidade do dito indivíduo civilizado (DAMASCENO, 2022).

Partindo para o mundo tecnológico, a construção dessas relações de poder, no que se refere a economia, política e construção/validação de conhecimento estão diretamente ligados a comercialização de dados extraídos dos usuários nas mais variadas redes sociais como, por exemplo, o *Twitter*.

As *big techs* se utilizam desses dados para fortalecer uma nova fase do Capitalismo, classificada como Capitalismo de Vigilância. O termo capitalismo de vigilância descreve o ato de “empacotar dados pessoais e informações comportamentais dos usuários e vendê-los a anunciantes” (SHAW, 2017), consistente na prática do tratamento de informações pessoais de forma comercial (MEIRELES, 2021).

Nesta etapa moderna do capitalismo, o direito à privacidade é subtraído das pessoas sem que disso tenham conhecimento ou consentimento, com o objetivo de criar produtos projetados para prever o comportamento. Isso resulta em perda da privacidade, da autonomia e da autodeterminação.

Ainda sobre o capitalismo de vigilância, Zuboff (2021, p. 21) conceitua que é “a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais”, segundo ela a aposta das *big techs* é a previsão do nosso comportamento futuro e muitos estão acumulando riquezas por meio dessas operações comerciais.

No que diz respeito ao *Twitter*, a rede social alvo deste trabalho, os usuários em bolhas fechadas perdem a visão do todo, observam apenas seu próprio grupo que reforça suas próprias opiniões, deixando de exercer a liberdade individual e trabalhando a própria consciência. Passam a pensar e agir em bando.

Com relação à colonialidade aplicada ao capitalismo de vigilância, a comparação é feita com relação aos povos dominados nos tempos da colonização. Não eram livres, alguém os dominava e dizia o que tinham que fazer e como agir. Da mesma forma, mesmo que haja a impressão de estar

livre para agir e opinar, os comportamentos e pensamentos são constantemente moldados pelos algoritmos das redes sociais e, em maior escala, pelos grandes provedores de dados. Atualmente, as *big techs* têm atuado como colonizadoras, prevendo o comportamento dos usuários através da análise constante dos rastros deixados na navegação online e a ditar os rumos seguidos pela sociedade como um todo. Sobre isso, assim se expressa (MEIRELES, 2021):

O problema se intensifica quando as pessoas são objeto de tomadas de decisões realizadas por eles. A falta de transparência sobre seu funcionamento indica a tendência de que esses mecanismos segregam determinadas informações, privilegiando outras, reproduzindo padrões de preconceito e discriminação de gênero, de raça e de renda, entre outras, aprofundando ainda mais as desigualdades da sociedade (MEIRELES, 2021, p.29).

No mundo tecnológico e nas relações sociais presentes no ciberespaço, percebe-se que as relações hierárquicas de poder também se perpetuam no que se classifica como Colonialismo de dados.

(...) colonialismo de dados é uma lógica que opera técnica, política e economicamente para a dominação por meio do uso de tecnologias que tornam nossas vivências extraíveis e exploráveis ao convertê-las em dados digitais qualificados, a fim de gerar lucros para companhias transnacionais. (FERREIRA, 2021, p.58).

No ciberespaço as relações de poder (colonialismo de dados) têm como produto principal os algoritmos gerados pelos rastros (dados) que os usuários deixam ao utilizar contas nas grandes empresas de tecnologia.

Nós somos as fontes do superávit crucial do capitalismo de vigilância: os objetos de uma operação de extração de matéria-prima tecnologicamente avançada e da qual é cada vez mais impossível escapar. Os verdadeiros clientes do capitalismo de vigilância são as empresas que negociam nos mercados de comportamento futuro. (ZUBOFF, 2021, p. 24)

Os termos colonialismo algoritmo e colonialismo tecnológico são abordados por Birhane (2020), a autora tece um comparativo entre essas formas de colonialismo e o colonialismo tradicional, os dois possuem uma matriz em comum: “ de dominar, monitorar e influenciar o discurso social,

político e cultural através do controle dos principais meios de comunicação e infraestrutura” (p. 157, 2020), ainda de acordo com a autora é cada vez mais perceptível que as corporações governamentais e tecnológicas (*big techs*) partem para um campo obscuro ao cada vez mais dependerem umas das outras.

Esse é um ponto importante que diferencia o colonialismo tradicional e o colonialismo tecnológico. Enquanto a primeira é muitas vezes liderada por forças políticas e governamentais, a segunda é frequentemente conduzida por empresas comerciais em busca de acúmulo de riqueza. (...) Essa forma de colonialismo tecnológico voltado para o lucro pressupõe que a alma, o comportamento e a ação humanos sejam matéria-prima livre para serem capturados. (BIRHANE, 2020, p. 157)

Dessa forma, nota-se que no mundo tecnológico a construção das relações de poder, no que se refere a economia, política e construção/validação de conhecimento estão diretamente ligados a comercialização de dados extraídos dos usuários nas mais variadas corporações tecnológicas, ou seja, empresas transnacionais como *Twitter*.

Conforme, Damasceno (2022) percebe-se que, no que tange ao comportamento dessas empresas transnacionais de tecnologia, estas estão regidas por um sistema que regula os seus direitos, investimentos e contratos, mas no que se refere a proteção de direitos humanos e individuais existe uma desregulamentação de suas obrigações, nas quais estão ligadas à políticas neoliberais voltadas para a privatização e redução do Estado nas políticas públicas.

O entusiasmo gerado pelas novas tecnologias com as possibilidades de encurtamento de distâncias e redução de tempo entre as comunicações, além das inúmeras facilidades proporcionadas, considerando também a atuação das grandes empresas transnacionais de tecnologia, principalmente em um meio ‘intangível’ que é a Internet, fez com que se demorasse muito tempo até que se pensasse em algum tipo de regulamentação das atividades exercidas em meio virtual. Dessa forma, tornou-se complexo responsabilizar tais empresas por suas violações à cidadania e soberania nacionais, devido à

imensidade das suas operações que transcendem as fronteiras locais. Para Damasceno (2022), trata-se da universalização do direito internacional que, na verdade, é a reprodução da conquista e dominação europeias acima da autodeterminação dos povos colonizados.

Neste sentido, o próximo tópico pretende analisar se as políticas de privacidade, comportamento abusivo e política de mídia sensível do *Twitter* contribuem ou evitam a formação de bolhas sociais e verificar se há formações das bolhas sociais no *Twitter* e as suas consequências nas transformações sociais a partir da perspectiva do colonialismo de dados.

4. Influência do *Twitter* na formação das ‘bolhas sociais’ e seu papel na colonização dos dados da sociedade

As políticas do *Twitter* dizem respeito às regras de uso da rede social. Apesar de ser um ambiente onde espera-se a liberdade de expressão, essa não é ampla e irrestrita, devendo ser observadas certas condições, expressas nas políticas de comportamento abusivo e política de mídia sensível. Essas políticas visam a criação de um ambiente saudável para os frequentadores da rede, sem que sejam expostos a conteúdos degradantes. O início da política de mídia sensível do *Twitter* declara, logo em seu início, que

Não é permitido publicar mídias que apresentam conteúdo excessivamente sangrento nem compartilhar conteúdo violento ou adulto em vídeos ao vivo ou em imagens do perfil, no banner da Lista ou da Comunidade. Mídias representando violência sexual e/ou agressão também não são permitidas (TWITTER, 2022).

A justificativa para tal restrição encontra-se no parágrafo seguinte, segundo o qual

[e]ntendemos que algumas pessoas podem não querer serem expostas a conteúdo sensível e é por isso que balanceamos a permissão para que as pessoas compartilhem esse tipo de mídia com ferramentas para pessoas que querem evitar esse conteúdo (TWITTER, 2022).

A discordância de ideias não é proibida no *Twitter*, apesar disso, indivíduos e grupos podem persistir em agredir virtualmente aqueles com manifestações contrárias às suas. Por isso, a política de comportamento abusivo declara que:

Regras do Twitter: não é permitido se envolver no assédio direcionado a alguém nem incitar outras pessoas a fazer isso. Consideramos como comportamento abusivo tentativas de assediar, intimidar ou silenciar a voz de outra pessoa (TWITTER, 2022).

Abre-se um parênteses aqui para apresentar algumas explicações acerca das bolhas sociais, assim, no que diz respeito à formação das bolhas sociais, as políticas de mídia sensível e comportamento abusivo não apresentam expressamente a característica de fomentar a criação das bolhas, mas pode-se perceber isso mais diretamente na política de privacidade do *Twitter*.

A respeito do “trancamento” dos indivíduos em grupos fechados, que lhes impede de conhecer a opinião alheia e construir a coletividade, o que constitui as bolhas sociais, Mill (2017, p. 59) assim se expressa:

Aquele que conhece apenas o lado de seu próprio caso conhece pouco dele. Suas razões podem ser boas, e ninguém poderá ser capaz de refutá-las. Mas se ele é igualmente incapaz de refutar as razões do lado oposto, se ele não as conhece bem, então não possui nenhum fundamento para preferir qualquer opinião.

O ambiente propiciado pelas redes sociais, e em especial pelo *Twitter* (que disponibiliza aos seus usuários uma plataforma aberta e com troca de *tweets* em tempo real) corresponde à idealização de compartilhamento de conhecimento. Entretanto, a formação das bolhas sociais pelos algoritmos é o que ocasiona, nas palavras de Mill (2017, p. 35),

Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma determinada opinião, e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciar aquela pessoa, do que ela, se tivesse o poder, de silenciar a humanidade. (MILL, 2017, p.35)

Um dos significados da expressão bolhas sociais, como dito anteriormente, é a existência de pessoas reunidas em um mesmo ambiente, mas sem contato entre grupos, pois cada um está fechado no seu próprio mundo. O início da política de privacidade do *Twitter* contém o seguinte:

Quando você utiliza nossos serviços, coletamos informações sobre como você utiliza nossos produtos e serviços. Usamos essas informações para fornecer-lhe produtos e serviços, para ajudar a manter o Twitter mais seguro e respeitoso para todos, bem como mais relevante para você. (TWITTER, 2022, p.18)

Voltando para a análise dos termos de privacidade, o tópico 2.1 da política de privacidade afirma que o objetivo da coleta de dados dos usuários da rede é, dentre outros, melhorar a experiência do usuário, incluindo a “sugestão de pessoas e tópicos a seguir”. Essa sugestão de tópicos e pessoas consiste no principal formador das bolhas sociais. Conforme bem expressa Ferrari (2018, p. 12), os algoritmos da rede são capazes de detectar o

(...) perfil psíquico, social, econômico, político, enfim, detecção da *forma mentis* do usuário. A nós parece muitas vezes bastante conveniente recebermos, sem pedir, publicidades de produtos, serviços e informações nas mesmas linhas de buscas que fizemos anteriormente nas redes. (FERRARI, 2018, p. 12)

Fica evidente, assim, a formação das bolhas sociais. Os algoritmos da rede social analisam e registram as atividades dos usuários, de forma a exibir sempre as pessoas e tópicos que se relacionam com o já visto pelos usuários, por meio da criação de perfis que segregam e agrupam os grupos conforme seus interesses. Em consequência disso, os usuários recebem cada vez mais informações em sua linha do tempo sobre assuntos com os quais já estão familiarizados, sendo menos expostos a opiniões divergentes e possivelmente desagradáveis, gerando assim as bolhas sociais.

O prejuízo disso se resume no que disse Barbieri (2022, p. 10), que

(...) como o crescimento do conhecimento depende do debate entre diferentes pontos de vista, a hostilidade dirigida contra posturas heterodoxas que inibem sua manifestação prejudica o progresso humano.

O *Twitter*, assim como outras redes sociais, possui uma política de privacidade, comportamento abusivo e uma política de mídia sensível, essas políticas visam demonstrar como o serviço armazena e trata os dados do usuário de modo a gerar sensação de transparência para os usuários, para a própria empresa e os investidores.

Essas políticas geralmente eram ignoradas pelo usuário na hora em que a sua conta era criada, entretanto a partir da entrada em vigor da Lei de Proteção de Dados – LGPD (Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) percebe-se certas preocupações com o tratamento e distribuição dos dados dos usuários, principalmente por parte dessas grandes empresas de tecnologia.

Ao fazer a análise das políticas de privacidade do *Twitter* percebe-se que a linguagem utilizada para se comunicar com o usuário é tendenciosa no que diz respeito a dar ao dono do perfil a impressão de que há uma troca mútua de informações, na qual o usuário sempre ganha. Assim, para o *Twitter*, quando o usuário aceita compartilhar os seus dados pessoais e de mídia sensível, por exemplo, há o ganho de “serviços úteis”, esse é o termo utilizado pela empresa assim que o termo de privacidade é apresentado ao usuário: “Que dados vocês coletam sobre mim? Você fornece alguns dados, nós obtemos alguns dados. Em troca, oferecemos serviços úteis. Não é o que você tinha em mente? Verifique suas configurações” (TWITTER, 2022, p.4)

A LGPD prevê em seu artigo 6º a necessidade de observar a boa-fé e determinados princípios, no que tange manipulação de dados, entre eles há: a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e a responsabilização e prestação de contas (BRASIL, 2018).

Sobre esses princípios da LGPD e ao que se refere a utilização de dados dos usuários pela *big tech Twitter* e a sua relação com o colonialismo de dados e capitalismo de vigilância, será feito um recorte e análise de

alguns dos princípios citados anteriormente (a saber: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência e segurança). Acerca da conceituação desses princípios a lei dispõe que:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão (BRASIL, 2018)

Ao analisar as políticas de privacidade do *Twitter*, nota-se que a empresa garante ao usuário livre acesso aos seus dados e transparência, inclusive com a possibilidade de solicitar relatório, mas ao mesmo tempo, a finalidade, adequação e necessidade do tratamento dos dados são maquiados para dar a sensação de que o usuário tem mais vantagens do que a própria empresa na utilização desses dados e essa situação fica evidente pela linguagem utilizada nos documentos das políticas de privacidade, já demonstradas anteriormente. Acerca disso, Zuboff (2021) afirma que

Os capitalistas de vigilância fazem um grande esforço para camuflar seu propósito enquanto dominam o uso do poder instrumentário para moldar nosso comportamento e, ao mesmo tempo, escapar da nossa consciência. (ZUBOFF, 2021, p. 489)

A perpetuação do colonialismo de dados se dá exatamente nessa sensação de controle que a empresa dá ao usuário, já que através dessa

suposta vantagem, *big techs*, como o *Twitter*, têm o aval para a comercialização desses dados com outras empresas. Em relação a essa prática, as autoras Targa, Silva e Squeff (2021) apresentam o termo colonialidade digital, definido como a sustentação do poder e a manutenção do *status quo* quando fala-se em acesso à informação, por meio do controle e desenvolvimento tecnológico, por poucos (nesse caso, pode-se fazer analogia a *big techs* como o *Twitter*) em relação a outros que ainda estão à margem.

Essa situação é visível quando na política de privacidade no tópico 1.2 intitulado “informações que coletamos quando você usa o *Twitter*”, aqui a empresa descreve a coleta de informações sobre a atividade no *Twitter*, na parte de informações sobre o acesso a localização do usuário a *Big Tech* afirma: “Quando você usa o *Twitter*, coletamos algumas informações sobre sua localização aproximada para fornecer o serviço que você espera, incluindo a exibição de anúncios relevantes” (TWITTER, 2022, p.6 grifos nossos).

Seguindo a análise, no tópico 1.3 “informações que recebemos de terceiros” que descreve o compartilhamento e o que é feito com dados quando o usuário utiliza produtos e serviços on-line, descreve-se

Alguns de nossos parceiros publicitários, particularmente nossos anunciantes, também nos permitem coletar informações semelhantes diretamente de seu website ou aplicativo, através da incorporação de nossa tecnologia de publicidade. As informações compartilhadas por parceiros publicitários e afiliadas ou coletadas pelo *Twitter* a partir dos websites e aplicativos de parceiros publicitários e afiliadas podem ser combinadas com outras informações que você compartilha com o *Twitter* e que o *Twitter* recebe, gera ou infere a seu respeito, descritas em outras partes desta Política de Privacidade. (TWITTER, 2022, p.8)

Com base no descrito acima, nota-se que a utilização de dados pelo *Twitter* perpetua não apenas o colonialismo de dados, mas também o capitalismo de vigilância. A respeito disso Zuboff (2021) aborda que no intuito de fomentar os interesses dos capitalistas de vigilância e não os do usuário, a liberdade é sacrificada em troca de um conhecimento estruturado,

e também, fomenta a formação de bolhas sociais, já que os dados compartilhados pelo usuário podem ser combinados com os dados que terceiros também receberam, para que assim, o Twitter e empresas parceiras possam introduzir e gerar para o usuário assuntos e publicidades que as empresas entendam ser relevantes.

Acerca do fortalecimento das bolhas sociais demonstrado acima Ferreira (2018) afirma que as redes sociais de forma geral são uma bolha, já que elas nos estimulam a compartilhar com os nossos iguais, entretanto os algoritmos dessas redes são grandes responsáveis, visto que buscam nossos rastros digitais para nos oferecer conteúdo, na qual já estamos familiarizados.

Diante do exposto, reforça-se que as políticas de privacidade do Twitter não apresentam de forma expressa elementos das formações de bolhas sociais, entretanto ao fazer a análise dos fatos, fica evidente que o tratamento de dados dessa rede social fomenta e alimenta a formação de bolhas sociais e em consequência disso a perpetuação do Capitalismo de Vigilância e Colonialismo de dados.

5. Considerações finais

Depois de apresentados os conceitos e análises, constatou-se que o acesso à Internet já é realidade para parte considerável da população mundial, incluindo o Brasil. Entretanto, para muitos usuários, as redes sociais correspondem à própria Internet, sendo a sua fonte primária de comunicação e informação. Essa situação gera as bolhas sociais, que podem ser descritas como o envolvimento dos usuários em uma comunidade fechada, na qual são exibidos apenas assuntos e opiniões concordantes com temas de interesse do usuário, baseando-se no rastro deixado pela navegação pela rede e pela Internet, no geral. Uma dessas redes é o *Twitter*, cuja política de privacidade, de mídia sensível e de conteúdo abusivo

descrevem os termos de funcionamento da rede, bem como o que se espera dos usuários no que diz respeito ao seu comportamento.

Da leitura da política de privacidade da rede, observa-se que existe a coleta de dados dos usuários com o objetivo de personalizar a experiência de uso da rede. Disso resulta que os usuários sempre obtêm informações diferenciadas em sua página inicial, conforme os algoritmos da rede se adaptam ao conteúdo anteriormente acessado, bem como perfis seguidos ou bloqueados. A referida personalização do conteúdo apresentado torna-se cada vez mais especializada conforme o uso do *Twitter*, o que significa dizer que os usuários são cada vez menos expostos a informações de fontes diversificadas, tornando ainda mais estreita a bolha social.

Tratou-se também da LGPD, essa é a Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados. Parte dos tópicos tratados na referida lei dizem respeito à proteção da privacidade e tratamento dos dados obtidos dos usuários pelos serviços de Internet. A LGPD dispõe sobre a necessidade de observação, por parte desses serviços, em garantir o correto armazenamento e disposição dos dados dos usuários, bem como o direito, por parte dos usuários, de ter acesso às informações a qualquer tempo, bem como a sua exclusão.

Foram expostos, também, os conceitos e aplicações dos termos capitalismo de vigilância e colonialismo de dados, bem como a relação desses conceitos com a formação das bolhas sociais.

Além disso, foi demonstrado que o termo de privacidade e as políticas de dados do *Twitter*, manipulam o usuário por meio dos implícitos, ou seja, dão a impressão de que o dono do perfil detém o total controle sobre os dados compartilhados e de que isso é benéfico para ele por causa das “vantagens” que a rede pode garantir, entretanto é apenas mais uma manobra que o Capitalismo de Vigilância e Colonialismo de Dados utiliza para a perpetuar-se, além de estimular as bolhas sociais que como consequência podem gerir pessoas menos críticas e resistentes ao contraditório.

Referências

- ASSIS, Pablo de. **Como usar o Twitter pelo celular**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/celular/3003-como-usar-o-twitter-pelo-celular.htm>>. Acesso em 26 de março de 2022.
- BARBIERI, Fábio. **"Sou a favor da liberdade de opinião, mas..."**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/article/3275/sou-a-favor-da-liberdade-de-opinio-mas->>. Acesso em 20 de outubro de 2022.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista brasileira de ciência política**, p. 89-117, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>. Acesso em 25 de outubro de 2022.
- BIRHANE, Abeba. Colonização Algorítmica na África. In: SILVA T. (org.), **Comunidades, algoritmos e ativismos digitais: Olhares afrodiaspóricos**. São Paulo: LiteraRUA, p.156-168, 2020.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 19, n. 1, p. 201-230, 2014.
- BRASIL. Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2022.
- DAMASCENO, Gabriel Pedro Moreira. **A Responsabilidade Internacional das Empresas Transnacionais por Violação dos Direitos Humanos de Grupos em Situação de Subalternidade por Meio do Cosmopolitismo Intercultural**. 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/11837>. Acesso em 21 de outubro de 2022.
- FERRARI, Pollyana. **Como sair das bolhas**. EDUC—Editora da PUC-SP, 2021.
- FERREIRA, Sérgio Rodrigo da Silva. O que é (ou o que estamos chamando de) 'Colonialismo de Dados?'. PAULUS: **Revista de Comunicação da FAPCOM**, v. 5, n. 10, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.31657/rcp.v5i10.458>. Acesso em 21 de outubro de 2022.
- KEMP, Simon. **Digital 2022: Brazil**. [S.l], fev. 2022. Disponível em: <<https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil?rq=brazil>>. Acesso em: 18 de março de 2022.
- KEMP, Simon. **Digital 2022: Global Overview Report**. [S.l], Jan. 2022 Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report?utm_source=DataReportal&utm_medium=Country_Article_Hyperlink&utm_campaign=Digital_2022&utm_term=Brazil&utm_content=Global_Overview_Link>. Acesso em 18 de março de 2022.
- KINAST, Priscilla. **A história do Twitter**. disponível em: <<https://www.oficinadanet.com.br/historiasdigitais/29858-historia-do-twitter>>. Acesso em: 25 de março de 2022.
- LANDER, Edgardo et al. (Ed.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales= Conselho Latino-americano de Ciências Sociais, 2005.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da colonialidade e da descolonialidade: algumas dimensões básicas. BERNADINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGOUEL, Ramón (orgs.). **Descolonialidade e pensamento afrodiaspórico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.
- MEIRELES, Adriana Veloso. Algoritmos e autonomia: relações de poder e resistência no capitalismo de vigilância. **Opinião Pública** [online]. 2021, v. 27, n. 1 [Acessado 30 agosto 2022], pp. 28-50. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1807-0191202127128>>. Epub 04 jun. 2021. ISSN 1807-0191.

MIGNOLO, Walter D. COLONIALIDADE: O LADO MAIS ESCURO DA MODERNIDADE*
* Introdução de The darker side of western modernity: global futures, decolonial options (Mignolo, 2011), traduzido por Marco Oliveira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 2017, v. 32, n. 94 [Acessado 31 agosto 2022]. e329402. Disponível em: <<https://doi.org/10.17666/329402/2017>>. Epub 22 jun. 2017. ISSN 1806-9053.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Editora Hedra, 2017..

REIS, Diego dos Santos. A COLONIALIDADE DO SABER: PERSPECTIVAS DECOLONIAIS PARA REPENSAR A UNIVERS(AL)IDADE. **Educação & Sociedade** [online]. 2022, v. 43 [Acessado 31 agosto 2022], e240967. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/ES.240967>>. Epub 22 jun. 2022. ISSN 1678-4626.

SHAW, Jonathan. The watchers: Assaults on privacy in America. **Harvard Magazine**, v. 119, n. 3, p. 56-61, 2017. Disponível em: <<https://www.harvardmagazine.com/2017/01/the-watchers>>. Acesso em 12 de setembro de 2022.

TARGA, Maria Luiza; SILVA, Bianca Guimarães; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. Colonialidade digital: as técnicas de geopricing e geoblocking como vetores de assimetrias globais nas relações de consumo transnacionais. In: MENEZES, Wagner. (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2021, v. XXI, p. 102-124.

TWITTER. **Política de comportamento abusivo**. 2022. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/abusive-behavior>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

TWITTER. **Política de mídia sensível**. 2022. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/media-policy>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

TWITTER. **Política de privacidade**. 2022. Disponível em: <<https://twitter.com/pt/privacy>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

TWITTER. **Termos de serviço**. 2022. Disponível em: <<https://twitter.com/pt/tos>>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. Tradução: George Schlesinger. INTRÍNSECA. 2021. E-book.

Artigo recebido em: 19/11/2022

Aceito para publicação em: 04/12/2022

Hermenêutica Jurídica e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro

Legal Hermeneutics and International Human Rights Treaties within Brazilian Law

*Andrei Ferreira Fredes*¹

Resumo: Apesar de passados praticamente 15 anos desde a entrada em vigor da emenda constitucional número 45, que, dentre outras mudanças, incluiu o §3º do Art. 5º da Constituição Federal, ainda não foram resolvidas diversas questões acerca da disciplina dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o direito interno brasileiro, com especial destaque para a questão da hierarquia destes tratados. A proposta do presente artigo é buscar apresentar as principais posições que a doutrina e a jurisprudência destes últimos 15 anos, ou até mesmo antes, veio defendendo sobre o assunto, e buscar expor de que forma esses entendimentos conseguem se sustentar a partir de uma visão sistemática do direito.

Palavras-chave: Tratados internacionais, direitos humanos, hermenêutica.

Abstract: Despite the fact that there has been 15 years since the implementation of the constitutional amendment number 45, which, between other changes, included the §3 of Art. 5. in the Federal Constitution, there hasn't been yet a solution to many questions regarding the discipline of international human rights treaties in its relation to brazilian internal law, with special mention to the question concerning the hierachy of such treaties. The proposition on this article is to show the main positions that the doctrine and jurisprudence on these last 15 years, or even before, has put forward on this topic, and expose in which ways these understandings are capable of sustenting themselves when confronted with a sistematic interpretation of law.

Keywords: International Treaties, Human Rights, Hierarchy, Legal Hermeneutics

1. Introdução

A interpretação sistemática do direito conforme deduz Canaris (2002, p. 22) “é a pressuposição de todo Direito e de todo pensamento jurídico”.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Hermenêutica Jurídica. Membro do Comitê de Educação e Pesquisa em Direitos Humanos da Unicnec - Osório. Coordenador do grupo de pesquisa em direitos humanos. Coordenador da Especialização em Direito Previdenciário e Trabalhista (UNICNEC Osório). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Público. Advogado. ORCID: 0000-0001-6346-8282.

Neste sentido interpretar o direito necessariamente significa observar as características de ordenação e de unidade do sistema jurídico expostas pelo autor, e tais características decorrem naturalmente da própria consideração do Direito como Ciência, ou seja, entender o direito como uma soma de princípios racionais, acessíveis ao pensamento, que busquem reconduzir a interpretação ao conjunto da justiça (CANARIS, 2002, p. 14.).

Conforme explica Juarez Freitas (2005, p. 318) a interpretação sistemática da Constituição representa a “determinação unitária e aberta do alcance das regras orientadas pelos nada inócuos princípios, cuja eficácia apresenta-se direta, sem exceção em nosso sistema”. Ou seja, o Direito passa a ser visto como um todo, unitário e hierarquizado, e em sua perspectiva tópico-sistemática esta rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais tem como finalidade “dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição” (FREITAS, 2010, p. 272.).

Retornando a explicação de Canaris (2002, p. 20), a compreensão do Direito como sistema não é mera escolha ou opção do intérprete, é a própria realização da tendência generalizadora da justiça, que impede que o Direito se disperse em uma multiplicidade de valores singulares desconexos, deixando-se reconduzir sempre aos princípios, que são critérios gerais geralmente pouco numerosos. Além disso segundo Canaris (2002, p. 22) a interpretação sistemática visa atender às necessidades da segurança jurídica, outro valor supremo segundo o autor, pois os postulados da determinabilidade, estabilidade, previsibilidade e continuidade do Direito pressionam para a formação de um sistema ordenado por poucos e alcançáveis princípios. Da mesma forma observa-se o posicionamento de Luis Roberto Barroso (2003, p. 136 – 137) sobre o tema².

² Nas palavras do autor: O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados,

Desta forma em seguida ao passar a análise das questões atinentes ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal estará sempre buscando uma interpretação sistemática constitucional, buscando a exegese da regra contida no parágrafo em questão frente aos princípios constitucionais e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2014). Contudo, antes se faz necessário estabelecer a fundamentação ou a essência desse sistema e quais são esses princípios e valores pelos quais se deve guiar a interpretação.

Norberto Bobbio (1999, p. 71) expõe que o conceito de sistema jurídico a partir da leitura de Kelsen pode ser entendido de duas maneiras, como um sistema estático e outro dinâmico. Apresentando a dicotomia entre ambos os conceitos Norberto Bobbio explica que o sistema estático é composto por normas que estão relacionadas umas às outras como preposições de um sistema dedutivo, a partir de normas originárias de caráter com função de postulados ou axiomas em um sistema científico, ou seja, as normas são sistematizadas e ordenadas unicamente em função de seu conteúdo (BOBBIO, 1999, p. 72).

Por sua vez em um sistema dinâmico as normas derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, através da autoridade que as colocou, sendo assim neste tipo de sistema a relação entre as normas não se baseia no seu conteúdo material, e sim em sua qualificação formal. Explica Bobbio que para Kelsen os sistemas jurídicos correspondem a esta última conceituação, uma vez que os sistemas estáticos seriam os ordenamentos morais (BOBBIO, 1999, p. 73)

que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares. No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. (...) A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. (BARROSO, 2003, p. 136 – 137)

Conforme podemos perceber na interpretação sistemática atual a dicotomia não se sustenta, uma interpretação sistemática levará sempre em consideração o conteúdo das normas, os princípios e os valores que informam o sistema jurídico se colocarão em posição hierárquica superior exatamente devido a seu sentido material (FREITAS, 2010), mas isto não significa podermos seguir em direção a uma discricionariedade ativista e decisionista realizada por intérpretes que “traduzam a vontade da sociedade por debaixo da letra da lei”, assim podemos compreender a partir da leitura de Lenio Streck (2014, p. 49).

Ou seja, a questão que remanesce diz respeito a como proceder, entre uma exegese literal e uma discricionariedade interpretativa baseada em princípios e cláusulas gerais. Conforme explica Lenio Streck (2014, p. 50), ambas são formas de positivismo, de um lado o positivismo exegético que ao separar direito e moral confundia texto e norma e lei e direito, e partir daí declarava a proibição de interpretar, sobrava o juiz boca da lei. O autor aponta que do outro lado outra forma de positivismo é aquela que afirma que texto e norma estão descolados, uma vez que trabalhar com princípios é uma atitude sem dúvida positivista ao ser utilizada para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais, e em último caso, é completamente antidemocrático (STRECK, 2014, p. 51).

O primeiro passo para evitar ambos os extremos, segundo Lenio Streck, consistem em superar o dualismo entre texto e norma, entendendo que “o objeto da interpretação não é o texto em si”, uma vez que este “só exsurge já interpretado em sua historicidade e faticidade, que vai constituir a norma” (STRECK, 2014, p. 395). Conforme Gadamer em 1960 já colocava em verdade e método que “interpretar não é um ato posterior e oportunamente complementar a compreensão” (GADAMER, 1997, p. 459), mas que compreender é sempre interpretar, e por sua vez o compreender procede de um dado histórico prévio, e que desta forma o saber-se como ser histórico oferece suporte a toda opinião e comportamento subjetivo e assim

prefigura e delimita toda possibilidade de interpretação em sua alteridade histórica (GADAMER, 1997, p. 451). Neste sentido o pensamento de Lenio Streck (2014, p. 395) vai ao encontro da proposta de Gadamer acerca da interpretação e aplicação do Direito³.

Lenio Streck explica que a compreensão de Gadamer significa a superação da subjetividade e da discricionariedade, ou seja, resulta-se não ser mais possível um “livre atribuir de sentidos” ou “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2014, p. 437), o que passa a haver é um controle hermenêutico da decisão, decisão esta que deve “levar o texto constitucional a sério” como condição de possibilidade de alcançar a melhor interpretação adequada a Constituição (STRECK, 2014, p. 433).

Dessa forma, a hermenêutica jurídica defendida por Lenio Streck a partir da obra de Hans-Georg Gadamer deita raízes no pensamento filosófico de Martin Heidegger, a fenomenologia proposta pelo autor foi responsável por colocar o pensamento em sua facticidade e historicidade, ao definir que “Ser é sempre ser de um ente” (HEIDEGGER, 2018, p. 44) o sentido do ser deve ser adquirido a partir do ser do ente, tratando-se do Direito, temos que o ente é então linguagem, neste caso, a tradição jurídica passa a ser condição de possibilidade da interpretação do ser deste ente denominado Direito.

Surge então outra problematização, a possibilidade de existir ou não uma única resposta correta, no entendimento de Juarez Freitas não é possível que haja esta única resposta correta, explica o autor que em função da abertura do sistema jurídico, a impossibilidade de aplicação do postulado do tudo-ou-nada, mesmo em se tratando de regras, já serviriam para explicitar a impossibilidade de se alcançar em qualquer caso uma única

³ Nas palavras de Streck: A Constituição – no seu sentido de “força normativa – somente se concretizará na medida em que – perdoem a minha insistência neste tema – consigamos superar dualismos metafísicos (texto e norma etc.). Se alguém pensa que pode primeiro interpretar a Constituição para depois aplicá-la, é porque ainda está preso às amarras da hermenêutica clássica. É cediço que não interpretamos por partes ou em fatias. Gadamer já de muito deixou isto bem claro: interpretar é aplicar, é concretizar, e isto se dá no interior do círculo hermenêutico, onde já há sempre um sentido antecipado (dependemos, pois, de nossa pré-compreensão, de nossos pré-juízos). (STRECK, 2014, p. 395)

resposta correta (FREITAS, 2005, p. 322). A seguir também é colocado o argumento que uma vez sendo responsabilidade do intérprete proceder a hierarquização de princípios e valores não há como se falar em solução única, também levando em consideração a vocação pluralística de toda constituição democrática que impede a promoção unilateral de algum determinado valor jurídico. Por fim, também é apresentado como argumento contra a única interpretação correta a inexistência de direitos absolutos, havendo apenas direitos relativos mutáveis historicamente não é possível se falar em uma resposta definitivamente e exclusiva (FREITAS, 2005, p. 322).

Juarez Freitas concluí que somente se poderia falar em uma melhor interpretação constitucional, a qual seria regida por diversos postulados, dentre eles a formação da base do sistema pelos princípios fundamentais da Constituição, a busca pela máxima preservação dos direitos fundamentais e pela excelência do discurso normativo constitucional, a pretensão de coerência e abertura da interpretação, a articulação da escolha fundamentada, objetiva e imparcial da hierarquização das premissas, dentre outros critérios (FREITAS, 2005, p. 326 – 352.).

Por sua vez Lenio Streck coloca a questão da única resposta de outra forma, a partir do mencionado anteriormente quanto a “levar o texto a sério”, segundo o autor o resultado é um menor espaço para a liberdade legislativa que deve sempre seguir as regras do jogo democrático, o autor argumenta que afinal de contas a Constituição é fruto de uma repactuação e por isso são colocadas cláusulas pétreas e especiais formas de elaborar emendas, sendo assim “a própria Constituição estabelece impedimento para qualquer alteração em desacordo com o que o constituinte originário estabeleceu”(STRECK, 2014, p. 399).

Sendo assim Lenio Streck que defende que, a vontade geral, ou poder democrático que antigamente era exercido apenas através do legislativo, neste novo Estado Democrático de Direito deve passar a exercer o controle sobre o produto final da interpretação do direito, ou seja, sobre a atuação dos

juízes e tribunais (STRECK, 2014, p. 410). Ou seja, não é uma questão de negar que cada sujeito possua preferências, intuições, valores, e sim de criar possibilidades para que haja “condições de verificação sobre a correção ou veracidade de cada decisão que esse sujeito tomar (especialmente se se tratar de um juiz)” (STRECK, 2014, p. 429).

A resposta oferecida pelo autor para este problema significa a obrigação de uma “fundamentação da fundamentação” pelo intérprete, ou seja, ao passar por uma teoria da decisão, o intérprete não deixa de interpretar, mas deve ser responsabilizado pela interpretação que alcançar e suas decisões devem ser controladas democraticamente, para tanto não basta o juiz expor o fundamento de sua decisão, e sim ir mais a fundo e alcançar os motivos de sua compreensão, oferecendo a justificação de sua interpretação. Neste caso o intérprete irá desnudar o caminho que percorreu afim de justificar porque a interpretação oferecida por ele é a melhor naquele caso, a mais adequada à Constituição, ou a única correta (STRECK, 2014, p. 433). Concluí o autor que em qualquer dos casos, o que indicará se a resposta foi correta, adequada ou melhor é a possibilidade de ser confirmada na própria Constituição, nisto consiste a interpretação democraticamente legítima (STRECK, 2014, p. 433).

Outros autores também trabalham a possibilidade de uma resposta inerentemente correta, dentre eles o escocês Neil MacCormick, mesmo advindo de uma tradição diferente da brasileira no caso da commonlaw, o autor argumenta que negar a existência de uma resposta correta significa negar o próprio Estado de Direito (MACCORMICK, 2008). Segundo MacCormick entender que se possa chegar a qualquer decisão (ou que se possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa como na crítica de Lenio Streck) apenas em função da legitimação do intérprete é admitir que o Direito não é nada além do que o intérprete diz que é, neste caso o judiciário seria infalível, porém “se o Estado de Direito um governo das leis e não dos homens, ele é impossível de se realizar se a tese da infalibilidade judicial é

verdadeira. Afinal, o governo das leis torna-se simplesmente o governo das pessoas que produzem as decisões jurídicas” (MACCORMICK, 2008, p. 357).

Portanto MacCormick concluí que devem haver critérios para aferir se as decisões são corretas ou não, obviamente por estar inserido em uma tradição sem uma Constituição escrita o autor não pode chegar a mesma conclusão exposta pro Lenio Streck, porém o sentido do argumento é semelhante, não há que se falar em democracia quando aos intérpretes é legado atuarem através de discricionariedade e decisionismo (MACCORMICK, 2008, p. 351).

A partir destes postulados apresentados a seguir serão trabalhadas questões acerca da incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sempre como paradigma a unidade sistemática do ordenamento jurídico (CANARIS, 2002, p. 22), hierarquizado axiologicamente por seus princípios (FREITAS, 2010) e capaz de oferecer respostas confirmáveis na própria Constituição, maior fruto do pacto democrático (STRECK, 2014).

2. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Brasileiro

Frente as considerações feitas sobre a hermenêutica jurídica e a interpretação sistemática do direito cabe agora passar a analisar algumas questões pertinentes acerca dos tratados internacionais de direitos humanos em sua relação com o direito interno. Principalmente após a inclusão do §3º do Art. 5º da Constituição Federal pela EC 45/2004, que determinou que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, novos debates surgiram sobre as mais variadas questões, dentre elas a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos

humanos aprovados antes e depois da emenda em questão, também a problemática sobre a obrigatoriedade ou não de seguir o rito estabelecido pelo §3º em questão, a reflexão sobre a possibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos e pôr fim a questão da possibilidade de inserção do conteúdo do tratado na Constituição mesmo sem a entrada em vigência do tratado em questão.

Inicia-se esta análise sobre as questões acerca dos tratados internacionais de direitos humanos frente o direito interno com a problemática acerca da obrigatoriedade ou não de obediência do rito previsto pelo §3 do Art. 5º da Constituição Federal, o qual determina como já exposto a observância do procedimento de emenda para a aprovação dos tratados em questão.

Com efeito, uma rápida leitura do dispositivo em questão e a utilização de um método de interpretação que preze pela literalidade pode levar a compreensão que a utilização ou não do rito de emenda para os tratados é facultativo, como se observa da leitura do parágrafo em questão o legislador utilizou a expressão “que forem (...) serão”, o que poderia indicar que “aqueles que não forem, não serão”, ou seja, poderiam haver tratados não incorporados pelo rito de emenda mesmo após a inclusão do §3º do Art. 5º que neste caso não estariam acobertados pela mesma força normativa que as emendas constitucionais.

Entretanto, conforme exposto na primeira parte deste trabalho texto e norma apesar de não existirem em separado também não se confundem, ou seja, não significa que não seja a literalidade do texto capaz de expor o sentido da norma, e sim que esta literalidade não existe separada da interpretação da norma (STRECK, 2014). E sendo a norma o conjunto, a unidade axiologicamente hierarquizada, não há como se proceder a uma suposta interpretação literal em isolado, a que se enxergar a Constituição como um todo.

Neste sentido abalizada doutrina já se manifestou sobre a questão apontando pela obrigatoriedade da obediência do estabelecido pelo §3 do Art. 5º da Constituição Federal após sua aprovação, vejamos a importante lição de André Ramos Tavares:

De acordo com o novo dispositivo, a submissão, em cada Casa do Congresso Nacional, aos três quintos dos votos dos respectivos membros, não está condicionada a um ato volitivo dos parlamentares. Não será o Congresso nacional que realizará a opção de o tratado ou convenção (assumindo, aqui, sempre o pressuposto material mencionado: versar sobre direitos humanos) submeter-se a este procedimento recém-criado ou pelo vetusto. É dizer, não cabe ao Congresso Nacional a opção acerca do rito, a opção acerca da hierarquia que o tratado ou convenção assumirá, se constitucional ou, ao contrário, de uma singela legislação ordinária. A matéria circunscreverá, doravante, a forma a ser adotada. (TAVARES, 2005, p. 43)

Da mesma forma se posiciona Francisco Rezek, ao mencionar que não é possível imaginar que o Congresso possa querer bifurcar a metodologia de aprovação de tratados, a única dúvida possível segundo o autor reside em afirmar se o tratado a ser aprovado realmente se trata de um documento acerca de direitos humanos, havendo este entendimento o Congresso Nacional deverá seguramente adotar o rito previsto no parágrafo 3º (REZEK, 2011, p. 132 – 133).

Também neste sentido se posiciona Ingo Sarlet, ao expor que uma interpretação sistemática leva a compreensão do caráter cogente do procedimento reforçado exposto pelo parágrafo em questão. O autor elabora seu argumento a partir da compreensão que a inovação em questão teve como objetivo resolver as questões atinentes a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos frente o direito interno, as quais serão trabalhadas a seguir, de modo que a intenção da emenda 45/04 seria de resolver a questão consagrando a hierarquia constitucional a todos os tratados que viessem a ser aprovados pelo procedimento equivalente ao das

emendas constitucionais, neste sentido haveria de ser sempre observado o procedimento proposto pelo §3 do Art. 5º da Constituição Federal (SARLET, 2013, p. 95).

Outro argumento de extrema relevância apontado por Ingo Sarlet é que a observância do rito do §3º vem a oferecer uma maior legitimidade democrática aos tratados internacionais de direito humanos que passam a ser tanto material quanto formalmente constitucionais, o que significa uma maior força normativa através de sua pretensão de eficácia e efetividade restarem reforçadas (SARLET, 2010, p. 81). Considera-se tal ponto fundamental, tendo em vista o exposto acerca dos objetivos da hermenêutica jurídica, o que inclui a busca de um fortalecimento da democracia e da promoção de direitos, sendo assim a aprovação de um tratado internacional pelo quórum qualificado previsto para emendas constitucionais deve soar aos ouvidos dos tribunais superiores como uma declaração inequívoca de prestígio destes direitos, o que significa buscar sempre sua máxima eficácia.

Um último argumento a favor da vinculação do Congresso Nacional ao procedimento estabelecido pelo §3º do Art 5º pode ser extraído do exposto por Valério de Oliveira Mazzuoli, uma vez que o autor aponta que a aprovação pelo rito introduzido pelo parágrafo continua se dando em momento posterior à ratificação, sendo assim deixar a escolha sobre aprovar mediante o quórum necessário para emendas ou não levaria a mais uma situação de insegurança jurídica em que o Poder Legislativo poderia tratar de maneira diferente instrumentos de igual conteúdo principiológico (MAZZUOLI, 2005, p. 316 – 319), o que vai contra aos objetivos da interpretação sistemática expostos anteriormente a partir do pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, ou seja, a determinabilidade, previsibilidade e estabilidade do direito, pleiteando assim uma cogente observação do previsto no §3º do Art 5º da Constituição Federal desde sua aprovação, mas não resolve o problema quando envolver aqueles tratados já aprovados antes da Emenda Constitucional 45, que será trabalhado a seguir.

O próximo ponto a ser trabalhado diz respeito a possibilidade de denúncia por parte do Estado brasileiro de tratados internacionais de direitos humanos. Conforme explica Valério de Oliveira Mazzuoli a denúncia é o ato unilateral pelo qual o Estado se desliga de qualquer obrigação perante o tratado ao qual antes se via vinculado, ou seja, não é um modo de extinção de tratados, e sim de retirada ou de extinção frente apenas ao denunciante (MAZZUOLI, 2008, p. 274), este é o conceito de denúncia para os tratados em geral.

Entretanto esta definição não pode ser simplesmente transportada dos tratados em geral para aqueles que especificamente tratem de direitos humanos, é o que podemos perceber através de uma significativa doutrina, que sem dúvida procede a hierarquização axiológica dos princípios e valores constitucionais que se expôs ao trabalhar o funcionamento da interpretação sistemática, não há dúvida que os direitos fundamentais ou humanos (para a distinção entre direitos fundamentais – aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional – e direitos humanos – os reconhecidos em documentos de direito internacional – ver SARLET, 2010, p. 27 – 35) encontram-se em um grau mais elevado no sistema jurídico, basta perceber sua concepção como cláusulas pétreas, sendo assim o instituto da denúncia precisa ser pensado através de uma lógica diferente quando se tratar de tratados internacionais de direitos humanos.

A questão oferece diversos posicionamentos uma vez que frequentemente guarda coerência com a problemática sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, ou seja, o entendimento por uma hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos pode levar a um entendimento enquanto a compreensão de direitos humanos materialmente constitucionais (aprovados antes da entrada em vigor da emenda constitucional 45/2004) e outros material e formalmente constitucionais (aprovados mediante o rito do

§3 do Art. 5º da CF/88), leva a resultados distintos na compreensão da possibilidade de denúncia dos tratados em questão.

No Supremo Tribunal Federal onde a tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos é a atualmente vigente, tendo em vista a última decisão acerca do depositário infiel no Recurso Extraordinário 466.343 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (2008), a questão sobre a possibilidade de denúncia e quais seus requisitos não se encontra resolvida, a ADI 1625 questiona a denúncia unilateral realizada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso sobre a convenção 158 da OIT, na ADI em questão apenas o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa já foi publicado, no caso o Ministro entendeu que somente com a anuência do Congresso Nacional poderia o Estado se eximir de suas responsabilidades frente o tratado internacional que assinou, apontou o Ministro Joaquim Barbosa que existe uma “tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados” (2009, p. 20), sendo assim o Ministro entendeu ser procedente a ação para declarar inconstitucional a denúncia realizada sem anuência do Congresso Nacional, porém a decisão definitiva sobre a questão ainda não foi proferida.

Em sentido semelhante encontra-se a compreensão de Flávia Piovesan (2010, p. 79 – 81), a autora aponta que com o advento do §3 do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos, os materialmente constitucionais, e os material e formalmente constitucionais, neste caso apenas os primeiros seriam denunciáveis, enquanto aqueles que seguissem o rito do §3 não poderiam ser denunciados. Na opinião da autora é uma das peculiaridades do regime de direito internacional público que o Estado possa se subtrair dos direitos internacionais que incorporou, salvo no caso de ingressarem a Constituição formal, onde não há mais a possibilidade de denúncia, completa a autora que mesmo onde é possível proceder a extinção unilateral da obrigação o

Estado só poderia fazê-lo mediante a anuência do Congresso Nacional, e não apenas por simples decreto do Executivo.

Entretanto, esse entendimento exposto baseia-se na compreensão de que os tratados são sim denunciáveis, porém, abalizada doutrina entende que a denúncia é ineficaz ou impossível, a depender da qualidade de apenas materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais dos tratados que se pretenda denunciar, esta é a compreensão de Valério de Oliveira Mazzuoli (2005, p. 325):

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no status de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é tecnicamente possível (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República neste caso), mas totalmente ineficaz sob o aspecto prático, uma vez que os efeitos do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum do §3 do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria possível mas ineficaz, pois agora ela será impossível do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la.

Sendo assim pode-se fazer uma indagação, se se considerar conforme preconiza Mazzuoli que não há qualquer maneira possível de afastar seu compromisso assumido através do rito do §3 do art. 5º, quer no plano interno quer no plano internacional, significa dizer que os tribunais internacionais aos quais se encontra submetido o Brasil, ou o acesso a esses tribunais, passariam a integrar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ou seja, se nem com a anuência do Congresso Nacional

mediante quórum qualificado de emenda constitucional pode o Estado desengajar-se de seu compromisso no plano internacional, então esse engajamento deve de alguma forma ser um direito fundamental acobertado pela proteção das cláusulas pétreas.

Entretanto também se poderia colocar que não mediante a denúncia mas através de uma emenda específica o legislador poderia abrir um caminho para a desvinculação do Estado em relação a organismos internacionais, neste caso não haveria como cogitar encontrar-se diante de cláusula pétrea, ou tal emenda seria inconstitucional, e também haveria de passar pelo crivo de uma eventual proibição de retrocesso, isto tudo claro, levando em consideração que a tese exposta por Mazzuoli venha a se tornar majoritária, e que os tratados aprovados mediante o procedimento exposto no §3º do art. 5º sejam impossíveis de serem denunciados em qualquer hipótese. Talvez essa questão não tenha despertado ainda muito interesse pois muitas vezes os organismos internacionais são como na metáfora de Hobbes (2003, p. 143) “Pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém”, mas cada vez mais essas entidades devem buscar o equilíbrio, não pleiteando se tornar um superestado acima dos estados nem aceitando impotentes o desrespeito de nações poderosas, e sim organismos capazes de criarem e guiarem uma primazia no respeito aos direitos humanos.

Antes de trabalhar a questão mais controversa acerca da hierarquia dos direitos humanos no direito brasileiro cumpre relatar que, conforme expõe Ingo Sarlet (2013, p. 99), nada impede que o legislador evite todas essas problemáticas quanto a incorporação de tratados e simplesmente opere mediante emenda constitucional a inserção no sistema interno de direitos fundamentais o que estiver preconizado em qualquer tratado. Neste caso obviamente não mais se estará tratando de incorporação de tratados internacionais no direito interno, e sim de reconhecimento de direitos tendo como base documentos internacionais, conforme aponta a doutrina

constitucionalista isto não seria nenhuma novidade, uma vez que a extensa lista de direitos fundamentais contida na Constituição Federal é inspirada em diversos documentos internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica ou o *Bill of Rights* da ONU (SARLET, 2013).

3. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro

Conforme já exposto neste trabalho, o §3º do Artigo 5º da Constituição Federal, inserido pela emenda constitucional 45 de 2004, teve como objetivo resolver a questão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, uma vez observado o obrigatório procedimento esculpido no parágrafo em questão os direitos humanos constantes dos tratados internacionais passarão a integrar material e formalmente a Constituição brasileira, esta é a conclusão alcançada por expressiva doutrina, tanto no campo constitucional quanto internacional, apenas para ilustrar mencionamos Flávia Piovesan(2010, p. 43 – 110), Valério de Oliveira Mazzuoli (2005, p. 303 – 329), Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 101 – 109), Francisco Rezek (2011, p. 132 – 133), Celso Lafer (2005, p. 14 – 18).

Entretanto a maior problemática sempre se deu e continua a ser relevante quanto aos tratados aprovados por decreto legislativo mediante maioria simples, ou seja, segundo o rito anterior a emenda 45, neste caso, dentre as diversas teorias acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito interno brasileiro talvez a que tenha maior aceitação da doutrina seja a de posicioná-los como direitos de natureza materialmente Constitucional. Dentre seus principais defensores se encontra o internacionalista Antonio Augusto Cançado Trindade, que foi responsável pela proposta do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, bem como José Joaquim Gomes Canotilho e Flávia Piovesan.

Partindo das palavras do próprio Cançado Trindade (1991, p. 631), vez que elaborou o parágrafo mencionado, temos o seguinte entendimento:

A novidade do art. 5º(2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avencei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Aponta o autor que a constitucionalização dos direitos humanos constantes de tratados internacionais vai ao encontro da proteção prevista pela Constituição Federal, o parágrafo 2º do artigo 5º teria sido elaborado exatamente para não deixar dúvidas quanto ao caráter constitucional dos direitos previstos nestes tratados, a fim de garantir-lhes proteção contra emendas ou até mesmo simples leis ordinárias que poderiam contrariá-los.

Neste caso a Constituição teria conferido um status especial aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, que não se confundiriam com demais tratados que versem sobre outras áreas do direito, estes teriam que passar por aprovação em forma de lei e poderiam ser revogados, já aqueles que tratassem de direitos humanos estariam protegidos pela norma constitucional.

Entender em sentido contrário seria, na concepção de Flávia Piovesan (2012, p. 115), não conferir ao texto constitucional sua máxima efetividade, uma vez que não poderia se concluir por interpretação à norma constitucional que lhe retire ou diminua a razão de ser. Portanto, sobretudo em questões envolvendo direitos fundamentais, no entendimento da autora deve haver a primazia da interpretação que maior confira efetividade ao

preceito constitucional, o parágrafo 2º do artigo 5º coloca os direitos humanos presentes nos tratados como normal constitucional, enquanto o parágrafo 1º do mesmo artigo os confere imediata efetividade.

Cançado Trindade (1997) expõe que por esta previsão constitucional os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se diferem dos tratados em geral, enquanto para os demais tratados seria necessário a intermediação do poder legislativo na positivação de suas determinações, os Tratados sobre Direitos Humanos automaticamente passariam a integrar o elenco os direitos constitucionalmente consagrados e seriam imediatamente exigíveis.

Explica Flávia Piovesan (2012, p. 117) que apesar dos direitos humanos que constem unicamente de tratados não se encontrarem positivados na constituição, a própria constituição prevê a hierarquização destes direitos como norma constitucional, não fosse essa a interpretação correta, aponta a autora, ficaria sem sentido a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

No mesmo sentido a lição do autor português José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 982) acerca do bloco de constitucionalidade material:

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, se forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

Ou seja, para o constitucionalista português não poderíamos pensar em direito constitucional apenas a partir do texto positivado na Constituição, o bloco de constitucionalidade seria composto por todos aqueles direitos que decorressem de preceitos constitucionais, principalmente em se tratando de direitos humanos, quando a própria constituição prevê que deve se dar o entendimento mais favorável possível.

De certa forma chega a ser incompreensível a possibilidade de negar essa afirmação recém mencionada quanto a existência de um bloco de constitucionalidade mais amplo que o positivado na Constituição, uma vez que é pacífico tanto em doutrina quanto em jurisprudência a existência de princípios e direitos fundamentais implícitos no texto constitucional, ou seja, não positivados expressamente.

Expõe Flávia Piovesan três categorias de direitos fundamentais previstos pela própria constituição, aqueles previstos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, todo o extensivo rol do artigo 5º, bem como os previstos em tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte, e, por fim, os direitos implícitos, que são aqueles subentendidos em meio às garantias constitucionais, ou decorrem dos regimes ou princípios adotados pela constituição.

Sendo assim, os direitos humanos previstos em tratados internacionais não se confundiriam com os implícitos, uma vez que os primeiros possuem documento específico que bastaria ser examinado para ter sua apreensão, enquanto os implícitos obviamente poderiam ficar a cargo da interpretação, da mentalidade social de determinado momento, ou de diversos outros fatores já que se trataria de um rol vago, elástico, subjetivo e, por fim, impreciso (PIOVESAN, 2012, p. 114)

Entretanto este entendimento amplamente defendido pela doutrina nunca obteve sucesso nos tribunais superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que equiparou desde 1977 até 2008 os tratados internacionais às leis ordinárias. No Recurso Extraordinário número 80.004 de 1977, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, o STF veio a consolidar, por unanimidade, a paridade entre os tratados internacionais e as leis federais. Este caso versava sobre tema comercial, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que haveria a revogação de parte da Convenção de Genebra sobre títulos cambiais, conhecida como Lei Uniforme de Genebra, pelo decreto-lei 427/69 que regulava parte da matéria de maneira

diversa. Sendo assim operava-se mera lei posterior derogando lei anterior, no caso, o decreto-lei posterior derogando o tratado internacional de direito comercial.

Conforme mencionado, o caso em questão não versava sobre direitos humanos, portanto sua disciplina não viria, em tese, a afetar a hierarquia que os tratados que são objeto do presente estudo, contudo, o mesmo entendimento veio a ser transposto para as controvérsias envolvendo tratados internacionais de direitos humanos no julgamento do Habeas Corpus 72.131/RJ de 22 de novembro de 1995, de relatoria do Ministro Moreira Alves (1995), sendo contundente no seguinte trecho:

(...)inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescrever a Lei Fundamental da República (...).

Entenderam os ministros que jamais o tratado ou o direito internacional poderia limitar a competência outorgada pela própria Constituição Federal, sendo assim, o Pacto de São José da Costa Rica, que no entendimento do Supremo Tribunal Federal na época situava-se no mesmo nível de eficácia e autoridade de leis ordinárias internas, não poderia impedir a aprovação de legislação pelo Congresso Federal que viesse a obedecer à disposição da prisão civil do depositário infiel contida do artigo 5º, inciso LXVII, da própria Constituição.

Sendo assim, foi estendida a interpretação no STF de paridade entre lei ordinária e tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, tal entendimento somente foi revisto com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 de 2008, onde o STF alterou sua posição, passando a adotar a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais.

Entendimento acerca de uma hierarquia diferenciada dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos foi elaborada no âmbito do STF inicialmente pelo Ministro Sepúlveda Pertence (2002), em sua atuação no julgamento do RHC 79.785-RJ de novembro do ano 2002, onde versava polêmica acerca da determinação do Pacto de São José da Costa Rica do duplo grau de jurisdição, elaborando o seguinte voto:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição. Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º parágrafo 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Sendo assim, o Ministro também inclui em seu voto que não confere prevalência frente à Constituição por parte dos tratados internacionais, portanto, não sendo favorável à aceitar a equivalência entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias, o único local onde poderiam se colocar é em posição de inferioridade frente à norma constitucional mas de superioridade à lei ordinária, ou seja, o tratado internacional ocuparia um espaço intermediário caracterizando o caráter supralegal.

Contudo, tal entendimento neste momento ainda era minoritário na corte suprema, como mencionado anteriormente a tese majoritária ainda era a da paridade entre tratados internacionais e lei ordinária, somente com o julgado do Recurso Extraordinário 466.343 de 2008 que o Supremo Tribunal Federal efetivamente alterou seu posicionamento quanto a esta questão da hierarquia dos tratados internacionais frente o direito interno (MENDES, 2002).

O Recurso Extraordinário 466.343, que versava novamente sobre a prisão do depositário infiel, teve como mentor da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil o Ministro Gilmar Mendes (2010), que conceitua a supralegalidade da seguinte forma:

É mais consistente a interpretação que atribui característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

Gilmar Mendes expõe que adquire seu raciocínio através da defesa de um Estado Constitucional Cooperativo. O ministro ao elaborar este entendimento, aponta que o Estado Constitucional atual não pode ficar voltado apenas para si mesmo, e sim para a cooperação internacional. E entende que é exatamente neste contexto internacional que a coordenação se faz necessária na busca dos direitos humanos e fundamentais.

Além disso, entende que a própria Constituição Federal indica essa cooperação a nível internacional, quando estabelece a integração latino-americana no parágrafo único do artigo 4º, bem como no próprio parágrafo 2º do artigo 5º que abre ao ingresso de outros direitos e o parágrafo 4º que determina que o Brasil se submete a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Por fim, Gilmar Mendes (2010) aponta ainda que tal entendimento a favor da supralegalidade é adotado também por diversos países ao redor do mundo, como a Alemanha que detêm previsão específica em sua Constituição, assim como a França e a Grécia, e o próprio Reino Unido, que, no entendimento do ministro, não demonstra mais o Estado como soberano absoluto, estando atento as transformações do direito internacional dos direitos humanos.

Neste sentido se deu o voto do Ministro que veio a se tornar a atual jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, no próprio voto encontramos a menção a supralegalidade dos tratados da seguinte forma:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art.1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002). (MENDES, 2002)

Sendo assim, essa decisão acabou por alterar o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que desde 2008 vem decidindo neste sentido conferindo hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos. Tal decisão incidentalmente também levou a edição da súmula vinculante número 25, determinando que não haverá prisão civil do depositário infiel, enfatizando o posicionamento do STF por uma maior efetivação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, e também no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça acabou por sumular a matéria em sua súmula número 419.

Além dos diversos argumentos já apresentados sobre a melhor interpretação conduzir a uma compreensão dos tratados como materialmente constitucionais a partir da leitura do §2º da Constituição Federal, também cabe destacar que Ingo Sarlet menciona que o argumento utilizado para assegurar a tese da supralegalidade pelo Ministro Gilmar Mendes, que fala que uma ampliação inadequada dos sentidos possíveis da

expressão direitos humanos poderia levar a uma descontrolada e perigosa via para produção normativa, não seria um argumento que por si só poderia ensejar a suprallegalidade, uma vez que conforme colocado pelo autor as eventuais distorções podem ocorrer até mesmo nos direitos consagrados na Constituição e sua superação deve se dar pela aplicação das diretrizes hermenêuticas adequadas (SARLET, 2013, 105 – 106).

Retornando enfim ao status constitucional atribuído pelo §3 do Art. 5º da CF, um último problema a ser analisado é o levantado por Valério de Oliveira Mazzuoli (2005, p. 323), o autor elabora que a aprovação mediante o rito estabelecido neste caso, que levaria a hierarquia material e formal constitucional dos direitos inscritos no tratado, poderia se tornar uma situação pior em comparação a hierarquia meramente material, uma vez que a equivalência às emendas poderia levar o tratado a ser declarado inconstitucional.

Tal argumento entende-se difícil de prosperar por diversos motivos, em primeiro lugar, como já exposto anteriormente, a aprovação mediante o rito trazido pela emenda constitucional 45 traz diversos benefícios, o principal sendo a resolução da questão da hierarquia, que como recém trabalhamos ainda é posta pelo STF como suprallegal para os tratados aprovados antes da emenda. Além disso destaca-se a questão da ampliação da legitimidade democrática dos tratados, a sua normatividade reforçada e, no mínimo, um fortalecimento dos argumentos contra a possibilidade de denúncia dos tratados, esses benefícios expostos ao longo do trabalho em si já servem para demonstrar que não se pode cogitar que seja pior a situação em que um tratado venha a ser aprovado pelo rito do §3 do art. 5º.

Além disso é uma questão lógica, por menor que seja a força conferida as características formais por uma teoria e mais que se busque privilegiar a materialidade, não há como argumentar que algo que é materialmente constitucional encontra-se em posição superior a um direito que seja material e formalmente constitucional. Conforme também já foi exposto,

Flávia Piovesan (2012, p. 114) menciona que o bloco de constitucionalidade material sempre se torna algo vago e incerto, e como Ingo Sarlet (2013, p. 103) menciona a presunção de materialidade que se opera as normas formalmente constitucionais. Não há como entender que não torna-se mais robusta a proteção ao direito que encontra-se de forma material e formal na Constituição.

O argumento apresentado por Mazzuoli (2005, p. 324) seria de que a norma de direito internacional que se tornasse formalmente constitucional poderia ter um âmbito de proteção menor, e neste sentido diminuir a proteção constitucional sobre determinado direito, o que levaria a declaração de inconstitucionalidade, no caso da norma apenas materialmente forma ela ainda perduraria, uma vez que apenas iria-se buscar a primazia da norma mais favorável, mas se realmente a Constituição Federal outorga um grau de proteção mais elevado é difícil vislumbrar alguma situação que a norma que seria declarada inconstitucional (caso estivesse presente também no plano formal) seria invocada para resguardar algum direito.

Além disso, pode-se pensar que mesmo que a norma internacional ofereça um grau de proteção menor em relação a norma de direito fundamental positivada na constituição, ela não necessariamente deverá ser declarada inconstitucional, já que por um outro ângulo ela sempre estará aumentando o âmbito de proteção, uma vez que pelo menos na parte a qual a norma se destina a proteger ela estará invocando também a proteção de uma instância internacional, que não poderia ser invocada se houvesse apenas um direito fundamental não condicionado a jurisdição de qualquer tribunal internacional (SARLET, 2013). Ou seja, perante o direito interno a norma mais protetiva continuará com sua plena eficácia, mas caso não haja um atendimento do direito pela jurisdição interna a norma menos protetiva internacional ainda pode servir como uma última salvaguarda daquilo que o Estado houver se obrigado perante a jurisdição internacional, partindo desta lógica a ampliação formal dos direitos fundamentais da constituição através

dos tratados internacionais estará sempre ampliando o âmbito de proteção, mesmo que seja apenas através da criação de mais instâncias para as quais o indivíduo poderá pleitear estes direitos.

4. Conclusão

Conforme exposto ao longo do trabalho, as questões envolvendo os tratados internacionais de direitos humanos ainda seguem apresentando diversos problemas não resolvidos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme diversos autores, como Valério de Oliveira Mazzuoli (2005, p. 318) e Ingo Sarlet (2010, p. 94), expõem que o legislador pudesse ter sido mais satisfatório na elaboração da emenda constitucional 45 em relação ao §3º do Art 5º de forma a resolver essas questões.

Entretanto deve-se trabalhar com o que temos, e no caso é o que a doutrina vem tentando fazer, apresentar resposta para as diversas questões que surgem sobre a relação entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno. O objetivo do presente trabalho portanto foi, em primeiro lugar, apresentar como a doutrina vem resolvendo essas questões, sobre a obrigatoriedade de se ater ao novo rito estabelecido pelo §3 do Art. 5º, também sobre a possibilidade ou não de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos, e a grande problemática sobre a hierarquia destes tratados no direito interno.

Conforme exposto ao longo do trabalho, ao buscar uma compreensão sistemática do direito, ou seja, não enxergando apenas o §3º do Art. 5º de forma isolada, e sim de forma afinada com o §1º e com o §2º, além dos fundamentos e princípios constitucionais, uma significativa doutrina sempre defendeu, até mesmo antes da emenda, a inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos em um bloco de constitucionalidade material.

Tal problemática sobre a hierarquia, como apresentado, diz respeito àqueles tratados aprovados antes da emenda, após a emenda (se utilizado o rito do §3º) entende-se haver um consenso, estão acobertados de materialidade e formalidade constitucional, mas isto não impede outros problemas, a questão envolvendo a possibilidade de denúncia destes tratados continua não tendo uma resposta definitiva, a obrigatoriedade de obediência ao rito para incorporação de tratados trazido pela emenda 45/2004 se apresentou como a resposta mais coerente para esta problemática, além de eventuais argumentos sobre eventual inconstitucionalidade do §3º do artigo 5º, que entende-se não ser a melhor opção.

Sendo assim o objetivo principal foi demonstrar que mesmo que não se tenha respostas prontas para todas estas questões é possível tentar filtrar as respostas possíveis através de uma compreensão sistemática do direito, enxergando o direito como uma unidade, hierarquizada axiologicamente, e buscando encontrar respostas através da Constituição, e não apenas através de pré-compreensões do intérprete.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º edição. São Paulo. Malheiros. 2014.
- BARBOSA, Joaquim. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625-3**. Voto-Vista. Disponível:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5º edição. São Paulo. Saraiva. 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10º edição. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1999.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 22.11.2008.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ: 29.12.1977.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131/RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 22.11.1995.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 79.785..** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 22.11.2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo. Saraiva. 1991.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1º ed. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 22
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3º ed. Coimbra. 2001.
- FREITAS, Juarez. A melhor interpretação vs. Única resposta correta. In: **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo. Malheiros. 2005.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª edição. São Paulo. Malheiros. 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis/RJ. Vozes. 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 10º ed. Petrópolis/RJ. Vozes. 2018
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo. Martins Fontes. 2003.
- LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**. 1º ed. São Paulo. Método. 2005
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2008.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3 do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris**. v. 32. n. 98. Porto Alegre. Junho de 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 6º ed. 2010.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11º Ed. São Paulo. Saraiva. 2010.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13º ed. São Paulo. Saraiva. 2011.
- SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10º ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.
- SARLET, Ingo. Notas sobre as relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Controle de Convencionalidade**. Brasília. Gazeta Jurídica. 2013.
- SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: NEVES, Marcelo (Org.). **Transnacionalidade do Direito**. São Paulo. Quartier Latin. 2010. p. 81.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 11ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014.
- TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça**. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04. São Paulo. Saraiva. 2005.

Artigo recebido em: 26/06/2020.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O Ministério Público e a violência policial na cidade do Rio de Janeiro: um estudo do caso Favela Nova Brasília e do controle de convencionalidade

Public Prosecutor's Office and the police violence in Rio de Janeiro: a research on the case Favela Nova Brasília and the conventionality control

Sidney Guerra¹
Raquel Guerra²
Bárbara Manganote³

Resumo: A pesquisa tem o objetivo de avaliar o papel desempenhado pelo Ministério Público no contexto da violência policial, com enfoque na cidade do Rio de Janeiro, a partir da análise da Sentença do caso Favela Nova Brasília proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um diálogo com o controle de convencionalidade. Isto é, pondera-se a atuação do Ministério Público, através da sua função de controle externo da atividade da polícia, na contribuição – e perpetuação – da violência policial como um problema estrutural na sociedade brasileira. Neste cenário, a pesquisa realiza este estudo por meio da análise do importante instrumento que é o controle de

¹ Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Doutor e Mestre em Direito (UGF). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Professor titular da Universidade do Grande Rio (Unigranrio). Visiting da Stetson University Law School. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA). Advogado.

² Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista CAPES. Mestre em Relações Internacionais pela Universidad Torcuato di Tella (Buenos Aires, 2018), pós-graduada em Ajuda Humanitária e ao Desenvolvimento pela PUC-Rio (2013), Advogada, com formação jurídica pela Universidade Cândido Mendes (graduação, 2011). É especialista em Direitos Humanos, com experiência profissional na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Pesquisadora do LEPADIA/UFRJ. Professora licenciada da Cândido Mendes, Advogada colaboradora na área de direitos humanos na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Juíza em Competições Internacionais de simulação da Corte Interamericana desde 2017 (Moot Court American University -USA e Instituto Colombiano de Derechos Humanos).

³ Pós-graduanda em Direitos Humanos pelo IGC/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra e em Direito Constitucional Aplicado pela UNICAMP (Extrecamp). Graduada em Direito pela FACAMP. Advogada e pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Público da UFRJ.

convencionalidade, que desempenha a função de verificação da compatibilidade das normas domésticas – bem como sua aplicação – com as normas internacionais, principalmente normas de Direitos Humanos. Para tanto, será realizada a análise da sentença Favela Nova Brasília sob a ótica do controle de convencionalidade para identificar o papel do Ministério Público dentro do contexto da violência policial na cidade do Rio de Janeiro. E, desta forma identificar se as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos foram aplicadas pelo Ministério Público no caso e, após a sentença, se as medidas determinadas pela Corte foram implementadas pelo órgão.

Palavra-chave: Controle de Convencionalidade; Ministério Público; Caso Favela Nova Brasília; Violência policial.

Abstract: this research aims to analyze the Public Prosecutor's Office role in the police violence context, focusing on the city of Rio de Janeiro, through the study of the Favela Nova Brasília sentence judged by the Inter American Court of Human Rights in compliance with the conventionality control. Therefore, it is taken into consideration the role of the Public Prosecutor's Office in external control of police activity and its contribution and perpetuation in police violence as a structural problem in brazilian society. In this scenario, this essay carry out this study through analysis about the conventionality control, which performs the function of checking the compatibility of domestic law – as its enforcement – in accordance with international law, especially human rights law. Therefore, the Favela Nova Brasília sentence will be analyzed through the conventionality control in order to comprehend the Public Prosecutor's Office role in police violence in Rio de Janeiro. Hence, it will be possible to identify if international human rights law has been applied by the Public Prosecutor's Office in the case and, after the judgment, if all measures determined by the Court was executed.

Key-words: Conventionality control; Public Prosecutor's Office; Favela Nova Brasília case; police violence.

1. Introdução

A presente pesquisa objetiva estudar o papel do Ministério Público na manutenção em relação a violência policial perpetrada no Rio de Janeiro, bem como as suas funções constitucionais. Para tanto, a pesquisa analisa a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília. Assim, utiliza-se o instituto do controle de convencionalidade, fundamental para compreender o papel do Estado, principalmente do Ministério Público, diante de suas obrigações internacionais.

A primeira parte da pesquisa, em seu tópico 2, trata de introduzir e contextualizar o assunto, de forma a demonstrar aspectos importantes do

Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em particular os dois órgãos de proteção (Comissão Interamericana e a Corte Interamericana), a partir de breve explanação sobre suas funções e o processo histórico de incorporação desse Sistema nos países americanos e, na sequência, apresentar o controle de convencionalidade, importante instrumento de verificação de compatibilidade de normas nacionais e internacionais.

Passa-se, então, para o segundo momento da pesquisa, no qual é feito a análise da sentença do Caso Favela Nova Brasília em um diálogo com a violência policial na cidade do Rio de Janeiro. De forma geral, o Brasil é um país com alto índice de violência policial, entretanto, os dados mostram que o estado do Rio de Janeiro, principalmente a cidade em si, se destaca entre os demais por ter uma das polícias mais violentas do país (CAESAR, 2021) e, este ponto é fundamental para o diálogo que a pesquisa fará entre a Sentença, o papel do Ministério Público e o olhar a partir do controle de convencionalidade.

Chega-se, então, no ponto quatro da pesquisa, onde foram analisadas as funções institucionais do Ministério Público, principalmente sob o olhar de sua função de controle externo da atividade policial, estabelecendo um diálogo entre este aspecto com o próprio controle de convencionalidade. Isto é, pontua-se a ligação entre o instrumento de compatibilização de normas e atos do Estado com as normas internacionais e os atos praticados pelo órgão e, em qual medida, este deve atentar-se para as normas internacionais, em vista de suas funções constitucionais enquanto órgão essencial para o Estado democrático de Direito.

De forma geral, esta pesquisa pretende contribuir para o debate acerca da violência policial na cidade do Rio de Janeiro. Em especial ao trazer o foco para a atuação do Ministério Público, a partir do diálogo entre suas funções institucionais com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a saber o conceito do controle de convencionalidade e o estudo

focado na sentença do caso Favela Nova Brasília apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A relevância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, a atuação da Corte IDH e o controle de convencionalidade

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos compõe um dos cinco Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, conjuntamente com o Sistema Europeu, Africano, Asiático e o Árabe. A sua importância se dá justamente pela estrutura de normas internacionais que pretendem proteger os Direitos Humanos dentro do continente americano, ao consagrar um ambiente regional de solidariedade e de objetivos comuns de uma sociedade mais justa e igual.

De outro lado, interessante notar que antes mesmo da proteção dos direitos humanos estar prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, quando da criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), já existia a intenção de criar um clima de solidariedade e cooperação dentro das Américas, com países que compartilhariam de objetivos e valores em comum (GUERRA, 2014). Esse aspecto é observado pela Declaração Americana, de 1948, que em seu bojo trouxe grande preocupação com os Direitos Humanos, em destaque para seu preâmbulo que já estabelece a igualdade entre todos os homens. É por este motivo também que podemos entender o Sistema Interamericano como um sistema duplo de proteção aos direitos humanos, um sistema que abarca a Carta da OEA e a Declaração Americana, e posteriormente a Convenção Americana (GUERRA, 2015).

A estruturação de um Sistema Regional Americano nasce nesse contexto, de países americanos que de certa forma já tinham valores que os conectavam e, a partir de uma estrutura mais bem trabalhada, surge o Sistema Interamericano, que é resultado de uma reunião de países da

América, na Primeira Conferência Internacional Americana em Washington, no ano de 1889.

O surgimento desse sistema marca, de certo modo, a universalização dos Direitos Humanos, fruto do primeiro acordo internacional sobre Direitos Humanos por ocasião da IX Conferência Internacional Americana de 1948, florescendo a Declaração Americana de Direitos Humanos do Homem. Em mesmo período é adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos (GUERRA, 2018).

Dentro desse contexto, no mundo, estruturava-se e fortalecia-se o sistema europeu concomitantemente com a própria criação da Organização das Nações Unidas; foram processos que ocorreram em momentos muito semelhantes, marcado pela preocupação internacional com questões humanitárias e de Direitos Humanos, principalmente depois das grandes crises humanitárias que o mundo passava pós Primeira e Segunda Guerra.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos organizou-se com a composição de dois órgãos, objetivando ampla proteção e garantia desses direitos, em vista do objetivo de universalização dos Direitos Humanos. Estes órgãos são a Comissão Interamericana (fundada em 1959) e a Corte Interamericana (fundada em 1978).

São os órgãos os responsáveis pela proteção e promoção dos Direitos Humanos nas Américas e, também, são os responsáveis por receber denúncias de violações de direitos humanos e investigá-los. Assim, no polo passivo dos casos investigados pela Comissão e pela Corte estão os Estados, que respondem pelas violações destes direitos, independente de quem o tenha dado causa. Nesse cenário, importante marco para o Direito Internacional é o reconhecimento de outros novos sujeitos de direito, rompendo com as características tradicionais do direito internacional passando a prever a sociedade civil como importante sujeito internacional para proteção e promoção desses direitos (exemplo: ONG's) (GUERRA, 2018).

A responsabilidade do Sistema Interamericano de fazer os Direitos Humanos serem protegidos e promovidos no continente como um todo, é uma responsabilidade complementar a responsabilidade do Estado de garantir e promover esses direitos. Esta característica marca a função subsidiária do direito internacional, que só atua quando finda todas as tentativas de solução no direito doméstico (GUERRA, 2018).

Por este motivo que a atuação do Direito Internacional chega somente quando o Estado falha com sua função, e essa característica é também fundamental para separar a atuação dos Tribunais e os demais órgãos protetores dos Direitos Humanos. Dentro desse aspecto, a própria Comissão e a Corte exercem funções diferentes (GUERRA, 2020).

A Comissão tem atuação primária a da Corte, isto é, as denúncias de violação de Direitos Humanos passam num primeiro momento à análise da Comissão que, dentro de suas atribuições, formula pareceres, recomendações, estudos e relatórios e passa estes ao Estado Réu para que ele possa cumprir tais recomendações. Acaso não seja cumprido as disposições da Comissão, o caso é levado à Corte para julgamento (RAMOS, 2018).

Assim, à Corte é resguardado a função contenciosa e consultiva, de forma que a primeira funciona quando a Comissão encaminha para a Corte os casos de violações de Direitos Humanos, cabendo à Corte investigar e proferir sua decisão sobre o caso, enquanto a segunda permite que os Estados recorram à Corte para questionar dúvidas acerca de aplicação da legislação de direitos humanos entre outros (RAMOS, 2018).

Da sentença da Corte advém as obrigações dos Estados que são julgados, podendo haver obrigações de fazer, não fazer e de dar. Podem dizer respeito a necessidade do Estado de indenizar a vítima, como também de adequar a legislação interna, ou até mesmo da necessidade de se adotar determinadas políticas públicas visando que aquele direito humano violado seja garantido e promovido em âmbito nacional (RAMOS, 2018).

A Corte, dessa forma, apresenta-se como importante Tribunal de Direitos Humanos, e tem função de orientar Estados e julgá-los, de forma a garantir ao máximo que os Direitos Humanos sejam antes promovidos, mas, se violados, sejam protegidos e reparados. Essa função permite com que haja no continente americano ambiente favorável para criarem-se valores de direitos humanos dentro dos países e até mesmo entre eles, por meio de uma relação de solidariedade e igualdade. Do nascimento do Sistema Interamericano é que muitos Estados alteraram leis internas, no que tange, por exemplo, abolição de penas de morte, ou com leis discriminatórias de populações em situação de vulnerabilidade.

A partir dessa ótica, pode-se avaliar o papel da Corte em seu julgamento em casos de violações de direitos humanos e interpretar os aspectos positivos e negativos dos Estados diante de casos em que figurem no polo passivo dessas Ações. Em vista disso, o Controle de Convencionalidade apresenta-se como importante instrumento jurídico internacional nesse campo por permitir que os profissionais que atuam na área jurídica observem para o cumprimento do Estado brasileiro com as normas internacionais, isto é, assim como as normas internas brasileiras devem estar em consonância com a Constituição Federal, haja vista a hierarquia de normas, o Brasil deve atentar-se também aos Tratados e Convenções Internacionais dos quais é parte, isto por meio do controle de convencionalidade (GUERRA, 2020).

Assim, pode-se pensar em um controle de convencionalidade a partir do momento em que o Brasil estabelece relações jurídicas internacionais com os demais países. O Brasil, com relação aos Direitos Humanos viu-se obrigado a cumprir voluntariamente com normas internacionais, desde o momento em que assinou e ratificou diversos Tratados. Isto é, todo o processo histórico de incorporação de normas protetivas de direitos humanos no direito interno brasileiro remonta ao século passado, cujo período foi marcado principalmente pela movimentação internacional de proteção e

promoção dos direitos humanos. A partir daí nascem inúmeros tratados e convenções que protegem os direitos humanos, bem como os próprios Estados nacionais se movimentam para incorporar essas leis, e isto não foi diferente para o Brasil (GUERRA, 2020).

Com efeito, o controle de convencionalidade permite que seja verificado o cumprimento do Estado brasileiro com suas obrigações internacionais, e isto engloba as próprias decisões de Tribunais Internacionais, como a Corte Interamericana. Na medida em que o Brasil reconhece a jurisdição da Corte, ao permitir que ela cumpra com sua função consultiva e contenciosa, o próprio Brasil obriga-se, voluntariamente, a respeitar e cumprir com as decisões proferidas pela Corte nos casos apreciados por ela (GUERRA, 2020).

O advento da Constituição de 1988, com o processo de redemocratização, permitiu que o ordenamento jurídico brasileiro se tornasse mais complexo e completo do ponto de vista das relações entre as normas e da ampla proteção de direitos, tanto os direitos individuais, como os sociais, políticos, civis, coletivos. Com a incorporação dos Tratados Internacionais e com a aproximação do Brasil com os Direitos Humanos, o sistema jurídico nacional tornou-se um sistema composto por normas supraconstitucionais, constitucionais, leis ordinárias, supralegais (GUERRA, 2020).

Em estudo específico sobre o tema, foi assentado a relação que se estabelece entre o direito internacional e o direito interno, no sentido de pensá-los em uma forma harmônica, isto é, ao trabalhar em conjunto com um sentido em comum, haja vista que na prática sempre existiu conflitos entre o direito internacional e o direito interno, quando do contraste com os interesses internos dos Estados. De outro lado é importante enfatizar o caráter *jus cogens* dos direitos humanos na ordem internacional, que permite garantir os direitos humanos como universal, impondo ao Direito

internacional o reconhecimento de que todo ser humano tem seus direitos humanos e ninguém pode ser privado de seus direitos (GUERRA, 2020).

Assim é possível que no direito brasileiro seja feito o controle de constitucionalidade e também o controle de convencionalidade, tanto no controle difuso como concentrado. E isto marca importante passo do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a dignidade da pessoa humana e dos objetivos que o país se vinculou quando da ratificação de tratados e convenções, bem como da feitura da Constituição Federal, de 1988 (GUERRA, 2020).

Do analisado neste ponto, conclui-se que o controle de convencionalidade é instrumento que pode e deve ser utilizado para verificar o compromisso e o cumprimento do Estado brasileiro com as decisões proferidas pela Corte Interamericana, ou seja, se os profissionais do Direito que atuam nos poderes constituídos do Estado (Judiciário, Executivo e Legislativo) atentam-se para o cumprimento das normas e decisões internacionais.

3. Análise do Caso Favela Nova Brasília e a violência policial no Rio de Janeiro

O objeto desta pesquisa atenta-se principalmente para a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília. É por meio dela que é possível compreender a postura do Ministério Público diante do caso, com atenção as funções atribuídas a ele pela Constituição Federal, e permite entender como é o contexto da violência policial dentro da própria cidade do Rio de Janeiro.

O estudo da sentença permitirá verificar o uso do controle de convencionalidade pelo Estado brasileiro para cumprir com todas as determinações contidas na decisão. Dentro desse aspecto, será verificada a postura do Ministério Público, enquanto órgão capaz de fazer uso deste

controle de forma a cumprir com as determinações atribuídas a ele por uma decisão internacional.

A Sentença do Caso Favela Nova Brasília proferida em 16 de fevereiro de 2017, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, diz respeito as falhas de demoras na investigação e punição dos policiais responsáveis pelas execuções extrajudiciais que ocorreram na Favela Nova Brasília, nos anos de 1994 e 1995. A execução resultou na morte de 26 pessoas; ademais, três mulheres foram vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte dos próprios agentes policiais (CORTE IDH, 2017).

O presente caso foi apresentado à Corte Interamericana somente em 19 de maio de 2015, após tramitação na Comissão Interamericana. De forma breve, o processamento do caso na Comissão se deu pela apresentação de petição elaborada pelo CEJIL e pela *Human Rights Watch Americas*, já no ano de 1995 e 1996, logo após o ocorrido. A apresentação do caso à Corte pela Comissão se deu pelo fato de que o Brasil continuou omissos as investigações e punições, mesmo após o processamento do caso diante da Comissão (CORTE IDH, 2017).

A própria sentença faz um estudo sobre a violência policial no Brasil, principalmente com foco na cidade do Rio de Janeiro, ao levantar aspectos do funcionamento e da postura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, do Judiciário e da Polícia, aspecto fundamental para compreender o presente caso e para analisar os motivos pelos quais até o momento da análise do caso pela Corte os policiais não foram condenados a nenhum dos crimes (CORTE IDH, 2017).

Foram especificados na sentença a peculiaridade de cada incursão policial na Favela Nova Brasília, sendo que a do ano de 1994, em 18 de outubro, entre 40 e 80 policiais civis e militares foram os responsáveis por realizar a incursão. Deste número, apenas 28 foram identificados, entretanto, todos participaram da operação policial. Dos fatos se extrai que cinco casas foram invadidas e os policiais dispararam contra as pessoas

indiscriminadamente, tendo em seguida levado os corpos para a praça principal. Não suficiente, em duas das casas invadidas, os policiais cometeram o ato de violência contra as mulheres, sendo que duas eram menores de idade à época, tendo entre 15 e 16 anos (CORTE IDH, 2017).

Nesta operação, a polícia fez como vítima 13 homens, dentre eles quatro crianças, e a Sentença cuidou de identificar os ferimentos realizados pela polícia em cada um deles, conforme consta no parágrafo 116 da sentença (CORTE IDH, 2017):

Alberto dos Santos Ramos, 22 anos (três ferimentos a bala no peito e um no braço esquerdo); André Luiz Neri da Silva, 17 anos (um ferimento a bala nas costas, um na parte esquerda do abdômen, um na mão esquerda, um no pulso direito e um no braço direito); Macmiller Faria Neves, 17 anos (um ferimento a bala na parte de trás da cabeça, um na região temporal esquerda, um no rosto e um no ombro esquerdo); Fábio Henrique Fernandes, 19 anos (oito ferimentos de bala na parte de trás do pescoço, seis ferimentos de bala na parte de trás da perna direita e um ferimento a bala na coxa esquerda); Robson Genuíno dos Santos, 30 anos (dois ferimentos a bala no abdômen e no peito); Adriano Silva Donato, 18 anos (três ferimentos a bala nas costas, na região temporal direita e no braço direito); Evandro de Oliveira, 22 anos (um ferimento a bala nas costas e duas nos olhos - um em cada olho); Alex Vianna dos Santos, 17 anos (dois ferimentos a bala na orelha e no peito); Alan Kardec Silva de Oliveira, 14 anos (dois ferimentos a bala na região temporal direita e na coxa direita); Sérgio Mendes Oliveira, 20 anos (nove ferimentos a bala na boca, no pescoço, no abdômen direito, no ombro esquerdo, na coxa direita, no quadril esquerdo, na nádega direita e dois na nádega esquerda); Ranílson José de Souza, 21 anos (três ferimentos a bala no olho esquerdo, na face esquerda e na parte de trás do crânio); Clemilson dos Santos Moura, 19 anos (dois ferimentos a bala na região temporal direita e um no braço direito); e Alexander Batista de Souza, 19 anos (um ferimento a bala nas costas e dois no ombro direito).

A incursão policial de 1995 fez novas vítimas, somando 26 mortos. Nessa nova incursão, cerca de 14 policias civis entraram na Favela. Diferentemente do primeiro, esta operação apresentava o suposto objetivo de deter carregamento de armas que seria entregue a traficantes naquele local. Neste dia 13 homens foram mortos, conforme parágrafo 119 da sentença (CORTE IDH, 2017):

Cosme Rosa Genoveva, 20 anos (três ferimentos a bala no peito, um no joelho, um no pé e um na coxa); Anderson Mendes, 22 anos (um ferimento a bala na nádega direita e dois na caixa torácica esquerda); Eduardo Pinto da Silva, 18 anos (vários ferimentos a bala no peito); Nilton Ramos de Oliveira Júnior, 17 anos (dois ferimentos a bala no peito); Anderson Abrantes da Silva, 18 anos (um ferimento a bala na região temporal direita); Márcio Félix, 21 anos (um ferimento a bala no peito, dois na coxa superior esquerda, dois nas costas, um no ombro esquerdo, dois no lado direito inferior das costas, um na mão direita e um na mão esquerda); Alex Fonseca Costa, 20 anos (um ferimento a bala no pescoço, um no peito esquerdo, um na coxa superior direita, um no joelho direito); Jacques Douglas Melo Rodrigues, 25 anos (um ferimento a bala na região frontal direita, um no queixo, um na parte superior direita do peito e um no ombro direito); Renato Inácio da Silva, 18 anos (um ferimento a bala na zona temporal esquerda e um no peito); Ciro Pereira Dutra, 21 anos (um ferimento a bala nas costas, perto do ombro esquerdo); Welington Silva, 17 anos (um ferimento a bala no peito e uma no ombro direito); Fábio Ribeiro Castor, 20 anos (um ferimento a bala no pescoço, dois no peito e um no abdômen); e Alex Sandro Alves dos Reis, 19 anos (dois ferimentos a bala no peito e um no braço esquerdo).

Resumidamente, após as operações policiais que culminaram na morte das 26 pessoas e na violência sexual contra as três mulheres, o Estado brasileiro se manteve inerte por diversos motivos: as investigações policiais foram realizadas pela mesma delegacia de Polícia que deflagrou as operações; o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro manteve-se inerte em investigar e realizar sua função de fiscalização da atividade policial, e os processos produzidos contra o Estado restaram infrutíferos, sob argumento de que não havia sido comprovado que o crime foi cometido por funcionário público (CORTE IDH, 2017).

Pode-se dizer que foram ações e omissões dos mais diversos âmbitos do Estado que fizeram com que as investigações demorassem e não apresentassem êxito, de forma que os policiais permaneceram impunes e sem qualquer condenação, seja administrativa ou judicial.

Um dos aspectos principais da investigação do Estado que na realidade eram ações para sua inércia em punir, foi a utilização do termo “*autos de resistência à prisão*”, cujo termo foi usado nos relatórios da investigação e que fizeram com que todo o restante fosse prejudicado. Essa

situação foi agravada pelo uso do termo “resistência seguida de morte”, para tratar das pessoas executadas como se tivessem reagido aos policiais. Assim, os homicídios perpetrados pela polícia eram legais (CORTE IDH, 2017).

Diante da omissão do Estado, dos agentes do Ministério Público, das polícias e do próprio Judiciário, a Corte proferiu sentença no sentido de: declarar que o Estado foi responsável pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade nas investigações, devida diligência e prazo razoável, violando o artigo 8.1 e artigo 1.1 da Convenção⁴. Foi decidido também que o Estado foi responsável pela violação do direito à proteção judicial, em vista da inércia do Judiciário. Ainda, houve a violação do direito à integridade pessoal, artigo 5.1⁵ da Convenção com relação a algumas vítimas e, com relação a outras foi reconhecido a não violação deste dispositivo. Foi decidido que o Estado não violou o direito de circulação e residência, artigo 22.1⁶ da Convenção (CORTE IDH, 2017).

As sentenças da Corte Interamericana, de forma geral, são bem completas, demonstrando de forma clara todos os pontos cruciais de cada caso, de forma a ponderar a respeito de todos os aspectos e singularidades das situações. Assim, a Corte no caso Favela Nova Brasília demonstrou a relação das atitudes do Estado brasileiro com o caso juntamente com as problemáticas sociais que o circundam, como é a questão da violência policial no Brasil – de forma geral - que ultrapassa a ocorrência de um caso

⁴ Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos. 1.Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 8. Garantias Judiciais. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

⁵ Artigo 5 Direito à integridade pessoal. 1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

⁶ Artigo 22. Direito de circulação e residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais

isolado, mas é fruto de um complexo processo histórico. Nessa mesma linha, as determinações da sentença geralmente envolvem obrigações de fazer, não fazer e de indenizar dos Estados, objetivando transformações efetivas que incentivem o crescimento de uma cultura voltada para os direitos humanos.

Foram as determinações da Corte ao Estado brasileiro: 1) Condução eficaz da investigação com a devida diligência e obediência a celeridade processual; 2) Deve oferecer de forma gratuita apoio psicológico e psiquiátrico para as vítimas; 3) Deve publicar a sentença; Deve publicar relatório anual com os dados relativos às mortes ocasionadas durante operações policiais em todo país; 4) Deve criar mecanismos normativos necessários em situação de incursão policial com morte, para que os policiais sejam vistos como possíveis acusados; 5) Deve o Estado adotar medidas para que o Rio de Janeiro tenha metas na diminuição da violência policial; 6) Políticas voltadas para atendimento de mulher vítima de violência sexual; 7) Medidas legislativas para que as vítimas e familiares participem das investigações conduzidas pela polícia e pelo MP; 8) Utilizar a expressão “*lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial*” no lugar da antiga expressão usada; 9) Restituição ao fundo de Assistência Jurídica as Vítimas, da Corte, que foi desembolsada; 10) Pagamento de indenização por dano imaterial; 11) Deve apresentar relatório, no prazo de um ano, sobre as medidas adotadas para o cumprimento; 12) A Corte enquanto Tribunal irá acompanhar o cumprimento (CORTE IDH, 2017).

Isto é, a própria Corte reconheceu os problemas sociais estruturais brasileiros em suas determinações, de forma que busca determinar medidas capazes de garantir, com mais eficácia, os Direitos Humanos, por meio da transformação da estrutura jurídica e social brasileira. São diversos os pontos de problemáticas acerca da conjuntura social brasileira, de um lado tem-se um ordenamento jurídico atualmente baseado na ampla proteção dos direitos humanos, de outro lado, o debate acerca do punitivismo estatal, a

exemplo da violência policial, tem crescido diante da realidade que se enfrenta.

De forma simplificada, pode-se verificar que no Brasil há posturas contraditórias entre o processo de redemocratização brasileira e o aumento do punitivismo estatal nos últimos governos. A complexidade dos processos históricos brasileiros no que concernem ao âmbito social, econômico e político, são os fatores que resultam no Estado Democrático atualmente existente (PASTANA, 2013). Exemplo disso é a letalidade policial, objeto do presente caso estudado, posicionando-se o Brasil em um dos países com a maior taxa de violência policial no mundo (BUONO, MAZZA, ROSSI, 2019), estando a cidade do Rio de Janeiro entre as mais violentas dentro do país⁷.

Dito isso, a própria Corte IDH conhece de tais questões, enquanto sua função é justamente proteger e promover os direitos humanos na América. Nesse sentido, ao longo da sentença, a Corte pondera a respeito destas questões estruturais, demonstrando claramente os pontos de negligência por parte do Estado, principalmente com relação ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, órgão que foi crucial para a manutenção do caso sem solução ao longo de todos estes anos (CORTE IDH, 2017). Deixa-se claro, portanto, as questões que circundam a violência policial brasileira, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, na medida em que a Corte analisa profundamente a postura do Estado da cidade do Rio, tanto no âmbito do Ministério Público, como a Polícia e o Judiciário. Assim o é, pois mesmo que a atuação da Polícia e do Ministério Público guarde certa homogeneização nacional em virtude da Constituição, de outro lado cada

⁷ Pode-se verificar tais dados por meio das notícias veiculadas em diferentes veículos de informação do país, fruto do amplo debate e pesquisas acerca desta problemática, tais como: GLOBO, “RJ tem uma das taxas de letalidade policial mais altas do país; veja ranking”, disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/23/rj-tem-uma-das-taxas-de-letalidade-policial-mais-altas-do-pais-veja-ranking.ghtml>. E também: CNN, “RJ: Relatório aponta que violência em operações policiais cresceu em 2021”, disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/rj-relatorio-aponta-que-violencia-em-operacoes-policiais-cresceu-em-2021/#:~:text=O%20Fogo%20Cruzado%20contabilizou%20em.Metropolitana%20do%20Rio%2C%201.084%20morreram>. Acesso em 29 de janeiro de 2022.

Estado brasileiro tem suas especificidades, nesta linha, o Ministério Público enquanto órgão autônomo, guarda autonomia de certas funções em cada estado, a exemplo da função de investigação da atividade policial.

Com relação a devida diligência nas investigações das duas incursões policiais, a Corte verificou que houve corrupção dentro do órgão da polícia, como mesmo do próprio Ministério Público. Em vista das atribuições do Ministério Público, cumpre destacar que ele faltou com sua função de vigilância das atividades policiais, tendo arquivado o caso com o seguinte fundamento: *“Em 1o de outubro de 2009, o Ministério Público solicitou o arquivamento do caso “em razão da inevitável extinção da punibilidade pela prescrição” (CORTE IDH, 2017).*

Com a emissão do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nº 141/11, o Ministério Público desarquivou o relatório acerca do caso e, em 16.05.2013, iniciou ação penal contra seis envolvidos na operação da Favela Nova Brasília. A investigação judicial deu continuidade por pouco tempo, devido à dificuldade de citar os investigados. Ainda, até o momento da prolação da sentença pela Corte, esta ponderou que não havia sido punido nenhum dos envolvidos, destaca-se o seguinte trecho da sentença, nos parágrafos 205 e 208 respectivamente (CORTE IDH, 2017):

O prolongado decurso de tempo sem avanços substantivos na investigação provocou, eventualmente, a prescrição, que foi resultado da falta de diligência das autoridades judiciais sobre as quais recaía a responsabilidade de tomar todas as medidas necessárias para investigar, julgar e, oportunamente, punir os responsáveis,²³⁹ e, como tal, é uma questão atribuível ao Estado. (...) É igualmente importante observar que, num contexto de alta letalidade e violência policial, o Estado tinha a obrigação de agir com mais diligência e seriedade no presente caso. Os exames cadavéricos mostravam um altíssimo percentual de vítimas mortas com grande número de disparos a curta distância. Com efeito, uma das vítimas foi assassinada com um disparo em cada um dos olhos.

O papel do Ministério Público nesse ponto é fundamental, pois ele foi quem arquivou o inquérito, descumprindo com sua função de controle extrajudicial da atividade policial. Não somente, os atrasos em todos os

pontos da investigação, tanto no ponto inicial da investigação dentro da polícia, mas mesmo diante da atuação do Ministério Público, assim como a demora na investigação, gerou danos imensuráveis para as próprias famílias das vítimas que ficaram, por longos anos, em uma situação de constante incerteza sobre o caso, tendo também seus próprios direitos violados, de acesso à justiça, do devido processo legal e da celeridade processual.

O que concluiu a Corte é que foram diversos os atores que atuaram de forma conjunta para que a investigação do caso não tivesse fechamento, isto envolveu a atuação da Polícia brasileira, juntamente com o Ministério Público e até mesmo o Judiciário (CORTE IDH, 2017). Deste ponto é que, retomando ao controle de convencionalidade, vê-se na realidade que foi instrumento não utilizado, haja vista que em nenhum momento ao longo de todos os anos o Estado Brasileiro cumpriu, primeiramente com suas obrigações determinadas pelo direito interno, mas depois descumpriu com suas obrigações oriundas das normas internacionais (a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos), somatizando ainda com a falta de cumprimento das determinações da Comissão Interamericana e, depois, da Corte.

A atuação do Ministério Público, neste ponto, foi determinante para que o caso nunca fosse solucionado, corroborando e mantendo a alta violência policial na cidade do Rio de Janeiro. A partir da elaboração de qualquer decisão da Corte, é feito um acompanhamento por parte deste Tribunal para averiguar o cumprimento da sentença pelos Estados, isto é, a Corte, dentro de suas funções para com os Direitos Humanos, não cabe somente a ela julgar casos, mas efetivamente verificar se suas decisões estão sendo cumpridas. Assim, tendo sido proferida a sentença do presente caso em 2018, a partir desta data cabe a Corte acompanhar como será a postura do Estado brasileiro. Neste ponto, no ano de 2021 foi publicado a Supervisão de Cumprimento da Sentença, momento em que a Corte, em audiência pública realizada no Brasil, pode ouvir os representantes das vítimas, o

Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça, como “outras fontes de informações” que permite apreciar o cumprimento da decisão, nos moldes do artigo 69.2 do Regulamento Interno da Corte (CORTE IDH, 2021).

De forma breve, alegou o Estado brasileiro de que as medidas de cumprimento da sentença estavam sendo tomadas, tanto o cumprimento de publicação da sentença, como pagamento de indenizações, mas bem como o cumprimento da determinação da Corte de adoção de medidas para investigação ser feita por órgão autônomo e independente, sob alegação de que estava em trâmite perante o Legislativo a aprovação de leis que alterariam o Código de Processo Penal e algumas atribuições do Ministério Público. Nesta mesma medida, o próprio Ministério Público alegou que algumas medidas pendiam de cumprimento pois dependiam da aprovação de tais leis pelo Legislativo (CORTE IDH, 2021).

De outro lado, pontuou de forma certa os representantes das vítimas de que a própria Constituição Federal brasileira guarda preceituado a independência funcional do Ministério Público, bem como a atribuição de fiscalização da atividade externa policial. O único ponto destacado é a não obrigatoriedade da investigação da atividade policial, de forma que cabe a cada Ministério Público estadual as definições e estruturação desta sua atribuição, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro não tinha antes como obrigatório tal atribuição, na mesma linha, defendeu-se alegando que havia sido criado Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública – criado em 2015, mas desfeito em 2021 (CORTE IDH, 2021).

Tendo ouvido a Corte os pontos trazidos pelo CNJ e CNMP, chegou à conclusão de que apenas as medidas de publicação e difusão da sentença e pagamento do montante a título de indenização foram devidamente cumpridos, pendente de cumprimento as medidas de adoção de leis e políticas públicas para diminuir a letalidade policial, e a definição e

estruturação de órgão independente e autônomo para investigação da violência policial, bem como pendente de ser cumprido em todo território nacional a extinção do uso do termo “oposição” ou “resistência” para se referir as vítimas quando da atuação violenta da polícia (CORTE IDH, 2021).

Isto é, torna-se possível ver a lenta atuação do corpo do Estado brasileiro para fazer-se cumprir com as determinações da sentença, com foco para o Ministério Público que, mesmo tendo por força constitucional a função de fiscalização da atividade policial, encobriu-se na alegação de que dependia de aprovação de leis pelo Legislativo. Neste ponto, vê-se as influências para que a violência policial na cidade do Rio de Janeiro mantenha-se como uma das mais altas do país.

A partir dessa primeira análise, o próximo ponto corresponde a dialética entre a sentença e o controle de convencionalidade com as funções e atribuições do Ministério Público brasileiro, com atenção especial para sua função de controle extrajudicial da atividade policial.

4. O Ministério Público e o controle de convencionalidade sob o olhar do controle externo da atividade policial

É primordial lembrar que a instituição Ministério Público como se apresenta remonta a revolução Francesa, momento em que passou a ser protetor dos interesses sociais, consolidando-se como importante órgão com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (ÁVILA, 2016).

Sua criação foi fundamental para que se difundisse no Ocidente essa nova instituição como protetora de direitos coletivos, de forma que cada país que o recebeu incorporou à sua forma no direito doméstico. No caso do Brasil, o Ministério Público veio a ser consagrado com a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988)⁸, com uma estrutura pautada na defesa dos direitos

⁸ A Constituição brasileira de 1988 deu ao Ministério Público a importante função de ser o protetor do estado democrático de direito, da ordem jurídica e dos interesses sociais e

humanos que o tornou um dos Ministérios Públicos mais modernos (ÁVILA, 2016).

O fato de o Ministério Público brasileiro deter de autonomia funcional faz com que ele tenha prerrogativas semelhantes às dos demais poderes, mesmo não sendo considerado como um Quarto Poder, atendo-se o sistema jurídico nacional ao Executivo, Legislativo e Judiciário. De outro lado, o Ministério Público, por deter funções tão importantes, tendo sido qualificado como órgão essencial à Justiça, o faz ser de uma relevância tão grande que sua existência é garantia também das bases da Constituição (ÁVILA, 2016).

Isto é, o Ministério Público brasileiro é consequência das opções que o Estado Brasileiro tomou quando da sua redemocratização e aproximação com os Direitos Humanos, quando se torna signatário de quase todos os tratados de Direitos Humanos, tanto no âmbito das Nações Unidas, como da Organização dos Estados Americanos. Dentro da primazia dos Direitos Humanos, basilar do nosso ordenamento jurídico, o Ministério Público atualmente desempenha papel tanto na defesa dos direitos por meio do ajuizamento de ações perante o Judiciário, mas muito além, também busca novos instrumentos de solução modernizando-se (MAZZUOLI et al, 2021).

Em vista disto, questiona-se o papel do Ministério Público quando do cumprimento e de se fazer cumprir as leis nacionais, mas também de atentar-se às normas internacionais de Direitos Humanos, atuando com proximidade do controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade (MAZZUOLI et al, 2021).

A Corte Interamericana adotou importantes decisões nesse sentido, ao prevalecer em suas sentenças a ideia de que todos os órgãos do Estado

individuais indisponíveis, conferindo a ele autonomia para sua atuação, de forma que se assegure assim segurança jurídica e ampla proteção aos Direitos Humanos, não devendo ele qualquer dependência com os demais poderes constituídos. Tais funções estão dispostas no artigo 127 que assim disciplina: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. §1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

devem se atentar para os tratados de direitos humanos, cita-se como exemplo o julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai* e caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, no qual a Corte pontuou que o Estado, enquanto signatário de um tratado, todos os órgãos, incluindo os juízes, devem velar e submeterem-se as normas internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI et al, 2021).

Nessa esteira, o controle de convencionalidade realizado no âmbito difuso é diferente do concentrado, e isso é importante na medida em que o primeiro significa que os órgãos que realizam este controle difuso não expurgam a norma inconveniente do ordenamento jurídico, eles têm a competência de reconhecer a inconveniente e, então, os órgãos reguladores tomam as medidas para que seja feita a compatibilidade. De outro lado, os órgãos no âmbito concentrado, quais sejam os órgãos da Justiça, tem a competência de tirar essa norma inconveniente. Deste ponto, percebe-se que um controle de convencionalidade feito pelo Ministério Público não seria o mesmo que um outro órgão (MAZZUOLI et al, 2021).

Há estudos em que se tem ponderado a respeito da importante distinção entre aferição de convencionalidade e controle de convencionalidade por parte do Ministério Público. Isto é, aferição é quando o Parquet verifica a (in)compatibilidade da norma doméstica com a norma internacional, mas sem invalidar a norma doméstica, o controle, entretanto, é a efetiva ação do Ministério Público para que a norma doméstica inconveniente seja assim retirada do ordenamento jurídico por meio dos caminhos legais que a legislação brasileira tem (MAZZUOLI et al, 2021).

A amplitude da atuação do Ministério Público é de se colocar em destaque, haja vista suas funções quando da proteção dos direitos humanos e da democracia dentro do aspecto processual, mas muito além desse aspecto, o mundo extraprocessual para o Parquet é enorme, e muito debate-se a respeito de suas potencialidades dentro da sociedade. Pode-se pensar o Ministério Público enquanto fundamental para formulação e implementação

de políticas públicas, por meio do controle das decisões das autoridades e da averiguação com a normativa dos direitos humanos (SILVA, 2016).

Nesse cenário, o controle externo da atividade policial que desempenha o Parquet entra nesse ramo extenso de funções que ele tem. Da sentença da Corte Interamericana no caso Favela Nova Brasília, ora analisada, é possível ver a alta relevância da atuação do Ministério Público quando se analisa as consequências negativas que o desdobramento do caso teve quando da inércia dele, a própria Sentença diz em seu parágrafo 209 (CORTE IDH, 2017):

(...) Por outro lado, ainda que a atuação da polícia tenha sido coberta de omissões e negligência, outros órgãos estatais tiveram a oportunidade de retificar a investigação e não o fizeram. Em primeiro lugar, a Corregedoria da Polícia Civil mostrou ser incapaz de conduzir a investigação a partir de 2002. A esse respeito, o perito João Trajano destacou que há fortes indícios de que esse órgão privilegie o espírito corporativo e se concentre em averiguar problemas administrativos ou disciplinares, e não priorize graves denúncias de violações de direitos humanos e abuso da força no cumprimento de suas funções. Em resumo, o perito afirmou que as corregedorias “não conseguem dar conta de sua missão investigadora e punitiva”.²⁴¹ Além disso, o Ministério Público tampouco cumpriu sua função de controle da atividade de investigação da polícia, e aprovou o arquivamento do inquérito sem verificar a completa falta de diligência e de independência nele presente durante mais de uma década (...).

No caso, o Ministério Público foi o responsável por manter o caso arquivado por mais de uma década, mesmo tendo sido alertado pela Comissão Interamericana, conforme já anteriormente falado na pesquisa, acerca da necessidade e obrigação de investigação do assassinato das vinte e seis pessoas cometido pelos policiais do Rio de Janeiro. Não somente, mesmo em momento posterior a sentença, verificou-se na Supervisão de Cumprimento pela Corte de que o Ministério Público na realidade não implementou as medidas determinadas na decisão, sob argumento de que haveria de ser criada nova lei para que fosse alterado o Código de Processo Penal para que então pudesse efetivamente cumprir o disposto na sentença (CORTE Idh, 2021).

Neste cenário, é essencial a menção da Corte acerca da problemática da violência policial no Brasil, problema social tão eminente e que carece há décadas de atenção do Estado. Vê-se que se tem uma estrutura jurídica capaz de proteger formalmente os Direitos Humanos, sendo o Brasil, conforme já acima mencionado, grande referência em virtude dos pontos basilares da Constituição de 1988, tendo consagrado o Ministério Público como órgão autônomo e protetor dos direitos humanos e da democracia, além de ser um dos países que mais ratificou tratados de direitos humanos.

Para além disso, este tópico da pesquisa procurou demonstrar o importante avanço que o ordenamento jurídico brasileiro deu ao reconhecer o instrumento do controle de convencionalidade e de reconhecer a função jurisdicional da Corte Interamericana, ao reconhecer a universalidade dos direitos humanos e o caminho internacional numa cultura cada vez maior de proteção a esses direitos. E nesse aspecto, foi destacado a possibilidade do uso do controle de convencionalidade por todos os órgãos do Estado – na realidade trata-se de dever do uso desse instrumento para submissão às normas internacionais de direitos humanos.

De um lado tem-se as potencialidades do Parquet para atuar ao fazer uso do controle de convencionalidade⁹, atentando-se também para suas funções processuais e extraprocessuais, de forma a atender sua função base de órgão essencial à justiça e, também, enquanto órgão ao qual incumbi-lhe a defesa da democracia e dos direitos humanos. De outro lado, tem-se a prática do Parquet, verificada pela Corte IDH quando da análise do caso Favela Nova Brasília.

O que se verifica é que o controle de convencionalidade é instrumento de extrema relevância, principalmente quando se pensa no alcance do seu uso para que as normas domésticas estejam em consonância com as normas internacionais, podendo ser verificadas e analisadas por todos os órgãos do

⁹ Ou aferição de convencionalidade, conforme preceituado acima, com base nos estudos demonstrados: MAZZUOLI, 2021.

Estado, não se atendo estritamente para a figura do juiz. O Ministério Público, diante de sua essencial função a democracia e aos direitos humanos, tem um vasto caminho de potenciais atuações processuais e, principalmente, extraprocessuais, de forma que pode, e deve, usar do controle de convencionalidade dentro de suas atribuições. Contraditório a teoria discutida, a própria sentença analisada demonstra uma realidade distante do ideal. Neste ponto, foi imperiosa a atuação da Corte na apreciação do caso, atentando-se para estabelecer obrigações ao Estado brasileiro objetivando a proteção dos direitos humanos na prática.

Do exposto acima, vê-se que o Brasil tem um bom cenário em seu ordenamento jurídico baseado inteiramente nos direitos humanos, ao estruturar o Ministério Público como um dos mais modernos no mundo todo, fazendo-se valer também do controle de constitucionalidade e convencionalidade, de forma a estar de acordo com as mudanças modernas ocorridas no seio do Direito. Contrapõe-se a isso o alto punitivismo estatal que culmina em uma das polícias mais violentas, associado também a violência institucional em outros órgãos do Estado, como o próprio Ministério Público que, diante do caso Favela Nova Brasília, não apenas corroborou com a violência policial, como de fato contribuiu para que o caso permanecesse impune até que a Corte o julgasse.

Os desafios, portanto, parecem ater-se nas mais diversas formas que pode o Ministério Público superar as contradições fruto do processo histórico brasileiro, para que consiga exercer plenamente sua função. Isto é, dentro da ótica do controle de convencionalidade aqui tanto discutido, pode o Ministério Público ter-se valido desse instrumento para controlar e averiguar desde o início do caso Favela Nova Brasília as ações e omissões da polícia, atentando-se as leis internas e internacionais, de forma que teria sido capaz de tomar medidas cabíveis e necessárias para o efeito controle de tais atos que culminaram tanto na morte das 26 pessoas na incursão

policial, bem como do processo investigatório, tanto extrajudicial, como após, podendo também ter sido mais colaborativo com a Corte IDH.

5. Conclusão

O presente estudo teve o objetivo de trazer a partir do Caso Favela Nova Brasília apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisar o papel do Ministério Público na manutenção da violência policial, com foco na cidade do Rio de Janeiro. Neste ponto, a pesquisa trabalha o conceito de controle de convencionalidade, com o intuito de compreender o papel do Estado e de seus órgãos na compatibilização de suas normas e atos com os tratados.

O tema, que se apresenta de forma ampla e complexa, e que por isso mesmo enseja ampla discussão, se propôs a promover análise relevante em razão da contraditória realidade brasileira, em que coexistem normas referência na ampla proteção aos direitos humanos e um dos maiores índices de violência policial no mundo.

Em vista disto, a pesquisa cuidou de trazer o contexto histórico de criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para na sequência analisar a sentença do caso Favela Nova Brasília, momento no qual foi possível entender o papel do Ministério Público no caso para a manutenção da violência policial, na medida em que foi o próprio Ministério Público que dificultou a investigação dos policiais que causaram a morte de 26 jovens e violência sexual contra 3 mulheres. A partir daí, evidenciou-se a Supervisão de Cumprimento da Sentença, de 25 de novembro de 2021, que permitiu averiguar a manutenção dos diversos problemas sociais aqui contemplados, no ponto em que se manteve o Estado brasileiro e o Ministério Público inertes, pendendo de cumprimento dos principais pontos da sentença acerca da violência policial, em constante corroboração com a alta taxa de violência da polícia na cidade do Rio de Janeiro.

Neste ponto, o controle de convencionalidade entra como importante instrumento de verificação da compatibilidade entre as normas e atos internos do Estado e as normas internacionais, isto é, para além das normas domésticas estarem em consonância com a Constituição Federal, estas normas também devem atentar-se para estarem compatíveis com os tratados dos quais o Brasil é signatário. O Ministério Público, portanto, guarda função também de verificar seus atos para que não viole as normas de direitos humanos, em atenção principalmente a suas funções institucionais, enquanto órgão fundamental para a manutenção da democracia e promoção dos direitos coletivos.

Do diálogo entre todos estes pontos suscitados na presente pesquisa, sabe-se que as soluções para a violência policial diante das ações e omissões do Ministério Público são das mais diversas, isto é, não basta que existam leis protetivas e garantidoras dos direitos humanos (como de fato já existem), mas são necessárias mudanças em outros aspectos da estrutura estatal. Ademais, verifica-se que existem instrumentos no plano jurídico que possibilitam o combate da violência policial, a exemplo do controle de convencionalidade e do controle de constitucionalidade, amplamente utilizado nos tribunais.

O aspecto fundamental da pesquisa foi identificar que o controle de convencionalidade não deve ser somente utilizado pelos juízes de Cortes e dos tribunais domésticos, como também pode e deve ser usado pelo Estado em todos os níveis e *in casu* pelo Ministério Público.

Este ponto é crucial para compreender que o Ministério Público deve atentar-se para os atos de seus servidores para que garantam e promovam os direitos humanos, tanto pelo motivo de que tem suas funções instituídas pela Constituição Federal, mas como também pelo fato de que o Brasil é signatário de diversos tratados de direitos humanos. Isso permite que os próprios órgãos do Estado possam verificar seus atos e buscar promover estes direitos, não dependendo de decisão judicial para tanto.

Referências

- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Fundamentos do controle externo da atividade policial**. Ed D'Plácido. Belo Horizonte. 2016
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 de janeiro de 2022.
- CAESAR, Gabriela. **RJ tem uma das taxas de letalidade policial mais altas do país; veja ranking**. Jornal Globo. 23/11/2021. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/23/rj-tem-uma-das-taxas-de-letalidade-policial-mais-altas-do-pais-veja-ranking.ghtml>. Acesso em 29 de janeiro de 2022.
- CORSINI, Iuri. **RJ: Relatório aponta que violência em operações policiais cresceu em 2021**. Jornal CNN. 12/01/2022 disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/rj-relatorio-aponta-que-violencia-em-operacoes-policiais-cresceu-em-2021/#:~:text=O%20Fogo%20Cruzado%20contabilizou%20em,Metropolitana%20do%20Rio%2C%201.084%20morreram>. Acesso feito em 29 de janeiro de 2022
- Corte IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333. Disponível no link: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf
- Corte IDH. **Resolución De La Corte Interamericana De Derechos Humanos De 25 De Noviembre De 2021 Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil** Supervisión De Cumplimiento De Sentencia. Disponível no link: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/favelanova_21_06_21.pdf
- GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. 2º Ed. Ed. Atlas. São Paulo. 2014.
- GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2º Ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2015
- GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. 3.ed. Curitiba: Instituto Memória, 2020.
- GUERRA, Raquel. **Argentina y Brasil frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el rol de las organizaciones no gubernamentales en el cambio político doméstico**. 2018. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Estudos Internacionais) – Departamento de Ciência Política e Estudos Internacionais – Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, 2018
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira et al. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. Ed. Forense. Rio de Janeiro/RJ. 2021
- PASTANA, Débora Regina. **Estado Punitivo Brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo**. Revista de Ciências Sociais Civitas. Vol. 13, número 1. ISSN: 1519-6089. Porto Alegre. 2013.
- PIAUI. **A polícia que mais mata**. Disponível no link: <https://piaui.folha.uol.com.br/policia-que-mais-mata/>. Acessado em -04.11.2021
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5 edição. Editora Saraiva. 2018. São Paulo
- SILVA, Sandoval Alves. **O Ministério Público e a Concretização dos Direitos Humanos**. Ed. Juspodium. Salvador/BA. 2016

Artigo recebido em: 13/07/2022.

Aceito para publicação em: 09/1/2022.

O pacto mundial para o emprego e a 4^a revolução industrial: as novas formas de trabalho e a justiça social

The global pact for employment and the 4th industrial revolution: new forms of work and social justice

Felipe Cesar Rebêlo¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo averiguar como a Quarta Revolução Industrial se estrutura no mundo atual, seus principais reflexos no mundo do trabalho, e como a Organização Internacional do Trabalho pode desempenhar um papel preponderante perante essa realidade, em resguardo à justiça social. Assim sendo, a forma mercadoria e os atributos do capitalismo flexível serão considerados, bem como a precarização social do trabalho com o cenário tecnológico elucidado. A análise a ser desenvolvida passa por esses elementos, e com base nos apontamentos da doutrina nacional e internacional. À guisa de conclusão, se espera compreender como a Organização Internacional do Trabalho pode se posicionar de forma a fazer valer a proteção laboral, ou se será necessário o entendimento de outras determinantes para que a relação laboral seja compreendida e tutelada na atualidade como maior efetividade. Assim sendo, adota-se o método hipotético-dedutivo como marco fundamental do método de abordagem.

Palavras-chave: Organização Internacional do Trabalho. Pacto Mundial para o Emprego. Quarta Revolução Industrial

Abstract: This article aims to find out how the Fourth Industrial Revolution is structured in the world today, its main reflections in the world of work, and how the International Labor Organization can play a preponderant role in the face of this reality, in support of social justice. Thus, the commodity form and the attributes of the flexible capitalism will be considered, as well as the social precarization of the work with the technological scene elucidated. The analysis to be developed goes through these elements, and based on the notes of national and international doctrine. In conclusion, it is hoped to understand how the International Labor Organization can find itself in order to enforce labor protection, or whether it will be necessary to understand other determinants to the labor relation be understood and protected today as more effective. Therefore, the hypothetical-deductive method is adopted as the fundamental landmark of the approach method.

Keywords: International Labor Organization. The Global Jobs Pact. Fourth Industrial Revolution

¹ Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico - Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Advogado e Professor Universitário. Pesquisador atuante nas áreas de Direito Constitucional, Filosofia do Direito, Direito Internacional Público, Direito Político/Eleitoral, Direito Econômico. ORCID: 0000-0002-4269-1968 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9418985085008852>

1. Introdução

A 4ª Revolução Industrial pode ser considerada uma realidade que afeta e poderá afetar ainda mais o mundo do trabalho. Com efeito, aquela apresenta a capacidade de aglutinação de tecnologias distintas e, em alinhamento ao desenvolvimento computacional, pode fomentar alterações na estruturação do mercado de trabalho, com reflexos na qualidade de vida dos próprios trabalhadores.

No presente artigo, destaca-se o objetivo de estudar essa nova relação perpetrada pela 4ª Revolução Industrial e a precarização social do trabalho. Quer-se entender, outrossim, como a Organização Internacional do Trabalho pode atuar diante desse quadro, ainda mais diante da elaboração de documentos como o Pacto Mundial para o Emprego, e a busca de atendimento a um dos princípios fundamentais desde sua constituição, expresso pela justiça social.

Nesse sentido, se estabelece como problema de averiguação a própria instrumentalização do Pacto Mundial para o Emprego, e como seria possível a aplicabilidade dele e de outros instrumentos jurídicos da OIT de forma a fazer valer não só o escopo atuacional dessa organização, como também dos trabalhadores em âmbito nacional, regional e global, em resposta ao capitalismo flexível que emerge com força em momentos tais quais a crise financeira de 2008.

Em outros termos, diz-se que se almeja a conciliação dos termos básicos elucidados pelo Pacto Mundial com a flexibilização do trabalho atual, procurando se auferir no mundo prático como a Organização Internacional do Trabalho tem se portado em defesa de seus princípios, e como é possível estruturar instrumentos práticos de tutela do emprego e do trabalho decente do trabalhador, frente aos desideratos imediatistas e cíclicos inerentes aos interesses do poder econômico e financeiro de cunho não social.

A análise pode chegar a certas hipóteses, sendo possível se vislumbrar um caminho pela necessidade da aplicação de forma mais concreta dos instrumentos jurídicos da OIT, e uma partilha de atuação que deve proporcionar um maior espaço ao trabalhador, tendo-se em mente a proteção e garantia de seus direitos mesmo frente ao avanço de novas formas de trabalho, que se traduzem como novos mecanismos da forma mercadoria, do próprio capitalismo, para perpetuar a subjetividade jurídica em formas diferenciadas, e com o aprofundamento da vulnerabilidade do trabalhador. Outro caminho, por seu turno, envereda pela concepção de um redesenho institucional da própria OIT, e reavaliação de suas concepções de trabalho e proteção em um mundo em constante inovação tecnológica.

Para tanto, os ensinamentos teórico-práticos de David Held, que estrutura a democracia social global e sua oponibilidade, inclusive, no mundo do trabalho, será considerada, bem como os apontamentos de Pachukanis acerca da transmutação da forma mercadoria. Outros exemplos da doutrina também serão considerados, bem como trabalhos desenvolvidos em revistas especializadas, nacionais e internacionais. Portanto, o método de abordagem adotado na pesquisa é o método hipotético-dedutivo. De outro lado, o método de procedimento referendado na pesquisa é o que se baseia pelo levantamento bibliográfico, expresso pelo método dissertativo-argumentativo.

Com o fulcro de sistematizar a pesquisa que aqui se propõe, se desenvolve o artigo passando-se, inicialmente, pelas características fundamentais da 4ª Revolução Industrial, buscando-se, logo em seguida, se compreender como os instrumentos jurídicos da OIT podem se posicionar perante os novos fenômenos a incidir sobre o mundo do trabalho, com destaque especial para o Pacto Mundial para o Emprego. Por fim, antes de se adentrar a conclusão, objetiva-se entender de forma mais acurada como um dos princípios basilares sob a guarda da OIT, a justiça social, pode encontrar seu devido desenvolvimento perante a forma mercadoria e as

novas formas de tecnologia em respaldo ao desenvolvimento cíclico do sistema capitalista.

2. A 4ª Revolução Industrial e seus reflexos sobre o mundo do trabalho

A 4ª Revolução Industrial pode ser entendida como um fenômeno intrinsecamente ligado ao mundo do trabalho, e suas conseqüentes modificações. Essa nova fase do desenvolvimento tecnológico pode ser definida pelo crescimento relevante da capacidade da tecnologia computacional e da combinação de outras diversas formas tecnológicas, quais sejam, as tecnologias físicas, digitais e biológicas (SCHWAB, 2016).

É plausível se observar que a 4ª Revolução Industrial incorpora vários instrumentos específicos nessa nova realidade, podendo ser elucidados, a saber (MAGALHÃES; VENDRAMINI, 2018, p. 43):

- a) Inteligência artificial: sistemas que funcionam sem a necessidade de uma programação;
- b) Robótica: robôs com fins à automação de atividades, inclusive laborativas;
- c) Biotecnologia: utilização de organismos vivos com vistas à produção de medicamentos e materiais diversos;
- d) Neurotecnologia: inserção de equipamentos eletrônicos em organismos vivos, com o fito de propiciar condições de melhoras no tratamento de saúde;
- e) Blockchain: registro de transações financeiras em arquivo digital de forma distribuída, além do monitoramento de cadeias de fornecimento e certificações específicas;
- f) Internet das coisas (IoT): conectar aparelhos eletrônicos, inclusive pessoas, à internet;
- g) Impressão em 3 dimensões: produção em um sistema de pequena escala.

Schwab (2016) elenca como as características basilares do processo, de forma geral:

- a) Velocidade: esta fase da evolução tecnológica não percorre etapas lineares;
- b) Amplitude/profundidade: alterações drásticas de paradigmas, afetando a economia mundial e a sociedade;

- c) Impacto sistêmico: transformação orgânica de sistemas tecnológicos, afetando empresas e as sociedades como um todo.

Em outros termos, tem-se uma interação considerável abarcando organismos vivos e meios tecnológicos nessa nova fase da revolução industrial, também denominada indústria 4.0. Essa interação acaba proporcionando a formação de sistemas inteligentes, que podem apresentar o condão de facilitar e aumentar processos produtivos, bem como trazer à tona elementos que convirjam a uma melhora da qualidade de vida, tanto em termos de comodidade prática como em tratamento à saúde. Tem-se o *Cyber Physical System*, constituindo-se sistemas que integram produção, sustentabilidade e satisfação do consumidor, com processos que se instrumentalizam por meio de redes inteligentes.

Ainda de acordo com relatório produzido pela Confederação Nacional da Indústria (2017, p. 50), dentre os impactos que podem ser relatados, se destacam o aumento de produtividade, a economia de tempo, a prevenção contra panes, a redução de custos, a maior eficiência e o melhor controle de qualidade, com o oferecimento de produtos customizados e de modernidade mais relevante.

Não obstante o mencionado, acerca do conteúdo da 4ª Revolução Industrial e suas possíveis virtudes para a realidade que se amolda, elementos podem ser citados como interferentes no mundo do trabalho, que é o que interessa ao presente estudo. Trata-se de um fato que já fora concebido nas revoluções industriais anteriores, sendo oponível na versão 4.0, mas com um delineamento diferenciado.

Em virtude da formatação instrumental dessa nova evolução tecnológica, fala-se na substituição de empregados em específicas atividades laborais, assim como no desenvolvimento mecânico pertinente e destacável na 1ª Revolução Industrial.

Segundo pesquisas desenvolvidas, no mundo há a perspectiva de que, nas próximas décadas, a proporção de empregos em risco alcance valores

entre 35 e 47%². Especificamente, a automação ganharia espaço em atividades desenvolvidas na indústria de eletrônicos, confecções, construção civil, determinados trabalhos qualificados no setor de serviços, com o uso intenso de inteligências artificiais em instituições financeiras, escritórios de advocacia, agências de viagem, empresas de contabilidade, empresas de telecomunicações e, inclusive, em serviços públicos (MAGALHÃES; VENDRAMINI, 2018, p. 42).

Trata-se de um processo, analisado sob o quadrante mencionado, repetitivo de certa maneira nas revoluções industriais anteriores, em que empregos foram suprimidos com a evolução tecnológica. No entanto, também se tem em preocupação, no atual momento, a questão dos reflexos econômicos a serem efetivados, uma vez que a crise financeira de 2008 ainda não resta totalmente superada pela economia mundial.

O mundo do trabalho, nessa moldura, portanto, restaria afetado por uma *precarização social do trabalho*. Esta pode ser conceituada como um regime político “(...) inscrito num modo de dominação de tipo novo, fundado na instituição de uma situação generalizada e permanente de insegurança, visando a obrigar os trabalhadores à submissão, à aceitação da exploração” (BOURDIEU, 1998, p. 125).

Desenvolve-se a precarização social do trabalho como uma face do chamado *capitalismo flexível*, em que a perda do emprego pode contribuir com a marginalização social, que se desenvolveu nos últimos anos devido aos problemas econômicos globais. A terceirização pode ser vista como uma faceta desse processo, expresso pelas reformas trabalhistas impingidas na legislação brasileira, que se propagam unicamente como estratégia de dominação no âmbito do trabalho (DRUCK, 2011, p. 50):

² Há quem sustente que a incorporação de novas tecnologias não proporcionará um aumento estrutural do desemprego, sendo que este não pode ser classificado como estrutural, ou seja, inerente ao sistema capitalista, e sim resultado das últimas crises econômicas. Portanto, programas universais de rendas não apresentam o condão de auxiliar no combate a essa realidade (ZEIDAN, 2019, p. A26).

O isolamento e a perda de enraizamento, de vínculos, de inserção, de uma perspectiva de identidade coletiva, resultantes da descartabilidade, da desvalorização e da exclusão, são condições que afetam decisivamente a solidariedade de classe, solapando-a pela brutal concorrência que se desencadeia entre os próprios trabalhadores.

Essa situação de precarização, por via oblíqua, enseja a discussão acerca da qualidade do trabalho e do oferecimento do trabalho decente, digno, como um direito fundamental dos seres humanos (MACHADO, 2015, p. 72), presente, também, um cenário de ausência de profissionais capazes para acompanhar a inovação tecnológica, excetuando-se áreas em que a criatividade e o empreendedorismo podem obstar por certo tempo o avanço desse processo, com a proliferação ainda maior da marginalização social.

A Organização Internacional do Trabalho pode preencher um papel importante nessa realidade, uma vez que se destaca como um traço estruturante da organização, desde a sua instituição com a Conferência da Filadélfia em 1944, da oponibilidade de que o trabalho não é mercadoria, e de que um dos princípios de ação é o estabelecimento da justiça social. Em um cenário de perda de empregos e substituição de mão de obra pela inteligência artificial, cabe averiguar como aquela organização pode contribuir para que o mundo do trabalho não seja assolado, de fora para dentro, por eventos desestruturantes à própria preservação dos direitos fundamentais e humanos envolvidos.

3. O Pacto Mundial para o Emprego e a efetividade jurídica da Organização Internacional do Trabalho

Dentro da sequência de fatos em que se verifica a 4^o Revolução Industrial perpetrando seus efeitos, destacando-se o questionamento acerca da substituição de empregos, o próprio papel a ser desempenhado pela Organização Internacional do Trabalho merece ponderações.

A atuação normativa dessa organização tem se mostrado uma realidade, desde seu surgimento. As Convenções, bem como seus pactos, apresentam a possibilidade jurídica de se imiscuir nos ordenamentos nacionais, de forma a fazer prevalecer os apontamentos principiológicos constantes da normatividade inerente à organização.

Na seara aqui estudada, cumpre mencionar o Pacto Mundial para o Emprego, cujo nascedouro se deu nos idos finais de 2008. Com efeito, neste preciso ano, deflagrou-se a crise financeira provocada pela bolha hipotecária, sendo que no mesmo ano, um pouco antes desse evento desafortunado para a economia global, a própria Organização Internacional do Trabalho tinha sido autora da Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Pode se aferir que o primeiro documento surge como um complemento ao segundo.

O Pacto mencionado propõe medidas com o fulcro de proporcionar meios à manutenção das pessoas em seu trabalho, e de apoiar as empresas para impulsionar e recuperar os postos de trabalho, tendo-se como pano de fundo o robustecimento dos sistemas de proteção social (MACHADO, 2015, p. 74).

Essa realidade demonstra uma preocupação dessa organização, e que se tem aferido pelo posicionamento formal acerca da necessidade de medidas de controle e proteção do trabalhador, sendo exemplos dessa manifestação a própria Declaração citada, e datada de 2008, bem como a 97ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, que trata da questão da globalização e fluxos de trabalhadores entre países, resultando em aumento de desemprego em alguns países, gerando, por conseguinte, a necessidade de uma maior cooperação entre os agentes envolvidos com o objetivo de redução das desigualdades e obtenção do pleno emprego (MELEU; MASSARO, 2017, p. 2092).

Em que pese o caráter supralegal que a atividade da Organização Internacional do Trabalho pode exercer no contexto global (inclusive para o

Brasil), ainda mais diante dos efeitos da 4ª Revolução Industrial, sua atuação não tem obtido os efeitos incisivos que dela se espera. Os sujeitos envolvidos no círculo da organização, como os sindicatos representantes dos trabalhadores e o poder econômico, têm desempenhado, com pesos diferentes, influências decisivas no plano global, mormente nas políticas públicas e decisões estatais.

A organização, recentemente, e diante dos fatos deduzidos nas últimas décadas, tem adotado poucas convenções, em razão das dificuldades para a obtenção de consensos tripartidos. Uma das últimas é datada de 2006, e relativa ao quadro de promoção de segurança e saúde no trabalho, Convenção n. 187. O Pacto de 2008, no sentido apontado, enfrentou dificuldades ainda mais concretas e maiores (LEITÃO, 2016, p. 110):

De facto, nesta última fase, agravada com a crise económica e financeira mundial, despoletada a partir de 2008, tem desafiado e compelido a OIT a assumir-se como ator relevante da governança global. Contudo, as relações de força que as sociedades desenvolvidas e em vias de desenvolvimento têm conhecido, no âmbito de políticas de ajuste e de austeridade, exprimem-se também neste fórum internacional. E as forças neoliberais, representadas sobretudo pelo grupo patronal, tentam desvalorizar a necessidade e a importância das normas internacionais sobre o trabalho: por exemplo, nos últimos três anos, o grupo dos empregadores bloqueou o sistema de controlo da aplicação, defendendo que o direito à greve não fazia parte do direito de associação sindical. A situação só foi desbloqueada, nos inícios de 2015, graças à afirmação contrária dos representantes dos governos nos Conselhos de Administração.

O que se pode auferir do decantado é que os diferentes atores ensejam participações diferentes na abordagem da proteção jurídica e social do trabalho, o que pode se revelar um fator determinante em um cenário de perda de postos de trabalho, em atendimento às delimitações do poder econômico e financeiro. Países que se encontram na vanguarda da acumulação capitalista, logram o potencial de abrigar feixes do poder econômico e financeiro capazes de determinar a própria modificação legislativa nos Estados nacionais, sendo a legislação trabalhista um exemplo disso (HIRSCH, 2010, p. 126).

A flexibilização e desregulamentação, por via oblíqua, se conferem como regras no âmbito global, de forma a atender àqueles desígnios, com medidas tais quais: perda da estabilidade no emprego, generalização da contratação por prazo determinado, maior valor a autonomia coletiva e individual em detrimento da regulação estatal, dentre outras. Assim sendo, com base nos dados coletados e citados no item 1 do presente trabalho, é legítimo presumir que a legislação trabalhista pode preencher um espaço de adaptação aos desígnios do poder econômico que se vale de novas tecnologias para a substituição de mão de obra.

Em virtude do exposto, a perda de efetividade jurídica da normatividade da Organização Internacional do Trabalho pode restar observável, “dando lugar à dominação do sistema normativo internacional pelo foco puramente econômico e mercantil. Nesse contexto, forçoso que se atente para a necessidade de busca de um equilíbrio entre os sistemas jurídico e político” (MELEU; MASSARO, 2016, p. 2096).

Na esteira do explanado, por fim, a própria questão do trabalho decente resta afetada, um objetivo nacional e internacional a ser perseguido pela normatividade trabalhista, objetivo este decantado pela Organização das Nações Unidas, através de Resolução Final, em 2005, adotada por chefes de Estado e de governo, que consagra sua disciplina. Expressa, basicamente, o apoio à globalização justa, com sustentáculos no pleno emprego e trabalho decente, devendo as estratégias nacionais de desenvolvimento pautarem esses comportamentos (COSTA; DIEHL, 2016, p. 104).

O combate à precarização social do trabalho se destaca como o cerne do debate, entendida como o regime político inscrito em um modo específico de dominação, fundado numa situação generalizada e permanente de insegurança, visando “amaciar” os trabalhadores a uma realidade de submissão e aceitação da exploração. O trabalho decente, por seu turno, uma agenda da Organização Internacional do Trabalho, e preocupação a ser efetivada concretamente, se reproduz como o trabalho produtivo

apropriadamente remunerado, em ambientes adequados, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho (DRUCK, 2011, p. 44;46).

A efetividade jurídica mais concreta dos atos emanados da Organização Internacional do Trabalho deve considerara as ponderações feitas no presente item, quando se quer considerar a harmonização das relações de trabalho e a 4^a Revolução Industrial. A oponibilidade do princípio da justiça social e o entendimento da dominação que a forma mercadoria exerce no plano estudado, bem como alternativas concretas à materialização daquele princípio, constituem assunto do próximo item.

4. A justiça social perante os novos desmembramentos da forma mercadoria

A atuação da Organização Internacional do Trabalho, e os óbices demonstrados para a efetividade jurídica mais profunda de sua normatividade, passa pelos desmembramentos da forma mercadoria, e sua afetação em relação a maior concretização da justiça social, um dos princípios basilares e constitutivos da fundação daquela organização.

A forma mercadoria, expressão do capitalismo flexível, refere-se como a forma básica do sistema capitalista, persistindo, ainda, a forma política e a forma jurídica. A forma jurídica, em um conceito desenvolvido por Pachukanis (2017), pode ser depreendida e identificada pela manifestação da subjetividade jurídica, que se traduz pela capacidade conferida aos indivíduos se se oporem como sujeitos de direito.

Nesse sentido, confere-se ao indivíduo, principalmente ao trabalhador, a capacidade de firmar contratos e vender sua força de trabalho não como uma manifestação de sua liberdade, e sim como um elemento integrante do capitalismo, de forma a facilitar a exploração, “legitimando” esse processo exploratório através do direito que, em tese, tutela e propicia

direitos a partes iguais em um contrato. O avanço tecnológico proporcionado pela 4ª Revolução Industrial enseja novos contornos pela subjetividade jurídica, alterando-se as formas de sociabilidade capitalista em prol dos próprios interesses de lucro do capital, que agora dispõe de novas formas para seu perfazimento (MASCARO, 2019).

A forma política, por seu turno, se traduz pelo Estado, que chancela e garante as relações desenvolvidas pela forma jurídica, propiciando à forma mercadoria o atendimento de seus desígnios, ocorrendo o mesmo com a classe social detentora do poder exploratório. O aparato estatal “(...) mantém relativa e formal autonomia em relação às frações isoladamente, permitindo que mercê de um processo político concreto elas se organizem sob a hegemonia de uma” (FONTAINHA, 2010, p. 392).

Nos limites trabalhados no presente artigo, o papel do Estado como chancela ao poder econômico ganha relevância, ainda mais tendo-se em mente o tripé forma mercadoria (ou forma-valor), forma jurídica e forma política (MASCARO, 2014, p. 45-46):

Se o Estado é autônomo quanto aos sujeitos de direito em relação mercantil e produtiva capitalista, então ele não se apresenta, formal e imediatamente, como a vontade da burguesia ou, via contrária, da classe trabalhadora. Mas se o Estado revela autonomia perante as classes, não quer revelar, com isso, indiferença em relação ao todo social. Não é o domínio do Estado por uma classe que revela sua razão estrutural de ser: é a forma que revela a natureza da reprodução social. A forma política estatal é necessariamente distinta de todos os indivíduos ou classes, justamente porque somente assim a reprodução econômica capitalista pode ser estabelecida. A junção do aparato político com o imediato interesse econômico dominante representaria uma volta a modos de produção do tipo escravagista ou feudal. Se há autonomia do Estado, ela existe de modo necessariamente relativo, quer dizer, fincada na dependência estrutural e existencial de determinado tipo de reprodução social, capitalista.

Diante desse quadro, a atuação dos agentes envolvidos na forma de articulação da Organização Internacional do Trabalho, bem como no eixo das relações internacionais envolvendo os Estados, passa por momentos de desequilíbrios, em que os Estados, assumindo uma feição ligada à forma

mercadoria, com os interesses da classe laboral não recebendo a devida pujança em sua atuação, que pode, inclusive, ser considerada, mitigada em defronte ao poder antagonista. A pulverização do aparato sindical também se destaca para a fragilidade da representatividade laboral eficiente, tendo-se como ponto de apoio para essa situação a própria modificação da legislação trabalhista pelos Estados, com a adoção de medidas como a terceirização (DRUCK, 2011, p. 50).

Com base nesses dados, existem propostas que visam proporcionar maior efetividade à Organização Internacional do Trabalho, e prestígio ao princípio da justiça social, como no caso da aplicação do Pacto Mundial para o Emprego.

Fala-se, em primeiro lugar, na criação de políticas públicas voltadas à capacitação dos trabalhadores (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2017), devido aos avanços tecnológicos que tendem a avançar sobre o mercado de trabalho, nos termos propostos pelo item 1. Em auxílio a essa proposta, pensa-se, concomitantemente, na adoção do financiamento coletivo para pequenas e médias empresas como forma de viabilizar o próprio exercício da atividade empresarial em tempos de crises econômicas incessantes. Este último caso, por oportuno, se revela uma proposta da própria Organização Internacional do Trabalho (MACHADO, 2015, p. 74).

Outrossim, um mecanismo importante proposto, se refere à maior integração dos agentes envolvidos em um processo de governança global, com a adoção de ferramentas em nível internacional de forma a ampliar a adesão dos membros envolvidos em uma dimensão quase universal. Almeja-se, por esta, a adoção de Convenções Internacionais, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, com a conciliação de negociações tripartites (Estados-poder econômico-sindicatos/trabalhadores), com força de lei internacional sujeita ao maior controle por aquela organização, e fornecendo-se, principalmente, espaço adequado para participação a todos os

Estados-membros e representantes da classe laboral no processo decisório-deliberativo.

Marcelino Meleu e Alessandro Massaro (2017, p. 2100) abordam essa questão:

Nesse diapasão, em nome da manutenção das proteções mínimas existenciais nas leis trabalhistas, conquistadas através de diversos conflitos sociais, necessário que se observem a relação laboral de forma sistêmica, considerando os contextos dos sujeitos envolvidos, sem descuidar de mecanismos de resistência à uma lógica unicamente voltada a governança por números, perversa aos trabalhadores, reconhecendo a importância e a legitimidade de organizações como a O.I.T, em um cenário de competição global com enfraquecimento de intervenção dos Estados-nações, no sentido de intensificar esforços e mobilização para a promoção internacional dos objetivos traçados na constituição dos direitos laborais, para garantia de manutenção de um patamar protetivo, de um escudo humanizado de normas, que resistam à perversidade da lógica e dos interesses puramente mercantis, que desconsidera o homem em detrimento do lucro.

A abordagem ressaltada pela ação social predominante em um cenário de governança internacional, onde não apenas o poder econômico e financeiro tenha armas efetivas para fazer valer seus interesses primordiais. A liberdade dos indivíduos para manifestação efetiva e vinculante, através da efetividade mais palpável da Organização Internacional do Trabalho, tem como referência o apoio aos direitos humanos e ao trabalho decente, e sua manutenção como desafio na contemporaneidade (COSTA; DIEHL, 2016, p. 107). Nas palavras de Augusto Leitão (2016, p. 110), “(...) a OIT é a armadura que os trabalhadores podem ainda utilizar contra os desafios da globalização capitalista neoliberal”.

Resgata-se, pelo exposto, a formulação de David Held (2006) quanto ao modelo democrático apropriado, mormente que pode se enraizar em organismos internacionais, tal como a Organização Internacional do Trabalho. Sob esse prisma, a governança global compreende todos os níveis da administração global, desde os Estados até as Comunidades Regionais de Estados, de forma a proporcionar amplos espaços de participação, inclusive

à sociedade civil e, no caso do presente estudo, a trabalhadores e sindicatos para ver suas demandas opostas de forma mais concreta e com um processo de *accountability* sobre o deliberado mais robusto, não permanecendo este unicamente nas mãos dos representantes do poder econômico e financeiro.

Ademais, cabe ressaltar que as negociações coletivas podem receber no novo cenário ilustrado uma maior força, de forma a fazer contar negociações tripartites em qualificações mais equilibradas (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2017, p. 51). A democratização das relações de trabalho é o cerne desse argumento, com negociações amplamente divulgadas e públicas (CALVETE; GARCIA, 2014, p. 210).

O fortalecimento do trabalho e de condições dignas ao trabalhador deve perpassar a discussão, em contraposição a um cenário de desequilíbrio em prol de um dos lados, resgatando-se, ao final das contas, os próprios fundamentos da Conferência da Filadélfia de 1944. Apesar de constante de um período distinto de revolução industrial, a afirmação seguinte de Engels (2017, p. 308) resta oponível aos objetivos a serem decantados pela proteção social do trabalhador e definição de trabalho digno:

A relação entre o industrial e o operário não é uma relação humana: é uma relação puramente econômica – o industrial é o “capital”, o operário é o “trabalho”. E quando o operário se recusa a enquadrar-se nessa abstração, quando afirma que não é apenas “trabalho”, mas um homem que, entre outras faculdades, dispõe da capacidade de trabalhar, quando se convence que não deve ser comprado e vendido enquanto “trabalho” como qualquer outra mercadoria no mercado, então o burguês se assombra. Ele não pode conceber uma relação com o operário que não seja a da compra-venda; não vê no operário um homem, vê *mãos (hands)*, qualificação que lhe atribui sistematicamente.

Com isso, se vislumbra que o Pacto Mundial para o Emprego ganhe maior vinculação global e poder de controle por parte de todos os agentes envolvidos, em que a justiça social, por consequência, também ganhe maior concretude, não se confundindo trabalho com mercadoria. O trabalhador, com protagonismo, recebe acolhida nessa formulação.

4. Conclusão

A 4^o Revolução Industrial é uma realidade que não pode ser negligenciada. Seus efeitos potenciais restam presentes, cabendo ao mundo do trabalho tomar as precauções devidas frente a esse fenômeno.

A Organização Internacional do Trabalho, como instituição internacional de relevância para o mundo do trabalho, cumpre preencher um papel de agente que, ao mesmo tempo que enxerga a nova realidade decantada, instrumentaliza um apoio necessário para que os direitos humanos abarcados na questão, mormente os direitos do trabalhador (direito ao trabalho decente, direito ao trabalho) se fomentem, entrecruzando-se com um de seus princípios basilares, qual seja, a justiça social.

Em que pesem os avanços tecnológicos, que podem proporcionar uma melhora na produção, aliado a avanços inclusive na saúde, o novo momento merece uma ponderação acerca de sua faceta intimamente ligada a forma mercadoria, a reprodução do sistema capitalista. Este, cíclico e flexível, perpetra seus desígnios, que se confundem com a acumulação, ao par da forma política e da forma jurídica, prestando os avanços tecnológicos ao apoio da nova forma global de reprodução do capital. Nesse sentido, forma política e forma jurídica auxiliam nesse processo, o que pode levar à precarização do trabalho em termos ainda mais relevantes.

Diante desse cenário, pensar-se na maior inclusão dos trabalhadores no debate parece um fator plausível. Caminhando pelo modelo de democracia social global de David Held, não só as organizações internacionais, como a OIT, bem como os sujeitos internacionais, tais quais sindicatos e trabalhadores individualmente considerados, merecem uma atuação mais incisiva frente ao processo deliberativo global, regional e dos próprios Estados, de forma não somente ao poder econômico encontrar

protagonismo nessa arena para formulações legislativas e de políticas públicas.

Questões como a qualificação maior do trabalhador também merecem acolhida, ainda mais diante da volatilidade a ser observada no desenvolvimento de novas funções e da formatação do mercado de trabalho. No entanto, faz direito a uma maior atenção a necessidade de que a Organização Internacional do Trabalho atue com maior inteireza e efetividade na proteção do trabalho, com vistas a justiça social. Essa atuação mais efetiva perpassa a ideia de um maior espaço instrumental a mesma, em que documentos como o Pacto Mundial para o Emprego ganhem maior robustez, com capacidade de influenciar políticas públicas, como também pela expansão do espaço de participação e força deliberativa pelos setores representativos da força laboral. O poder econômico e financeiro apresenta uma marca indelével, sendo plausível, em contrapartida, em um cenário democrático social global desejável, que os demais interesses envolvidos possam ter força para manifestação vinculante, em busca do equilíbrio social.

O que se aufere, pela pesquisa desenvolvida, portanto, é que a Organização Internacional do Trabalho merece um maior protagonismo, cabendo a ela e aos sujeitos envolvidos uma simbiose mais profunda pela materialização da defesa do trabalho no âmbito dos Estados, regiões e do próprio globo. Hábil o desenvolvimento econômico, mas, também, e principalmente, deve se lograr o desenvolvimento social, em que a voz do trabalhador e da defesa do trabalho sejam mais reconhecidas, respeitado o princípio da justiça social.

Referências

BOURDIEU, Pierre. A precariedade está hoje por toda parte. In: BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CALVETE, Cássio da Silva; GARCIA, Mariana Hansen. A Convenção n. 151 da OIT e seus impactos para os servidores públicos no Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 201-212, 2014.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Relações Trabalhistas no contexto da Indústria 4.0**. Brasília: CNI, 2017.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIEHL, Rodrigo Cristiano. O papel da organização internacional do trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen. **Revista Prolegómenos – Derechos y Valores**, Bogotá, v. XIX, n. 38, p. 97-108, dez. 2016.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **Cadernos CRH**, Salvador, v. 24, n. spe 01, p. 37-57, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. 1º ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Por um conceito de Direito em Marx. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (coords.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HELD, David. **Models of Democracy**. 3º ed. Stanford: Stanford University Press, 2006.

HIRSCH, Joachim. **Teoria Materialista do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LEITÃO, Augusto Rogério. A Organização Internacional do Trabalho (OIT): quase um século de ação em contextos históricos diversos. **Laboreal**, Porto, v. XII, n. 1, p. 103-111, 2016.

MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 166, p. 65-78, nov./dez. 2015.

MAGALHÃES, Regina; VENDRAMINI, Annelise. Os impactos da Quarta Revolução Industrial. **GV Executivo**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 40-43, jan./fev. 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6º ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019.

MELEU, Marcelino; MASSARO, Alessandro Langlois. O papel da O.I.T frente aos desafios do mercado. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2074-2105, 2017.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1º ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 1º ed. Bauru: Edipro, 2016.

ZEIDAN, Rodrigo. Robô tomará seu emprego, mas tudo bem. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 4 mai. 2019. Mercado, p. A26.

Artigo recebido em: 28/04/2020.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O presente e o futuro da implementação do trabalho decente digital: reflexões a partir de um ideal de desenvolvimento sustentável

The present and future of the implementation of decent digital work: reflections from a sustainable development ideal

*Diandra Nascimento*¹
*André Ricardo Fonseca*²

Resumo: O artigo ora apresentado investiga o presente e o futuro do direito ao trabalho decente, traçando um cenário de reflexão acerca de suas promessas e dos desafios que tem pela frente, especialmente quando consideradas as condições peculiares provocadas pela ascensão das novas tecnologias. Nesse sentido, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira delas há o estudo da concepção de trabalho decente a partir das normativas da Organização Internacional do Trabalho e da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. Em seguida, na segunda parte, registram-se argumentos no sentido da demonstração do direito ao trabalho decente como parâmetro de averiguação do desenvolvimento sustentável, e isso à luz da dignidade dos trabalhadores da era digital. Por fim, a parte final do trabalho se destina à propositura de reflexões acerca do futuro do direito ao trabalho decente, pontuando as ameaças à sua concretização, bem como condicionantes a ela favoráveis.

Palavras-chave: Trabalho Decente. OIT. Agenda 2030. Desenvolvimento Sustentável. Dignidade do Trabalhador Digital.

Abstract: This article investigates the present and the future of the right to decent work, outlining a scenario of reflection about its promises and the challenges that lie ahead, especially when considering the peculiar conditions caused by the rise of new technologies. In this sense, the work is divided into three parts. In the first, there is the study of the concept of decent work based on the norms of the International Labor Organization and the 2030 Agenda of the United Nations. Then, in the second part, there are arguments in the sense of demonstrating the right to decent work as a parameter for investigating sustainable development, and this in the light of the dignity of workers in the digital age. Finally, the final part of the work is aimed at proposing reflections on the future of the right

¹ Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, e o em Direito e Processo do Civil, pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4836379559745607>

² Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Municipal pela UNIPÊ. Professor do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE).

to decent work, punctuating the threats to its realization, as well as favorable conditions for it.

Keywords: Decent Work. ILO. UN 2030 Agenda. Sustainable development. Dignity of the Digital Worker.

1. Introdução

Se no século XX presenciamos a vigência da era da degradação do trabalho, no início do XXI estamos diante de outros modos de ser de precarização, próprios da fase da flexibilidade toyotizada, com seus traços de continuidade e descontinuidade em relação à forma taylorista-fordista.

Diante das modificações causadas na concepção de meio ambiente do trabalho pela Indústria 4.0, e para a correta compreensão da proteção jurídica atribuída pelo legislador ao trabalhador, imprescindível se torna uma visão atualizada no que respeita ao trabalho decente na era digital.

As inovações tecnológicas e o processo constante de informatização de execução das atividades laborais têm acarretado profundas modificações nas relações de trabalho, de modo que o ambiente não está mais ligado a condições internas da empresa.

Antes, transporta-se para áreas externas e, às vezes, em razão das mais diversas formas de realização das atividades, reflete tanto no que tange à duração e intensidade do trabalho quanto no que concerne a questões pertinentes à saúde biopsicossocial.

Com esse quadro em vista, o presente artigo, em suma, investiga o presente e o futuro do direito ao trabalho decente, traçando um cenário de reflexão acerca de suas promessas e dos desafios que tem pela frente, especialmente quando consideradas as condições peculiares provocadas pela ascensão das novas tecnologias. Para tanto a pesquisa lança mão de dados colhidos em pesquisa bibliográfica e documental.

Nesse sentido, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira delas há o estudo da concepção de trabalho decente a partir das normativas

da Organização Internacional do Trabalho e da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Em seguida, na segunda parte, registram-se argumentos no sentido da demonstração do direito ao trabalho decente como parâmetro de averiguação do desenvolvimento sustentável, e isso à luz da dignidade dos trabalhadores da era digital e da economia do compartilhamento.

Por fim, a parte final do trabalho se destina à propositura de reflexões acerca do futuro do direito ao trabalho decente, pontuando as ameaças à sua concretização, bem como condicionantes a ela favoráveis.

2. Direito ao Trabalho Decente: da sua previsão pela OIT à sua consagração pela Agenda 2030 da ONU

Desde sua fundação a Organização Internacional do Trabalho (OIT) promove o direito ao trabalho como principal fonte de justiça e paz social mundial. Sua criação, pelo Tratado de Versalhes, logo após a Primeira Guerra Mundial, e sua incorporação pela Organização das Nações Unidas, em 1945, demonstram sua relação e importância para prevenção e solução de conflitos. Neste documento foram estabelecidas oito convenções fundamentais (Convenções nº 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 e 182), cujo cumprimento independia de ratificação pelos Estados-membros.

Os dispositivos contidos em tais convenções versam sobre: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Seguindo tais premissas, a Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho estabelece que todos os trabalhadores devem desfrutar de uma proteção que considera o trabalho decente como parâmetro central: a) respeito aos direitos fundamentais no trabalho; b) salário mínimo

adequado; c) limitação da jornada de trabalho; e d) saúde e segurança no trabalho.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a proteção ao trabalho decente deve abranger tanto os princípios e direitos fundamentais consagrados na Declaração de 1998 da OIT como os preceitos previstos na Declaração do Centenário, ressaltando-se que as condições de trabalho seguras e saudáveis são fundamentais para o trabalho decente, bem como que governos, empregadores e trabalhadores devem orientar esforços para aproveitar todo seu potencial tecnológico a fim de promover desenvolvimento econômico sustentável a todas as pessoas.

Por essa ótica, aliás, o trabalho decente é uma das vias de concretização do desenvolvimento humano, o que se confirma a partir da abrangência que a OIT a ele vem emprestando:

O conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. (OIT: 2021; 1).

Com tais normativas a OIT estabeleceu o objetivo de promover conjuntamente crescimento econômico e progresso social, garantindo que os trabalhadores tenham o direito e a possibilidade de reivindicar livremente e em iguais oportunidades, a participação nas riquezas que ajudaram a produzir, tendo ainda, a possibilidade de desenvolverem o seu potencial humano, deixando de serem vistos apenas enquanto objetos do sistema de produção. Ademais, o pensamento mais atual acerca do direito ao trabalho decente o posiciona como direito fundamental.

Sob esse ângulo sua concretização poderia, em conjunto com outros fatores, ser peça chave para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza, na medida em que garantir o acesso ao emprego – associado à garantia dos direitos trabalhistas e à proteção social – contribui para

promover a dignidade dos trabalhadores, proporcionando a eles melhorias concretas em suas condições de vida.

Saliente-se, por oportuno, a necessidade de indistinção adotada em relação a gênero e idade, ressaltando que tais objetivos e metas devem ser alcançados também por mulheres, jovens e pessoas com deficiência, contribuindo para um ambiente de trabalho mais inclusivo.

Premiando essa dinâmica valorizadora da ideia de trabalho decente a Agenda 2030 da ONU apresenta como oitavo objetivo: “promover crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos”. Entre as metas propostas para tal objetivo, destaca-se buscar, até 2030, “o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos os homens e mulheres, inclusive os jovens e as pessoas com deficiência, e a igualdade de remuneração pelo trabalho de igual valor” (ONU: 2021; 1).

Como se vê, dentre os dezessete objetivos fixados pela Agenda 2030, o seu oitavo objetivo cita expressamente o trabalho decente como um dos pilares do desenvolvimento econômico inclusivo e sustentável, ao lado do pleno emprego. Tem-se aqui a consagração de um binômio social e econômico, já que opta-se por fixar como desideratos o alcance do trabalho decente (aspecto social e valorativo) e do pleno emprego (aspecto econômico). Adiciona-se a isso uma preocupação isonômica, traduzida por meio da busca pela igualdade de remuneração.

Outrossim, é possível apontar que o trabalho decente também se relaciona diretamente com outros objetivos traçados pela Agenda 2030. Dentre eles, podemos mencionar os objetivos n. 1, 2, 3, 12 e 16, os quais vaticinam a erradicação da fome e da pobreza; vida sustentável e bem-estar de todos; padrões de produção e consumo sustentáveis; promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, com acesso à justiça para todos; e instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

A ONU sente a importância do tema, e em razão disso estabelece que até 2030 os países membros e as partes interessadas comprometam-se em alcançar os objetivos ali traçados. Pelo exposto, verifica-se de pronto que a temática do trabalho decente tem sido objeto da preocupação global, sendo encarado como uma das chaves para o atingimento do desenvolvimento social, econômico e ambiental sustentável.

3. O direito ao trabalho decente como parâmetro do desenvolvimento sustentável à luz da dignidade dos trabalhadores na era digital

A ideia de desenvolvimento sustentável historicamente está associada à preservação do meio ambiente, assumindo lugar de destaque na contraposição aos modelos de crescimento econômico irrestrito praticados sobretudo na segunda metade do século XX. No entanto, é a partir da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1983, e dos diversos eventos de cúpula realizados pela Organização das Nações Unidas na década de 1990, que se fortalece a noção de desenvolvimento sustentável para além da preocupação ecológica, abrangendo o desenvolvimento em suas dimensões social e econômica.

Ora, a ideia de um trabalho decente se encaixa perfeitamente nessa nova abordagem dada ao desenvolvimento, caminhando, assim, ao lado das práticas que respeitam o desenvolvimento econômico sustentável. Dentro da dimensão social, o trabalho decente aparece como indutor da promoção do bem-estar coletivo da sociedade. Isso, todavia, reclama incentivos à regulamentação, fiscalização e cumprimento das normas internacionais sobre o tema.

Nesse caminhar, pode-se vislumbrar o direito ao trabalho decente como aquele que respeita os direitos fundamentais individuais e sociais do trabalhador, visando o bem-estar individual e coletivo, a efetiva valorização social do trabalho e a dignidade humana, conforme estabelece a Carta

Magna de 1988 no art. 1º, incisos III e IV, e os demais direitos sociais fundamentais trabalhistas individuais e sociais.

Nessa lógica – e relembando-se o fato de que o trabalho decente demanda um meio ambiente laboral hígido – o meio ambiente de trabalho equilibrado é tido como direito fundamental por ser indispensável a qualidade de vida, consoante expressa o art. 225, caput, da CF/1988, que tem relação direta com o direito à saúde, em especial a do trabalhador, previsto no art. 6º do texto constitucional. Confirmando esse raciocínio, a leitura combinada dos artigos 6º, 7º, XXII, e 200, VIII, todos da Carta Magna, torna aparente que o ambiente laboral saudável é efetivamente um direito fundamental do trabalhador.

Tendo em vista que o direito ambiental do trabalho é consequência, em parte, da junção e da relação de questões partilhadas entre os ramos do direito do trabalho e do direito ambiental (PADILHA: 2015; 106-107), cumpre frisar que, além de saúde, a pessoa humana reclama o direito a qualidade de vida no trabalho, sendo, para isso, crucial o equilíbrio daquele espaço que se encontra profundamente ligado à proteção da dignidade do trabalhador.

O que se diz acima, em sinopse, nada mais é que o conteúdo jurídico do trabalho decente abrange a necessidade de um meio ambiente de trabalho sanitariamente seguro, bem como que o bem da vida protegido aqui é a saúde do trabalhador em essência, o que quando universalizado constitui um elemento essencial para o atingimento de processos de desenvolvimento sustentável em suas dimensões social e econômica, com as camadas a elas inerentes.

Não é à toa, afinal, que o trabalho decente, ideal de um dos elementos fundadores da sociabilidade humana, foi objeto de previsão na Agenda 2030 da ONU, na qual restou definitivamente consagrado como um dos vetores de desenvolvimento econômico sustentável.

O panorama acima delineado ganha contornos inovadores quando levadas em conta as profundas modificações provocadas pela ascensão das novas tecnologias, um verdadeiro tsunami lançado contra conceitos estabelecidos desde há muito tempo no direito, na economia, na sociologia. A era digital, assentada em boa parte na chamada economia de compartilhamento, e bem como em bases neoliberais, resulta diferentes repercussões políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas, as quais refletem diretamente na vida em sociedade e, por conseguinte, na saúde e vida dos trabalhadores a ela submetidos.

Se o desenvolvimento sustentável denota não apenas a proteção ecológica, mas também repercute em aspectos sociais e econômicos, então não se pode deixar de considerar os efeitos acima mencionados na própria articulação das estruturas de trabalho.

Percebe-se que a prestação pessoal dos serviços não foi substituída pela tecnologia, como romanticamente se previa que iria necessariamente acontecer. Em verdade, operou-se uma mudança da relação do empregador com o trabalhador que vinha desde os moldes da Revolução Industrial. O modelo fordista, que tem como pressuposto básico a subordinação, vem sendo gradativamente substituído pelo trabalho on-demand, com todas suas idiossincrasias, entre elas o louvor ao trabalho individual não protegido por qualquer sistema de segurança social. Assim, o desenvolvimento individual e social através do trabalho não é possível, pois a construção da identidade acaba por ser suprimida pela exploração (GOSDAL: 2006; 115).

Segundo o sociólogo Antunes (ANTUNES: 2009; 235-238), não se está falando aqui sobre uma nova classe de precariados. Em vez disso, o que se tem é uma categoria mais oprimida: a classe-que-vive-do-trabalho em decorrência do novo proletariado digital. Essa argumentação é uma contraposição à teoria proposta por Standing (STANDING: 2013; 15-48), que defende o surgimento do “precariado” como uma nova classe em formação que desponta a partir da evolução do capitalismo industrial para o

capitalismo neoliberal globalizado, em ensaio que busca dialogar com algumas teorias e definições do que vem a ser uma classe social.

De todo modo, essa nova dinâmica é, assim, uma reprodução atualizada do sistema capitalista, uma Indústria 4.0, que redesenha as relações de trabalho de modo a explorar a mão de obra a partir de novas bases, que vão desde uma nova percepção do que é tempo à disposição do empregador, até a subordinação algorítmica de aplicativos diversos.

Como era de se esperar isso afeta em um não alcance do projeto de elevação da dignidade do trabalhador, o qual só poderá ser mantido se efetivadas – para além da perspectiva econômica do ganho de remuneração – as promessas constitucionais do trabalho decente, em sua acepção de trabalho digno, que para Delgado (DELGADO: 2006; 74) é a própria noção de trabalho pretendida pela Constituição.

Quanto a esse status constitucional vale lembrar que o valor social do trabalho aparece na Carta de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Aprofundando esse ponto Araújo (ARAÚJO: 2016; 129) propõe três dimensões ao valor social do trabalho, quais sejam: uma dimensão fundamentadora, que é dada pela previsão constitucional da realização do valor social; uma dimensão orientadora dos atos das instituições político jurídicas, o que implica da ilegitimidade das ações contrárias a tal valor; e uma crítica, a qual serve de critério para uma valoração normativa e jurisdicional das normas. É nesse esse aspecto da dignidade enquanto diretriz constitucional à atuação do Estado e dos agentes particulares que se pauta a discussão sobre a aplicação conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Nessa direção, quando se assume o caráter necessário protetivo do trabalho, que inclui um aspecto negativo sob o ponto de vista do trabalhador, será a dignidade humana o elemento capaz de determinar que o trabalho deve cumprir seu papel social e econômico, mas não poderá ser

degradante, sob pena de se ferir a dignidade humana, princípio matriz do ordenamento jurídico brasileiro, de matiz constitucional e força normativa vinculante.

4. As novas tecnologias da informação e comunicação e seus reflexos nas relações de trabalho e no direito

A evolução tecnológica da sociedade sempre influenciou o mundo do trabalho. Um exemplo clássico nessa direção é a transição da revolução agrícola para a industrial, em que famílias começaram a migrar do campo para a cidade, com o fim de trabalhar nas grandes indústrias que surgiam à época, impulsionadas pelo desenvolvimento da máquina à vapor, do aproveitamento industrial da eletricidade, entre outros. Da máquina à vapor aos softwares de automação a humanidade vem aprimorando suas tecnologias, ora com bons efeitos, ora com reflexos não tão agradáveis assim.

Ao presente estudo importa principalmente o segundo caso, qual seja, o conjunto de efeitos potencialmente deletérios do crescimento tecnológico, os quais são delimitados aqui mediante a dinâmica de tecnologia- trabalho. É o caso do emprego das tecnologias de informação e comunicação no âmbito das relações laborais, o qual tem favorecido cada vez mais uma situação de excessiva conexão, de modo que por vezes as tarefas laborativas são cumpridas longe do ambiente físico de trabalho e após o término da jornada.

Em torno dos negócios fundados na economia do compartilhamento o empregador não é mais somente a empresa “individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (BRASIL: 1943; 1). Sua figura passa a se manifestar por meio do algoritmo que contrata, fiscaliza, determina a remuneração e avalia o trabalhador.

A pandemia do novo coronavírus, que trouxe regras de isolamento e distanciamento social em todo o mundo trouxe novas perguntas, novos desafios, novas perspectivas em relação a esse fenômeno. Cresceu a

adoção do home-office, do teletrabalho, da prestação de serviços mediante atividades síncronas e assíncronas.

Em muitos casos, trabalho e casa passaram a se confundir como nunca antes, o que trouxe benefícios diretos (ex: redução de deslocamentos no trânsito; possibilidade de conferências à distância; menor exposição à insegurança das ruas), mas também ocasionou problemas (ex: confusão entre jornada de trabalho e descanso; dificuldade de conciliação de afazeres domésticos e laborais).

Por tudo que se vê, percebe-se que há quadro que degenera a separação entre trabalho e descanso – já que a priori o período pós-jornada destina-se a isso. Daí surge o direito à desconexão como necessário para se conferir ao trabalhador a prerrogativa de não permanecer sujeito à ingerência, solicitações ou contatos advindos do empregador para o qual o obreiro trabalha, “em seu período destinado ao descanso diário, semanal ou anual, e ainda em situações similares, em especial diante da existência das novas tecnologias” (OLIVEIRA: 2017; 256-285). Isto é, o direito à desconexão é o direito do trabalhador de usufruir de seus momentos de folga, sem permanecer à disposição do empregador, desconectando-se totalmente de seu labor para o fim de se revigorar física e mentalmente (MELO; RODRIGUES: 2018; 69).

Essa resposta promovida pela maturação de um direito à desconexão é um caminho a ser trilhado, mas não se ignora aqui que as novas tecnologias estão em constante evolução e aperfeiçoamento, de forma que é certo dizer que o legislador não acompanha tamanha velocidade. Não é raro, diga-se, que uma lei específica para certo tipo de tecnologia, termine por defasar-se pouco após sua entrada em vigor.

Nessa mesma ótica, pode-se dizer que as próprias leis trabalhistas foram concebidas para uma estrutura de trabalho fordista industrial – que perde cada vez mais espaço atualmente – e não conseguem responder adequadamente aos desafios a elas impostos, como se pode ver nos conflitos

judiciais envolvendo empresas como a *Uber* e o *Ifood*. Esse é um dos desafios que o direito tem pela frente.

4. O futuro do direito ao trabalho decente: desafios para a implementação do trabalho decente na era digital

O debate sobre o desenvolvimento econômico sustentável e tecnologia não pode limitar-se às questões de criação de novos postos de empregos ou desemprego crescente. Ao mesmo tempo em que cria novos desafios para a implementação efetiva da proteção laboral decente na era digital, a tecnologia possui a linha tênue entre trabalho livre/subordinado.

Nesse sentido, sendo o Brasil Estado-membro integrante da Organização Internacional do Trabalho, pautado no dispositivo constitucional, comprometeu-se por meio de convenções, recomendações e programas da OIT a seguir regras internacionais que regulamentam as relações de trabalhos.

Posto isso, a Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, aprovada por todos países membros das Nações Unidas em 2015, posicionou o trabalho decente para todos e todas como centro das políticas para o desenvolvimento e o crescimento sustentável inclusivo (DMT E DEBATE: 2019; 1).

Não obstante, tendo como antecedente o processo de desmonte e de avanço do modelo neoliberal no mundo do trabalho, em junho de 2020, pela primeira vez no país desde que se iniciou em 2012, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) – realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – apontou que o percentual de pessoas ocupadas na população em idade de trabalhar foi menor do que 50% (cinquenta por cento), o que significa que estavam trabalhando menos da metade dos brasileiros em idade produtiva. (IBGE: 2019; 1).

Some-se a isso o fato de que boa parte dos desempregados economicamente ativos, ao se observarem alijados do mercado formal de trabalho, terminam adentrando na economia da informalidade, a qual, por si, já veicula diversas outras tensões que não serão aqui debatidas por fugirem à problemática principal desta pesquisa, mas que são aqui mencionadas a fim de registro.

Dessa forma, as alterações no âmbito produtivo, principalmente pela emergência da economia digital, introduziram mudanças que impactam fortemente as relações de trabalho, com flexibilização das relações trabalhistas, expansão dos trabalhos temporários, ampliação dos contratos intermitentes, pejetização, marcando uma era de intensa precarização das condições de vida dos trabalhadores e minando suas bases de reivindicação.

A crescente interpenetração das economias mundiais, aliada às mudanças radicais no padrão tecnológico e à crise do próprio modelo de desenvolvimento, impõe mudanças nos modelos de proteção social. São os elementos econômicos, políticos, institucionais e culturais têm sido apontados como centrais para explicar a crise do Welfare State.

No Brasil chegamos ao século XXI com questões ainda pendentes do século XIX, sem contar com dispositivos de proteção social que garantam condições de vida dignas para os cidadãos, ainda sem consolidar uma proteção para aqueles que, por uma ou outra razão, sejam estas individuais, mas, sobretudo, coletivas, não conseguem prover sua existência com os frutos de seu trabalho ou que, por conta de sua cor, gênero ou etnia, se encontram privados de um trabalho decente.

Não se trata apenas de ter acesso ao trabalho, mas sim de tê-lo mas sem gozar da proteção jurídica que garanta o primado da dignidade ao trabalhador. É preciso que o Estado, empregadores e trabalhadores adotem atitudes sustentáveis sob os aspectos social, econômico e ambiental que promovam o bem-estar coletivo da sociedade e incentivem a regulamentação, fiscalização e cumprimento efetivo das normas internacionais sobre o tema.

A própria OIT sugere, no relatório “Trabalhar para um futuro melhor”, o desenvolvimento de um sistema de regulamentação internacional das condutas empresariais em plataformas de trabalho digitais, no qual se exigisse o cumprimento de direitos e proteções mínimas de trabalho por parte das plataformas e dos próprios clientes. (OIT: 2019; 10-14). Referido relatório foi elaborado pela Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho;

Noutro momento, realizou-se na 108ª Conferência Internacional do Trabalho, o fórum temático “Vias tecnológicas para o trabalho decente”, onde se discutiu o que e como podemos fazer para que as transformações do mundo do trabalho advindas da tecnologia sejam refletidas na criação de trabalho decente; e publicou, dois dias após a realização do referido fórum o documento intitulado “Organizar em sindicatos os trabalhadores da economia informal - um guia para os sindicatos” (OIT: 2019; 59).

Ademais, como já salientado anteriormente, de acordo com a Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho, todo o potencial progresso tecnológico e crescimento da produtividade deve perseguir o trabalho decente e o desenvolvimento sustentável, assegurando dignidade, realização pessoal e uma distribuição equitativa dos benefícios gerados a todos.

Não bastasse o descumprimento dos preceitos legais mínimos previstos na legislação nacional, as condições de saúde e segurança em que o trabalho em plataformas digitais é exercido escancaram a carência de um direito ao trabalho decente nesse ramo de atividade. Além de não se submeter às regras formais de saúde e segurança previstas nas Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério da Economia – especialmente as de n. 4, 5, 6, 7, 9 e 17 – os aplicativos têm exposto seus trabalhadores a uma rotina de trabalho exaustiva e precária.

Diante disso, faz-se necessária a construção de soluções jurídicas que permitam a adequada proteção de tais trabalhadores e incluam o direito ao trabalho decente previsto na Agenda 2030 da ONU, de modo a garantir além

da saúde psíquica do trabalhador, condições decentes de trabalho, reconhecendo-se a abrangência das doenças profissionais contemporâneas que são reflexos da inserção das novas tecnologias da informação e da comunicação.

4. Conclusão

De todo o exposto ao longo deste artigo pode-se deduzir que o presente e o futuro do direito ao trabalho decente estão umbilicalmente ligados a suas promessas, ameaças e desafios.

A promessa potencial da proteção ao trabalho decente, como corolário lógico da dignidade laboral e da própria dignidade humana, encontra à sua frente, por exemplo, como ameaças constantes e crescentes, as modificações e reengenharias promovidas no âmbito trabalhista.

Seja em virtude da ascensão de novas tecnologias que abalaram os fundamentos das tradicionais relações de trabalho, seja pela adoção de discursos e práticas que buscam influenciar a dinâmica das escolhas dos poderes legislativo, executivo e judiciário, o fato é que o particular e atual momento da história da caminhada humana traduz-se em um desafio cujo entendimento e superação demandam e demandarão grandes esforços de seus partícipes e observadores.

A era da sociedade mundializada pós-industrial produziu um cenário em que potencialidades, internalidades e externalidades positivas e negativas manifestam-se conjuntamente em cenário de grande complexidade que não pode ser solucionado apenas com os critérios que comumente nos foram repassados pela epistemologia jurídica tradicional.

Em sendo assim, um estudo cientificamente preciso acerca do assunto precisa levar em conta desde a exponencial de proteção trabalhista verificada internacionalmente pela Organização Internacional do Trabalho até a Agenda 2030 da ONU. Deve também deve levar em conta o novo movimento de ameaça a essa estrutura protetiva produzido pela

consolidação de uma sociedade de tecnologias, notadamente as de compartilhamento e as que se referem ao trabalho à distância, ponto este inclusive que pode ser objeto de observação em trabalhos futuros.

Por fim, os marcos teóricos do trabalho decente, enfim, já estão todos à disposição, seja em plano internacional ou nacional, de modo que em teoria bastaria efetivá-los como resultados de um processo de impulsionamento do desenvolvimento sustentável que conjugasse as demandas da sociedade globalizada tecnológica com a preservação de um núcleo intangível mínimo de direitos e garantias destinados a preservar a dignidade do trabalhador.

Esta seria, talvez, a melhor expressão dessa conjugação. Porém, nem tudo é tão simples, de modo que há ainda grande hiato fático e jurídico a ser superado para que referida concretização possa se dar. Se por um lado o trabalho decente figura como direito fundamental normativamente forte para provocar o direito a direcionar-se à sustentabilidade social e econômica, por outro também são expressivos os desafios impostos pelo novo modelo de exploração laboral que nasce graças às novas tecnologias. Resta saber qual diretiva sairá vencedora.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho? In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. (Orgs.) **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.
- ARAÚJO, Jailton Macena de. **Função emancipadora das políticas sociais do estado brasileiro: conformação das ações assistenciais do Programa Bolsa Família ao valor social do trabalho**. 2016. 400f. Tese (doutorado em Ciências Jurídicas), Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 03 jun. 2021.
- DELGADO, Gabriela Neves. O trabalho enquanto suporte de valor. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 49. Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/7>. Acesso em 04 jun. 2021.
- DMT EM DEBATE - DEMOCRACIA E MUNDO DO TRABALHO. OIT completa 100 anos de lutas por justiça social, 2019. Disponível em: <https://www.dmtemdebate.com.br/oit-completa-100-anos-de-lutas-por-justica-social/>. Acesso em 06 jun. 2021.
- GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. 2016. 186 fl. Tese (doutorado em direito).

Curso de PósGraduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PNAD contínua: taxa de desocupação é de 12,3% e taxa de subutilização é 25,0% no trimestre encerrado em maio de 2019.** Agência IBGE Notícias, Rio de Janeiro, 28 jun. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24908-pnadcontinua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-3-e-taxa-de-subutilizacao-e-25-0-no-trimestre-encerrado-em-maio-de-2019>. Acesso em: 18 jul. 2020.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho: Teletrabalho, Novas tecnologias e Dano existencial.** São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. A loucura do Trabalho: Estudo de Psicopatologia do Trabalho. In: SIQUEIRA, Germano; et al. (Orgs). **Direito do Trabalho: Releituras, Resistência,** 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: trabalho decente e crescimento econômico. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em 05 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **OIT Brasília: Temas. Trabalho Decente.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>. Acesso em 30 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalhar para um Futuro Melhor,** 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf. Acesso em 06 jun. 2021.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa.** Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

Artigo recebido em: 18/06/2021.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Green Bonds: Relevância perante o Meio Ambiente e a Governança Corporativa

Green Bonds: Relevance to the Environment and Corporate Governance

*Gabrielle Kölling*¹

*Giovana Cristina da Silva Pereira*²

*Lais Amaral*³

*Narrylle Pereira*⁴

Resumo: A responsabilidade social, aliada à governança corporativa, proporciona diversas possibilidades e reflexões para os vários atores envolvidos no cenário econômico, social e jurídico, uma vez que implica o compromisso dos negócios de contribuir para o desenvolvimento econômico sustentável. Tem como ponto base o aprofundamento diante da responsabilidade social que implica um comportamento ético e transparente, que contribua para o desenvolvimento sustentável, que esteja em conformidade com as leis aplicáveis e seja consistente com as normas internacionais de comportamento. Assim, a pretensão do artigo é analisar e conhecer a relação da governança corporativa com a responsabilidade social e com o meio ambiente, especialmente no contexto dos títulos verdes ou *green bonds* na regulação brasileira. Por fim, é importante verificar o potencial do mercado brasileiro para títulos verdes no agronegócio, na energia renovável e no saneamento. Essas questões abordadas e a temática citada é de suma importância para um desenvolvimento dos incentivos ambientais atrelados a economia, mostrando que ambos podem caminhar em consonância para o bem-estar maior da população tanto quanto a saúde ambiental e econômica. Diante destes cenários, o desenvolvimento de dados de pesquisa encontra-se em andamento para a possibilidade de um aprofundamento técnico mais objetivo, buscando citar não apenas o Brasil, mas sim a esfera mundial do tema abordado, seus impactos, rendimentos, implementações, investidores e possível crescimento.

Palavras-chave: sustentabilidade, responsabilidade social, títulos verdes, regulação.

Abstract: Social responsibility, combined with corporate governance, provides several possibilities and reflections for the various actors involved in the economic, social and legal scenario, since it implies the business

¹ Doutora em Direito Público, professora titular na Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP (USCS) e professora do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado do Complexo de Ensino Renato Saraiva/Recife (CERS).

² Bolsista de Iniciação Científica e graduanda em Direito pela Universidade São Francisco/SP.

³ Bolsista de Iniciação Científica e graduanda em Direito pela Universidade São Francisco/SP.

⁴ Bolsista de Iniciação Científica e graduanda em Direito pela Universidade São Francisco/SP.

commitment to contribute to sustainable economic development. It is based on the deepening of social responsibility, which implies ethical and transparent behavior, which contributes to sustainable development, which is in compliance with applicable laws and is consistent with international standards of behavior. Thus, the intention of the article is to analyze and understand the relationship between corporate governance and social responsibility and the environment, especially in the context of green bonds or green bonds in Brazilian regulation. Finally, it is important to check the potential of the Brazilian market for green bonds in agribusiness, renewable energy, and sanitation. These issues addressed and the theme is of paramount importance for the development of environmental incentives linked to the economy, showing that both can move in line with the greater well-being of the population as well as environmental and economic health. In view of these scenarios, the development of research data is underway for the possibility of a more objective technical deepening, seeking to mention not only Brazil, but the global sphere of the topic addressed, its impacts, yields, implementations, investors, and possible growth.

Keywords: sustainability, social responsibility, green bonds, regulation.

1. Introdução

O termo Responsabilidade Social Corporativa (RSC) surgiu há aproximadamente 50 anos, tendo as bases fundamentadas por Howard R. Bowen, com o livro lançado em 1953 e traduzido para o português em 1957. A RSC pode ser definida como os modos pelos quais os negócios dão sua contribuição para melhorar a governança e as condições sociais, éticas, de trabalho e ambientais dos países em que operam. De acordo com a ISO 26000, a responsabilidade social implica um comportamento ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável, que esteja em conformidade com as leis aplicáveis e seja consistente com as normas internacionais de comportamento.

Uma das características da governança corporativa é que ela é dinâmica e está em constante recriação e evolução, o que faz com que tanto a legislação quanto os princípios e as boas práticas devam ser sempre adequados às necessidades ambientais.

Nesse contexto, os títulos verdes são considerados títulos de dívida usados para captar recursos com o objetivo de implantar ou refinarçar projetos e compra de ativos capazes de trazer benefícios ao meio ambiente ou

ainda contribuir para amenizar os efeitos das mudanças climáticas. Entre os títulos que se enquadram nesses parâmetros, estão debêntures, debêntures de infraestrutura, Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA), Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI) e Cotas de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC).

Trata-se de um instrumento com abrangência internacional, que são os *green bonds* ou títulos verdes. Empresas, bancos de investimento e governos atraem recursos para implantar ou refinar projetos ou ativos com impactos ambientais ou climáticos positivos.

Conforme Lutz (2009), os títulos podem se apresentar por meio de duas modalidades: públicos ou privados. Os títulos públicos são empréstimos que a pessoa física faz ao governo e depois de certo tempo recebe o valor com acréscimo de juros pelo tempo do empréstimo. Os títulos privados são tipificados em: Global Bonds e o Eurobonds. O Global Bonds são aqueles emitidos simultaneamente em diversos mercados, por empresas que têm filiais em um ou mais países. O Eurobonds é emitido a partir de outra moeda que não é a do país em que foi lançado, sendo este título muito utilizado por instituições que precisam de um aporte de capital maior.

De acordo com a *Climate Bonds Initiative*, a organização internacional que fomenta o mercado de títulos verdes, posteriormente, terá um capítulo mensurando estes números. Cabe dizer que os *green bonds* geram novas oportunidades de participação para investidores em projetos sustentáveis no país. No entanto, sua regulamentação ainda deixa brechas no Brasil – não há regras específicas para o título verde, o que obriga o investidor a seguir as regras dos títulos comuns de mercado, que têm como órgão responsável a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A CVM apresenta a instrução 586, que altera a instrução CVM 480, que dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos na negociação em mercados regulamentados. A instrução da CVM 586 passa a incorporar a instrução CVM 480 no dever de as companhias informar sobre a aplicação

das práticas de governança previstas no Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas, que segue o modelo “pratique e explique” sobre a sua aderência às práticas recomendadas, que foi elaborado por 11 entidades participantes deste instituto.

Assim, o objetivo do artigo é analisar qualitativamente o tema da governança corporativa, enquanto faz bom uso dos referenciais teóricos já tornado públicos em relação ao tema em estudo e, ainda, se utilizar de documentos disponibilizados no site da empresa, no banco de dados da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&FBOVESPA), da Comissão de Valores Mobiliários, revistas científicas e sites institucionais, fazendo com que a presente pesquisa se apresente como sendo qualitativa, bibliográfica e documental.

2. Governança Corporativa, Responsabilidade Social Corporativa e Meio Ambiente

A origem histórica da governança corporativa está ligada aos conflitos inerentes à propriedade e à divergência entre sócios e executivos, também chamados de conflitos de agência. Esses conflitos de interesses entre acionistas e administradores, relacionados às questões decorrentes de sustentabilidade financeira, desempenho patrimonial e gestão corporativa transparente, além dos escândalos envolvendo diversas corporações nos EUA, foram cruciais para a implementação de mudanças no sistema de gestão que regula as práticas entre acionistas e os administradores de empresas (BERGAMINI, 2005; VIEIRA; MENDES 2004; OCDE, 2004).

Não há um modelo único e universal de governança corporativa. Os modelos praticados são de extrema importância para a economia dos países, assim como seus componentes comuns e subjacentes, tais como proteção legal aos acionistas, separação entre propriedade e gestão e composição e formas de atuação dos conselhos de administração (MONKS; MINOW, 2011).

Em um ambiente empresarial crescente, complexo, mutável e desafiante, as organizações passam a se relacionar também com a sociedade e com outros públicos interessados nas decisões das empresas, os chamados *stakeholders* (clientes, fornecedores, acionistas e outras partes interessadas) (ANDRADE; ROSSETTI, 2006).

A necessidade de adequação e responsabilidade no cumprimento dos códigos de governança corporativa e novos requisitos das leis fez surgir uma nova função de gestão, o profissional de *compliance*, assim como os comitês de conformidade ou comitês de governança corporativa (TRICKER, 2012). Ainda de acordo com Andrade e Rossetti (2006), o terceiro grande marco da governança corporativa foi a criação de um conjunto de normas e diretrizes de governança corporativa, o *Business Sector Advisory Group on Corporate Governance*, criado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1998.

A principal missão da OCDE com a criação dessas normas foi garantir melhores práticas de governança corporativa nos elos do desenvolvimento da tríade mercados – corporações – nações. À medida que se eliminavam as barreiras econômicas entre as nações, aumentou-se o investimento em grandes corporações ao redor do mundo, mobilizando o mercado de capitais e fazendo com que as nações passassem a aderir às melhores práticas de governança corporativa em busca de recursos.

Sendo assim, percebe-se, pela evolução histórica da governança corporativa, que, no passado, as empresas atendiam somente os anseios dos proprietários e acionistas. Porém, outros agentes, também chamados de *stakeholders*, passaram a figurar nesta realidade, como colaboradores, fornecedores, consumidores e a sociedade, fazendo com que as empresas, para sobreviverem neste mercado altamente competitivo, lancem mão de governança e responsabilidade social corporativa, a fim de se manter a transparência e a perenidade nos negócios.

Nesse cenário, a grande relevância das práticas socioambientais para o desenvolvimento sustentável da sociedade e demais atores envolvidos implica em diversas reflexões, fazendo-se necessário um conhecimento mais aprofundado acerca dos (des)caminhos de gestão assumidos pelas organizações e suas implicações diante deste cenário, através do entendimento prévio dos conceitos e práticas de governança corporativa e de responsabilidade social corporativa. A responsabilidade social corporativa (RSC) é utilizada para empresas, principalmente de grande porte, com preocupações sociais voltadas ao seu ambiente de negócios ou ao seu quadro de funcionários. O conceito de RSC tende a envolver um aspecto mais amplo de beneficiários (*stakeholders*), considerando a qualidade de vida e bem-estar do público interno da empresa, mas também a redução de impactos negativos de sua atividade na comunidade e no meio ambiente.

Na maioria das vezes, tais ações são acompanhadas pela adoção de uma mudança comportamental e de gestão que envolve maior transparência, ética e valores na relação com seus parceiros, também chamada de governança corporativa. Conforme o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), ela é um sistema pelo qual empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando o acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão e longevidade da organização e bem comum, tal como o meio ambiente.

A *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) é uma organização multilateral que congrega os 30 países industrializados mais desenvolvidos do mundo e mantém relação com outros 70 países, Organizações Não Governamentais (ONGs) e diversas sociedades civis de

caráter internacional. A entidade estabeleceu um tratado de grande abrangência no contexto das práticas de governança em número crescente de países (CATAPAN; COLAUTO, 2014). Os princípios da OCDE sobre o governo das sociedades tornaram-se uma referência internacional para decisores políticos, investidores, sociedades e outros sujeitos com interesses relevantes em todo o mundo. Estes princípios, de acordo com a OCDE (2004), são assim descritos:

- Assegurar a base para um enquadramento eficaz do governo das sociedades: deve promover mercados transparentes e eficientes, estar em conformidade com o princípio do primado do direito e articular claramente a divisão de responsabilidades entre diferentes autoridades de supervisão, autoridades reguladoras e autoridades dedicadas à aplicação das leis.
- Os direitos dos acionistas e funções fundamentais do seu exercício: deve proteger e facilitar o exercício dos direitos dos acionistas.
- O tratamento equitativo dos acionistas: deve assegurar o tratamento equitativo de todos os acionistas, incluindo minoritários e estrangeiros, dando a todos a reparação efetiva por violação dos seus direitos.
- Divulgação de informação e transparência: deve assegurar a divulgação objetiva de todas as informações relevantes relativas à sociedade, no que se diz respeito à situação financeira, desempenho, participações sociais e governança da empresa.
- As responsabilidades do órgão de administração: deve assegurar a gestão estratégica da empresa, um acompanhamento e fiscalização eficazes da gestão pelo órgão de administração e a responsabilização do órgão de administração perante a empresa e os seus acionistas (OCDE, 2004, p.17-25).

Segundo o relatório da OCDE (2004) sobre os princípios da governança corporativa, confirmado na visão de Andrade e Rossetti (2006), toda empresa que vive em um ambiente de concorrência tem obrigação de reforçar a transparência e monitoramento da gestão. Assim, os princípios da governança corporativa da OCDE tornaram-se uma referência internacional para membros da administração pública, investidores, sociedades e *stakeholders*.

Adicionalmente, conforme a contribuição de Andrade e Rossetti (2006), a *International Corporate Governance Network* (ICGN) endossa a revisão feita pela OCDE e contribui com um conjunto de oito recomendações,

sendo elas, dentre outras, a recomendação vii: Adequar-se à cidadania corporativa, relacionamento com acionistas e a ética: compromisso com expansão e meio ambiente.

3. Marcos Regulatórios da Governança Corporativa no Brasil

O Em síntese a expressão “Governança Corporativa” surgiu no Brasil com a fundação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, em 1995, inicialmente denominado como Instituto Brasileiro de Conselhos de Administração. A primeira publicação do Código Brasileiro das Melhores Práticas da Governança Corporativa ocorreu no ano de 1999, seguindo como base a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que realizou a publicação de sua regulação no mesmo ano.

Reconhecida como uma das conquistas mais relevantes do IBGC, o documento também utilizou de diretrizes básicas dos códigos internacionais para apresentar uma abrangente referência do tema. Em 1997 o instituto fez seu primeiro trabalho de pesquisa. Em conjunto com a Universidade de São Paulo (USP), foi traduzido um levantamento da americana *National Association of Corporate Directors* (NACD, na sigla em inglês) sobre governança e adicionado adaptações sobre o cenário brasileiro. Do total de 120 companhias selecionadas na época, apenas 42 concordaram em participar da pesquisa realizada. Entretanto, uma análise crítica das informações coletadas sugeriu uma amostra pouco representativa, uma vez que as corporações participantes compartilharam apenas experiências positivas em relação a governança.

A primeira promoção do instituto também teve início em 1997 com a impressão folhetos institucionais distribuídos para aproximadamente 3 mil investidores e outras seis mil cópias do Código de melhores práticas de governança corporativa que foram enviadas a investidores, conselheiros, executivos, auditores e profissionais de mídia. Foi logo em 2001 que o código,

lançado em 1999, demonstrou grandes resultados com a vinda de novos associados e o envolvimento de grandes companhias na causa e hoje o documento encontra-se em sua 5ª edição.

Criado pelo IBGC, o código possui princípios base particulares, que conduzem as melhores práticas de governança no Brasil. Os princípios básicos da governança corporativa propostos pelo IBGC (2017, p.20-21) são:

- Equidade: tratamento justo e equitativo de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas, respeitando o papel de cada um.
- Prestação de Contas (*accountability*): os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro e conciso a quem os elegeu, assim como devem responder pelos atos praticados no exercício de seus mandatos.
- Responsabilidade Corporativa: os agentes de governança devem zelar pela sustentabilidade econômico-financeira das organizações, considerando os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental e reputacional) e buscando sempre a perenidade da organização.
- Transparência: os agentes de governança devem disponibilizar de forma clara e segura, para as partes interessadas, todas as informações que sejam de seu interesse.

Uma das características da governança corporativa é que ela é dinâmica e está em constante recriação e evolução, o que faz com que tanto a legislação quanto os princípios e as boas práticas devam ser sempre adequados às necessidades ambientais.

4. Green Bonds e sua emissão

Nesse contexto, os títulos verdes são considerados títulos de dívida usados para captar recursos com o objetivo de implantar ou refinar projetos e compra de ativos capazes de trazer benefícios ao meio ambiente ou ainda contribuir para amenizar os efeitos das mudanças climáticas. Entre os títulos que se enquadram nesses parâmetros, estão debêntures, debêntures de infraestrutura, Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA), Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI) e Cotas de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC).

Trata-se de um instrumento com abrangência internacional, que são os *green bonds* ou títulos verdes. Empresas, bancos de investimento e governos atraem recursos para implantar ou refinar projetos ou ativos com impactos ambientais ou climáticos positivos.

Conforme Lutz (2009), os títulos podem se apresentar por meio de duas modalidades: públicos ou privados. Os títulos públicos são empréstimos que a pessoa física faz ao governo e depois de certo tempo recebe o valor com acréscimo de juros pelo tempo do empréstimo. Os títulos privados são tipificados em: *Global Bonds* e o *Eurobonds*. O *Global Bonds* são aqueles emitidos simultaneamente em diversos mercados, por empresas que têm filiais em um ou mais países. O *Eurobonds* é emitido a partir de outra moeda que não é a do país em que foi lançado, sendo este título muito utilizado por instituições que precisam de um aporte de capital maior.

De acordo com a *Climate Bonds Initiative*, a organização internacional que fomenta o mercado de títulos verdes, posteriormente, terá um capítulo mensurando estes números. Cabe dizer que os *green bonds* geram novas oportunidades de participação para investidores em projetos sustentáveis no país. No entanto, sua regulamentação ainda deixa brechas no Brasil – não há regras específicas para o título verde, o que obriga o investidor a seguir as regras dos títulos comuns de mercado, que têm como órgão responsável a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A CVM apresenta a instrução 586, que altera a instrução CVM 480, que dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos na negociação em mercados regulamentados. A instrução da CVM 586 passa a incorporar a instrução CVM 480 no dever de as companhias informar sobre a aplicação das práticas de governança previstas no Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas, que segue o modelo “pratique e explique” sobre a sua aderência às práticas recomendadas, que foi elaborado por 11 entidades participantes deste instituto.

4.1. Implementação e investidores no mercado de Títulos Verdes.

Governança corporativa, sustentabilidade ambiental e títulos verdes são temas que se complementam, uma vez que investimentos na área ambiental podem trazer resultados efetivos e positivos, ao passo que, se estes recursos forem mal-empregados, poderão gerar resultados contrários aos que Silva (2012) descreve sobre as boas práticas de uma governança.

As discussões sobre governança ambiental vêm em constante crescimento, especialmente em função de o Brasil ter vastos recursos naturais, como argumenta João Batista Drummond Câmara (2013), em seu artigo governança ambiental no Brasil: ecos do passado. O autor afirma que o modelo adotado no país é um “arcabouço institucional de regras, instituições, processos e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos na esfera de políticas ou ações ligadas às relações da sociedade com o sistema ecológico”.

Atualmente, vivencia-se um contexto de mobilização mundial, e uma das alternativas com grande potencial de mercado é a utilização dos títulos verdes (comumente chamados, inclusive no Brasil, pelo termo em inglês *green bonds*). Eles são muito parecidos com títulos de dívida comuns, com a diferença essencial de que só podem ser usados para financiar investimentos considerados sustentáveis – como infraestrutura de energia limpa e renovável, transporte verde e projetos capazes de reduzir emissões e o consumo de água, energia e matérias-primas. Deve-se levar em conta que se algum ativo emitido com Green Bond descumprir com algum processo previsto, ele perde a característica de ser sustentável e se mantém apenas com a característica de um título tradicional.

Trata-se de uma “promessa” entre quem emite o título – pode ser uma empresa ou um governo – e quem investe nele. Quando um investidor compra um título verde, ele está emprestando dinheiro por um período de tempo definido. Este dinheiro é usado no projeto e retorna ao investidor com

juros. É uma alternativa de investimento a longo prazo que contribui para o futuro do planeta.

Sua emissão exige a participação de um agente específico denominado “*second opinion*”. *Second opinions* são instituições que avaliam e atestam as características de sustentabilidade dos projetos para os quais os recursos captados serão destinados.

No Brasil, as empresas que decidirem por emitir os títulos verdes devem enviar seus projetos para FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) e ao CEBDS (Conselho Empresarial Brasileiro de Desenvolvimento Sustentável). Ambas são responsáveis por avaliar o propósito da elegibilidade com as causas socioambientais. Depois de aprovados eles são lançados no mercado e ficam disponíveis para os investidores, para que possam comprar da mesma forma e no mesmo processo que o de investimentos tradicionais.

Esses papéis (títulos) têm potencial de movimentar US\$ 100 trilhões, segundo uma estimativa realizada pela *Climate Bonds Initiative*, organização inglesa sem fins lucrativos. Na pesquisa da *Climate*, também foi considerada a demanda por esses títulos, sempre maior do que a oferta. O mercado de títulos verdes decolou em 2014, com US\$ 36,6 bilhões emitidos, o triplo do montante emitido em 2013 (US\$ 11 bilhões). O ano de 2015 fechou com a emissão de US\$ 41,8 trilhões. Os títulos verdes (*green bonds*, no mercado internacional) são títulos de dívida usados para captar recursos com o propósito de implantar ou refinarçar projetos e compra de ativos capazes de trazer benefícios ao meio ambiente ou, ainda, contribuir para amenizar os efeitos das mudanças climáticas.

Nota-se, assim, uma movimentação mundial significativa, mas o Brasil ainda não tem regulamentação para a emissão desses títulos verdes. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Ministério da Fazenda, afirma que acompanha as discussões sobre o assunto, mas não estabelece nenhum

prazo para que uma regulamentação específica aconteça. Ou seja, refletir sobre esse tema é essencial para o seu desenvolvimento.

Em 2015, foi a vez do Brasil começar a fazer captações internacionais para as próprias emissões, tendo a BRF como empresa de estreia. Além dela, a Suzano, AES Tietê, Taesa, entre outras, entraram na lista de empresas brasileiras que conseguiram captar investidores domésticos e internacionais, levando o volume total de emissões em Green Bonds no Brasil para acima dos U\$ 20 bilhões.

De 2014 a 2019 foram emitidos R\$ 5,3 bilhões de reais em títulos verdes, significando esse número quase a metade do foi levantado em toda a América Latina, contabilizando 52 títulos verdes de 38 emissores diferentes. Ainda assim, apenas em 2019 o mercado brasileiro desses títulos movimentou cerca de U\$ 1,2 bilhões de dólares, quase seis vezes mais que o registrado em 2018, U\$ 209 milhões de dólares. De acordo com *Climate Bonds Initiative* (CBI) este foi o segundo melhor ano da série histórica, iniciada em 2015.

No mês de janeiro de 2020 o BTG Pactual estruturou um projeto para seu cliente britânico, a empresa Faro Energy, onde através de sua subsidiária brasileira a geradora captou R\$ 15 milhões de reais para o projeto de energia eólica em na cidade de Pirapora, no interior do estado de São Paulo. Ao final a empresa brasileira captou cerca de R\$ 50 milhões de dólares com a sua emissão de títulos verdes, direcionando seus recursos para financiamento de projetos de geração de energia eólica para compor o financiamento de placa solares.

O mercado brasileiro, no entanto, ainda é incipiente, mas por mais que seja difícil encontrar investidores dedicados a essa vertente de título o Brasil é um grande foco para o crescimento desse investimento por ser majoritariamente agroexportador, onde há um grande espaço para evoluir em ativos relacionados a preservação do meio ambiente.

Globalmente, as empresas que estão se envolvendo com este propósito estão aumentando cada vez mais o seu valor de mercado, afinal, amplia seus produtos a investidores de viés sustentável, que são bastante específicos, e ganham maior visibilidade por estarem vinculadas a projetos que trazem reconhecimento perante a conservação do meio ambiente. Para o investidor, o benefício também é significativo, principalmente por causa da transparência na utilização de recursos captados.

A vantagem ainda é maior, pois diferentes títulos de dívida, como CRs, CRIs e FIDCs, por exemplo podem ser emitidos para estimular o crédito e projetos sustentáveis, para identificar sua destinação basta se atentar ao prospecto das ofertas relacionadas, verificar se na emissão daquele papel existe algum propósito relacionado a preservação do meio ambiente e se possui algum selo de certificação.

Além disso, para ajudar a identificar companhias que se enquadram nos critérios ESG (Environmental – ambiental; Social; Governança) de responsabilidade ambiental, social e governança corporativa a B3 criou o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), o IGCT (Índice de governança corporativa) e o ICO2 (Índice de Carbono Eficiente).

Dessa forma, levando em conta toda a análise do objetivo das propostas é necessário que o investidor abra uma conta em uma corretora, em uma instituição que ofereça esse tipo de investimento como debentures, CRI, CRA, entre outras e verifique o prospecto que engloba todas as informações importantes da oferta como a destinação de recursos, remuneração prometida e prazos. É de suma importância que o interessado realize também uma análise do risco, pois os títulos de dívida costumam receber um rating, nota atribuída aos papéis por uma agência independente que busca avaliar o seu risco de crédito. Essa nota indica se o produto envolve um risco de calote alto ou baixo. Na finalização da compra é interessante e aconselhável que o investimento seja estipulado até uma data fixa para evitar problemas futuros com a perda da quantia aplicada.

4.2. Títulos Verdes e o mercado brasileiro.

De acordo com a projeção da ONG britânica, *Climate Bonds Initiative* (CBI), que sistematiza as normas relacionadas as práticas sustentáveis em diversos setores da economia, a agricultura sustentável no Brasil pode receber financiamentos de R\$ 700 bilhões de reais até 2030 por meio da emissão de títulos verdes, os “*green bonds*”.

Ademais, a coordenadora de Agricultura da CBI no Brasil, Leisa Cardoso de Souza sinalizou ao Broadcast Agro (plataforma com conjunto de soluções que atende todos os profissionais do setor de Agronegócios) a possibilidade de crescimento de investimento no Brasil nas áreas da agricultura, setores florestais, pecuária, logística e bioenergia nos próximos dez anos, sendo que para o setor agro estima-se que o proveito possa chegar em R\$ 320 bilhões de reais. Além disso, um setor que provavelmente será emergente em utilização dos títulos verdes é o de grãos e de café, por tem um forte apelo ambiental, levando em conta também a rigidez da legislação ambiental brasileira.

Ainda assim, ONGs e associações de assessoria ambiental estão promovendo incentivos aos produtores para emissão de green bonds e auxílio no processo de emissão, através da estruturação de créditos ancorados nos títulos verdes a fim de que os produtores consigam um financiamento no mercado de capitais, até mesmo para pagar os serviços socioambientais prestados pela própria organização. Dessa forma é possível então conectar os produtores sustentáveis ao mercado de capital internacional diretamente interessado em aportar dinheiro para produção, gerando assim o investimento através do dinheiro internacional para financiamento dos produtores brasileiros.

Em relação ao modo de investimento no mercado, ligado as áreas incidentes no país, são os mesmos utilizados para outros objetivos que não os ambientais, como por exemplo Certificados de Recebíveis do Agronegócio

(CRA), Cédulas de Produto Rural (CPR), entre outros. Entretanto, esses títulos com chancelas verdes atraem investidores que de outra maneira não estariam interessados no investimento, necessitando para esse crescimento o apoio da CBI no agronegócio a fim de estimular produtores e agroindústrias a obterem as certificações de sustentabilidade para atrair grande volume de capital disponível para aplicações preservacionistas.

Em razão disso, para movimentação desses investimentos, essa temática foi discutida em 23 de junho de 2020 no lançamento virtual do Plano de Investimentos para a Agricultura Sustentável, pelo Ministério da Agricultura e pela Climate Bonds Initiative (CBI), com o intuito de estimular e desenvolver o mercado de títulos verdes para o setor agropecuário, criando fontes de financiamento e adoção de práticas tecnológicas e sustentáveis no país. Em julho do mesmo ano, a CBI então lançou uma cartilha de plano para a agricultura, ajudando o mercado brasileiro a fornecer embasamento para os investidores, criando oportunidades significativas também para investimentos através de energias renováveis e transportes de baixo carbono, água e florestas.

Por esse motivo, é importante a adequação de medidas que visem os incentivos aos green bonds, sempre levando em consideração a regularização dos processos de certificação e dos ajustes na legislação brasileira para facilitar, dar transparência e trazer mais segurança jurídica aos possíveis investidores. Insta salientar que a nível global, os investidores tem mudado sua forma de pensar, levando ainda mais em consideração os critérios ESG e correlacionando sustentabilidade ao risco e retorno de seus investimentos. O Brasil se mostra emergente nesse cenário, estando entre as posições mais altas no ranking dos 35 países investidores no mercado sustentável de títulos, indicando uma preocupação maior quando em comparação aos países da Europa.

Entende-se pela pesquisa que, no Brasil, a regulação dos títulos verdes ou *green bonds* ainda é incipiente. No entanto, o país pode ser um

locus privilegiado para a emissão dos títulos, pois trata-se de um setor emergente no país. A regulação *soft law* (pluralidade das fontes do direito, por exemplo) pode ser uma alternativa à baixa ou à incipiente regulação (regulação atrelada aos parâmetros mais tradicionais do direito). O país está em constante crescimento e investimento nessa área, mas ainda necessita de auxílio na regulamentação e apoio das leis, juntamente com o estímulo das empresas para atrair um maior número de investidores. A projeção é de crescimento.

3. Conclusão

Conclui-se com a pesquisa, até o presente momento que responsabilidade social implica um comportamento ético e transparente que contribui para o desenvolvimento sustentável, quando em conformidade com as leis aplicáveis e consistente com as normas. Assim, a responsabilidade social, aliada à governança corporativa, proporciona diversas possibilidades e reflexões no cenário econômico, social e jurídico, uma vez que implica o compromisso dos negócios de contribuir para o desenvolvimento econômico sustentável. Dessa forma, é importante e possível a abordagem e estudo dos *Green Bonds* nesse cenário econômico no Brasil, tendo em vista que o país tem um segmento abrangente e muito atrativo quando ligado ao agronegócio, ainda que muito principiante.

Atualmente, o país possui empresas que já vem conseguindo captar investidores internos e internacionais como Suzano, AES Tietê, Taesa, levando o volume total de emissões em Green Bonds no Brasil para acima dos U\$ 20 bilhões. Recentemente, outra empresa conseguiu atrair um novo cliente para esse mercado. Em janeiro de 2020 o BTG Pactual conseguiu montar um projeto para seu cliente britânico, a empresa Faro Energy, onde através de sua subsidiária brasileira a geradora conseguiu captar R\$ 15 milhões de reais para o projeto de energia eólica na cidade de Pirapora - São Paulo, totalizando ao final do processo cerca de R\$ 50 milhões de dólares

com a sua emissão de títulos verdes, direcionados para financiamento de projetos de geração de energia eólica e obtenção de placas solares. (MANDL, 2020).

Além disso, segundo pesquisas estima-se que o Brasil poderá receber cerca de 700 bilhões de reais até 2030 por meio da emissão de títulos verdes, os “green bonds” ligados a agropecuária, outro setor muito emergente e atrativo para investidores. O papel das ONGs e associações de assessoria ambiental também é outro fator de suma importância que estimula o setor de títulos sustentáveis através da promoção de incentivos aos produtores para emissão de *green bonds* e auxílio no processo de emissão. (RABELLO, 2021)

Porém, apesar do crescimento do setor é importante a adequação de medidas que visem os incentivos a emissão dos títulos, sendo necessária a regularização dos processos de certificação e dos ajustes na legislação brasileira para facilitar, dar transparência e trazer mais segurança jurídica aos possíveis investidores.

Por fim, pode-se notar que globalmente os investidores tem mudado sua forma de pensar, é comum observar que em sua maioria, tem sido valorizado e priorizado títulos e investimentos voltados a questões ambientais, levando em consideração os critérios ESG e correlacionando sustentabilidade ao risco e retorno de seus investimentos. Em razão disso o Brasil se mostra emergente nesse cenário só em razão da vasta gama de possibilidades de investimentos, mas também por estar entre as posições mais altas no ranking dos 35 países investidores no mercado sustentável de títulos, indicando uma preocupação maior a esses setores, quando em comparação aos países da Europa.

Referências

ANDRADE, A; ROSSETTI, J. P. **Governança Corporativa: Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências**. – 5 Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José P. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2004.
- BERGAMINI, J. S. Controles internos como um instrumento de governança corporativa. **Revista BNDES**, v. 12, n. 24, p. 149 – 188, 2005.
- CAMARA, Drummond Batista João. Governança Ambiental no Brasil: Ecos do Passado **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 46, p. 125-146, jun., 2013.
- CATAPAN, Anderson; COLAUTO, Romualdo Douglas. Governança corporativa: uma análise de sua relação com o desempenho econômico-financeiro de empresas cotadas no Brasil nos anos de 2010–2012. **Contaduría y Administración**, v. 59, n. 3, p. 137-164, 2014.
- CONCEIÇÃO, S. H. da; DOURADO, Gilson B.; BAQUEIRO, Ana G.; FREIRE, Simone.; BRITO, Pauline das C. Fatores determinantes no disclosure em Responsabilidade Social Corporativa (RSC): um estudo qualitativo e quantitativo com empresas listadas na Bovespa. **Gest. Prod**, v. 18, n. 3, p. 461-472, 2011.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5 ed. São Paulo: IBGC, 2017.
- LUTZ, F. G. **Captação de recursos através da emissão de bonds**. 2009. 50 f. Monografia (Pós-graduação em Finanças) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/26254/000748571>>.
- MANDL, Carolina. Geradora Faro emite debênture sustentável para financiar projetos solares no Brasil. UOL - São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/02/10/geradora-faro-emite-debenture-sustentavel-para-financiar-projetos-solares-no-brasil.htm>> Acesso em: 10 de março 2021 - às 10:50
- MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MATTAR, F. N. **Pesquisa de marketing**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MONKS, Robert Augustus Gardner; MINOW, Nell. **Corporate Governance**. 5th. Ed. West Sussex, UK: Wiley, 2011.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Os Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades 2004. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>> Acesso em: 19 de março de 2020.
- RABELLO, Tânia. Título verde pode injetar R\$700 bilhões na agricultura brasileira até 2030. Estadão São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral.titulo-verde-pode-injetar-r-700-bilhoes-na-agricultura-brasileira-ate-2030,70003573479#:~:text=A%20agricultura%20sustent%C3%A1vel%20pode%20receber,e m%20diversos%20setores%20da%20economia>> Acesso em: 10 de março de 2021 - às 11:51
- RICHARDSON, R. J. et al. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. São Paulo: Atlas, 3 ed, 1999.
- SILVA, Edson Cordeiro. **Governança corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores**. São Paulo: Atlas, 2012.
- TRICKER, Bob. **Corporate Governance: Principles, Policies and Practices**. 2nd. Ed. Oxford, UK: Oxford, 2012.

VIEIRA, S. P.; MENDES, A. G. S. T. Governança corporativa: uma análise de sua evolução e impactos no Mercado de capitais brasileiro. **Revista do BNDES**, v. 11, n. 22, p. 103-122, 2004.



427

Artigo recebido em: 05/01/2021.

Aceito para publicação em: 17/01/2022.

Uso de Agrotóxicos na Agricultura: Uma questão de Saúde Pública

Pesticide Use in Agriculture: A Public Health Issue

*Stefano Dutra Vivenza¹
Sebastien Kiwonghi Bizawu²*

Resumo: No presente artigo, buscou-se pesquisar como o uso de agrotóxicos na agricultura influencia a saúde pública, discutindo sobre o conceito de agrotóxicos, sua utilização no Brasil, seus malefícios para a saúde dos seres humanos, o direito constitucional à saúde e como tem atuado o Estado brasileiro com o intuito de garantir a preservação de tal direito aos cidadãos. Após toda a pesquisa, verificou-se que o Brasil possui números alarmantes quando o assunto é uso de tais agentes químicos, sendo responsável por consumir 20% de todo o agrotóxico produzido no mundo. A pesquisa fica ainda mais assustadora quando se verifica os malefícios que os agrotóxicos podem causar à saúde, variando de sintomas simples, até doenças crônicas como câncer. Verificou-se que o Brasil possui legislação extremamente branda se comparada com países da União Europeia quando o assunto é a restrição do seu uso e, após análise do direito fundamental à saúde previsto na Carta Magna de 1988, concluiu-se que a omissão do Estado brasileiro no tocante ao controle dos agrotóxicos pode ser considerada inconstitucional.

Palavras-chave: Agrotóxicos. Agricultura. Malefícios. Direito à saúde. Estado brasileiro. Inconstitucionalidade.

Abstract: The objective of this article is to research how the use of pesticides in agriculture influences public health, discussing the concept of pesticides, their use in Brazil, their harm to human health, the constitutional right to health and how the Brazilian State has acted in order to guarantee the preservation of such right to citizens. After all the research, it was found that Brazil has alarming numbers when it comes to the use of such chemical agents, being responsible for consuming 20% of all pesticides produced in the world. The research is even more frightening when it comes to the harm that pesticides can cause to health, ranging from simple symptoms to chronic diseases such as cancer. It was found that Brazil has extremely soft legislation compared to countries in the European Union when it comes to restricting its use and, after analyzing the fundamental right to health provided for the 1988 Constitution, it was concluded that the State's omission regarding the control of pesticides can be considered unconstitutional.

¹ Advogado, economista e mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC.

² Doutor e Mestre em Direito. Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, professor de Direito Internacional na graduação e do mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito dos Animais, Economia, Cultura, Sustentabilidade e desafios da Proteção Internacional”. E-mail: kiwonghi@domhelder.edu.br.

Keywords: Pesticides. Agriculture. Harm. Right to health. Brazilian state. Unconstitutionality.

1. Introdução

No presente artigo, pretende-se discutir os conceitos básicos do termo agrotóxicos, bem como os malefícios que tais agentes químicos podem causar à saúde do ser humano, verificando se a legislação brasileira é atuante no sentido de coibir substâncias prejudiciais e garantir o direito constitucional do indivíduo à saúde.

O tema apresenta considerável relevância uma vez que se propõe a discutir a eficácia de um direito fundamental previsto expressamente na Constituição Federal de 1988. De igual modo, a saúde é um bem imprescindível do ser humano, uma vez que sem ele não há vida.

Em termos gerais, agrotóxicos podem ser entendidos como um conjunto de substâncias químicas que são utilizadas no controle de pragas durante a atividade agrícola. Seu uso teve início na década de 1950, nos Estados Unidos da América, durante a chamada Revolução Verde e chegou ao Brasil na década de 1960, passando a ter forte incentivo Estatal a partir da década de 1970 graças ao Programa Nacional de Defensivos Agrícolas (PNDA).

Atualmente, o Brasil é o país que mais utiliza agrotóxicos no mundo, sendo responsável por consumir cerca de 20% de toda a produção mundial dos referidos agentes químicos. Se verificou uma atratividade para o investimento de tal indústria no Brasil, em razão de legislação branda se comparada com países da União Europeia.

Existem estudos científicos que comprovam os malefícios causados à saúde do ser humano pelo uso dos agrotóxicos na agricultura, seja pelo contato direto (trabalhador rural) e indireto (ingestão de alimentos com as substâncias). Os problemas de saúde causados variam desde sintomas leves

e imediatos até doenças crônicas e provocadas por um contato indireto ao longo do tempo.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 6º que a saúde é um direito social fundamental do indivíduo, de modo que o Estado possui o dever de garantir sua preservação. Se por um lado os agrotóxicos são vistos por muitos (até mesmo pelo Estado) como algo benéfico para o desenvolvimento agrícola do país, por outro, pode representar um sério risco à saúde dos brasileiros e a frouxidão da legislação e ausência de políticas públicas sobre o tema podem configurar uma inconstitucionalidade do Estado por não garantir de forma efetiva o direito do indivíduo à saúde.

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 quatro capítulos, de modo que no primeiro se faz um estudo sobre os agrotóxicos, passando por conceito e dados de sua utilização no mundo e no Brasil. No segundo capítulo se discutem os malefícios que tais agentes químicos podem causar na saúde humana. O terceiro se trata de um breve estudo no que diz respeito ao direito constitucional do meio ambiente e da saúde do indivíduo e no último se discorre sobre o uso de agrotóxicos e a saúde pública. Ao final o trabalho apresenta suas considerações finais.

2. Dos agrotóxicos

De forma simplificada, agrotóxicos podem ser entendidos como “um grupo de substâncias químicas utilizadas no controle de pragas (animais e vegetais) e doença de plantas” (PERES, 2004). Tais substâncias também podem ser chamadas de defensivos agrícolas, pesticidas, praguicidas, remédio de planta, veneno, dentre outras denominações (PERES, 2004).

Segundo Frederico Peres, existe uma grande discussão sobre a nomenclatura correta desses produtos químicos:

A legislação brasileira, até a Constituição de 1988 (publicada em 1989), tratava esse grupo de produtos químicos por defensivos agrícolas, denominação que, pelo seu próprio significado, excluía todos os agentes utilizados nas campanhas sanitárias urbanas. Fazia parte da Portaria 3.214 de 8 de junho de 1978, que aprova as Normas Regulamentadoras (NRs) relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, especificamente da Norma Regulamentadora Rural nº 5 (NRR 5), que trata da utilização de produtos químicos no trabalho rural. A mesma Norma, alterada durante o processo Constituinte, passa a tratar, a partir da data de sua promulgação, esse grupo de produtos químicos por agrotóxicos. (Lei Federal nº 7.802, de 11 de julho de 1989, atualmente regulamentada pelo Decreto 4.074, de 4 de janeiro de 2002. O Decreto 4.074/02 revogou o Decreto 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que regulamentou primeiramente a Lei de Agrotóxicos.) (PERES, 2004)

O Decreto número 4.074, de 04 de janeiro de 2002, em seu artigo 1º, inciso IV, traz o conceito legal sobre o que seriam os agrotóxicos:

Art. 1º Para os efeitos deste Decreto, entende-se por:
IV - agrotóxicos e afins - produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou plantadas, e de outros ecossistemas e de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos, bem como as substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento; (BRASIL, 2002)

De igual modo, a Norma Regulamentadora Rural número 5 (NRR5), conceitua o termo da seguinte forma:

Entende-se por agrotóxicos as substâncias, ou mistura de substâncias, de natureza química quando destinadas a prevenir, destruir ou repelir, direta ou indiretamente, qualquer forma de agente patogênico ou de vida animal ou vegetal, que seja nociva às plantas e animais úteis, seus produtos e subprodutos e ao homem. (BRASIL, 1977)

Conforma se observa pelos conceitos retirados das legislações os agrotóxicos são plenamente capazes de destruir a vida animal ou vegetal. Sobre esse ponto, Frederico Peres (2004) afirma que é exatamente por esse motivo que o termo mais apropriado para esses produtos é sim agrotóxicos. Ainda segundo o autor, termos como “defensores agrícolas” podem

facilmente mascarar tais malefícios do agente químico, por isso são inapropriados:

O termo defensivo agrícola carrega uma conotação errônea de que as plantas são completamente vulneráveis a pragas e doenças, e esconde os efeitos negativos à saúde humana e ao meio ambiente. O termo agrotóxico é mais ético, honesto e esclarecedor, tanto para os agricultores como para os consumidores. (Informativo CRQ III, 1997)

Tal denominação mais benéfica em relação aos agentes químicos podem facilmente ser explicada quando se faz uma análise econômica. Passando a imagem de algo totalmente benéfico, o mercado desses produtos tende a crescer cada vez mais, já que passam a ser vistos com algo extremamente necessário para o agronegócio, uma vez que sua própria denominação reforçava a ideia de que o agente vai “proteger” ou “defender” a lavoura de eventos indesejados:

Como seria de se esperar, a mudança do termo “defensivos agrícolas” para “agrotóxicos” foi conseguida após muita negociação política, em que se destacou o papel da sociedade civil organizada em sindicatos rurais, cooperativas de produtores rurais e de outros grupos que representaram o interesse do usuário/consumidor contra esse lobby. Essa terminologia teve uma aceitação muito grande por parte dos comerciantes e fabricantes de tais insumos, principalmente pela conotação positiva que conferia aos agrotóxicos (um agente que vai ‘defender’ a sua lavoura ‘indefesa’ das pragas que poderiam acometê-la). (PERES, 2004)

O autor continua em momento seguinte fazendo menção à nomenclatura dos agentes químicos na língua inglesa:

Na literatura internacional em língua inglesa, o grupo de substâncias/ produtos químicos aqui definido como agrotóxico recebe a denominação de pesticida (pesticide). O termo “agroquímico” – o mais próximo de agrotóxico encontrado em literatura de língua inglesa (agrochemicals) e, em menor escala, também na língua portuguesa – engloba um número maior de produtos, como os fertilizantes e adubos inorgânicos. Portanto, não representa o real sentido do termo agrotóxico, que indica não apenas a sua finalidade de uso, mas também o caráter prejudicial destas substâncias, visualizado no radical “tóxico”. (PERES, 2004)

Portanto, observa-se que na língua inglesa o produto possui uma denominação mais branda no que diz respeito aos seus potenciais efeitos

maléficos, já que, conforme explica o autor, não está presente o radical “tóxico” como utiliza-se na língua portuguesa. O autor ainda reforça a tese de que tal termo utilizado na língua inglesa vai totalmente de encontro aos interesses do forte lobby indústria química, já que o termo “pesticida” revela a ideia de que o produto só mata pestes e pode ser indispensável para o sucesso do negócio agrícola.

2.1. Uso de Agrotóxicos no Mundo

De acordo com Carla Vanessa Alves Lopes (2018), o uso em massa dos agrotóxicos na agricultura teve início na década de 1950, nos Estados Unidos da América. Segundo a autora, o início foi marcado pela chamada Revolução Verde que teve como foco a modernização da agricultura e o aumento da produtividade. Ao longo dos anos, o uso foi se expandindo por todo o mundo.

A Organização das Nações Unidas (ONU) possui um órgão especial dedicado para o cuidado de agricultura e alimentação em escala global chamado Food and Agriculture Organization (FAO). De acordo com tal órgão os agrotóxicos podem ser entendidos como:

[...] qualquer substância, ou mistura de substâncias, usadas para prevenir, destruir ou controlar qualquer praga – incluindo vetores de doenças humanas e animais, espécies indesejadas de plantas ou animais, causadoras de danos durante (ou interferindo na) a produção, processamento, estocagem, transporte ou distribuição de alimentos, produtos agrícolas, madeira e derivados , ou que – ou que deva ser administrada para o controle de insetos , aracnídeos e outras pestes que acometem os corpos de animais de criação. (FAO, 2003)

Verifica-se, portanto, que a própria Organização das Nações Unidas reconhece a necessidade de se debater e estudar o tema. No que se refere à proteção do meio ambiente contra substâncias tóxicas, a Declaração de Estocolmo Sobre o Ambiente Humano de 1972, em seu princípio número 6, determinou que:

Deve-se pôr fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais e, ainda, à liberação de calor em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não tenha condições para neutralizá-las, a fim de não se causar danos graves ou irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a contaminação. DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO, 1972)

Observa-se, portanto que os agrotóxicos causam preocupação mundial e podem ser considerados como um risco à saúde pública em todo o mundo. Contudo, o foco do presente artigo será estudar os riscos da utilização de tais agentes químicos no Brasil.

2.2. Uso de Agrotóxicos no Brasil

Desde o ano de 2009 o Brasil é considerado o país que mais utiliza agrotóxicos na agricultura e, atualmente, é responsável pelo consumo de um quinto de todo o agrotóxico produzido no mundo (BOMBARDI, 2012). A autora afirma que o consumo médio de agrotóxicos no Brasil em 2005 era de 7 quilos por hectare e, em 2011, já correspondia a 10,1 quilos, crescendo 43,2%:

Esta dimensão no consumo de agrotóxicos tem levado o país àquilo que poderíamos chamar de uma epidemia silenciosa e violenta envolvendo camponeses, trabalhadores rurais, seus familiares e, também, a população urbana em geral, sobretudo aquela que habita as áreas próximas às grandes produções agrícolas. (BOMBARDI, 2012)

Conforme citação, observa-se que o consumo de tais agentes químicos no território nacional é considerado exorbitante se comparado com o resto do mundo. Demonstrou-se que o uso de 20% de todo o agrotóxico consumido no mundo é realizado no Brasil. O mais alarmante sobre tais números são os problemas de saúde que o uso exagerado de tais substâncias pode causar aos brasileiros:

A envergadura do problema é tal que no período de 1999 a 2009, segundo o Sinitox (Sistema Nacional de Informações Toxicológicas – FioCruz/Ministério da Saúde) houve 62 mil intoxicações por

agrotóxicos de uso agrícola no país; isto significa 5600 intoxicações por ano ou 15,5 por dia ou uma a cada 90 minutos. Neste mesmo período houve 25 mil tentativas de suicídio com uso de agrotóxico, um dado extremamente alarmante, pois significa que tivemos 2300 tentativas de suicídio por ano, ou, uma média de 6 por dia, tendo por “arma” algum tipo de agrotóxico. (BOMBARDI, 2012)

No Brasil, existe uma grande organização oligopolizada, de modo que um pequeno grupo de empresas controlam o mercado de agrotóxicos. Estima-se que as dez maiores empresas desse setor no Brasil controlam 75% das vendas desses agentes químicos (BOMBARDI, 2012).

O uso de agrotóxicos no Brasil se iniciou na década de 1960 e teve um crescimento exponencial na década de 1970, graças ao Programa Nacional de Defensivos Agrícolas (PNDA). Tal programa do Estado incentivava o uso dos agentes químicos e concedia créditos agrícolas baseados na utilização desses produtos (LOPES, 2018). Ainda segundo Carla Lopes (2018), nos dias atuais o Brasil ainda dispõe de grande incentivo de políticas públicas voltadas para o uso de agrotóxicos, mantidas, principalmente, pela bancada ruralista no congresso nacional:

Atualmente, o Brasil ainda possui políticas públicas que fomentam o uso e o comércio de agrotóxicos mantidas pela influência da bancada ruralista no Congresso Nacional. Exemplos disso é o custo irrisório de registro de produtos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (de R\$ 180,00 a R\$ 1.800,00) e a isenção, na maioria dos estados, do Imposto sobre a Comercialização de Mercadorias e Serviços (ICMS). (LOPES, 2018)

O estado brasileiro que mais se destaca pelo consumo exagerado de agrotóxicos é o Paraná com uso de 12 quilos por hectare/ano, diante de uma média brasileira de 4 quilos/hectare/ano. A região sul do país é responsável por 30% de todo o consumo nacional (LOPES, 2018)

O uso de agrotóxicos em território nacional é tão abrangente que esses agentes químicos se encontram presentes, inclusive, em terras indígenas de povo da etnia Yukuru do Ororubá, no estado de Pernambuco (GONÇALVES, 2012).

Tais dados trazem grande preocupação quando se verificam os malefícios dos agrotóxicos na saúde do ser humano. De acordo com a revista EXAME (2019), no período de 2014 a 2017, foram encontrados agrotóxicos em um a cada quatro municípios brasileiros. Segundo a Autora os dados são do Ministério da Saúde e as informações são parte do Sistema de Informação de Vigilância da Qualidade da Água Para Consumo Humano (Sisagua). No período citado, as empresas de abastecimento de mil trezentos e noventa e seis municípios detectaram os vinte e sete agentes químicos que são obrigados por lei a testar, de modo que, desses, dezesseis são classificados pela Anvisa como extremamente ou altamente tóxicos e onze estão relacionados ao surgimento de doenças crônicas como disfunções hormonais e câncer:

Os números revelam que a contaminação da água está aumentando a passos largos e constantes. Em 2014, 75% dos testes detectaram agrotóxicos. Subiu para 84% em 2015 e foi para 88% em 2016, chegando a 92% em 2017. Nesse ritmo, em alguns anos, pode ficar difícil encontrar água sem agrotóxico nas torneiras do país. [...] Do total de 27 pesticidas na água dos brasileiros, 21 estão proibidos na União Europeia devido aos riscos que oferecem à saúde e ao meio ambiente. (EXAME, 2019)

Apesar dos altos números, Soraia Siqueira (2008), afirma que as notificações das intoxicações por agrotóxicos ainda são precárias no Brasil. Segundo a autora, o principal motivo para essa precariedade é a dificuldade de acesso dos trabalhadores rurais aos grandes centros de saúde. Siqueira (2008) ainda afirma que diagnósticos incorretos também atrapalham uma maior exatidão dos dados. Outro problema, segundo a autora, é que a maioria dos estados e municípios brasileiros não são obrigados a notificar os sistemas de vigilância epidemiológica ou sanitária sobre as intoxicações. Fato é que os números reais podem ser bem maiores e mais assustadores do que os divulgados pelas autoridades e pesquisadores. Sobre o tema, Fernando Carneiro (2012) afirma:

O Brasil carece de informações de intoxicações agudas e crônicas em trabalhadores por ineficiência dos sistemas de registros. Existem vários sistemas oficiais que registram intoxicações por

agrotóxicos no país, mas nenhum deles tem respondido adequadamente como instrumento de vigilância em saúde deste tipo de agravo. [...] Embora a pesquisa brasileira sobre o impacto do uso de agrotóxicos sobre a saúde humana também tenha crescido nos últimos anos, ainda é insuficiente para conhecer a extensão da carga química de exposição ocupacional e a dimensão dos danos à saúde, decorrentes do uso intensivo de agrotóxicos. Um dos problemas apontados é a falta de informações sobre o consumo de agrotóxicos e a insuficiência dos dados sobre intoxicações por estes produtos (CARNEIRO, 2012)

3. Dos malefícios dos agrotóxicos na saúde humana

De modo geral, a saúde do ser humano pode ser prejudicada pelo uso de agrotóxicos de três formas principais: no momento de sua fabricação, durante a aplicação e ao ingerir produto contaminado (INCA, 2019). De acordo com o Instituto Nacional de Câncer (2019), os efeitos colaterais de tais agente químicos na saúde humana podem ser de aparecimento rápido (agudos) ou aqueles que aparecem após exposições repetidas durante um período prolongado (crônicos).

O uso indiscriminado de agrotóxicos vem resultando em milhares de mortes na década passada e dezenas de milhares de intoxicações. Segundo Rosany Bochner (2007), ocorreram mil e novecentos casos de morte por intoxicação por agrotóxicos no período de 1999 a 2009 e sessenta e duas mil intoxicações notificadas no mesmo período:

Além do problema da intoxicação pelo contato direto com os agrotóxicos, como são os casos retratados no mapa anterior, há ainda outro que diz respeito não só aos camponeses, trabalhadores rurais e seus familiares, mas também à população em geral que consome alimentos “envenenados”. (BOMBARDI, 2012)

Sobre o tema, René Ruschel afirma:

No Brasil, entre 2007 e 2014, foram registradas quase 2 mil mortes por intoxicação agrícola, média de 148 óbitos por ano ou um caso a cada dois dias e meio. O campeão é o Paraná, com 231 falecimentos no período, seguido por Pernambuco (151) e o trio São Paulo, Minas Gerais e Ceará (83 cada um). (RUSCHEL, 2019)

Os números são realmente preocupantes e assustam ainda mais quando se estuda os malefícios dos agrotóxicos na saúde humana. René Ruschel (2019) afirma que a presença de agrotóxicos, principalmente herbicidas nos alimentos, tende a ser extremamente lesiva à saúde dos seres humanos. Segundo a autora, existem quatro graves consequências. A primeira é a chamada neurotoxicidade e atua no sistema nervoso periférico do ser humano:

A ciência comprovou que, mesmo em pequenas doses ou porções, os agrotóxicos, neste caso notadamente os inseticidas, causam sérios problemas, principalmente em crianças, como alteração no QI, déficit de atenção, hiperatividade, autismo e transtornos psiquiátricos. Na vida adulta, é o gatilho para uma série de doenças neurológicas. (RUSCHEL, 2019)

A segunda, de acordo com a autora é a toxicidade endócrina, responsável por descontrole hormonal, causando doenças como obesidade e câncer em órgãos que dependem de hormônio:

A segunda é a chamada toxicidade endócrina, que afeta os órgãos regulados por hormônios. As principais doenças são obesidade, diabetes, infertilidade, puberdade precoce e o câncer em órgãos que dependem de hormônio – mama, próstata, ovário e testículo. (RUSCHEL, 2019)

A terceira é o câncer, de modo que o glifosato (agrotóxico muito utilizado) é extremamente cancerígeno segundo inúmeros estudos científicos, e a última diz respeito ao fato de que os agrotóxicos tendem a estimular a chamada disbiose intestinal, ou seja, um desequilíbrio entre as bactérias benéficas e as causadoras de doenças no intestino humano:

A terceira é o câncer. O glifosato, agrotóxico mais utilizado, é, de acordo com inúmeros estudos científicos, altamente cancerígeno. Pesquisas recentes relacionam os pesticidas à incidência de leucemia, linfomas e tumores sólidos no sistema nervoso central. Por fim, estimula-se a chamada disbiose intestinal, um desequilíbrio causado pela diminuição do número de bactérias boas do intestino e o aumento das bactérias capazes de causar doença. (RUSCHEL, 2019)

Citado anteriormente, o agente químico glifosato vem causando polêmicas e até disputas judiciais entre empresas do setor e pessoas que

alegam sofrer de doenças em razão do seu uso nos alimentos. Segundo a Valor Econômico (2020), a empresa alemã Bayer vem enfrentando um duro processo judicial nos Estados Unidos, onde reclamantes alegam que os herbicidas da empresa à base de glifosato causam câncer. A empresa, segundo o veículo de comunicação, está há mais de um ano em intensa negociação com os demandantes, de modo que recentemente existem informações no sentido de que a empresa está disposta a pagar de oito a dez bilhões de dólares para encerrar os processos. Em agosto de 2018 a justiça americana entendeu que existe base científica no sentido de que a substância usada pela empresa tem potencial para causar câncer aos humanos e condenou a empresa ao pagamento de dezenas de milhões de dólares em indenizações. A empresa recorreu da decisão (VALOR, 2020).

Paula Fernandes de Brito (2008), realizou estudo sobre as práticas relacionadas ao uso dos agrotóxicos dos agricultores residentes na Serrinha do Mendanha, comunidade agrícola situada em Campo Grande, município do Rio de Janeiro. O resultado de sua pesquisa foi que grande parte dos residentes na área já tiveram problemas de saúde referentes a agrotóxicos ou possuem familiares ou vizinhos que já se intoxicaram:

Intoxicações pelo uso de agrotóxicos são relatadas por muitos autores no país. Na Serrinha do Mendanha este cenário se repete, onde aproximadamente 20% do total de informantes referem já ter vivido tal experiência. Além destes, outros 60% relatam conhecer familiares ou vizinhos que já se intoxicaram na região. (BRITO, 2008)

Em parágrafo seguinte a autora explica como reagiram os moradores locais nos episódios de intoxicação:

As respostas obtidas pelos informantes sobre as providências tomadas em episódios de intoxicação revelam que, na grande maioria dos casos, a atitude mais frequente foi o encaminhamento do indivíduo intoxicado a uma unidade de saúde, já que o quadro sintomatológico foi intenso e o cuidado médico se fez necessário. Assim, observa-se que o principal entendimento sobre "intoxicação" para este grupo se refere a situações que necessitam de acompanhamento médico. Ou seja, sintomas mais brandos, como dor de cabeça e enjoo, parecem não ser reconhecidos como sintomas de intoxicação. "Dor de cabeça é normal", relata um

dos informantes, o que demonstra uma naturalização do uso de agrotóxicos. (BRITO, 2008)

De acordo com Carla Lopes (2018):

Sabe-se, também, que a exposição aos agrotóxicos pode causar alterações celulares e, conseqüentemente, pode estar associada a alguns tipos de câncer, como neoplasia no cérebro, linfoma não-Hodgkin, melanoma cutâneo, câncer no sistema digestivo, sistemas genitais masculino e feminino, sistema urinário, sistema respiratório, câncer de mama e câncer de esôfago. (LOPES, 2018)

Em outro momento de seu artigo, a autora relata as conclusões de uma pesquisa prática realizada com agentes comunitários de saúde, em Goiás:

Um estudo realizado com agentes comunitários de saúde, em Goiás, demonstrou, também, que o grupo exposto apresentou maiores danos ao DNA quando comparado ao grupo controle. Um estudo realizado com agentes de controle da malária da região da Amazônia identificou que esses trabalhadores possuem níveis sanguíneos de DDT bem superiores aos da população em geral. Agentes de endemias, que estão diariamente expostos aos agrotóxicos, apresentaram maiores chances de tremores. (LOPES, 2018)

Segundo dados do Observatório da Política Nacional de Saúde Integral das Populações do Campo e da Floresta, no que diz respeito às intoxicações por uso de agrotóxicos 85,9% das vítimas são do sexo masculino e, entre as mulheres, 2,2% estavam em período de gestação. No que diz respeito à idade das vítimas, a maior parte possui entre dezenove e vinte e sete anos, contudo, o que mais causa espanto e preocupação é que entre as vítimas também se encontram crianças de um a onze anos e idosos com mais de oitenta anos (OBTEIA, 2014).

Conforme a pesquisa realizada, percebe-se que os agrotóxicos podem ser extremamente prejudiciais à saúde dos seres humanos, podendo causar danos imediatos ou danos a longo prazo devido ao contato com os agentes químicos em poucas quantidades durante anos. Conforme o estudo, tais substâncias podem causar desde infertilidade até câncer. Verificou-se que tribunais ao redor do mundo, como nos Estados Unidos, já têm entendido pela responsabilidade de empresas do setor por danos de longo prazo

ocasionados por substâncias que a ciência já comprovou serem maléficas ao ser humano.

4. Constituição Federal, desenvolvimento sustentável e direito à saúde

4.1. Da proteção constitucional ao meio ambiente

De acordo com a Constituição da República de 1988, o meio ambiente é um direito fundamental de todos os indivíduos e é imperativo ao Poder Público e à coletividade sua proteção. O artigo 225 da Carta Magna ainda menciona que sua preservação é um direito das gerações presentes e futuras:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras. (BRASIL, 1988)

Com a análise do artigo em tela, fica claro que a Carta Magna expõe a ideia de desenvolvimento sustentável, de forma que sim é necessário se desenvolver e crescer economicamente, mas, determina de forma clara e imperativa que a proteção ambiental deve ser sempre observada, passando a ser um princípio constitucional.

Com tal redação, Marcela Vitoriano e Silva (2011) afirma que a Constituição Federal instituiu o Princípio da Solidariedade Intergeracional, de modo que cabe à geração atual preservar o meio ambiente, de modo a garantir que as futuras gerações também possam viver e desfrutar de um ambiente equilibrado ecologicamente.

O parágrafo 1º do artigo em questão dispõe de sete incisos, de forma que neles se estabelecem as funções do Poder Público na proteção ambiental, em condutas que vão desde a educação ambiental em todos os níveis de

ensino (inciso VI), até disciplinar a proteção do patrimônio genético nacional (inciso II).

No parágrafo 2º temos a norma de que todos que exploram os recursos naturais devem, obrigatoriamente, repor a área degradada de modo que quem vai ditar qual seria o procedimento técnico para tal recuperação é o órgão público competente na forma da lei (BRASIL, 1988). Em sequência, o parágrafo 3º dispõe que aqueles que praticarem atividades consideradas lesivas estarão sujeitos a sanções, sejam elas penais e administrativas, além da reparação do dano (BRASIL, 1988).

O artigo em voga ainda conta com mais parágrafos, contudo, com esses parágrafos já citados é possível perceber como a proteção ambiental é de suma importância para o ordenamento jurídico pátrio, de modo que, por diversas vezes, o desenvolvimento econômico poderá ser sacrificado em detrimento de seu cumprimento.

Importante mencionar que, ao dar grande relevância para a proteção ambiental, a Carta Magna se baseia, principalmente, no princípio da prevenção. Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha (2003), tal princípio fundamenta a ideia de que é necessária a existência de políticas públicas de defesa dos recursos ambientais como medida protetora contra a degradação ambiental.

Não foi objeto de estudo do presente artigo, mas, além de graves danos à saúde do ser humano, o uso de tais agentes químicos pode causar danos irreversíveis à natureza, citando como exemplo danificação do solo e envenenamento de diversas espécies de animais. Observa-se, portanto, que além de contrariar a Constituição Federal no que diz respeito à saúde dos cidadãos (assunto esse a ser desenvolvido no próximo capítulo), o uso exacerbado de agrotóxicos também fere a Carta Magna no que diz respeito ao princípio constitucional da preservação ambiental.

4.2. Da proteção constitucional à saúde

Assim como visa garantir a proteção do meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 determina expressamente que a saúde é um direito de ordem social fundamental:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

De igual modo, o artigo 196 da Carta Magna determina que a saúde é um direito de todo cidadão e dever do Estado, devendo ser garantido através de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos. Garante ao cidadão, também, o acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação (BRASIL, 1988).

De acordo com Leonardo Martins (2010), ao garantir a saúde como um direito social fundamental a Constituição Federal automaticamente obrigou o Estado a prestações positivas com o objetivo de garantir sua proteção, promoção e recuperação. Existe, então, dever cristalino do Estado de agir positivamente, intervindo e criando órgãos com aptidão a atuarem na tutela dos direitos e procedimentos adequados à proteção e promoção dos direitos. Sobre o tema, Cláudio José Amaral Bahia leciona:

Obter do Estado prestações positivas, as quais, pela importância que detém, ultrapassam o campo da discricionariedade administrativa para uma infestável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental estabelecidas no próprio seio da Lei de Outubro, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do “status” de dignidade da pessoa humana. (BAHIA, 2010, p. 57)

Observa-se, portanto, que a saúde é um dos bens jurídicos mais preciosos dos cidadãos, possuindo ampla proteção constitucional, de modo que cabe ao Estado agir para garantir ao cidadão a manutenção de tal direito.

5. Conflito entre uso de agrotóxicos e direito fundamental à saúde

Após estudo sobre os malefícios dos agrotóxicos para a saúde humana e estudo sobre o direito constitucional à saúde, conclui-se que o uso de agrotóxicos fere gravemente tal direito fundamental social.

Após estudo, observa-se que o Poder Público não vem cumprindo seu dever previsto na Constituição Federal no que diz respeito a agir positivamente para proteger, promover ou recuperar a saúde dos brasileiros.

Ao longo dos estudos para a dissertação do presente artigo, encontrou-se muitos autores criticando tanto a posição do legislador no que se refere a rigidez das leis brasileiras para o uso e registro de agrotóxicos, quanto à ineficiência na fiscalização, agrupamento de dados e informações no país:

O Brasil possui, desde a década de 1970, legislações que regulamentam o registro, a produção, o uso e o comércio dessas substâncias em seu território. Além da relativa frouxidão, que marca tais processos, exemplificada pela liberação de produtos proibidos em diversas regiões do planeta, a grande fragilidade está na fiscalização e nas medidas adotadas para que tais legislações sejam cumpridas. (LOPES, 2018)

Em momento posterior, continua a autora:

Percebe-se importante lacuna no que diz respeito ao desvelamento dos nexos dos processos atinentes aos níveis singular, particular e estrutural da realidade, na determinação da saúde e de doenças ligadas ao uso dos agrotóxicos. Analisar apenas os processos singulares e particulares de determinação da saúde é insuficiente para a ação efetiva de prevenção dos agravos e para a promoção da saúde. Além disso, a maioria dos artigos publicados nos últimos sete anos no Brasil, acerca do tema 'agrotóxicos', está voltada para os efeitos agudos da exposição a essas substâncias e ao tipo de exposição ocupacional. (LOPES, 2018)

Na citação anterior, a autora faz uma dura crítica, também, aos pesquisadores brasileiros que têm focado sua atenção apenas àqueles casos referentes a exposição dos agrotóxicos devido à ocupação profissional do cidadão e, de fato, ao longo da pesquisa para a redação do presente artigo, encontrou-se muita informação sobre a exposição dos trabalhadores rurais e

muito pouco sobre os danos causados às pessoas que são expostas indiretamente ao uso de agrotóxicos.

Muito se estuda sobre os efeitos agudos (imediatos) da exposição a tais agentes químicos e se discute em uma proporção muito menor os impactos crônicos provocados pelo contato com pequenas quantidades de agrotóxicos durante um longo período de tempo. Esses últimos são até mais maléficos pois são uma ameaça silenciosa:

Pesquisas acerca da ingestão de alimentos contaminados e sua exposição em longo prazo não foram encontradas. É necessário que estudos abordando a temática da exposição crônica laboral ou alimentar sejam realizados a fim de garantir uma proteção adequada aos agravos potencialmente advindos do uso de tais venenos (LOPES, 2018)

Encontrou-se, também, duras críticas à legislação brasileira no sentido de que são permitidos em território nacional os usos de substâncias proibidas na grande maioria dos países desenvolvidos:

E o ritmo de novas autorizações não para. Na terça-feira 1º, o ministério anunciou a análise de mais 33 pedidos de liberação de agrotóxicos, para alegria da indústria que encontra cada vez mais dificuldade para desovar seus produtos em nações desenvolvidas. Não se trata apenas de volume. O País impõe limites de toxicidade absurdamente mais elevados que aqueles permitidos nas principais economias do planeta. Um trabalho elaborado pela pesquisadora Larissa Bombardi, “Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a Comunidade Europeia”, aponta a diferença entre os limites locais e aqueles adotados na União Europeia. (CARTA, 2019)

Conforme se observa, a indústria de agrotóxicos encontra cada vez mais dificuldade em penetrar nos países desenvolvidos, encontrando no Brasil seu principal refúgio, devido ao incentivo governamental ao uso de agrotóxicos, a frouxidão legislativa e ineficácia de fiscalização:

A larga diferença entre os limites fixados pela União Europeia e pelo Brasil é um dos principais argumentos dos críticos do uso da substância no Brasil. “Essa diferença só pode se dar por dois motivos. Ou porque nossa sociedade é mais forte, somos seres mais resistentes aos agrotóxicos. Ou mais tola, porque estamos sendo ingênuos quanto aos riscos que corremos”, provoca Melgarejo, da Campanha Contra os Agrotóxicos. (EXAME, 2019)

Ainda sobre as disparidades entre Brasil e União Europeia:

O glifosato é o caso mais revelador sobre as peculiaridades do Brasil na regulação sobre agrotóxicos. Classificado como “provável carcinogênico” pela Agência Internacional de Pesquisa em Câncer, órgão da Organização Mundial da Saúde, o pesticida está sendo discutido em todo o mundo. Há milhares de pacientes com câncer processando os fabricantes nos Estados Unidos – e vencendo nos tribunais – além de protestos e petições pedindo a sua proibição na Europa. Não há consenso, entre as agências reguladoras, sobre sua classificação. No Brasil, que oficialmente colocou a substância em revisão desde 2008, o Ministério da Agricultura liberou novos registros para a venda de glifosato no início deste ano. O pesticida passou a ser vendido em novas formas, quantidades e por número maior de fabricantes. Nos testes com a água do país, a controversa substância foi a que mais ultrapassou a margem de segurança segundo o critério da União Europeia: 23% dos casos acima do limite. Pela lei brasileira, o glifosato foi um dos que menos soou o alarme: apenas 0,02% dos testes ultrapassaram o nosso limite. (EXAME, 2019)

Sobre os níveis exacerbados de glifosato utilizado no país com aval do Estado brasileiro, substância essa considerada como altamente cancerígena, a única explicação possível que se consegue encontrar é que tem a ver com questões políticas e econômicas:

Seu estudo revela como nossos limites chegam a ser 5 mil vezes mais altos que os europeus. O caso mais grave é o do glifosato: enquanto na Europa é permitido apenas 0,1 miligramas por litro na água, aqui no Brasil a legislação permite até 500 miligramas por litro. Como o glifosato é o agrotóxico mais vendido no país, e também o que tem o limite mais generoso para presença na água, Bombardi lança suspeitas sobre os critérios usados: “no caso do glifosato é realmente difícil encontrar justificativa científica, parece ser mais uma decisão política e econômica”. O pesticida foi o mais consumido em 2017 no Brasil com 173 mil toneladas vendidas, segundo o Ibama. O volume corresponde a 22% das estimativas de vendas para esse químico em todo o mundo no mesmo ano – o que faz do Brasil um importante mercado para as fabricantes, entre elas as gigantes Syngenta e a Monsanto – comprada pela Bayer no ano passado. (EXAME, 2019)

Como se percebe, a situação dos agrotóxicos no Brasil vai totalmente no caminho oposto ao que disciplina a Constituição Federal. Após a pesquisa, verifica-se que a omissão estatal no controle e fiscalização do uso de agrotóxicos no país viola o direito fundamental dos cidadãos à saúde. É dever do Estado ter postura positiva no sentido de atualizar a legislação, criar políticas públicas visando a conscientização da população

(principalmente dos produtores rurais) quanto aos malefícios de tais agentes químicos, incentivar pesquisas e fortalecer a fiscalização e punição de eventuais infratores.

6. Considerações finais

Após toda a pesquisa realizada, o que se conclui através do presente artigo é que o Brasil possui números alarmantes quando o assunto é o uso de agrotóxicos na agricultura. Conforme demonstrado, o Brasil é responsável por consumir 20% de todo o agrotóxico produzido no mundo.

A situação fica ainda mais assustadora quando se analisa os malefícios causados pelo uso dos agrotóxicos, tanto aqueles agudos, quanto os crônicos. Verificou-se que a legislação brasileira é extremamente branda quando comparada com a de países da União Europeia, permitindo que substâncias cancerígenas sejam usadas sem o devido rigor na agricultura nacional.

Verificou-se que a Constituição Federal de 1988 garante a proteção do meio ambiente, de forma a se garantir um equilíbrio ecológico para a geração atual e as futuras, bem como que a Carta Magna considera a saúde como um direito fundamental do indivíduo, de modo que o Estado possui o dever de agir sempre para garantir sua proteção, manutenção e recuperação.

Após o estudo fático da situação dos agrotóxicos no Brasil, se verificou que a omissão do Estado brasileiro em atualizar a legislação que diz respeito aos agrotóxicos, em fortificar de maneira significativa a fiscalização e punição de infratores, bem como em criar políticas públicas visando garantir ao cidadão o acesso à informação dos malefícios dos agrotóxicos (principalmente para os produtores rurais) é inconstitucional, uma vez que está deixando de agir para garantir um direito fundamental do indivíduo.

Referências

- BAHIA, Cláudio Jose Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A Justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 892 p. 37/85, fev. 2010.
- BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Meio Ambiente. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- BOCHNER, Rosany. Sistema Nacional de Informações Tóxico-Farmacológicas – SINITOX e as intoxicações humanas por agrotóxicos no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. Acesso em: 21 jun. 2020.
- BOMBARDI, Larissa. Agrotóxicos e agronegócio: arcaico e moderno se fundem no campo brasileiro. **Universidade de São Paulo**. São Paulo, 2012. Disponível em [http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/Agrotóxicos%20e%20agronegócio%20-%20arcaico%20e%20moderno%20se%20fundem%20no%20campo%20brasileiro%20\(Larissa%20M.%20Bombardi\).pdf](http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/Agrotóxicos%20e%20agronegócio%20-%20arcaico%20e%20moderno%20se%20fundem%20no%20campo%20brasileiro%20(Larissa%20M.%20Bombardi).pdf). Acesso em: 21 jun. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. **Decreto Nº 4.074, de 04 de janeiro de 2002**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei Nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRITO, Paula Fernandes de; Gomide, Márcia; CÂMARA, Volney de Magalhães. Agrotóxicos e saúde: realidade e desafios para mudança de práticas na agricultura. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/physis/2009.v19n1/207-225/>. Acesso: 19 jun. 2020.
- CARTA Capital. **Número de mortes e doenças causadas por agrotóxicos está subestimado, diz pesquisadora**. out. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/numero-de-mortes-e-doencas-causadas-por-agrotoxicos-esta-subestimado-diz-pesquisadora/>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- EXAME. Um em cada quatro municípios tem “coquetel” com agrotóxicos na água. **Revista Exame**, 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/1-em-4-municipios-tem-coquetel-com-agrotoxicos-na-agua-consulte-o-seu/>. Acesso em 18 jun. 2020.
- FAO (Food and Agriculture Organization). **Agricultural database**, 2003. Disponível em: <http://www.fao.org>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- GONÇALVES, Gurgel Costa *et al.* Uso de agrotóxicos e a relação com a saúde na etnia Xukuru do Ororubá. Pernambuco, Brasil. **Saúde Soc.** 2012. Acesso em: 21 jun. 2020.
- INFORMATIVO CRQ III. **O dilema do uso de defensivos agrícolas**. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Química, III Região, 1997. Acesso em: 18 jun. 2020.
- INSTITUTO Nacional de Câncer. **Exposição no trabalho e no ambiente**. Agrotóxico. 05 nov. 2018. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/agrotoxicos>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- LOPES, Carla Vanessa Alves; ALBUQUERQUE, Guilherme Souza Cavalcanti de. Agrotóxicos e seus impactos na saúde humana e ambiental: uma revisão sistemática. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42n117/0103-1104-sdeb-42-117-0518.pdf>. Acesso: 19 jun. 2020.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERES, Frederico; MOREIRA, Josino; DUBOIS, Gaetan. **Agrotóxicos, Saúde e Ambiente**: uma introdução ao tema. 2004. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/cap_01_veneno_ou_remedio.pdf. Acesso em 19 jun. 2020.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais de direito ambiental. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, a. 21, n. 74, p. 56-57, 2º semestre 2003.

SIQUEIRA, Soraia Lemos de Siqueira; KRUSE, Maria Henriqueta Luce. Agrotóxicos e saúde humana: contribuição dos profissionais do campo da saúde. **Revista de Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 42, n. 3, set. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S008062342008000300024&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 21 jun. 2020.

Artigo recebido em: 06/08/2021.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Registro de bens imateriais e participação popular: avanços e deficiências no município de Uberlândia

Register of intangible cultural heritage and popular participation: advances and shortcomings in the city of Uberlândia

*Luiz Carlos Figueira de Melo¹
Fernanda Rezende Rezende Martins²
Luiza Ferreira Silva³*

Resumo: O presente artigo visa demonstrar a existência de avanços e deficiências, no município de Uberlândia, em relação ao processo administrativo de registro do patrimônio cultural imaterial, no que tange aos aspectos de participação da população. Para tanto, partiu-se da legislação, tanto federal quanto local, sobre o registro e dos bens já registrados em Uberlândia para tal discussão, através de uma metodologia procedimental bibliográfica de cunho dedutivo. Diante disso, verificou-se de que forma o fomento a um processo de registro mais democrático e participativo é determinante para uma melhor gestão da política patrimonial imaterial nesse município, o que também é válido para os demais entes federativos.

Palavras-chave: Patrimônio cultural imaterial. Registro. Participação popular. Município de Uberlândia.

Abstract: The present article aims to demonstrate the advances and shortcomings, in the municipality of Uberlândia, about the administrative process of register of intangible cultural heritage, in reference to the aspects of popular participation. Therefore, departed from the legislation, both federal and municipal, about the register and the registered goods in Uberlândia, through a bibliographic procedural methodology of deductive nature. Before that, it was found in what way the fomentation to a register process more democratic and participative is determinant to a better management of the intangible cultural heritage policy in this municipality, which is valid to the others federative entity.

Keywords: Intangible cultural heritage. Register. Popular participation. City of Uberlândia.

1. Introdução

¹ Professor Doutor da Universidade Federal de Uberlândia, na Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”.

² Mestra na Universidade Federal de Uberlândia, na Linha de Pesquisa: "Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais" (2019-2021). Pós-graduanda em Direito Ambiental e Urbanístico pela PUC-Minas.

³ Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).

A cultura constitui campo indissociável da vida humana, correspondendo a todos os rastros que o homem deixa no mundo ao longo de sua vivência em sociedade. Especificamente quanto ao patrimônio cultural, pode-se dizer que se revela como de grande importância, na medida em que consiste na herança social de determinada comunidade, identificando-a e influenciando-a de alguma forma. Esse patrimônio coletivo pode se manifestar desde elementos materiais, de cunho arquitetônico, monumental e histórico, até elementos imateriais, relativos a celebrações, modos de fazer e viver, saberes etc., pelo que se vê não ser sempre necessária uma base tangível para a formação e desenvolvimento de bens culturais.

Nesse sentido, o presente artigo busca discutir, quanto à forma de proteção relativa a esse patrimônio cultural imaterial, consubstanciada no procedimento administrativo de registro, qual o panorama na cidade de Uberlândia (com enfoque para a participação popular), tendo como base comparativa as disposições constitucionais e federais relativas aos bens culturais imateriais. Utilizou-se, assim, de amplo procedimento bibliográfico, na medida em que se buscou colher doutrina e artigos científicos sobre o tema, assim como uma abordagem dedutiva, pois se partiu da proteção geral do patrimônio cultural imaterial, no que tange ao registro, para a particularidade uberlandense.

A estrutura do artigo inicia-se com a delimitação do processo de registro com base no Decreto federal 3.551/00, trazendo os seus principais aspectos reguladores, para, após, trazer o conteúdo da Lei 10.662/10 de Uberlândia, quanto ao processo de registro nesse município, de maneira comparativa. Em seguida, serão abarcados quais os bens registrados em Uberlândia, demonstrando a importância que assumem no âmbito local e a análise do curso procedimental que levou à inscrição do bem registrado mais recente, bem como será abordada a iniciativa estadual denominada ICMS-Cultural, por parte do IEPHA-MG (Instituto Estadual do Patrimônio

Histórico e Artístico de Minas Gerais), como grande fomentadora de ações de reconhecimento e valorização do patrimônio cultural nos municípios mineiros.

O último tópico dedica-se a análise da regulamentação do registro, elucidada no primeiro tópico, especificamente quanto aos mecanismos participativos da comunidade, verificando em que sentido servem de potencializador para o processo de registro em Uberlândia. Será comentado ainda a questão da educação patrimonial como necessária para que essa democratização no processo administrativo de registro possa ser mais estimulada, sendo que serão exemplificadas algumas das iniciativas, nesse sentido, na cidade de Uberlândia.

2. O Processo de Registro como Preservação do Patrimônio Cultural Imaterial

Com a Constituição de 1988, reconheceu-se no Brasil o patrimônio cultural em sua faceta imaterial, isto é, aqueles bens culturais que não necessitam de um espaço físico ou geográfico, ou mesmo de uma base material para serem caracterizados, a exemplo das tradições e expressões orais, usos sociais, rituais e atos festivos, artes de espetáculo, técnicas artesanais tradicionais, dentre outros. Percebe-se que o patrimônio cultural se ampliou para além dos bens tangíveis, que já contavam com a proteção por parte do ordenamento jurídico (a exemplo do Decreto-lei nº 25 de 1937 que regulamentou o procedimento de tombamento), e passou a incorporar elementos imateriais para sua definição, na busca por refletir os interesses e conflitos dos povos menos favorecidos, que demandavam uma concepção mais abrangente de patrimônio, desde o conceito até os meios de tutela (SOARES, 2009, p. 29).

Dessa forma, o legislador constituinte dispôs expressamente em seu art. 216⁴ sobre a constituição do patrimônio cultural brasileiro em bens materiais e imateriais, inaugurando, ainda, o critério da referencialidade. Isso porque para que um bem cultural possa ser configurado como patrimônio, deverá ser referencial para definir a essência da identidade, da ação ou da memória (trazendo em si uma conexão enriquecedora entre passado e presente) dos grupos formadores da sociedade brasileira, que são primeiramente os portugueses, africanos e indígenas e, após, pela via da imigração, os italianos, os japoneses, os alemães, os árabes etc. (SILVA, 2001, p. 114).

Diante dessa disposição inovadora, deixou-se de lado os critérios da monumentalidade e raridade, que vinham determinando até então rumo da constituição e tutela do patrimônio cultural no Brasil, para se avançar em direção às novas necessidades em matéria de bens culturais⁵. Como concretização dessa tarefa, era preciso regulamentar a forma de se proteger o patrimônio cultural imaterial, o que veio com o Decreto 3.551 de 04 de agosto de 2000, pelo qual instituiu-se o procedimento de registro.

2.1. A Regulamentação do Registro pelo Decreto nº 3.551 de 2000

O registro qualifica-se como instrumento administrativo voltado para a tutela específica do patrimônio cultural imaterial brasileiro, pelo qual se busca a valorização e a promoção desses bens, harmonizando, com a sua inscrição, os variados interesses para que o bem registrado esteja apto a

⁴ O referido artigo estipula que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

⁵ “O patrimônio a ser preservado passa a ser, além dos monumentos de pedra e cal representantes da cultura dominante, outras representações culturais, de matrizes africanas e indígenas, que, até então, não haviam sido consideradas legítimas nas políticas culturais de preservação” (CORÁ, 2014, p. 1101).

servir de recurso cultural a ser compartilhado por toda a sociedade brasileira (SOARES, 2001, p. 322). Além de trazer esse procedimento, o referido Decreto instaurou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, pelo qual se buscou a implementação de política específica de inventário, referenciamento e valorização dos bens intangíveis⁶.

A compreensão do procedimento de registro deve ser enfocada não só pela análise do supramencionado decreto, mas também junto a Resolução 001/2006 do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e às disposições da Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo em âmbito federal. O registro tem início através da solicitação de algum dos legitimados pelo art. 2º do Decreto 3.551/00, estando autorizados legalmente: o Ministro da Cultura; as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; as Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal; sociedades ou associações civis. Tal requerimento de instauração deverá, em todo caso, ser dirigido ao Presidente do IPHAN, munido da documentação técnica necessária⁷, que o submeterá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural (art. 3º do Decreto 3.551/00), junto à indicação da instituição externa ou da Unidade do IPHAN que poderá instruí-lo.

⁶ O inventário qualifica-se como uma das formas constitucionais de proteção que envolve várias etapas na produção de conhecimento sobre determinados bens culturais com a finalidade de fornecer sua identificação como integrante do patrimônio cultural, atingindo uma proteção melhor e mais qualificada. Consiste em um procedimento de escolha, catalogação e organização de informações relativas aos bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

⁷ Estabelece o art. 4º da Resolução do IPHAN: O requerimento será apresentado em documento original, datado e assinado, acompanhado das seguintes informações e documentos: I. identificação do proponente (nome, endereço, telefone, e-mail etc.); II. justificativa do pedido; III. denominação e descrição sumária do bem proposto para Registro, com indicação da participação e/ou atuação dos grupos sociais envolvidos, de onde ocorre ou se situa, do período e da forma em que ocorre; IV. informações históricas básicas sobre o bem; V. documentação mínima disponível, adequada à natureza do bem, tais como fotografias, desenhos, vídeos, gravações sonoras ou filme; VI. referências documentais e bibliográficas disponíveis; VII. declaração formal de representante de comunidade produtora do bem ou de seus membros, expressando o interesse e anuência com a instauração do processo de Registro. Parágrafo único – Caso o requerimento não contenha a documentação mínima necessária, o Iphan oficiará ao proponente para que a complemente no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável mediante solicitação justificada, sob pena de arquivamento do pedido (IPHAN, 2006).

Caso o Conselho manifeste-se pela pertinência do pedido, realizar-se-á, para além da instrução prévia do processo, consistente na descrição pormenorizada do bem no momento de sua instauração, à instrução técnica pelo Departamento do Patrimônio Imaterial – passível de ser delegada ao proponente ou a uma ou mais instituições públicas ou privadas, analisada em todos os casos a competência técnica para tanto – conforme preceitua o art. 7º da Resolução. Essa instrução técnica deve conter as informações e dados que possam influenciar na produção e sistematização de conhecimentos e documentação sobre o bem cultural, em respeito aos requisitos obrigatórios⁸ elencados no art. 9º da supramencionada Resolução. Ressalta-se que nesse processo de instrução, cabe ao IPHAN acompanhá-lo e supervisioná-lo, requerendo a sua complementação se necessário (art. 3º, §1º do Decreto 3.551/00 c/c art. 8º da Resolução).

Finda a instrução em forma de dossiê, que integrará o processo, ele será encaminhado ao IPHAN, para que emita seu parecer técnico, que será publicado no Diário Oficial da União para eventuais manifestações sobre o registro, que deverão ser apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até trinta dias, contados da data de publicação do parecer (art. 3º, §5º do Decreto 3.551/00). Após essa fase, o processo, devidamente instruído, passa à apreciação e decisão do pedido por parte do Conselho Consultivo (art. 4º do Decreto 3.551/00), que poderá decidir pela realização de audiência pública, caso tenha havido

⁸ São eles: I. descrição pormenorizada do bem que possibilite a apreensão de sua complexidade e contemple a identificação de atores e significados atribuídos ao bem; processos de produção, circulação e consumo; contexto cultural específico e outras informações pertinentes; II. referências à formação e continuidade histórica do bem, assim como às transformações ocorridas ao longo do tempo; III. referências bibliográficas e documentais pertinentes; IV. produção de registros audiovisuais de caráter etnográfico que contemplem os aspectos culturalmente relevantes do bem, a exemplo dos mencionados nos itens I e II deste artigo; V. reunião de publicações, registros audiovisuais existentes, materiais informativos em diferentes mídias e outros produtos que complementem a instrução e ampliem o conhecimento sobre o bem; VI. avaliação das condições em que o bem se encontra, com descrição e análise de riscos potenciais e efetivos à sua continuidade; VII. proposição de ações para a salvaguarda do bem (IPHAN, 2006).

manifestações em contrário por parte da sociedade no prazo supracitado de trinta dias (art. 13, parágrafo único, da Resolução em comento).

Caso a reunião do Conselho Consultivo seja favorável ao registro, o IPHAN determinará a inscrição do bem no livro cabível⁹, adquirindo o título de “Patrimônio Cultural do Brasil” (art. 5º do Decreto 3.551/00) e, em caso de decisão desfavorável, o IPHAN arquivará o processo e comunicará o ato formalmente ao solicitante (art. 14, §3º da Resolução). Em qualquer caso, importa ressaltar que a decisão deverá ser materializada em documento declaratório próprio, firmada pelos Conselheiros presentes e juntada ao processo administrativo, além da obrigatoriedade de ser publicada, através de Aviso, na imprensa oficial (art. 14, *caput* e §4º da Resolução).

Cabe destacar ainda acerca do processo de registro que o IPHAN possui a tarefa de proceder à reavaliação dos bens registrados, pelo menos a cada dez anos, encaminhando-a ao Conselho Consultivo para que decida sobre a revalidação do título de “Patrimônio Cultural do Brasil” que, caso negada, manter-se-á apenas o registro como referência cultural de seu tempo (art. 7º do Decreto 3.551/00). Esse processo de reavaliação admite uma gama maior de legitimados, podendo ser suscitado tanto pelo IPHAN como pela sociedade, inclusive pelo Ministério Público, quando se perceber que a política de cultural de proteção e promoção do bem registrado correm sério perigo, momento em que será necessário rever se o bem imaterial guarda, no transcurso de seu itinerário pelo tempo e espaço, uma conexão relativamente forte com o contexto em que foi originalmente produzido bem como se foi fruído sustentavelmente (SOARES, 2001, p. 331).

⁹ Segundo o art. 1º, §1º do Decreto 3.551/00, o registro será feito em um dos seguintes livros: I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas (BRASIL, 2000).

2.2. O processo de Registro em Uberlândia: Lei nº 10.662 de 2010

Antes de se passar a análise dos aspectos principais do diploma legal que trata do processo de registro no município de Uberlândia, necessário se faz elucidar a competência legislativa e administrativa dos diferentes níveis federativos em matéria de patrimônio cultural. Nesse sentido, o art. 24 da Constituição Federal, ao tratar do que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente, traz expressamente em seu inciso VII a “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”. Nesse tipo de competência concorrente, na inexistência de normas gerais editadas pela União, assumem os Estados competência legislativa plena (supletiva) no atendimento de suas peculiaridades, até que haja superveniência de lei federal sobre normas gerais, que suspenderá a eficácia da lei estadual no que esta contradizer aquela (BRASIL, 1988).

Poderia se imaginar, no entanto, que não deteria o ente municipal competência para legislar¹⁰ sobre patrimônio cultural da análise literal do dispositivo em comento. Todavia, é assente, consoante a melhor doutrina sobre a matéria, a possibilidade de os municípios suplementarem a legislação federal e estadual, dentro dos limites dos procedimentos locais, posto que o art. 30 da Constituição Federal estabelece competir ao referido ente: I- legislar sobre assuntos de interesse local; II- suplementar a legislação federal e estadual no que couber, além do que o mesmo artigo, em seu inciso IX, outorga expressamente aos Municípios a competência para proteger o patrimônio histórico-cultural local, respeitada a legislação e ação fiscalizadora federal e estadual, concluindo-se que não há como efetivar tal

¹⁰ No que tange à competência administrativa municipal, pode-se dizer que consta de maneira expressa na Constituição Federal, com base em seu art. 23, incisos III e IV que, dentre as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estão a proteção de documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, além de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (BRASIL, 1988).

proteção sem a possibilidade de poderes normativos aos Municípios (MIRANDA, 2006, p. 212).

Pode-se falar, inclusive, de um verdadeiro princípio da gestão patrimonial cooperativa, pelo qual o Poder Público deve agir de maneira cooperativa entre si, envolvendo os demais órgãos da Administração Pública, nas instâncias federal, estadual e municipal, assim como com as organizações privadas, não-governamentais, associações e demais grupos que fazem parte da comunidade, de forma a promover e proteger o patrimônio cultural, seja material ou imaterial (SOARES, 2001, p. 160).

Dessa forma, no âmbito da municipalidade de Uberlândia, configura a Lei nº 10.662 de 13 de dezembro de 2010 (UBERLÂNDIA, 2010) o diploma legal que estabelece as normas de proteção do patrimônio cultural, caracterizando os seus aspectos material e imaterial, além de elencar e pormenorizar os seus instrumentos de proteção e promoção – inclusive o registro – e, ainda, definir a natureza, composição e competência do COMPHAC (Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Cultural de Uberlândia). Interessa verificar de que modo o processo de registro dos bens imateriais foi disciplinado pela legislação local, no que tange às suas semelhanças e inovações, estas últimas dentro dos limites estabelecidos federativamente, em relação aos diplomas legais analisados no tópico anterior, em especial quanto ao Decreto 3.551 de 2000.

No que se refere aos tipos de Livros de Registro, assim como à possibilidade de se instituir novas modalidades nesse sentido, os regramentos dispõem de forma semelhante¹¹. Já em relação à legitimação

¹¹ É o que se vislumbra da redação do art. 10 da lei municipal em discussão: O registro dos bens culturais de natureza imaterial se dará: I - no Livro de Registro dos Saberes, no caso dos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II - no Livro de Registro das Celebrações, no caso dos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III - no Livro de Registro das Formas de Expressão, no caso de manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; IV - no Livro de Registro dos Lugares, no caso de mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas. Parágrafo Único - Poderão ser criados outros livros de registro,

ativa para a proposta de registro, pode-se dizer que a lei uberlandense configura-se como mais abrangente, conquanto que poderá ser realizada “por membro do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Cultural de Uberlândia, por órgão ou entidade pública da área de cultura, educação ou turismo, ou por qualquer cidadão, entidade ou associação civil”, de acordo com o seu art. 11, exigindo, em qualquer caso, a instrução prévia com documentação técnica descritiva do bem e sua relevância cultural.

A tramitação do processo, como se depreende do art. 12, abarca também algumas similitudes e disparidades. A proposta também é encaminhada ao órgão colegiado – no caso o COMPHAC – que decidirá sobre a aprovação da proposta, porém de maneira prévia. Em caso positivo, realizará os estudos e atividades cabíveis – instrução – para a sua aprovação sua definitiva que, pela lei municipal, é homologada ou não pelo Prefeito. Na hipótese de negada a aprovação prévia, o proponente pode recorrer perante o Conselho, que deverá decidir no prazo de 60 (sessenta) dias; já diante da negativa da homologação, dispõe o art. 14 que “cabará pedido de reconsideração pelo COMPHAC no prazo de 15 (quinze) dias contados da ciência da decisão, devendo ser decidido pelo Prefeito no mesmo prazo”.

Se regularmente aprovado o registro do bem, com a publicação da homologação pelo Chefe Executivo no Diário Oficial Municipal, o bem é inscrito no livro correspondente, por meio de decreto, recebendo o título de “Patrimônio Cultural de Uberlândia”, nos termos do art. 13 do diploma em comento. Importa asseverar que também é abarcado o processo de revalidação do bem registrado, disciplinado da mesma maneira tratada no Decreto federal, apenas com a peculiaridade de trazer expressamente o

mediante autorização legislativa, por sugestão do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Cultural de Uberlândia e da Secretaria Municipal de Cultura, para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural do Município e que não se enquadrem nos livros definidos nos incisos deste artigo (UBERLÂNDIA, 2010).

recurso cabível em caso de negativa da revalidação, que deverá ser interposto perante o COMPHAC, a decidir no prazo de sessenta dias.

Percebe-se que, em uma visão geral, a lei municipal traz regramento análogo àquele disciplinado na esfera federal, sem muitas pormenorizações das fases processuais, sobretudo no que tange à instrução, ou o estabelecimento de peculiaridades relativas ao interesse local. As dissonâncias mais significativas, como se vê, dizem respeito a uma ampliação do rol de legitimados, assim como à atuação do chefe do Executivo municipal, no processo, por meio do ato de homologação final do registro.

3. Bens Registrados em Uberlândia e Incentivos Culturais

Após a análise dos dispositivos legais aplicáveis à disciplina do registro, tanto a nível federal quanto municipal, cabe então verificar o resultado de sua aplicação em Uberlândia. Proceder-se-á neste tópico, então, o apontamento dos bens registrados naquele Município, bem como o esclarecimento da importância que assumem para a localidade em que se inserem e alguns detalhes acerca do processo de inscrição de um deles, qual seja, a Praça do Rosário. Serão realizadas ainda algumas considerações acerca do IEPHA-MG (Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais), como política de preservação do patrimônio cultural a nível estadual, especificamente no que se refere ao ICMS Cultural, como incentivo destinado à promoção de registros no âmbito municipal.

3.1. Festa do Congado, Folia de Reis e Praça do Rosário: intangibilidade cultural em Uberlândia

O primeiro bem a ser registrado em Uberlândia foi a chamada “Festa em Louvor a Nossa Senhora do Rosário e São Benedito de Uberlândia” ou,

como é mais conhecida, “Festa do Congado”, registrada como Patrimônio Cultural Imaterial no ano de 2008 (através do Decreto nº 11.321/08) no Livro das Celebrações. O referido bem consiste em uma festa popular, de caráter religioso, ocorrida anualmente no município uberlandense, que tem seus preparativos iniciados em meados do mês de agosto e vai até o início do mês de outubro, na qual os Ternos de Congado realizam visitas às residências dos devotos, rezam terços e fazem leilões em diversos locais da cidade (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, 2014a).

O ápice desse movimento ocorre no segundo mês de outubro, momento em que ocorre efetivamente a Festa em Louvor à Nossa Senhora do Rosário e São Benedito, a qual começa às 6h da manhã com uma salva de foguetes, com o intuito de anunciar a chegada dos tambores, organizados em grupos de Congado que saem de vinte e cinco pontos diferentes da cidade. Ocorrem então os desfiles desses pelas ruas centrais de Uberlândia, que se reúnem nos arredores da praça em que fica localizada a Igreja do Rosário, onde acontece o levantamento dos mastros em homenagem aos santos e a realização do “trança-fitas” pelos Marinheiros. Ressalta-se que essa localidade, conhecida como Praça do Rosário, é considerada também um bem imaterial na cidade, como se verá adiante (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, 2014a).

A celebração continua no período da tarde, com o retorno dos grupos à Igreja do Rosário com a participação dos Reis e Rainhas do Congado, que são festeiros de Nossa Senhora do Rosário coroados nos vários ternos da cidade. Em seguida ocorre a procissão dos devotos pelas ruas do centro da cidade e, após, voltam à Praça do Rosário a fim de realizar a Coroação dos Reis e Rainhas do ano posterior, bem como a coroação de Nossa Senhora do Rosário, quando os grupos de Congado retornam aos seus quartéis. Na segunda feira, durante o dia, há visitas recíprocas entre Ternos e a residências de devotos, finalizando a celebração no período da noite, com os

desfiles de despedidas diante da Igreja do Rosário (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, 2014a).

Já a Folia de Reis, bem imaterial que, como se verá, guarda conexão com a Festa do Congado elucidada acima, foi registrada no ano de 2016 (Decreto nº 16.836/16), também no Livro das Celebrações. Trata-se de festejo associado à uma manifestação com origem europeia, trazida ao Brasil pelos portugueses, a partir da passagem bíblica no Evangelho de Mateus que trata da saída dos reis magos, vindos do Oriente, para Belém, a fim de visitarem o Menino Jesus quando de seu nascimento (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, a).

A celebração assume também caráter religioso e ocorre no período natalino, concretizada por meio de jornada de grupos de cantores e instrumentistas que comparecem às residências dos fiéis de posse da bandeira que ilustra o encontro dos Reis Magos com Jesus, Maria e José, sendo que a visita tem o objetivo de abençoar as famílias que recebem os foliões, que intermediam os pedidos de graças e os agradecimentos pelos milagres ocorridos durante o ano. Na cidade de Uberlândia, as Foliás de Reis são entoadas nas casas dos devotos, nas igrejas, capelas, em galpões e espaços variados, onde os foliões através do canto e de objetos sagrados realizam seus rituais, sem qualquer autoridade religiosa presente, mas sim com a fé e devoção compartilhadas (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, a).

Tanto a Festa do Congado como a Folia de Reis guardam ligação com a manifestação da religiosidade por parte de grupos populares que, historicamente, reinventaram as práticas católicas trazidas pelos portugueses. É importante ressaltar ainda que a Festa do Congado se caracteriza por ser uma celebração do povo negro, que em Uberlândia é realizada por pessoas que “carregam consigo a memória de seus ancestrais africanos revivendo-a em rituais adaptados às circunstâncias locais. Situações de convívio que fazem dos personagens da festa atores sociais” (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, b). Já a Folia de Reis, apesar de não ser

uma festa típica do povo negro (“os ritos utilizados nas catequeses foram se disseminando entre os índios, colonos portugueses, negros e mestiços”) (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, 2016), tem muito dos elementos inseridos pelos afrodescendentes congadeiros, posto que há muitos participantes em comum nessas duas celebrações.

O outro bem registrado em Uberlândia refere-se à Praça do Rosário, inscrita no Livro de Lugares no ano de 2018. Formalmente o local é denominado Praça Rui Barbosa, todavia no processo de deliberação da aprovação do registro do lugar, foi deliberado pelo COMPHAC (órgão municipal responsável pela preservação e promoção do patrimônio cultural em Uberlândia) a importância da sua inscrição enquanto Praça do Rosário, tendo em vista o reconhecimento da comunidade enquanto tal nomenclatura (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, 2018). Essa localidade caracteriza-se como relevante pois era o entorno da Igreja da Nossa Senhora do Rosário e São Benedito, construção datada do ano de 1891 e erguida por descendentes de escravos, e palco, até os dias de hoje, da Festa em Louvor à Nossa Senhora do Rosário e São Benedito, celebração supramencionada e registrada como bem imaterial (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, c).

O simbolismo por detrás da Praça do Rosário é de grande monta, pois quando da sua criação, localizava-se na região periférica do Arraial que futuramente daria origem à Uberlândia, estando inserida após o cemitério e cercada por chácaras, caminhos, trilhos e estradas de saída da cidade (só ganharia importância como espaço urbano a partir das primeiras décadas do século XX). Isso porque a Praça era o abrigo de práticas sociais e manifestações culturais da população negra, que à época tinham de ecoar à distância das famílias dos coronéis e comerciantes que habitavam o Arraial, transformando-se hoje em um lugar de resistência e identidade cultural local, representativo de fé, devoção e múltiplas sociabilidades (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, c).

Percebe-se que os bens registrados em Uberlândia são bastante elucidativos da referencialidade inaugurada pelo reconhecimento constitucional da faceta imaterial do patrimônio cultural, além de constituírem práticas intangíveis no seio de povos historicamente marginalizados, o que se coaduna com o considerado no tópico anterior acerca do patrimônio cultural imaterial como reflexo dos interesses de povos menos favorecidos.

Ademais, ao se analisar o processo de registro da Praça do Rosário (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, c) - enquanto bem registrado mais recente-, por exemplo, nota-se um procedimento simplificado que congrega a participação popular quando de sua instauração, já que a proposta de registro foi apresentada pela comunidade, organizada na denominada “Irmandade de Nossa Senhora do Rosário e São Benedito”, bem como pelo seu envolvimento na formatação, previamente à decisão sobre o registro, do Plano de Salvaguarda do bem cultural. No entanto, na fase de deliberação o registro foi aprovado em reunião do COMPHAC que contou com presença apenas dos conselheiros, representantes de órgãos governamentais e instituições técnicas, sem a presença de interessados oriundos da comunidade, seja ela ou não detentora e envolvida com o bem imaterial em discussão.

O que se observa é que, apesar dos avanços no sentido de uma política plural mais democrática e plural, as práticas relativas ao patrimônio cultural no âmbito dos órgãos e instituições públicas competentes ainda estão marcadas por um tecnicismo burocrático, sendo imprescindível uma maior aproximação popular no âmbito das políticas e decisões culturais:

Así que si pensamos la política cultural de preservación como un campo de disputas sociales podremos asumir que la clase hegemónica se aprovecha de los intelectuales, constructores por excelencia de las narrativas sobre la nación, alejando a las clases sociales más desfavorecidas del ámbito decisorio respecto a los bienes que deben ser preservados, esto es, de los bienes que se van a configurar como semióforo de la nación (TEIXEIRA, 2006, p. 135).

Por fim, cabe ainda pontuar a diferença considerável do número de bens materiais tombados e bens imateriais registrados em Uberlândia. Enquanto, como se viu, são três os bens registrados nesse município, os tombados correspondem à vinte e um bens, em sua maioria associados a construções e edificações históricas da cidade. Dessa forma, pode-se vislumbrar como a identificação e preservação dos bens intangíveis ainda é tímida se comparada à proteção destinada aos bens tangíveis, o que denota, como se verá no terceiro tópico desse trabalho, a importância da educação patrimonial nesse sentido.

3.2. O IEPHA-MG e o ICMS Cultural

Após a tratativa da política de preservação e promoção do patrimônio cultural imaterial a nível municipal, especificamente na localidade de Uberlândia, cabe abordar algumas considerações acerca dessa política no âmbito estadual, protagonizada pelo IEPHA-MG, com enfoque para o programa do ICMS Cultural, enquanto fomentador de uma melhor instrumentalização do processo de registro por parte dos municípios mineiros, consoante será abordado.

O IEPHA-MG consiste em uma fundação criada em 1971, sem fins lucrativos, vinculada à Secretaria da Cultura estadual, que assume grande papel na gestão pública do patrimônio cultural, representando um pioneirismo, nesse sentido, do Estado de Minas Gerais. No que se refere à imaterialidade do patrimônio, cabe ao IEPHA sistematizar, assim como o faz o IPHAN a nível federal, os Livros de Registros de Saberes, Celebrações, Formas de Expressão e Lugares, sendo que o procedimento de inscrição dos bens intangíveis deve seguir o Decreto estadual nº 42.505 de 2002 (SILVA; SILVA, 2006, p.16).

A ação, todavia, que merece destaque no presente artigo diz respeito ao chamado ICMS-Patrimônio Cultural. Com a promulgação da lei estadual

nº 12.040/1995 (Lei *Robin Hood*), posteriormente alterada pela Lei 13.803/2000, culminando na edição da Lei 18.030/2009, que disciplina propriamente a política em comento, regulou-se a autorização constitucional relativa ao repasse de 25% do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) aos municípios, pela qual o Estado de Minas Gerais implantou uma legislação específica como estratégia de indução para obter dos governos municipais a adesão às políticas de patrimônio cultural, educação, saúde, meio-ambiente, produção de alimentos, etc.

Diante disso, as ações municipais passaram a ser incrementadas em matéria cultural, pois passaram a serem contempladas pelo repasse do referido imposto através da inserção item “Patrimônio Cultural” no rol de critério da sua distribuição. Cabe então, ao IEPHA-MG a incumbência de editar resoluções e deliberações normativas com o intuito de regular os programas e os procedimentos metodológicos para a implantação, execução e consolidação de políticas e ações relativas ao patrimônio cultural. De posse da documentação enviada pelos municípios mineiros, comprobatória da efetivação dessas políticas culturais, passa-se a um processo de análise e julgamento que culminará na determinação de uma pontuação a cada município, que será utilizada como índice no cálculo do repasse do ICMS-Patrimônio Cultural no ano seguinte ao da avaliação do IEPHA (SILVA; SILVA, 2006, p. 09).

No que se refere à incorporação da proteção dos bens imateriais nessa política do ICMS-Patrimônio Cultural, a partir de 2009, exige-se para a pontuação do município a confecção de dossiê pormenorizado de cada bem registrado, que deve seguir todas as exigências da Deliberação Normativa 02/2012 em vigor, além do que deve contar com a cópia de toda a tramitação do processo legal, a saber: proposta de registro; estudo prévio que justifique o registro; atas das reuniões do Conselho Municipal do Patrimônio Cultural;

divulgação da decisão sobre o início do registro; inscrição no livro de registro e ficha técnica (SILVA; SILVA, 2006, p. 09).

[...] a adesão dos municípios no plano das políticas e ações patrimoniais voltadas ao patrimônio imaterial, de recente inclusão, é expressiva e consistente. Demonstram a formatação e a possível consolidação de uma Política de Estado também em relação a essa tipificação patrimonial. Em seu conjunto, a forte adesão e as ações culturais implantadas e desenvolvidas nos municípios mineiros demonstram o sucesso da política de patrimônio e da agenda pública em relação à identificação, proteção, promoção, salvaguarda e valorização dos bens culturais materiais e imateriais (SILVA; SILVA, 2016, p. 12).

Diante disso, conclui-se a importância do desenvolvimento de ações voltadas para o registro de bens imateriais a nível municipal, tal como vem se implementando na cidade de Uberlândia na última década. Além do fomento à identificação desse tipo de bem, nos respectivos municípios, de forma a gerar a sua instrumentalização através do processo de registro, o ICMS-Patrimônio Cultural também se revela como ferramenta essencial para incentivar um procedimento administrativo que seja completo e apto a individualizar corretamente o bem, para que as políticas culturais posteriores a ele referentes possam ser mais efetivas.

4. O Fomento à Participação Popular como Potencializador para o Processo de Registro em Uberlândia

Intenta-se, neste tópico, elucidar algumas deficiências legais no que tange à disciplina do processo de registro, a nível federal e municipal (tomando como base a legislação uberlandense), com enfoque para apontamentos acerca da participação popular. Ademais, pretende-se tecer algumas considerações sobre a relevância da educação patrimonial para a valorização dos bens culturais imateriais, conquanto entenda-se que através dela é possível fomentar um processo administrativo mais participativo no âmbito do registro.

4.1. Deficiências Legais: Análise do Decreto 3.551/00 e da Lei Municipal 10.662/10

Ao se analisar os diplomas legais em comento, verifica-se que trazem procedimentos bastante semelhantes, com algumas tímidas dissonâncias, como se viu, de forma que não houve muitas inovações na delimitação da política municipal cultural, no caso uberlandense, relativa ao patrimônio imaterial, por parte da Lei 10.662/10, sobretudo quanto à participação popular¹² no curso do processo decisório do registro. É observado, como ocorre em várias localidades, uma adaptação da legislação municipal tomando por base o decreto federal, sem que haja uma consideração acerca das especificidades do município e dos caracteres do patrimônio cultural imaterial, de forma que muitas vezes se mantêm o perfil do corpo técnico e das comissões dos órgãos a quem é atribuída a gestão do patrimônio cultural local, acostumados a práticas voltadas à preservação e promoção de bens materiais.

Uma primeira deficiência que desponta diz respeito ao excesso de rigor formal relativo à peça de ingresso para o processo de registro, pois tanto o decreto federal quanto a lei municipal acabam por exigir a instrução prévia consistente em documentação técnica do bem a ser registrado, com suas pormenorizações e a descrição de sua relevância (vide primeiro tópico do presente artigo). Esse formalismo acaba por inviabilizar a sua instauração por parte de legitimados populares, que no caso do Decreto 3551/00 restringem-se a sociedades ou associações civis e, pela Lei

¹² “O princípio da participação comunitária na proteção do patrimônio cultural expressa a ideia de que para a resolução de problemas atinentes a tal área deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, por meio da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política de preservação dos bens culturais.”(MIRANDA, 2006, p. 40).

10.662/10, verifica-se uma ampliação positiva, ao abarcar também a possibilidade de ingresso por qualquer cidadão.

Cabe invocar aqui a aplicação da Lei 9.784/99, tanto do art. 2º, inciso VIII (princípio do formalismo moderado) quanto dos artigos 6º (rol limitado de exigências formais para a instauração de processo) e 7º (possibilidade de elaboração de modelos e formulários padronizados pela da Administração Pública), de forma a minimizar esse rigorismo preconizado por parte dos diplomas relativos ao registro, que acaba por qualificar-se como imposição dispendiosa a legitimados não raro desprovidos de recursos financeiros e técnicos para a consecução dessa documentação prévia.

[...] o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa; em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas [...] (MEDAUAR, 2008, p. 131).

Outra deficiência que se percebe é que tanto o Decreto 3.551/00 quanto a Lei Municipal 10.662/10 poderiam ter traçado mecanismos participativos mais bem estruturados no que se refere ao desenvolvimento do processo de registro. A falta de uma disciplina adequada quanto à questão da audiência pública, por exemplo, pode ser vislumbrada em sede federal, pois, como se levantou no primeiro tópico, é prevista a possibilidade de realização desse tipo de audiência (art. 13, parágrafo único, da Resolução 01/2006 do IPHAN) como ato discricionário do Relator do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, somente se tiver havido manifestações contrárias ao registro por parte da sociedade. Essa ausência também pode ser verificada em sede municipal, pois a Lei 10.662/10 não faz qualquer menção à realização de audiência pública ao regulamentar o processo de registro ou procedimento participativo similar.

É necessário fazer a ressalva de que pode ser aplicada subsidiariamente a Lei 9.784/99, ao tratar das disposições gerais aplicáveis

ao processo administrativo federal, especificamente o seu art. 32, ao prever que, na fase instrutória, “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. No entanto, acredita-se que pelas especificidades dos bens imateriais e pela emergência de se renovar a gestão institucional no seio das políticas culturais, a audiência pública deveria ser obrigatória no curso de um processo de registro, de forma a cada vez mais ampliar a inserção da sociedade nos aspectos decisórios relativos a esse tipo de patrimônio cultural.

Somente políticas submetidas ao debate e crivo públicos podem ser consideradas substantivamente políticas de cultura. Sempre é bom lembrar que tal negociação acontece entre atores que detêm poderes desiguais e encontram-se instalados de modo diferenciado no campo de forças que é a sociedade capitalista contemporânea. Assim, políticas públicas de cultura podem ser desenvolvidas por uma pluralidade de atores político-sociais, não somente o Estado, desde que tais políticas sejam submetidas obrigatoriamente a algum controle da sociedade, por meio de crivos públicos, que envolvem sempre a participação nos processos de debates e deliberativos (RUBIM, 2011, p. 70).

Ademais, ressalta-se que a proteção ao patrimônio cultural está inserida no conceito de direito fundamental de terceira geração, “sendo inconteste que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras” (MIRANDA, 2006, p. 16). Dessa forma, em sendo um direito transindividual de caráter difuso, retira-se daí a importância de uma disciplina completa e adequada que considere as suas nuances coletivas, pois, em direitos como esse, “[...] decisiva a mediação do Poder Legislativo e da Administração Pública. Sem as regulações legislativas, sobretudo, e as medidas administrativas, a eficácia e a efetividade dos direitos transindividuais são mínimas” (STEINMETZ, 2004, p. 285). Por isso, acredita-se que omissões legais em criar oportunidades para a participação da sociedade civil, organizada ou não, sobretudo por uma disciplina específica de audiência pública, ou outro

mecanismo semelhante, configura entrave à democratização do processo de registro.

A participação da sociedade, sob a forma de consultas e audiências públicas, qualifica-se como essencial para se alcançar um denominador compatível com o objetivo do registro, que é de justamente promover e valorizar o bem intangível, posto que esse processo está sujeito a influência dos diversos setores da sociedade e de aspectos socioeconômicos contextuais, do que se retira que a decisão acerca do registro de um bem é sempre produto do tempo em que foi realizado (SOARES, 2009, p. 328).

Por fim, ainda sobre questões participativas no seio das leis em análise, cabe pontuar que, embora na legislação municipal em comento, ao se abordar a composição do COMPHAC, órgão responsável pela deliberação acerca dos processos de registro de bens imateriais em Uberlândia, haja em seu art. 5º, inciso VIII, a determinação de que o órgão deva contar com 01 (um) representante da comunidade, crê-se que se mostra como insuficiente para caracterizar um real envolvimento popular na definição da política cultural nesse sentido. Além disso, como o preenchimento desse *locus* envolve a convocação pela via de publicação de edital (art. 5º, §2º da lei em comento), acaba-se por inviabilizar a sua ocupação por parte de representantes advindos de camadas mais pobres da cidade.

4.2. Educar para Promover: o Papel da Educação Patrimonial

Um maior envolvimento da população nos processos de reconhecimento e valorização do patrimônio cultural, sobretudo no que se refere àquele imaterial, tendo em vista que muitas vezes a comunidade reconhece enquanto bens culturais apenas aqueles de caráter histórico-material, só se mostra viável através de iniciativas em educação patrimonial. Os valores representados pela participação popular só conseguem florescer, no que tange às suas funções de símbolo, identidade, testemunho, gerador de relações e vínculos culturais e de integração

espacial e harmonia com o meio ambiente se apreendidos pela população, enquanto sua primeira e mais fiel parceira, caso nele se reconheça, assim como reconheça as suas vantagens à curto, médio e longo prazos (MARCHESAN, 2007, p. 197).

Pode-se dizer que esse princípio se encontra albergado pela Constituição em seus artigos 215, caput e §2º, 216, caput e §§1º e 3º, e 225, §1º, inciso VI, significando processo de trabalho educacional que possui o patrimônio cultural como fonte de conhecimento, diante da necessidade de que todos conscientizem-se acerca da importância da preservação da memória, a fim de que possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres nesse sentido (MIRANDA, 2006, p. 43). Verifica-se, assim, a sua relevância enquanto promoção e vivência da cidadania, na medida em que chama atenção para a responsabilidade individual e coletiva no que se refere ao patrimônio cultural, em todos os seus níveis e modelos (MIRANDA, 2006, p. 202).

Para que essa cidadania cultural possa ser exercitada, como pondera Soares, o acesso às informações produzidas e sistematizadas, seja pelo Poder Público ou por outros agentes, necessita estar acompanhada de uma política de redução das desigualdades e de liberdade no acesso aos bens culturais, além de uma ampla divulgação da produção cultural, numa correta implementação da educação patrimonial (seja pelos meios formais ou informais), de forma que a comunidade tenha a sua disposição os mecanismos para elaborar e controlar as políticas públicas culturais (SOARES, 2009, p. 125).

Na contemporaneidade, a cidadania cultural pode ser formulada também como uma cidadania digital, através do manejo de recursos digitais para promover o acesso à informação, assim como instrumento facilitador do exercício de direitos e deveres dos cidadãos perante o Estado (REIS; TEIXEIRA, 2013, p. 209). Esses atores, com a evolução tecnológica, cada vez mais estão aptos a ganhar voz através da interatividade virtual e conseguem

agir como agentes multiplicadores da informação, de forma que se criam formas para o exercício da cidadania e, no presente caso, para a criação de sistemas de informação e divulgação da memória das práticas culturais tradicionais, com o intuito de colaborar com seu reconhecimento e valorização (REIS; TEIXEIRA, 2013, p. 210).

Deve-se considerar também que a educação patrimonial, no Brasil, ainda é verificada de maneira incipiente, embora exista a regulação normativa suficiente para a sua implementação¹³, de modo que deve ser cobrado do Poder Público a elaboração de programas de governo que abranjam a educação patrimonial assim como a sua efetividade a partir de agentes públicos e privados (SOARES, 2009, p. 151).

Los estados de Rio Grande do Sul y Minas Gerais se destacan como los que más han discutido y articulado acciones en este sentido. Por lo menos es lo que se deduce a partir de un exhaustivo análisis bibliográfico. Los relatos de experiencias y la producción de cartillas son allí bastante expresivos. Hay unos pocos ejemplos más de acciones concretas de Educación Patrimonial en otros estados pero siempre se configuran como acciones aisladas, más que nada una decisión de algunos municipios o de instituciones de enseñanza universitaria. De hecho, en ningún caso se puede hablar de una práctica sistemática o de incorporación del tema en el sistema de enseñanza nacional. (TEIXEIRA, 2013, p. 139)

Como exemplo dessa regulamentação normativa, encontra-se na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996), em seu artigo 3º, que trata dos princípios norteadores do ensino em todas as suas esferas, o inciso II que dispõe acerca da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber”. Pode-se trazer à tona, também, a BNCC (Base Nacional Comum Curricular), que traz como conteúdo a ser ministrado, tanto nas disciplinas de Linguagens, Arte e História (BRASIL, 2018), no âmbito do ensino fundamental I (1º ao 5º ano), a

¹³ Como coloca Teixeira (2013, p. 138), ao abordar a importância de se formar cidadãos que sejam aptos a interferir em processos de seleção relativos ao patrimônio cultural: “No basta una legislación de protección de los bienes culturales si no se asegura su difusión y la comprensión de su significado. Es fundamental poner en práctica acciones educativas que garanticen la protección de los bienes y estimulen nuevos procesos selectivos que tomen en cuenta a los diferentes sectores de la sociedad”.

abordagem acerca da valorização e respeito ao patrimônio cultural da humanidade. Em sede de Ensino Médio, a reflexão acerca do patrimônio artístico, em seus diferentes tempos e lugares, também é prevista como temática que deve ser abordado nas disciplinas inseridas em Linguagens e suas Tecnologias (BRASIL, 2018).

Diante disso, devem ser exaltadas algumas iniciativas encontradas em matéria de educação patrimonial em Uberlândia, consoante documentação obtida no âmbito da Secretaria da Cultura desse município. As ações possuem como escopo se dirigem à comunidade em geral, servidores municipais de diversas secretarias, grupos de pessoas em risco social, escolas de primeiro e segundo graus, faculdades e universidade, de forma a demonstrar a importância do patrimônio para a identidade cultural local, através da sua difusão, apropriação e valorização do patrimônio cultural da cidade (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, d).

As ações envolvem, por exemplo, palestras em ambientes escolares e educacionais, visitas orientadas aos bens tombados, realização de seminários, produção de material impresso visando a difusão do patrimônio, sensibilização da comunidade para a importância de sua preservação e elaboração de material digital para inserção no site da prefeitura do município (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, d). Esse último refere-se à Cartilha de Educação Patrimonial (MACEDO, LOPES, 2014), importante instrumento para a realização dessas ações nas escolas, além de constituir material didático a ser trabalhado pelos professores.

Em relação a atividades de educação patrimonial especificamente atinentes aos bens imateriais, destaca-se aqui o repasse de recursos financeiros e apoio (através, por exemplo, do empréstimo de materiais de som, palco e iluminação) na realização das manifestações culturais por parte da Diretoria de Memória e Patrimônio Histórico à Festa em Louvor à Nossa Senhora do Rosário e São Benedito e à Folia de Reis (PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, d).

Vislumbra-se que a educação patrimonial constitui atuação expressiva e importante na gestão cultural uberlandense, como forma de atingir à coletividade em relação à identificação dos bens patrimoniais do município e à relevância de sua preservação e promoção. É preciso, no entanto, que essa educação também se dê no sentido de orientar a população quanto aos meios de participar nos processos administrativos de proteção dos bens culturais, em especial aquele relativo ao registro, pois, como se viu, é imprescindível a atuação popular no curso desse procedimento.

5. Conclusão

Diante do exposto, contata-se a importância assumida pelo patrimônio cultural para a formação e desenvolvimento humano, sendo que aquele revestido de faceta imaterial, cuja manifestação prescinde uma esfera tangível para se expressar, apesar de ter recebido reconhecimento normativo e protetivo relativamente recente nos diversos níveis federativos do Brasil, configura elemento que traduz, ainda mais, a referencialidade cultural dos povos formadores da sociedade brasileira.

Quando se fala, assim, da proteção do patrimônio cultural imaterial, o registro consubstancia o procedimento administrativo materializador dessa tutela, sendo que a nível federal está disposto no Decreto 3.551/00 e, no município de Uberlândia, regula-se pela Lei 10.662/10. Pôde-se concluir que a lei municipal segue basicamente a redação do diploma legal federal, sem tantas inovações e particularizações, além do que ambas as regulações se mostram ainda deficientes quanto à regulamentação da participação popular. Crê-se que é preciso pormenorizar as dimensões normativas relacionadas a audiências e consultas públicas nesse processo, enquanto meios democráticos de efetivar essa participação popular.

Ao se verificar os bens que foram objeto de registro em Uberlândia, quais sejam, a Festa do Congado, Folia de Reis e a Praça do Rosário, foi possível notar que endossam característica comumente associada aos bens

imateriais, qual seja, a de serem representativos das manifestações culturais dos povos historicamente marginalizados. Além disso, nota-se que há uma grande disparidade, nesse município, entre a quantidade de bens materiais e imateriais que compõe o patrimônio cultural local, sendo que os primeiros são ainda consideravelmente mais numerosos que os segundos.

Nesse sentido, acredita-se que um maior envolvimento da população, produtora e detentora do patrimônio cultural, é a chave para que os bens imateriais possam receber maior atenção e proteção, de forma que é necessário desenvolver e regulamentar melhores mecanismos participativos no âmbito do procedimento de registro, desde sua instauração até a fase decisória. Tal envolvimento só se torna viável se é fomentada a educação patrimonial por parte da gestão pública nas diversas esferas federativas, a fim de que a coletividade desponte para identificação, proteção e promoção dos seus bens culturais, sobretudo aqueles intangíveis, que não raro são desconhecidos por parte dela. É louvável, assim, as iniciativas em educação patrimonial que vem sendo concretizadas em Uberlândia, na medida em que são determinantes para esse despertar da comunidade local e a construção, cada vez mais, de uma tutela cultural abrangente, tanto em relação ao patrimônio material quanto ao imaterial.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 ago. 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**. 2018. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 12 jul. 2019.

CORÁ, Maria Amelia Jundurian. Políticas públicas culturais no Brasil: dos patrimônios materiais aos imateriais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 05, p. 1093-1112, set./out. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/33331/32143>. Acesso em: 29 jul. 2019.

IPHAN. **Resolução nº 001 de 03 de agosto de 2006**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 ago. 2006. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Resolucao_001_de_3_de_agosto_de_2006.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

MACEDO, Ana Paula Rezende; MACHADO, Maria Clara Tomaz; LOPES, Valéria Maria Cavalcante. **Patrimônio Cultural – que bicho é esse?** Uberlândia: Secretaria Municipal de Cultura/Diretoria de Memória e Patrimônio Histórico, 2014. 60 p. Disponível em: http://www.uberlandia.mg.gov.br/uploads/cms_b_arquivos/14317.pdf. Acesso em: 27 jul. 2019.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, a. Secretaria Municipal de Cultura. **Folia de Reis**. Disponível em: <http://www.uberlandia.mg.gov.br/?pagina=Conteudo&id=2814>. Acesso em: 08 jul. 2019.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, b. Secretaria Municipal de Cultura. **Congado de Uberlândia [livro 01/02]**. Disponível em: http://www.uberlandia.mg.gov.br/uploads/cms_b_arquivos/1551.pdf. Acesso em: 08 jul. 2019.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, c. Secretaria Municipal de Cultura. **Praça do Rosário**. Disponível em: http://www.uberlandia.mg.gov.br/2014/secretaria-pagina/23/3037/praca_do_rosario.html. Acesso em: 08 jul. 2019.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, d. Secretaria Municipal de Cultura. **Ações da Diretoria de Memória e Patrimônio Histórico**. n.p. Uberlândia: 2019.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, Secretaria Municipal de Cultura. **Festa do Congado**. 2014. Disponível em: <http://www.uberlandia.mg.gov.br/2014/secretaria-pagina/23/430/secretaria.html>. Acesso em: 08 jul. 2019.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA; Secretaria Municipal de Cultura. **Dossiê de Registro: Folia de Reis de Uberlândia**. 2016. Disponível em: http://www.uberlandia.mg.gov.br/uploads/cms_b_arquivos/16675.pdf. Acesso em: 08 jul. 2019.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA, Secretaria Municipal de Cultura. **Dossiê de Registro da Praça do Rosário**. 2018. Disponível em: http://www.uberlandia.mg.gov.br/2014/secretaria-pagina/23/3037/praca_do_rosario.html. Acesso em: 08 jul. 2019.

REIS, Alcenir Soares dos; TEIXEIRA, Clotildes Avellar. Informação e patrimônio cultural imaterial: uma proposta de cidadania digital. **Revista Eptic Online**, v. 15, n. 02, p. 200-215, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/epitic/article/view/949>. Acesso em: 12 jul. 2019.

RUBIM, Antônio Albino Canelas. **Cultura e Políticas Culturais**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ana Paula; SILVA, Paulo Sérgio. O Registro do Patrimônio Cultural Imaterial: as práticas do IPHAN e IEPHA/MG. **Revista Geographos**, v. 7, n. 87, 2016. Disponível em: <https://web.ua.es/es/revista-geographos-giecryal/documentos/pydes-7-dasilva-dasilva.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2019.

SOARES, Inês Virginia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TEIXEIRA, Simonne. Educación patrimonial: alfabetización para la ciudadanía. **Revista Estudios Pedagógicos**, Valdivia, Chile, v. XXXII, n. 02, p. 133-145, 2006.

UBERLÂNDIA. **Lei nº 10.662 de 13 de dezembro de 2010**. Diário Oficial da Prefeitura Municipal de Uberlândia, Uberlândia, MG, 13 dez. 2010. Disponível em: http://www.uberlandia.mg.gov.br/uploads/cms_b_arquivos/9125.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

Artigo recebido em: 06/03/2020.

Aceito para publicação em: 12/07/2022.

A análise econômica dos direitos fundamentais sociais: uma análise racional das políticas públicas à luz da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial

The economic analysis of fundamental social rights: a rational analysis of public policies in the light of the reserve theory of the possible and the minimum existential

*Eric Araujo Andrade Oliveira¹
Jadson Correia de Oliveira²*

Resumo: Quando da ocorrência de crises e ou insegurança, renovados são os questionamentos acerca do grau de eficiência ou não das políticas estatais constitucionalmente previstas, voltadas para a superação de tais episódios. Tendo em vista o atual e paradigmático momento histórico em que a humanidade enfrenta a pandemia de SARS-COV2, exsurge o questionamento: As atividades estatais orçamentárias e correlatas ao orçamento vêm sendo conduzidas racionalmente? O prisma racional-econômico, proposto por linhas teóricas tais como a análise econômica do Direito são ferramentas adequadas para se quantificar o desempenho estatal frente à crise? Para solucionar tais questionamentos a pesquisa adotará o método lógico-dedutivo, com o aporte bibliográfico e normativo. Conclui-se que análise econômica Do Direito, enquanto metodologia complementar, e, portanto, como ferramenta a disposição do gestor público pode vir a incrementar positivamente a gestão dos recursos públicos e a escolha de práticas mais eficientes que permitam a concretização dos Direitos sociais fundamentais, contanto que as premissas da AED não se tornem substitutivas das normas jurídicas, podendo vir a fornecer subsídios para sanar de forma eficiente e racional, por meio de políticas públicas, situações de escassez, assim como aquela decorrente da pandemia do SARS-COV2.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Análise Econômica do Direito. Descumprimento Normativo. Direitos Fundamentais Sociais.

Abstract: When crises and/or insecurity occur, the questions about the degree of efficiency or not of constitutionally foreseen state policies, aimed

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador UCSAL (2019). Mestre em Direito PPGD pela Universidade Católica Do Salvador UCSAL (2022) na área de concentração: Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Fundamentais. Autor de artigos. Advogado.

² Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Coninbrigae- IGC/CDH, da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito pela ESMape. Professor Adjunto da Universidade de Sergipe, do Centro Universitário São Francisco e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador.

at overcoming such episodes, are renewed. In view of the current and paradigmatic historical moment in which humanity faces the SARS-COV2 pandemic, the question arises: Have the state budget and budget-related activities been conducted rationally? Are the rational-economic prism, proposed by theoretical lines such as the economic analysis of Law, adequate tools to quantify the state's performance in the face of the crisis? To solve such questions, the research will adopt the logical-deductive method, with bibliographic and normative input. It is concluded that economic analysis of Law, as a complementary methodology, and therefore as a tool available to the public manager, can positively increase the management of public resources and the choice of more efficient practices that allow the realization of fundamental social rights, provided that the premises of the AED do not become a substitute for legal norms, and may provide subsidies to efficiently and rationally remedy, through public policies, situations of scarcity, as well as that resulting from the SARS-COV2 Pandemic.

Keywords:Existential Minimum. Reservation of the Possible. Economic Analysis of Law. Normative Non-compliance. Fundamental Social Rights.

1. Introdução

Surge naturalmente um estranhamento, ao se verificar que o cumprimento de tais Direitos, (que tutelam bens humanos imateriais de alta carga valorativa) requerem um aporte financeiro, como é o caso do Brasil onde, uma ampla arrecadação fiscal dá origem a uma vultosa soma de recursos financeiros em decorrência da atividade tributário-financeira do Estado. A atividade financeira do Estado encontra-se mais bem disciplinada entre os art. 163 a 183 da CRFB/88.

A presente pesquisa busca compreender o funcionamento da análise econômica do Direito, quando da efetivação dos Direitos fundamentais sociais, em uma situação de escassez, amplificada pelo momento atual da pandemia de SARS-COV2 e compreender se as políticas atuais, guiadas pela análise econômica do Direito podem atender ao conteúdo mínimo dos Direitos sociais fundamentais, ou seja, se podem cumprir o mínimo existencial e se o mesmo já vem sendo atendido.

Para tal partir-se-á da investigação de dois questionamentos principais: As atividades estatais orçamentárias e correlatas ao orçamento vêm sendo conduzidas racionalmente? O prisma racional-econômico,

proposto por linhas teóricas tais como a análise econômica do Direito são ferramentas adequadas para se quantificar o desempenho estatal frente à crise? A pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, com o aporte bibliográfico e normativo.

Defende-se enquanto hipóteses iniciais que: O cumprimento do mínimo existencial restará comprometido, tanto por causa do agravamento da situação orçamentária de escassez, quanto por causa da repatriação de recursos em relação a saúde pública sobre o arrepio do descumprimento dos demais Direitos sociais fundamentais, dada a urgência desta estratégia no momento atual, restando evidenciado a não eficiência estatal em momentos de crise. Defende-se, ainda, que as atuais medidas, sobretudo as que emanam do âmbito federal não estão cumprindo o conteúdo mínimo dos Direitos fundamentais sociais.

Iniciar-se-á a pesquisa por meio de um breve panorama conceitual e histórico, através do qual se apresentarão determinadas premissas, e ideias introdutórias que guiarão o desenvolvimento das inferências iniciais. Os tópicos posteriores submeterão as hipóteses iniciais ao falseamento, por meio da confrontação das premissas iniciais com o substrato bibliográfico científico atual colhido, que esteja em consenso e ou que possua suficiente grau de corroboração, ao que se chegará às conclusões finais.

2. Escolha trágica, Análise Econômica do Direito e mínimo existencial

Primeiramente há de se observar a relevância do estudo dos Direitos fundamentais sociais, umbilicalmente ligados com as estratégias e deveres positivos do Estado, guiados pela máxima da justiça distributiva e da equidade.

Tais Direitos a despeito de possuírem sua origem e conceitos, derivados da dignidade da pessoa humana e da máxima da liberdade fática, necessitam de aporte financeiro, para serem concretizados, o que em

momento inicial levanta o questionamento se tais Direitos podem ser analisados de acordo com a semiótica econômica.

O orçamento público consiste em uma estratégia, pelo meio da qual se busca sanar as obrigações estatais por intermédio do aporte financeiro (sobretudo tributário) constituindo verdadeira premissa do modelo de estado constitucional moderno, é dizer, o orçamento exsurge como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito (MORAES, 2017, p. 2-10). Deve-se observar que a atividade orçamentária, sobre um prisma mais pragmático, consiste em uma atividade, sobretudo de manejo de verba, alocada por meio da tributação, e destinada para gastos pré-estabelecidos (HARADA, 2018, p. 55-56).

De forma seminal, o equilíbrio entre as demandas orçamentárias crescentes, e os recursos finitos, acaba por gerar uma situação de escassez, ou seja, uma situação de *déficit* orçamentário, na qual o gestor deve optar por atender determinados gastos em detrimento de outros (FILHO, 2019, p. 1119- 1123). Tal escolha do gestor público consubstancia a “escolha trágica”, que é a escolha de ações de impacto orçamentário em uma situação de escassez.

Deve-se observar que a escolha trágica do gestor público não se dá tão somente por meio do arbítrio do representante da pessoa política, os administradores dos respectivos entes federativos, devem-se atentar ao cumprimento de determinadas premissas, e uma em especial ganha maior relevância, qual seja o mínimo existencial, ou conteúdo mínimo, tratado na legislação Alemã, como o núcleo mínimo dos Direitos Fundamentais que não pode ser afastado sobre o arripio de se extinguir o próprio Direito, tratando-se de uma “restrição das restrições” (ALEXY, 2006, p. 277).

A escolha trágica precisa também obedecer a requisitos, ou pressupostos de validade, sem as quais não pode ser concebida. São três pressupostos, que dada a sua importância seguem *in verbis*:

(a) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (b) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (c) razoabilidade daquilo que está sendo pedido (SARLET, 2008, p. 22).

Dentro deste panorama em que o gestor precisa lançar mão de escolhas racionais, que consigam eficientemente minorar o distanciamento entre o *déficit* e o *superávit* orçamentário, se pode fazer presente a análise econômica do Direito ou AED, que como o próprio nome indica, representa uma leitura do universo jurídico por meio da semiótica econômica, fazendo, portanto, uso de determinados conceitos econométricos, voltados à análise fenômenos econômicos (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 10-20).

Tendo nascido em um contexto pós-jus-positivista, ou seja, em um momento de superação do jus-positivismo, a AED consiste em uma matéria interdisciplinar, com raízes econômicas e jurídicas, que num primeiro momento apresentava-se mais voltada, para a análise do Direito civil, mais especificamente do Direito de propriedade e da concorrência ou “*Anti Trust Law*” (PORTO; GRAÇA, 2013, p.11).

Nos dias atuais a AED é considerada uma metodologia complementar ou mesmo uma ferramenta metodológica, de amplo uso não só pelo jurista, mas também pelo intérprete da lei, pelo gestor público e pelas autoridades públicas em geral. Tal ramo metodológico possui como momento inicial, e como grande expoente os teóricos da escola de Chicago, de Yale e de Berkley, neste ínterim ganha especial importância a obra “O Problema Do Custo Social” (COASE, 1960, p. 1-2), de Ronald H. Coase, aclamado economista que alçou inclusive o prêmio Nobel de economia no ano de 1991 (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 27).

Observam-se pelo menos três momentos no desenvolvimento histórico da AED: O primeiro deles, entre as décadas de 50 e 60, que se deu por meio das produções teóricas seminais na universidade de Chicago, onde se iniciou

o primeiro programa de *Law and Economics* sob a direção Aaron Director (UCHIMURA, 2018, p. 2153).

A AED parte inicialmente da análise crítica e teórica dos Direitos de propriedade, da teoria geral dos contratos, do estudo do Dano cível (*Anti Trust Law*) e penal e do Direito Constitucional (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 11).

Neste primeiro momento nascia a concepção dos custos envolvendo as relações dos sujeitos, tanto entre si, quanto entre grupos, organizações e até mesmo países. A análise comportamental do sujeito sobre uma semiótica pragmática e racional passou a se denominar Custos do Direito, ou *Social Costs Of Law*, uma matéria que traduz um desdobramento da AED, possuindo raízes na teoria macroeconômica e guiada pelas máximas de: Pragmatismo, racionalismo e consequencialismo ou ética consequencialista (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 12).

Em um segundo momento, já na década de 70 e ainda no ambiente territorial dos EUA, se tem a ampliação de alguns pontos controversos da doutrina por meio das obras de Jhon Prather Bronw, Arthur Cecil Pigou e Guido Calabresi (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 27), onde nasce uma maior preocupação com a figura das externalidades e com as falhas de mercado, neste momento também se afigura a AED comportamental, onde se retoma a importância do estudo do papel da racionalidade na teleologia legislativa.

É válido ressaltar que o estudo dos custos do Direito, e o estudo do viés comportamental dos agentes inauguram uma submatéria denominada teoria dos jogos (FRANSCISCHINI, 2018).

A teoria dos jogos fora primeiramente tratada por Jhon Von Neumann em sua obra "*Theory of Games And Economic Behavior*" no ano de 1944, que trata da análise da interação entre sujeitos, partindo do pressuposto de que: os sujeitos são racionais; os sujeitos adotam uma racionalidade coerente onde se observa um nexos de causalidade entre os fins

que se busca alcançar e os meios; os “jogadores” buscam por meio de estratégias (que são movidas pela observação crítica do outro jogador) uma solução que melhor atenda á seus interesses particulares e que consigam alcançar uma situação de acordo e ou de consenso (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 48-51).

A teoria dos jogos marca uma tendência de surgimento de novos segmentos voltados á compreender o amplo espeque de decisões do agente jurídico em uma relação jurídico-econômica, dentre eles se tem *Behavioral law And Economics* (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 14). Tal movimento teórico visa analisar de forma crítica o comportamento do sujeito, e suas interações com o meio ambiente social e econômico, superando-se a pura lógica aristotélica cartesiana já se adequando mais ao âmbito do Direito Brasileiro e se afastando do puro pragmatismo da eficiência econômica.

Um terceiro momento pode ser identificado, por meio da releitura de alguns conceitos da AED, trazendo-a para um ambiente jurídico valorativo, de modo a compreender o fenômeno jurídico para além da simples análise pragmática, afirmando a característica metodológica e interpretativa da AED. A terceira fase, ou terceiro momento histórico da AED, se deu nos anos 80, e teve como seu principal expoente Richard Posner (SILVA; STAACK, 2017, p. 36-39), através de sua obra “Análise Econômica Do Direito” muito festejada no ambiente jurídico brasileiro.

Pode-se distinguir inclusive um quarto momento, evidenciado pelo aprofundamento do estudo do comportamento humano, agregando elementos mais complexos, ligados ao subjetivismo.

Essas novas leituras do comportamento humano pela semiótica da AED passaram a se expressar através de equações mais complexas, mas que melhor plasmam a situação real da interação que se busca analisar entre o Estado, o sujeito e a Economia. Esse quarto momento teve como um de seus expoentes George J. Stigler e sua obra: “O Cidadão e O Estado- Ensaios

Sobre a Regulação”, trazendo conceitos como a “assimetria de informação” e “falhas de mercado” (STIGLER, 1982, p. 461-463).

É válido também ressaltar que a AED não se detém no estudo do Direito econômico, sendo que uma de suas premissas fundamentais é racionalidade que pode ser observada á título de exemplo no NCPC/2015 ao trazer a figura dos mecanismos de acordo processual: conciliação, mediação e arbitragem; a questão do acordo de colaboração premiada Lei nº 12.850/13 recentemente modificada pelo pacote anticrime Lei nº 13.964/19, e até mesmo a figura do *compliance* (PINHO, 2018, p. 84-86).

Deve-se observar que para a concretização dos Direitos fundamentais por parte do gestor público, tal ação ocorre prementemente por meio de políticas públicas, ou seja, estratégias públicas que visem sanar uma determinada situação que vincule a atividade administrativa. A própria concepção dos Direitos fundamentais sociais, remonta à atividade prestacional, (obrigação de fazer) e ao dever do Estado de cumpri-la (ALEXY, 2006, p.201-204).

Deste modo é possível definir os Direitos fundamentais sociais como aqueles cuja obrigação prestacional encontra-se positivada na magna carta principalmente em seu art. 6º e que vincula a todos os entes federativos, pressupondo certo aporte financeiro para o seu cumprimento.

Conforme a melhor lição do professor jusfilósofo Robert Alexy (2006, p. 513): “A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído”. Os Direitos Fundamentais tornam-se, pois, mais urgentes, indispensável torna-se a necessidade de efetivá-los em uma situação de crise, como é o caso da atual situação pandêmica do país.

A utilização da AED, como ferramenta pelo gestor público perpassa alguns desafios, sobretudo no que concerne a compatibilização da justiça distributiva e da equidade com a premissa de eficiência econômica, que ocasionam certo conflito, uma vez que o ponto de vista da eficiência

econômica nem sempre atinge por completo a carga valorativa de uma justiça equânime, sendo que essa possui suas bases no imperativo categórico de Kant, ou ética Kantiana, que exprime a concepção atual de “valor” humano (REALE, 2002, p. 103-113).

Como principais focos das atividades prestacionais do Estado, e que compõem o mínimo existencial dos Direitos fundamentais sociais, se tem: a previdência social, prevista na seção IV do Título VIII, art. 203 e 204 da CRFB/88, e a saúde pública, elencada na seção II do Título VIII, art. 196 a 200 da CRFB/88, sendo tais Direitos ligados aos direitos humanos, e sua inobservância impede a efetivação das liberdades fáticas do cidadão. Tais estratégias têm por objetivo a justiça distributiva, a minoração das desigualdades sociais e a superação da situação de extrema vulnerabilidade, que é incompatível com um Estado que adote Direitos humanos (MORAES, 2017, p. 209-214).

Há de se verificar que o texto constitucional, ao prever estratégias para a efetivação de Direitos fundamentais sociais, em artigos distintos da magna carta, evidencia a grande relevância dos mesmos e detalha por meio de um amplo espaço de conformação legal, as ferramentas por meio das quais se virá a efetivar estes Direitos (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 124-127).

3. Estratégias estatais adotadas durante a pandemia do SARS-COV2

Tendo em vista que a concretização de Direitos fundamentais sociais está ligada ao cumprimento de estratégias constitucionais, parte-se agora para análise crítica das iniciativas estatais, com fulcro na minoração dos efeitos, sobretudo econômicos da pandemia, voltados para as obrigações prestacionais do Estado.

Como já destacado no início desta pesquisa, a atual situação pandêmica do Novo Coronáirus, Covid 19 ou SARS-COV-2 (MINISTÉRIO

DA SAÚDE, 2020) foi destacado enquanto recorte temporal, e epistemológico, tanto por causa da indiscutível relevância, quanto por causa da atualidade e urgência do tema.

Dada às proporções atuais, poucos episódios pandêmicos tiveram efeitos tão incisivos no orçamento Brasileiro, o que de forma também paradigmática incitou a instauração do estado de calamidade pública, que repercutiu nos demais entes da federação, ensejando a necessidade de um planejamento mais célere e mais pragmático do que normalmente seria esperado.

Primeiramente ganha destaque as medidas no plano da Lei complementar nº 101/2000, também conhecida por lei de responsabilidade fiscal. Trata-se então do decreto legislativo nº 6, de 2020, reconhecendo o estado de calamidade pública, elencado no art. 65º da LRF, que inclusive autoriza a utilização da modalidade tributária empréstimo Compulsório de acordo com a redação do art. 148, I da CRFB/88 (ALEXANDRE, 2019, p. 82-86).

Há de se observar de forma evidente o conflito nascido entre o Direito à livre circulação, (direito que é capaz de ensejar a ação constitucional de Habeas Corpus, art. 5º, LXVIII) com o Direito de proteção à saúde pública, cuja urgência se agigantou quando da decretação da quarentena. O que se têm inclusive é o surgimento de um “Dever Geral de Recolhimento Domiciliar” (MARTÍNS, 2020, p. 54-56), ou seja, um dever jurídico-constitucional de caráter geral que vincula os cidadãos, em face de um bem jurídico de altíssima hierarquia qual seja o Direito à saúde em conexão com a dignidade da pessoa humana e até mesmo com o Direito à vida.

O Direito à vida representa no contexto nacional e internacional o mais basilar de todos os Direitos fundamentais, sendo óbvio pré-requisito para a existência humana, de modo que vem sendo tratado como o “Direito a existência Física” disciplinado na lei fundamental alemã, *Grundgesetz*, no

seu art.2º, n2, frase1 (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 197-201), e no âmbito Brasileiro, mais especificamente no caput do art.5º da CRFB/88.

Tal dever geral é caracterizado por uma densidade e relevância jurídica alta. Alertando para os perigos em não se observar de forma racional o atendimento aos Direitos sociais, leciona MARTÍNS (2020, p. 56): “A desobediência às estratégias em saúde determinadas pelas autoridades competentes, com base em evidências científicas, poderá prejudicar o bem-estar de diversas outras pessoas, em desrespeito à promoção e à preservação da saúde pública”. Outro ponto também de grande urgência no que concerne ao planejamento pandêmico é a questão da tributação, mais especificamente na alteração de alíquotas ou mesmo não incidência em determinados fatos geradores.

Inicialmente há de se observar que esse diferimento no montante tributante geral, impacta o orçamento e de forma direta reflete no aporte destinado ao cumprimento dos Direitos fundamentais sociais por todos os entes da federação. Também há de se observar que de forma indireta, ocorre um impacto negativo na questão dos repasses de ICMS dos Estados para os municípios de acordo com a regra de repartição de receitas tributárias constante no art.158, II da CRFB/88 (ALEXANDRE, 2019, p. 794-797).

De forma indireta, o arrefecimento da atividade econômica, ocasionada pelo isolamento social e pelo encerramento provisório de determinadas atividades comerciais, impacta, sobretudo a arrecadação sobre bens e serviços, fatos geradores de ICMS e ISS, que são grandes fontes de arrecadação dos estados e dos municípios (HARADA, 2018, p. 500-506).

Em relação à saúde Pública em nível federal, ganha destaque a Lei nº 13.983/2020, que trata da flexibilização dos gastos públicos visando uma melhor eficiência na alocação de recursos para a saúde pública em tempos de pandemia. Também merece destaque a medida provisória nº 934/20 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020) que trata da não obrigatoriedade das

escolas e universidades em cumprirem suas respectivas cargas horárias letivas mínimas durante o episódio pandêmico.

Ocorre então uma colisão entre o Dever geral de recolhimento Domiciliar, com o Direito fundamental do acesso à educação, tais colisões são comuns à natureza dos princípios, evidenciando a questão da ponderação de acordo com as características do caso concreto (ALEXY, 2006, p. 94-98).

4. A semiótica econômica, políticas públicas e mínimo existencial

Os Direitos fundamentais sociais evoluíram, desde sua concepção inicial, á partir dos valores maiores defendidos na revolução norte-americana e francesa, em sua concepção atual representam tanto Direitos em face do Estado de cunho positivo quanto negativo. Direitos positivos são aqueles que vinculam uma atividade positiva ao Estado, ou seja, uma obrigação de fazer, enquanto os Direitos negativos são aqueles que denotam uma abstenção, ou seja, um não fazer (ALEXY, 2006, p. 196-199), como liberdades e proteções conferidas e garantidas pela constituição federal.

As normas que trazem os Direitos fundamentais possuem como uma de suas características, atribuir ao sujeito uma posição jurídica, ou seja, um status jurídico criado pela norma e protegido contra o fenômeno da revogação ou “Direito a não eliminação de Posição Jurídica” (ALEXY, 2006, p. 199).

É também importante observar que os Direitos fundamentais em geral melhor se adequam à figura dos princípios, não olvidando a existência de Direitos fundamentais insculpidos em regras (ALEXY, 2006, p. 92-93).

Como forma de dirimir os conflitos, entre os princípios, de acordo com as necessidades do caso concreto, o professor e jusfilósofo Robert Alexy, traz a reconhecida regra da colisão entre princípios ou “sopesamento”, pelo meio da qual se buscará compreender qual o princípio mais adequado ao caso

concreto e conferir ao mesmo, prevalência frente a aquele menos adequado (ALEXY, 2006, p. 99-102).

Tendo isso em vista, a adoção de uma teoria analítica do Direito, como é o caso da AED para a análise de Direitos fundamentais sociais, traz questionamentos, muitas das vezes quanto à sua relevância e adequação com o ambiente jurídico, com as premissas basilares do Direito e com o conjunto de premissas da linguagem jurídica, que por sua vez se bifurca em linguagem zetética e linguagem dogmática (FERRAZ, 2003, p. 44-47).

A linguagem zetética também tratada como linguagem aberta ou pensamento aberto, é aquela especulativa, preocupada em lançar perguntas, sobretudo associado à inferência filosófica. Deve-se observar também que os princípios, são moldados por meio da linguagem zetética, sendo por meio dela concebidos (sendo de indiscutível relevância no estudo da teoria do mínimo existencial). A linguagem zetética melhor se adequa à forma normativa dos princípios e não das regras, possuindo, pois possui natureza *prima facie* devendo ser aplicado na maior e melhor medida do possível (ALEXY, 2006, p. 103-106).

Em relação à construção do conhecimento, o Direito se manifesta, por meio da linguagem, que em um Estado democrático de Direito emana através das necessidades e aspirações do povo (FERRAZ, 2003, p. 34-39), enquanto a economia expressa sentido muito mais através da matemática, entretanto ambas são ciências sociais aplicadas.

Deve-se atentar que a AED nasce em uma realidade de *Common Law* e de maior fomento de princípios econômicos, como o da eficiência econômica, que busca interpretar economicamente todos os fenômenos do mundo real, não sendo, portanto, um princípio valorativo, e desta forma ainda encontra resistência no cenário brasileiro (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 11-14).

O mínimo existencial, conforme já tratado anteriormente, está ligado aos limites mínimos a serem atendidos pelo gestor quando do cumprimento

de suas obrigações orçamentárias, dentre estas obrigações se tem os Direitos fundamentais sociais, pois os mesmos estão umbilicalmente ligados com ao princípio dignidade da pessoa humana e com a liberdade fática, sendo, pois, Direitos fundamentais cuja concretização torna-se indispensável (WANG, 2008, p. 540-542).

Como tese contraposta, ou mesmo contra tese ao Mínimo existencial, se tem a teoria da reserva do possível que por sua vez é composta por duas premissas conexas e cumulativas quais sejam: a pretensão do poder público deve ser razoável; e deve haver a existência fática do aporte financeiro capaz de sanar tal pretensão. O uso da reserva do possível torna-se mais delicado quando em confronto com Direitos sociais fundamentais, dada a sua urgência e relevância (WANG, 2008, p. 548-549).

Observa-se a colisão entre a reserva do possível e o mínimo existencial dos Direitos fundamentais sociais, sendo que no âmbito da tutela jurisdicional o mínimo existencial vem sendo compreendido pelos tribunais como inafastável, de forma que em determinados casos concretos a tese da reserva do possível acaba por não prosperar (WANG, 2008, p. 551-552).

Existe também a maior preocupação com a temática jurídico-econômica por parte das cortes superiores, principalmente no que concerne à tutela jurisdicional dos Direitos sociais fundamentais, atuando de modo complementar à administração pública para fazer cumprir o mínimo existencial, quando ele não é atingido por meio das políticas públicas (WANG, 2008, p. 540-542). O que ainda não se tem solidificado seria justamente a premissa de atendimento do mínimo existencial de forma eficiente pelo gestor público. Tal ineficiência se deve em parte à própria situação de escassez orçamentária agravada pela pandemia de SARS-COV2.

A despeito de o mínimo existencial ser um objetivo buscado pelo gestor público, ele normalmente não é alcançado, e em situações como a atual onde há o diferimento da tributação (em especial dos tributos municipais e estaduais, indiretamente ocasionado pela diminuição da

atividade comercial), o que ocorre é uma verdadeira impossibilidade fática de se alcançar tal objetivo.

Entretanto o maior pragmatismo no desenvolvimento de estratégias, como é o caso da quarentena obrigatória, o diferimento de alíquotas (como é o caso da alíquota zero do imposto de importação por meio da Resolução nº 17 da CAMEX, 2020) e as antecipações de férias e outras medidas trabalhistas trazidas pelas MP 927 e 936 (GURGEL, 2020, p. 76), que impactam na consolidação das leis do trabalho: Lei nº 13.467/17.

Essas estratégias denotam uma maior busca pela eficiência e pela resolução da escolha trágica, fazendo uso de instrumentos normativos que se coadunam com as premissas de racionalidade eficiência da AED.

Todavia as estratégias estatais evidenciadas na forma de políticas pública, embora dotadas de um alto grau de praticidade, e eficiência, tanto pelo viés econômico quanto através do princípio da eficiência administrativa plasmada no art. 37 da CRFB/88, não tem se mostrado suficientes para suplantar a emergente crise, tanto na arrecadação, quanto na prestação de serviços públicos, o que também acaba por afeta negativamente a prestação dos Direitos fundamentais sociais.

5. Considerações finais

Percebe-se que o mínimo existencial não vem sendo atendido pelos entes federativos, funcionando muito mais como um objetivo, uma diretiva, do que como uma atribuição real para o administrador público, sendo que tal diretiva se torna mais dificilmente alcançável em situações de diferimento na atividade tributante como é o caso da atual pandemia do SARS-COV2.

O que se observa é o uso deliberado da tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais sociais, dentre eles principalmente o Direito à saúde e educação, o que remonta o “paradoxo da democracia” (ALEXY, 2006, p. 447), na qual o Poder judicial toma para si uma atribuição do Poder

Executivo, sobre a prerrogativa legítima de contemplar os Direitos fundamentais (WANG-2008, p. 547).

Observa-se que a despeito do mínimo existencial funcionar como uma ideia-guia, sobretudo no que concerne à tutela jurisdicional dos Direitos fundamentais sociais, a mesma não possui tal natureza vinculante para o gestor público, que em uma situação de escolha trágica, acaba por preferir alguns Direitos de grupos de cidadãos em face dos demais, sendo que essa situação de escassez orçamentária é a regra para a grande maioria dos entes federados, que abrem mão dos limites materiais e da reserva do possível como contra tese ao mínimo existencial (SARLET, 2008, p. 313-314).

Pode-se concluir que até mesmo em relação às estratégias voltadas ao Direito à saúde e sua respectiva alocação de recursos, não atingiu também a questão do mínimo existencial dos Direitos fundamentais sociais, isso em parte pela própria natureza da pandemia de SARS-COV2, cuja rápida propagação aliada como o descompasso entre as estratégias do governo federal, estaduais e municipais em muito agravaram os impactos da pandemia, denotando tanto uma situação de ineficiência como um total afastamento da diretiva qual seja a busca pelo atendimento do mínimo existencial do Direito à saúde (HIRSCH, 2020, p. 82-85).

Conclui-se que análise econômica Do Direito, enquanto metodologia complementar, e, portanto, como ferramenta a disposição do gestor público pode vir a incrementar positivamente a gestão dos recursos públicos e a escolha de práticas mais eficientes que permitam a concretização dos Direitos sociais fundamentais, contanto que as regras e premissas da AED não sejam substitutivas das normas jurídicas o que pode vir a fornecer subsídios para sanar de forma eficiente e racional, por meio de políticas públicas situações de escassez, assim como aquela decorrente da pandemia do SARS-COV2.

Referências

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALABRESI; MELAMED. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, 1972.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. MP suspende obrigatoriedade de dias letivos durante pandemia. **Agência Câmara de Notícias**, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/650377-mp-suspende-obrigatoriedade-de-dias-letivos-durante-pandemia/>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Costs. **The Journal of Law and Economics**, v. V, n. III, p.2153-2154, 1960.
- FRANSCISCHINI, Nadialice. A Teoria Dos Jogos e a Ciências Jurídicas. **Revista Direito**, 02 fev. 2018. Disponível em: <https://revistadireito.com/2018/02/02/a-teoria-dos-jogos-e-ciencias-juridicas>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FILHO, Marcelo Soares Bandeira de Mello. O Capitalismo Enquanto Cultura: Crítica da Racionalidade Econômica. **Revista Nova Economia**, v. 29, n. especial, p.1117-1139, 2019.
- GURGEL, Christianne Moreira Moraes. Medidas Trabalhistas e COVID-19: A Negociação Coletiva de Trabalho Como Garantia dos Direitos Fundamentais. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: IASP, 2020. p.75-78.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- HIRSCH, Fábio Periandro De Almeida. O Dever Fundamental de Fraternidade e a Pandemia. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: IASP, 2020. p. 82-105.
- KUHN, Thomas, S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- MARTÍNS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: IASP, 2020. p. 51-62.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é coronavírus?** 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-de-a-a-z/46490-novo-coronavirus-oque-e-causas-sintomas-tratamento-e-prevencao-3>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PIEROTH; SCHLINK. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Contratação pública e compliance: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas. **RCP**, Belo Horizonte, a.7, n. 13, p. 79-97, 2018.
- PORTO; GRAÇA. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- POPPER. Karl, R. **A lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMEX. Resolução nº 17/2020. Ministério da Economia e Comitê-Executivo de Gestão. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2670-resolucao-n-17-de-17-de-marco-de-2020>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA; STAACK. Análise econômica do direito por Richard Posner e os direitos sociais: uma abordagem cruzada. **Revista Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 3, n. 1, p. 35-51, 2017.

STIGLER, George. Law Or Economics? **The Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2, p. 444-468, 1992.

WANG, Daniel Weil Liang. Escassez De Recursos, Custos Dos Direitos E Reserva Do Possível Na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

Artigo recebido em: 15/09/2021.

Aceito para publicação em: 17/01/2022.

Apontamentos sobre a subcidadania da população carcerária *versus* reinserção pela atividade laboral

Notes on the subcitizenship of the prison population versus reinsertion by laboral activity

Maurinice Evaristo Wenceslau¹
Fábio Luis Fernandes²

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a construção de um modelo ideal de indivíduo dentro da economia de mercado, promovido pela universalização de um conceito de cidadania legitimado e justificado pela meritocracia. Para tanto, trabalhamos com a hipótese de que em um país marcado por desigualdades sociais como o Brasil, o surgimento de subcidadãos toma forma na marginalização da proteção garantida pela dignidade humana e, diante disso, sujeitos a constante discriminação. No interior desta condição de subcidadão, priorizamos estudos sobre a população carcerária e a atividade laboral configurada no instrumento de reinserção, ao mesmo tempo, que orientador da construção de uma consciência cidadã entre os detentos, para que consigam entender seu papel no corpo social. Neste contexto, utiliza-se da pesquisa bibliográfica como forma de dar nova visão a pesquisas já realizadas sobre o tema. Por fim, o cerne da discussão da subcidadania e da essencialização ancoram-se na percepção de que as diferenciações sociais, de classe e de trabalho, precisam transformar os fenômenos apreendidos como rotineiros do mundo material, a partir da compreensão de que cada pessoa deve ser respeitada em razão da dignidade que lhe é inerente, como valor absoluto que o ser humano possui por se constituir em um fim em si mesmo e não em um meio.

Palavras-chave: Subcidadãos. Dignidade Humana. Discriminação. População Carcerária.

Abstract: This paper aims to analyze the construction of an ideal model of the individual within the market economy, promoted by the universalization of a concept of citizenship legitimized and justified by

¹ É professora associada e pesquisadora da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), atuando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Curso de Mestrado). Doutor (2005) e mestre (1997) em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); graduado em Ciências Jurídicas (1991) e em Administração (1985). É Líder do Grupo de pesquisa: Laboratório de Estudos e Pesquisa em Direitos Difusos (LEDD) e membro do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da UFMS.

² Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Possui especialização em Direito Penal e graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2015).

meritocracy. To this end, we work with the hypothesis that in a country marked by social inequalities such as Brazil, the emergence of subcitizens takes shape in the marginalization of protection guaranteed by human dignity and, therefore, subject to constant discrimination. Within this condition of subcitizenship, we prioritize studies on the prison population and labor activity configured in the instrument of reintegration, at the same time as guiding the construction of a citizen conscience among the detainees, so that they can understand their role in the social body. In this context, bibliographic research is used as a way of giving new insight to research already carried out on the subject. Finally, the core of the discussion on subcitizenship and essentialization is anchored in the perception that social, class and work differentiations need to transform the phenomena apprehended as routine in the material world, from the understanding that each person must be respected due to the inherent dignity, as an absolute value that the human being has because it constitutes an end in itself and not a means.

Keywords: Subcitizens. Human dignity. Discrimination. Prison Population.

1. Introdução

Na sociedade moderna, movida pela difusão de paradigmas produtivos com incidência direta no modo de produção de bens e serviços, nos deparamos com profundas mudanças ministradas pelas novas tecnologias digitais, cujo potencial volta-se para a criação de empregos qualificados e geração de renda. Neste contexto, as pessoas tendem a valorar o próximo de acordo com sua capacidade de acompanhar essas mudanças e de seu acesso a produções culturais.

Tal tendência remete às práticas de classificações, utilizadas pela sociedade, para identificar os indivíduos, cada vez mais, pelo seu poder aquisitivo, fruto da criação de um processo de modelização social representado pelo pai de família, heterossexual, branco, detentor de bom emprego e capaz de atender ao ritmo da economia de mercado.

Esse conjunto de representatividade difunde-se por meio da universalização do conceito de cidadania vinculado à meritocracia, associado ao modo de vida da burguesia e que, dessa maneira, exclui parcela majoritária da população, sobretudo em um país marcado por diferenciações distributivas como o Brasil.

Na perspectiva da exclusão a noção de meritocracia tem sido tomada como sinônimo de competências individuais e pessoais para o crescimento, particularmente, para o emprego e a produtividade. Dessa forma, o crescimento resulta em modos implícitos de classificação dos indivíduos, ao mesmo tempo, que o acesso às informações constitutivas das redes de aprendizado se fortalece como novos padrões de competitividade, e as informações dirigidas às inovações tecnológicas e produção de conhecimento passam a constituir um importante insumo para o processo de reestruturação produtiva.

O processo de reestruturação produtiva a priori difunde-se pela participação social, pretendida pela cidadania ativa, pautada no respeito à diversidade cultural e à dignidade do ser humano. Contudo, na medida em que grande parte dos indivíduos não consegue compreender seus deveres dentro do corpo social e menos, ainda, as suas prerrogativas, como consequência da ausência de uma formação em diferentes níveis de ensino na perspectiva da educação em direitos humanos, o usufruto das leis e o requerimento do trato igual perante à Justiça, encontram-se inalcançáveis em qualquer processo de mudança social.

Diante disso, grande parte da população fica afastada da proteção garantida pela dignidade humana, o que institui a categoria de subcidadãos, representados pelo não alcance dos padrões de conduta estabelecidos pela modernização seletiva, que impõe a construção de um paradigma alternativo de interpretação, capaz de conservar a premissa do acesso igualitário a realidades culturais e simbólicas, que concretizam o espaço da marginalização.

A população carcerária figura nessa modernização seletiva como aqueles que se distanciaram das oportunidades dessa modernização acompanhados de reflexões acerca de sua impessoalidade, o que essencializa a tensão de dois polos diametralmente opostos, o preconceito e a reinserção. Esses polos encontram-se na percepção segundo a qual a transição para

modo de produção de bens e serviços, solicita uma radical reconstrução da topografia moral da sociedade brasileira.

Topografia essa, que elege o trabalho como o instrumento e o contexto normativo preexistente, ou como dado primário e original para a prática social e política, parte das noções clássicas do indivíduo capaz de uma condução de vida consciente. E, dessa eleição, a perspectiva da reinserção social, limitada ao trabalho e a procura da função produtiva essencial.

A par desses indicadores de reflexão e análise, o presente artigo analisa a construção de um modelo ideal de indivíduo dentro da economia de mercado, promovido pela universalização de um conceito de cidadania legitimado e justificado pela meritocracia.

Para tanto, trabalhamos com a hipótese de que em um país marcado por desigualdades sociais como o Brasil, o surgimento de subcidadãos toma forma na marginalização da proteção garantida pela dignidade humana e, diante disso, sujeitos a constante discriminação. No interior desta condição de subcidadão, priorizamos estudos sobre a população carcerária e a atividade laboral configurada no instrumento de reinserção, ao mesmo tempo, que orientador da construção de uma consciência cidadã entre os detentos, para que consigam entender seu papel no corpo social.

A atividade laboral como um direito fundamental e social é capaz de propiciar condições dignas de subsistência aos indivíduos, na medida em que se torna garantia destes já que, ao assumir a categoria de direito social, o trabalho demanda ao Estado ações que possibilitem aos menos favorecidos o acesso a serviços essenciais como a saúde, a educação, a moradia, a alimentação, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, e a assistência. (BULOS, 2014).

Para o desenvolvimento deste estudo, utiliza-se da pesquisa bibliográfica por entendê-la “[...] um excelente meio de formação científica quando realizada independentemente – análise teórica – ou como parte indispensável de qualquer trabalho científico, visando à construção da

plataforma teórica do estudo.” (MARTINS; THEÓPHILO, 2007, p. 54). Tal plataforma encontra-se limitada ao acesso às produções científicas sobre o tema, de um lado, informada por artigos e; de outro, por dissertações e teses, a fim de configurar aproximações e possibilidades de outras perspectivas de análises para a condição de subcidadãos da população carcerária.

Além dessa introdução, esse artigo se divide em três partes. Na primeira, registramos os aspectos gerais do conceito de subcidadania, visando o desmascaramento das precondições econômicas que dão forma a exclusão de grande parte da sociedade e suas inferências para a população carcerária. Na segunda, aproximamo-nos de análises sobre a atividade laboral útil, tornada capaz de proporcionar a essa população condições de participação no modo de produção de bens e serviços, retirando-se da condição de excluída, resgatando sua consciência cidadã. Por fim, algumas considerações ao título de conclusão.

2. A subcidadania da população carcerária: essencialização em foco

Na economia de mercado, caracterizada a partir da constante busca pelo progresso econômico, as divisões sociais dão-se de acordo com a capacidade de cada pessoa de acompanhar as inovações tecnológicas e de ter acesso a bens culturais, instituindo-se a modernização seletiva. Nesse modelo se estabelece a figura de um indivíduo padrão, considerado capaz de atender as exigências do modo de produção e, aquele que se distancia está fadado a marginalização e às dificuldades de subsistência no corpo social.

Essa correlação e causalidade atuam de modo a tornar mais precisa a apreensão da especificidade do processo de modernização capitalista e, dessa forma, distanciando-se do ideal de cidadão útil que ocupa sempre um espaço alheio ao da participação na produção econômica. Segundo Souza (2003) esse jogo informa o tipo de personalidade e de disposições de comportamento,

que não atendem às demandas objetivas para que, seja um indivíduo, seja um grupo social, possa ser considerado produtivo e útil em uma sociedade de tipo moderno e competitivo, podendo gozar de reconhecimento social com todas as suas dramáticas consequências existenciais e políticas. (SOUZA, 2003, p. 63)

Conforme esse mesmo autor, na mesma obra, são criados *habitus*³ na sociedade como forma de distinguir os indivíduos de uma maneira que não explicita um intuito visível de discriminação, de modo que o *habitus* primário representa todos aqueles que atendem ao conceito de cidadão útil, produtivo, provedor da família e seguidor dos padrões de conduta.

Como *habitus* secundário tem-se a generalização de gostos relativos ao *habitus* primário no que tange ao reconhecimento social das demais camadas sociais que não compõem o *habitus* primário, sendo este ocupado pelas parcelas populacionais marginalizadas. Nesse sentido, Mayora e Garcia (2013) apontam que

O que observamos a partir destas características é a universalização do *habitus* ou do *ethos* da classe burguesa, que acaba por consubstanciar-se no padrão da dignidade humana, que servirá de fundamento implícito da autoestima e do reconhecimento social dos sujeitos. Daí que a cidadania transforma-se numa categoria excludente, que abarca aqueles conformados a tais padrões, mas deixa de fora todos os que não adquiriram as precondições sociais que garantem o seu exercício [...]. (MAYORA; GARCIA, 2013, p. 157)

Observamos, portanto, a premissa da universalização de um conceito de cidadania relacionado aos padrões burgueses de vida e, portanto, excludente ao distanciar-se das demais camadas sociais e, conseqüentemente, da oportunidade de aquisição de uma consciência cidadã, já que o exercício da cidadania se vincula a uma condição preexistente de sujeito ideal.

A cidadania tornada um conceito associado a meritocracia, próprios da visão liberal, estabelece o ideal de que a todos são oportunizadas as

³ Conceito próprio da teoria de Bourdieu, interessado em compreender como as condições objetivas que caracterizam a posição do indivíduo na estrutura social dão origem a um sistema específico de disposições e predisposições para a ação (SETTON, 2002).

mesmas condições iniciais e que cabe a cada indivíduo optar entre agir como um cidadão ou não. Isto para Souza (2003) estabelece “redes invisíveis que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos.” (SOUZA, 2003, p. 177).

Àqueles que não usufruem de condições justas e equivalentes de concorrência no interior da sociedade, resta, por conseguinte, ocupar o *locus* da subcidadania, pela qual não lhes é oportunizada a prerrogativa para o desenvolvimento de uma consciência cidadã, dificultando ainda mais a saída de tal posição social.

A marginalização de grupos sociais, justificada pelo pensamento liberal, para o qual a legitimação da desigualdade se dá por meio de formas invisíveis de discriminação, presentes no cotidiano dos indivíduos, informa-se pela ideia do afastamento da intencionalidade, uma vez que,

Nenhum brasileiro europeizado de classe média confessaria, em sua consciência, que considera seus compatriotas das classes baixas não europeizadas “subgente”. Grande parte dessas pessoas votam em partidos de esquerda e participam de campanhas contra a fome e coisas do gênero. A dimensão aqui é objetiva, subliminar, implícita e intransparente. Ela é implícita também no sentido de que não precisa ser linguisticamente mediada ou simbolicamente articulada. (...) O que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas, por isso tanto mais eficazes que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos profundos e invisíveis. (SOUZA, 2003, p. 175, grifo do autor).

Essa invisibilidade dificulta aos grupos marginalizados a ascensão social, uma vez que o preconceito não atinge somente o indivíduo em si, mas também o conjunto de pessoas com quem convive, o que interfere de modo incisivo na subsistência de todo um grupo familiar.

Os subcidadãos, dessa maneira, são apreendidos pelo restante da sociedade como indivíduos incapazes de exercer papel de maior relevância em ganhos monetários, prometidos por oportunidades de lucros incentivadas por investimentos em novas aprendizagens, entre elas as tecnológicas. De modo que da pobreza funcional, no que diz respeito ao regime de

acumulação, como ao modo de organização da vida, os subcidadãos são tratados como objetos no corpo social por não possuírem

[...] nenhum valor, de acordo com a matriz moral fundante da Modernidade, os membros da ralé podem ser explorados de todas as formas, pois é a mesma lógica invisível que liga a mulher que vende seu tempo para lavar a louça e cuidar dos filhos da classe média (enquanto seu próprio filho caminha para seu destino de classe), à prostituta que vende o próprio corpo, ao catador de lixo que serve de tração animal à sua carroça e ao menino sem nome rotulado como traficante que é assassinado pela polícia sob aplausos do “cidadão de bem” [...]. (MAYORA; GARCIA, 2013, p.164, grifo dos autores).

O que se estabelece, por conseguinte, alimenta a rede estrutural de essencialização da reprodução, característica da desigualdade desses sujeitos, pela oferta de funções voltadas aos interesses de uma economia restrita a manutenção da exploração, por parte da população detentora dos meios de produção ou capaz de participar destes.

A partir do momento que este pensamento incorpora-se no corpo social, ocorre um menor grau de incidência da proteção conferida pela dignidade humana, pois a população carcerária priva-se da consciência cidadã, sendo impedida de participar ativamente do processo político e econômico e de formar um pensamento crítico capaz de exigir seus direitos, pois, este passa a ser moldado por valores, costumes, teorias e tradições compartilhadas.

[...] De fato, estamos sempre emitindo juízos de valores, verdadeiras sentenças condenatórias, sem qualquer preocupação com o resultado de nossas palavras. Mas quando o pré-conceito acompanha ou “justifica” o ato de discriminar, extrapolamos os limites do direito individual de opinar e passamos a invadir a esfera do direito do outro, atingindo sua dignidade. Aí que entram em cena os desdobramentos da discriminação – pois ela nunca vem sozinha [...]. (AEIXE, 2000, p. 334-335, grifo da autora).

A discriminação conferida aos subcidadãos inviabilizadora da concepção de cidadania causa, portanto, um dano que se espalha em seus demais direitos, já que a ausência de uma consciência cidadã acaba por mitigar a incidência da dignidade humana a esses grupos sociais, em razão

de não terem enraizado em sua existência a capacidade de exigir essa proteção.

Devemos ater ao fato, no entanto, de que “todo cidadão é credor do Estado de proteção e assistência, consubstanciadas no que se denominam direitos de cidadania. Chama-os a Constituição de direitos fundamentais” (FARAH, 2001, p. 62), direitos esses que decorrem dos direitos humanos, e os quais incidem de maneira mais fraca dentre os grupos em que opera a exclusão sob a classificação de subcidadãos.

A população carcerária, como grupo que não atende aos padrões do sujeito ideal e digno do sistema atual de mercado, ocupa o espaço da exclusão, por representar tudo o que se entende de contrário ao que foi normatizado ou estabelecido como comportamento padrão. Nesta linha de raciocínio, Carnelutti (2008) explica que

Certamente, ao retornar o serviço um ex-ladrão no próprio estabelecimento ou na própria casa, é um risco: poderia estar, mas também poderia não estar curado. O risco da caridade! E as pessoas racionais procuram evitar os riscos, assim o ex-ladrão fica sem trabalho. Logo, o ex-ladrão é marcado na face (...) A constituição o considera ainda inocente, mas um inocente que não tem mais o direito de ganhar o pão. (CARNELUTTI, 2008, p. 80).

A falta da noção de cidadania faz com que o detento não consiga distanciar-se do espaço de marginalização, uma vez que a população carcerária constitui parcela vulnerável da população, sendo alvo de constantes preconceitos por parte da sociedade, tornando sua ascensão cultural e econômica ainda mais difícil.

O tratamento discriminatório conferido atinge de igual modo as pessoas que participam do convívio pessoal do preso, o que apresenta um obstáculo a sua subsistência e também de seu núcleo familiar, após o cumprimento de pena, contribuindo para a inexpressiva oferta de oportunidades dignas de trabalho. Conforme Goffman (1982),

[...] a mulher fiel do paciente mental, a filha do ex-presidiário, o pai do aleijado, o amigo do cego, a família do carrasco, todos estão

obrigados a compartilhar um pouco o descrédito do estigmatizado com o qual eles se relacionam (...) Dever-se-ia acrescentar que as pessoas que adquirem desse modo um certo grau de estigma podem, por sua vez, relacionar-se com outras que adquirem algo da enfermidade de maneira indireta. Os problemas enfrentados por uma pessoa estigmatizada espalham-se em ondas de intensidade decrescente. (GOFFMAN, 1982, p. 39).

De acordo com Sarlet (2001, p. 52) a dignidade de todas as pessoas será assegurada, isto é, “[...] mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”, o que demonstra que nenhuma parcela social deve ser excluída da proteção conferida pelos direitos humanos e do processo de produção, pelo simples fato de não corresponder às expectativas do restante da sociedade. Isto porque,

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível a manutenção de filosofias midiáticas apregoadoras das ideias de que “preso não tem direitos” ou “preso tem que ficar é na cadeia”, pois, assim como os demais, eles também são sujeitos de direitos a serem concretizados por parte do Estado. (CALDAS, 2016, p. 85, grifos do autor).

Distante das possibilidades de valorização da dignidade da pessoa humana, assistimos ao impedimento do resgate da cidadania, que acaba por reconstituir a cultura indutora da criminalidade, o que torna o preso elemento habitual da cultura da violência. Vale registrar, que a valorização da dignidade da pessoa humana encontra-se assegurada como princípio e fundamento na Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Este fato ocorre pela desvalorização da dignidade do preso, bem como sua vivência no interior do sistema prisional que o faz incorporar a *cultura da violência ou prisional*, por meio de um processo descrito como prisionalização, prisonização ou institucionalização. Este processo traz consequências irreparáveis à vida, que mesmo após o alcance da liberdade, apresenta dificuldades de adaptação à nova realidade. (Cf. BARRETO, 2006).

Diante disso, ao se operar o conceito de exclusão como “uma denominação utilizada nas mais diversas situações, sempre no sentido de

uma não participação imposta, de uma interdição aos indivíduos de tomar parte no jogo das relações sociais” (BARROS; SALES; NOGUEIRA, 2010, p. 325), estamos diante do estigma perpétuo que se aloca no apenado, arraigado na cultura social, dificultando a reinserção na sociedade e, conseqüentemente, no mercado de trabalho.

Mediante ao exposto, o detento ocupa o local social destinado aos subcidadãos, de modo que sua participação na sociedade dá-se por vias juridicamente oblíquas, uma vez que sua subsistência não pode ser conquistada de modo digno dentro do espaço da exclusão.

3. A atividade laboral como forma de resgate/reconstrução da cidadania da população carcerária

Nos aproximamos do resgate/reconstrução da cidadania imersos na reinserção social, de um lado, orientada pela responsabilidade com os indivíduos, diante dos requerimentos do modo de produção pela sociedade e, de outro, pelo reconhecimento de práticas voltadas, não apenas aos determinantes econômicos, políticos ou institucionais, mas ao reestabelecimento do convívio qualificado e isonômico dos detentos com os demais grupos sociais.

Para tanto, imprescindível considerar os indivíduos alvo não como pessoas apartadas da sociedade, mas como componentes que não usufruem das mesmas oportunidades e direitos conferidos aos demais sujeitos e, em virtude disso, constantemente marginalizadas. Segundo os apontamentos de Pinto (2019),

O trabalho de reabilitação e de reinserção de indivíduos desviantes no seio da sociedade de que não deixaram de ser parte é, muitas vezes um trabalho de habilitação de inserção, mais do que de “re” ligação a um meio social cumpridor da norma legal. Tantas vezes os indivíduos que são alvo do sistema judicial e punitivo nunca fizeram verdadeiramente parte dessa sociedade normativa, normalizada e de conformidade respeitante à lei, à qual se quer que voltem. Foram, antes, elementos das margens, dos excluídos desse centro maior, inseridos sim, mas não nos grupos sociais acertados. E, com estas condicionantes, o trabalho de reinserção é ainda mais declaradamente produtor do sujeito e transformador do

indivíduo que se deseja reinserido. (PINTO, 2019, p. 213, grifo da autora).

Transformação essa, cujo foco deve-se pautar no reconhecimento do pertencimento à sociedade, na promoção da relação com o que se entende por mudanças institucionais necessárias, cujos resultados precisam reinterpretar as antinomias sociais e jurídicas.

Acerca desta ideia, Ruotolo (2011) salienta que por constituírem um grupo vulnerável, os apenados necessitam da atuação distinta do Estado na proteção de seus direitos, de modo a garantir uma justiça equitativa em relação ao direito dos demais cidadãos, pois, somente desta maneira sairão do quadro de vulnerabilidade e alcançarão meios de sustento na sociedade, afastando-se da reincidência. O que muda em relação aos carcerários, a forma ou modalidade de fruição de direitos e não a falta de garantia destes.

Entendemos, assim, que no que concerne à população carcerária, as políticas de inserção social precisam ser analisadas como ferramentas para que o indivíduo consiga construir/reconstruir sua identidade após o cumprimento de pena, por meio do combate ao estigma do preconceito que rodeia ex-detentos.

Em uma economia de mercado, na qual os indivíduos tendem a ser valorizados de acordo com seu poder aquisitivo e acesso a bens culturais (BAUMAN, 2007), a atividade laboral assume papel de destaque para que eles adquiram condições dignas de participação no meio social. O trabalho adotado no cárcere dessa maneira, tem papel relevante para a integração do detento ao processo produtivo após o cumprimento da pena para que consiga condições efetivas de subsistência que sejam alheias às condutas criminosas.

Para tanto, faz-se necessário que a mão de obra empregada nos cárceres seja útil, assim considerada aquela que permita ao detento sentir-se detentor da produção em que faz parte e de construir/reconstruir sua identidade para posterior reingresso no convívio social. Costa (2014) registra que

A mera criação de postos de trabalho, isoladamente, por exemplo, não seria capaz de solucionar a questão do trabalho prisional, vez que o apenado permaneceria separado de sua família, privado de sua cidadania, prisionizado. Assim, costurando bolas ou limpando latrinas por exemplo, o condenado não pode ser resgatado, enquanto cidadão. Ao contrário o trabalho carcerário propicia a manutenção do estigma do condenado. Destaca-se que a discrepância entre o trabalho realizado intramuros e a economia extramuros inviabilizaria a ressocialização. (COSTA, 2014, p. 201).

A atividade desenvolvida pelo carcerário deve ser aplicada, portanto, como instrumento capaz de construir/reconstruir sua cidadania, lhe permitindo entender seu papel na sociedade como um sujeito possuidor de deveres e prerrogativas, e capaz de exigir o respeito destas pelo Estado e demais indivíduos. Segundo Tonet (2005),

Não se pode deixar de apontar que a idéia do ‘resgate da cidadania’, ‘da construção da cidadania’ vem acoplada a idéia de fortalecimento da ‘sociedade civil’, frequentemente vista como um todo indiferenciado que se opõe ao Estado. Aqui ocorre uma mera inversão do liberalismo clássico, passando o Estado a ser um ente opressivo em relação a uma sociedade civil virtuosa. (TONET, 2005, p. 5, grifos do autor).

Isto posto, essa inversão na sociedade brasileira tem dado lugar à procura pela consciência cidadã ativa, por meio da cobrança da relação entre Estado e Sociedade delimitada pelo arcabouço de direitos e prerrogativas que garantem ao homem uma existência digna, fundamento das democracias sociais.

Neste contexto, a atividade laboral realizada nos cárceres tem sustentado a condição dessa garantia, contudo, por vezes apresenta-se dotada de caráter meramente técnico e mediato, não conferindo aos detentos nada além da noção da importância do ofício realizado para sua inclusão na sociedade após o fim da reprimenda. Entendemos a necessidade que um trabalho de formação, imbricado na cidadania, precisa priorizar as mudanças de valores, de atitudes, de posições, de comportamentos e de crenças em favor da prática da tolerância, da paz, e do respeito ao ser humano.

Distante disso, a importância do ofício (ou trabalho) resulta em modelos de produção pautados na lógica da economia de mercado, indutora da representação de uma nova forma de interação do indivíduo com o processo produtivo, no qual aquele tende a vender sua força laboral em troca de sua subsistência, o que pode ser correlacionado ao trabalho realizado no presídio apenas para remição da pena, por exemplo. Assim, orientados por postos de trabalho, ainda que flexíveis, apenas compatíveis em qualidade e renda distantes das necessidades básicas dessa população, mas próxima de uma concepção ampliada de trabalho, que

[...] compreende a totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem da venda da sua força de trabalho, não se restringindo aos trabalhadores manuais diretos. Incorpora também a totalidade do trabalho social, a totalidade do trabalho coletivo que vende sua força de trabalho como mercadoria em troca de salário. (ANTUNES, 2003, p. 235).

Diante disso, o trabalho orientado/realizado para/no cárcere impede que o detento veja na atividade laboral uma forma de evitar a vida delituosa como modo de subsistência, o que impede a pena de cumprir seu papel ressocializador. Isto porque, a população carcerária, encontra-se inserida em uma cadeia de constante marginalização, privada de reconhecimento social, vivendo o impedimento de sua existência pautada pela dignidade humana.

Impedimento esse articulado, também, a pouca atenção à educação dos profissionais dos sistemas de justiça e segurança para a promoção dos direitos humanos e ampliação dos espaços da cidadania. O que remete ao outro lado da essencialização, uma vez que as qualificações diferenciadas, considerando as especificidades das categorias profissionais envolvidas, não se orientam pela perspectiva da promoção e defesa dos direitos humanos.

Amaro (2019) amplia a análise da reinserção social de ex-reclusos sob o ponto de vista dos direitos humanos, registrando que:

Todos os indivíduos têm direito ao bem-estar e a participar em liberdade na sociedade de que fazem parte. A sociedade tem, assim, o dever de evitar a exclusão social dos ex-reclusos, os quais, depois de cumprida a pena a que foram condenados, devem poder viver

vidas dignas no seio de sua família e da respectiva comunidade. (AMARO, 2019, p. 19).

Compreendemos que a ressocialização adequada será alcançada por meio da reconstrução/construção da cidadania do apenado, cujo reingresso promova o convívio social com condições de identificar seu papel no corpo social e de utilizar de sua força laboral como meio de subsistência digna para que, assim, possa distanciar-se do *locus* da subcidadania e das práticas delitivas.

Conforme exposto por Caldas (2006), não podendo ser privado do processo de produção e do mercado de trabalho, ao apenado será permitido usufruir legalmente de bens, os quais, sem acesso a um trabalho digno, seriam conquistados por meios juridicamente oblíquos.

O trabalho realizado depende de uma atividade humana que não é isolada, ele determina a vida social e por ela é determinado [...] os homens estabeleceram entre si, enquanto trabalham, relações que são chamadas modos de produção. Estas relações se diversificam segundo diferentes tipos de trabalho e sob distintas condições históricas. [...] Tanto as relações estritamente profissionais, como as que não o são diretamente, acabam contribuindo para a produção. [...] O trabalho veicula cultura; por ele o homem se eterniza no tempo, imprime sua identidade ao preservar, modificar, produzir os ambientes sociais e materiais em que vive, bem como suas condições espirituais de existência. (PEREZ, 2000, p.41-42).

O trabalho, portanto, constitui o modo de autoafirmação do indivíduo no sistema capitalista de produção, fazendo com que tenha acesso a bens econômicos e culturais, bem como condições de exercício de seus direitos como cidadão, distanciando-se assim, do espaço da exclusão.

4. Considerações finais

Retomando a ideia de oferecermos alguns apontamentos sobre a essencialização do trabalho, particularizado na subcidadania da população carcerária, enfatizamos os direitos humanos como indispensáveis para a implementação da justiça e da reinserção dessa população em uma sociedade democrática.

A par disso, discutimos a subcidadania na perspectiva de identificar os determinantes essencializados, que atuam contrariamente a necessária formação cidadã e, dentro desse conceito, o alcance da cidadania ativa, participativa e em consonância com os direitos humanos atentos às diversidades sociais, à distribuição desigual de renda e à leitura formal de trabalho e produtividade da sociedade brasileira.

Neste contexto, a perspectiva da subcidadania procura compreender como habitualmente a sociedade elabora suas percepções sobre a população carcerária e, particularmente, as possibilidades de reinserção social por meio do trabalho. Esta perspectiva de análise privilegia o entendimento de que a categorização social não depende exclusivamente das percepções das características essencializadas, ao mesmo tempo, sugere que a reinserção está longe do critério exclusivo da produtividade, mas próxima dos rótulos aplicados as pessoas alocadas nessa categoria.

Por fim, o cerne da discussão da subcidadania e da essencialização ancoram-se na percepção de que as diferenciações sociais, de classe e de trabalho, precisam transformar os fenômenos apreendidos como rotineiros do mundo material, a partir da compreensão de que cada pessoa deve ser respeitada em razão da dignidade que lhe é inerente, como valor absoluto que o ser humano possui por se constituir em um fim em si mesmo e não em um meio.

Referências

- AEIXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. *In*: VIANA, M.; RENAULT, L. **Discriminação**. São Paulo, LTr, 2000.
- AMARO, Fausto. Criminologia e Reinserção Social. *In*: AMARO, F.; COSTA, D. **Crimologia e Reinserção Social**. Lisboa: Pactor, 2019.
- ANTUNES, Ricardo. O caráter polissêmico e multifacetado do mundo do trabalho. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 1, n. 2, p. 229-237, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1981-77462003000200004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 out. 2019.
- BARRETO, Mariana Leonesy da Silveira. Depois das Grades: um Reflexo da Cultura Prisional em Indivíduos Libertos. **Psicologia ciência e profissão**, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/v26n4a06.pdf>. Acesso em: 8 out. 2019.

- BARROS, V. A. de; SALES, M. M.; NOGUEIRA, M. L. M. Exclusão, favela e vergonha: uma interrogação ao trabalho. *In*: GOULART, I. B. (Org.) **Psicologia organizacional e do trabalho**: teoria, pesquisa e temas correlatos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CALDAS, Herisberto e Silva Furtado. **O trabalho como fator de resgate da cidadania dos reeducandos do sistema penitenciário da comarca de Araguaína**: prevenção à reincidência. 105f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/116>. Acesso em: 18 out. 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1. ed. Campinas: Russell, 2008.
- COSTA, Gisela França da. **Função e sentido do trabalho prisional no marco da ressocialização**. 211f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_6fdd42d0682f47fcaca2b56c7d937846. Acesso em: 18 out. 2019.
- FARAH, Elias. **Cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- HALL, Stuart. **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAYORA, Marcelo.; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. Apontamentos sobre a construção social da cidadania e subcidadania. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, 2013.
- PEREZ, Kathia Nemeth. **Considerações sobre as perspectivas ocupacionais da juventude de famílias de baixa renda**. Londrina (PR): UNESP, 2000.
- PINTO, Carla. Ética na Reinserção Social. *In*: AMARO, F.; COSTA, D. **Crimologia e Reinserção Social**. Lisboa: Pactor, 2019.
- RUOTOLO, Marco. **Dignità e cárcere**. Napoli: Editorial e Scientifica, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do *habitus* em Pierre Bourdieu: Uma leitura contemporânea. Rio de Janeiro, **Revista Brasileira de Educação**, v. 20, p. 60-70, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782002000200005. Acesso em: 17 out. 2019.
- SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania**: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- TONET, Ivo. **Educação, cidadania e emancipação humana**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

Artigo recebido em: 30/09/2020.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Mistanásia, cárcere e dignidade da pessoa humana

Mystanasie, prison et dignité de la personne humaine

*Leonardo Oliveira Freire*¹

*Elisianne Campos de Melo Soares*²

Resumo: Ao adentrar o sistema penal, o indivíduo depara-se com um ambiente hostil que lhe lança em um processo de aculturação e perda de identidade. Para sobreviver, necessário se faz romper com o mundo exterior e a vida pretérita, absorvendo um novo sistema de cultura e costumes paralelos à sociedade comum. Essa é uma das etapas do processo chamado de mistanásia, ou morte social, fenômeno que repetidamente se verifica no país, amplamente observável em uma parcela da sociedade brasileira excluída, ou com acesso limitado à educação, assistência à saúde e mercado de trabalho. Referida exclusão se evidencia com a ausência desses indivíduos nos processos capitalistas de consumo. O presente artigo propõe a abordagem do tema à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, refletindo acerca dos conceitos de ostracismo e mistanásia. A forma como a condenação penal afeta esse processo de invisibilidade também é considerada. A pesquisa, de natureza qualitativa, tem como base levantamento bibliográfico. Aponta, por fim, um diagnóstico da morte social da população encarcerada e egressa do sistema penal, propondo caminhos de saída e transformação social.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos da personalidade. Mistanásia. Morte social.

Résumé: À l'entrée du système pénal, l'individu est confronté à un environnement hostile qui lui jette dans un processus d'acculturation et de perte d'identité. Pour survivre, il faut rompre avec le monde extérieur et la vie passée, en absorbant un nouveau système de culture et de coutumes parallèle à la société commune. C'est l'une des étapes du processus appelé mystanasie, ou mort sociale, un phénomène qui est observé à plusieurs reprises dans le pays, largement observé dans une partie de la société brésilienne exclue, ou qui possède un accès limité à l'éducation, aux soins de santé et au marché du travail. Cette exclusion est évidente en l'absence de ces individus dans les processus de consommation capitaliste. Cet article propose d'aborder le thème à la lumière de la dignité humaine et des droits de la personnalité, en réfléchissant aux notions d'ostracisme et de mistanasia. La manière dont la condamnation pénale affecte ce processus d'invisibilité est également examinée. La recherche qualitative est basée sur une enquête bibliographique. À la fin, on peut envisager un diagnostic de la mort sociale de la population incarcérée et sortie du

¹ Doutor (UFPE) e Mestre (UFRN) em Filosofia. Pós-doutorando em Direito (UFRN). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

² Mestre em Comunicação e Cultura pela Universidade Clássica de Lisboa (2012). Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Jornalista (Unifor, 2010; JP 2460/CE) e advogada (UFRN, 2019; OAB/RN 17.502).

systeme pénal, proposant quelques chemins de solution et de transformation de la réalité.

Mots-clés: Dignité de la personne humaine. Droits de la personnalité. Mysterianisme. Mort sociale.

1. Introdução

Vivemos em um mundo desigual, onde os abismos sociais e econômicos que separam as pessoas tornam recorrentes diversas formas de violação aos direitos humanos. Na intenção de reparar tamanhas desigualdades, a defesa dos direitos fundamentais é medida que se impõe. A discussão sobre a tutela de tais direitos é cada vez mais pertinente face à globalização e à perversidade dos sistemas econômicos.

No Brasil, país que se diz um Estado democrático de Direito, pecando por seu sofrido histórico de políticas públicas equivocadas, corrupção endêmica, dificuldade do acesso à justiça e ineficácia na aplicação das leis, é ainda mais relevante uma reflexão sobre os direitos subjetivos e inatos de cada um de nós.

A situação é ainda mais grave se considerarmos o contexto de vida da população carcerária brasileira, que sofre com as más condições das instalações dos presídios e cadeias públicas, serviços de alimentação e saúde precários e superlotação. Considerando que essa população é constituída, em sua esmagadora maioria, por uma parte da população excluída e esquecida pelas políticas públicas de assistência social, emprego, moradia etc. desde a infância, verifica-se um ciclo de pobreza e discriminação que perpetua as graves desigualdades que nos separam.

A partir da reflexão acerca das agruras enfrentadas pela população carcerária brasileira, o presente trabalho propõe discutir a chamada *mistanásia*, ou morte social, que vitima aqueles que adentram no sistema penal. Tal fenômeno se dá através de diversos fatores, sobretudo por meio de um processo de aculturação e construção de um discurso formado, pelos meios de comunicação e por falas politizadas, no intuito de minorar a

humanidade desses indivíduos, taxando-os de seres incapazes de se ressocializarem e representativos de um risco permanente de reincidência.

Para iniciar o debate, propomos discutir a situação dos direitos da personalidade em nosso ordenamento pátrio, para em seguida conceituar ostracismo e mistanásia. Por fim, passamos a tratar sobre como se dá o anteriormente referido processo de aculturação com o ingresso no sistema penal, para, em seguida, tratarmos brevemente acerca dos instrumentos utilizados para a construção do processo de morte social dos indivíduos apenados, mesmo depois de sua saída do sistema.

Por certo o debate aqui suscitado não pode ser esgotado em apenas um artigo, mas visa fomentar a discussão que pode ser instigante para que outros operadores do direito, pesquisadores e acadêmicos prossigam no estudo das referidas questões. Tais indagações são relevantes e podem ser úteis no traçar de um panorama de nosso sistema constitucional e penal, e são aptos a levar-nos a refletir acerca do que pode ser feito para que se quebre o ciclo de desigualdades e preconceitos no qual vivemos.

2. Direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro

Os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística (TARTUCE, 2019, p. 226).

Orlando Gomes, citando Karl Larenz, lembra que, em face do menosprezo e do desprezo à dignidade humana por parte do Estado, somados à multiplicação dos atentados perpetrados contra a personalidade por particulares em razão dos progressos técnicos da era moderna, os tribunais da Alemanha pós-guerra foram incentivados a agir pela proteção

da pessoa humana utilizando-se de artigos da Constituição, em uma forma de “direito geral de personalidade” (GOMES, 1983, p. 251-252).

Tal atitude adveio em um período posterior à Segunda Guerra Mundial, período de ascensão e florescimento de regimes autoritários e ditatoriais na Europa e em diversas outras regiões do planeta, regimes estes que perseguiram e mataram milhões de pessoas, em atitudes xenófobas e eugenistas legitimadas pelos sistemas legais nacionais. Tal absurdo levou à criação de entidades (como a Organização das Nações Unidas, por exemplo) e diversos mecanismos de refreio ao arbítrio estatal, na tentativa de promover segurança jurídica e resguardar direitos e garantias fundamentais universais dos seres humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, já no seu preâmbulo destaca a importância da dignidade humana, “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Em seguida, estabelece em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Nas palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 01),

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da paz perpétua, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

O Título II de nossa Constituição de 1988, sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas

são também fundamentais ao ser humano e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver. Nunca se pode esquecer a vital importância do art. 5.º da CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as “cláusulas pétreas”, que são direitos fundamentais deferidos à pessoa insuscetíveis de modificações. Esses preceitos garantem, ainda, que os direitos ali elencados não só estão formalmente reconhecidos, mas também serão concreta e materialmente efetivados.

Dentre os referidos direitos estão os chamados direitos da personalidade. Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade “são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)” (DINIZ, 2002, p. 135). Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os direitos da personalidade constituem “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 144).

Outro conceito relevante a considerarmos no presente estudo é o da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República brasileira, confirma a opção do constituinte por tal princípio, como indicador de uma unidade axiológica e legitimadora da ordem jurídica nacional, incluindo os direitos fundamentais (LIMA; RODRIGUES, 2015, p. 340).

Vale transcrever o prólogo do documento “Reflexão ética sobre a dignidade humana”, editado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal:

A dignidade é um princípio moral baseado na finalidade e natureza da espécie humana, que inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, liberdade e finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio, pois esse projeto de autorrealização exige, da parte dos outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa, constituindo o objeto e a razão da dignidade, só possível pela solidariedade ontológica com todos os membros da espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por esta solidariedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitáramos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro (PORTUGAL, 1999).

O cerne da dignidade humana resume-se ao respeito do ser humano por si próprio e pelo outro, que é imprescindível e apregoadado pelos grandes mestres da humanidade, pelas religiões e pela filosofia (imperativo categórico kantiano). Mas, embora intrínseca ao ser humano, a dignidade não se materializa por si só. Floresce ou fenece no social, na interação dos homens entre si. Por isso é preciso concordar com Cunha Júnior (2008, p. 340) quando afirma que: “[...] a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira, artigo 1º, inciso III, é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais”.

Sobre o tema, colacionamos o entendimento de Ingo Sarlet (2002, p. 62), que parte de matriz Kantiana e parece mais abrangente:

Entende-se 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 e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ingo Sarlet estabelece um conceito capaz de reunir em si dois aspectos fundamentais: uma ação negativa (passiva), por parte do Estado, no sentido de evitar agressões, e uma ação positiva (ativa), no sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos, como preconizado por um projeto constitucional inclusivo.

A dignidade da pessoa humana, na visão de Nunes (*apud* MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 156), é considerada o valor constitucional supremo, em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais, conferindo-os caráter sistêmico e unitário. Constitui-se, portanto, como núcleo axiológico da Constituição e eixo central de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo inerente a toda pessoa humana.

Em resumo, podemos afirmar que “os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade” (art. 1.º, III, da CF/1988). Para Rosenvald, (2005, p. 03), o princípio da dignidade da pessoa humana está interligado às garantias de liberdade e igualdade e, por estas razões “o ser humano é digno de respeito pela eminência de ser livre”.

Pode-se defender, como afirma Silva (2005, p. 38), que o constituinte, ao reconhecer a existência da dignidade da pessoa humana, transformou-a no valor supremo da ordem jurídica e, desta maneira, sendo um valor fundante da República, deixa de ser apenas um princípio de ordem jurídica para ostentar a qualidade de princípio na ordem política, social, econômica e cultural, reunindo em si todos os direitos humanos fundamentais, desde o direito à vida.

Na ordem jurídica brasileira, a partir da atual Constituição, a dignidade da pessoa humana passou a ser o fundamento do sistema, servindo de base, parâmetro e limites de todo ele, ostentando uma superior fundamentalidade com relação aos demais princípios, sem que com isto coloque em descrédito a ausência de hierarquia entre os princípios e a sua superioridade frente às regras.

Para Lima e Rodrigues (2015, p. 344), numa sociedade desigual como a brasileira, conservadora e patrimonialista, com uma indisfarçável dificuldade para reconhecer as diferenças sociais e combatê-las, o princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento eficaz para que se impeça a coisificação do homem.

Somado a este fato, tem-se a política neoliberal que, colocando em primazia o mercado, conduz o homem a uma situação em que, premido pela imposição da cultura de massa, vê-se, muitas vezes, oprimido e compelido a desempenhar papéis sociais que não condizem com sua realidade fática, o que gera aumento da delinquência e do número de infrações penais relacionadas a crimes patrimoniais.

Até que ponto os princípios fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana têm sido respeitados? O Estado os tem garantido ao longo da vida de todos os brasileiros ou só de alguns? Que dizer das minorias e populações excluídas, como a carcerária, objeto das reflexões propostas neste trabalho? Antes de adentrar no tema da chamada “morte social”, faz-se necessária a conceituação de identidade e ostracismo, para, enfim, adentrarmos no estudo da mistanásia em si.

3. Identidade e cultura de massa

Imaginar que a identidade possa ser fruto de uma definição simples e única, que desconsidere a heterogeneidade dos grupos que formam determinada sociedade, seria “negar que a conceituação de identidade resulta de uma complexa construção social, materializada na identidade nacional, fonte principal da identidade cultural” (LIMA; RODRIGUES, 2015, p. 346).

Os conceitos de identidade e cultura estão intimamente relacionados.

A cultura de massa, traduzida na perda de referências pelo cidadão, conta com a ajuda da grande mídia, pela televisão ou pelos anúncios de publicidade, a induzirem uma homogeneidade de todos, indiferentemente de

suas origens, de seus traços culturais, destruindo as particularidades regionais, às vezes nacionais, impondo um determinado padrão de beleza, uniformização do vestuário, padronização das expressões, empalidecendo a referência individual em face de suas origens. O objetivo é o favorecimento ocidental do modo de vida como uma tentativa válida e perene a todo o planeta, definindo-se como arcaico tudo o que a essa concepção for estranho.

Impõe-se uma ideia capitalista de sucesso na vida pessoal, profissional etc., em ditames irrealistas, muitas vezes inalcançáveis, que geram um sentimento de derrota, ansiedade e incapacidade naqueles que vivem a dita “vida real”, onde a ascensão social pelo trabalho é árdua e difícil.

Tal debate reclama uma incursão pelo estudo da criminologia crítica e pela obra referencial de Adorno e Horkheimer, “Dialética do Esclarecimento”, publicada em 1947, na qual a expressão “indústria cultural” se utiliza para traduzir a massificação da cultura, proporcionando um aprisionamento da sociedade a fim de fundamentar o modo capitalista de produção.

Para Lima e Rodrigues (2015, p. 350), a cultura de massa ou indústria cultural, como preferem Adorno e Horkheimer, fruto da globalização, é instrumento que mascara a violência social que separa a classe privilegiada do povo, na medida em que vende a ideia de êxito social como uma possibilidade facilmente alcançável por todos que o desejem, lançando às costas do cidadão o ônus pelo seu próprio fracasso, sem considerar a multiplicidade de fatores econômicos, educacionais, sociais etc. que influenciam os destinos humanos.

Uma das expressões do resguardo à identidade e à dignidade da pessoa humana está relacionada à cidadania. Seu conceito está vinculado não apenas à participação política do cidadão, representando um direito seu enquanto indivíduo, mas também ao dever do Estado em ofertar condições mínimas para o exercício desse direito, incluindo, portanto, a proteção ao direito à vida, à educação, à informação, à participação nas decisões

públicas. Nas palavras de Dallari (1998, p. 14), “A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”.

Nesse mesmo viés sócio-histórico, Fábio Konder Comparato (2005, p. 09) demonstra que a evolução do conceito de cidadania avançou *pari passu* com a consolidação dos direitos humanos, tornando-se indissociavelmente entrelaçados.

Em síntese, cidadania deixou de ser apenas o direito destinado ao indivíduo de participar ativa e passivamente do processo político. É também o dever do Estado para com o cidadão, dever esse de ofertar o mínimo existencial para garantir-lhe a dignidade. Conforme afirmam Mendonça e Silva (2014, p. 164), estabelecido o tripé de direitos complementares e indissociáveis: vida, dignidade e cidadania, cristaliza-se o eixo em torno do qual orbita a essência do ordenamento jurídico brasileiro.

4. Conceito de mistanásia

A mistanásia, também conhecida por eutanásia social, consiste na ocorrência de mortes precoces causadas por fatores políticos, sociais e econômicos. É a exclusão do indivíduo dos processos de inserção social e construção da cidadania.

Sobre a origem da palavra mistanásia, Vieira Filho explica que ela tem origem no grego: *mis* significa miserável; e *thanatos* significa morte. Dessa forma, mistanásia se refere à morte miserável, infeliz, prematura, fora ou antes do seu tempo. Nas palavras do criador do conceito, Márcio Fabril dos Anjos (1989), “A mistanásia nos faz lembrar os que morrem de fome, cujo número apontado por estatísticas é de estarrecer. Faz lembrar, de modo geral, a morte do empobrecido, amargado pelo abandono e pela falta de recursos os mais primários” (ANJOS *apud* OLIVEIRA, 2018, p. 78).

A mistanásia é uma morte “provocada de forma lenta e sutil por sistemas e estruturas que não favorecem a vida” (PESSINI, 2001, p. 322), como ocorre no sistema de saúde pública e no sistema prisional brasileiro, de forma que ela é uma morte, em sua essência, decorrente de uma situação de miserabilidade social, podendo ser considerada uma morte evitável e precoce que poderia ser impedida por meio de políticas públicas adequadas, mas que ocorre devido à ação ineficaz ou omissão do estado (VIEIRA FILHO, 2019, p. 32).

Márcia Mendonça e Marco Antônio da Silva (2014, p. 177) falam em duas modalidades possíveis de mistanásia: a ativa e a passiva. A mistanásia ativa é fenômeno proposital de “reificação” e “nadificação” do homem. Neste caso, o indivíduo é submetido a experiências, como se fosse uma cobaia, ou a extermínio. Exemplos deste fenômeno foram a política de purificação racial dos nazistas, o genocídio cambojano provocado pelo Khmer Vermelho, a retirada arbitrária de órgão de adultos e crianças carentes para atender o mercado negro de transplantes etc.

Já a mistanásia passiva ou omissiva é o processo de “nadificação” da pessoa, por meio da antecipação da morte ou o prolongamento de dor ou sofrimento desnecessários, devido à inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação de sua vida, ou acessibilidade precária, carente de condições adequadas para o correto tratamento. Os agentes passivos deste processo são as pessoas deficientes, doentes em condição de carência, de exclusão econômica, política ou social.

A mistanásia como fruto da maldade humana refere-se aos atos que mesmo não sendo premeditados poderiam ser evitados, mas não o foram. A maldade, assim, não estaria necessariamente ligada ao planejamento do mal, mas à falta de planejamento do bem (ALMEIDA, 2000, p. 165).

Para Faleiros (*apud* MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 182), a ênfase da exclusão está na negação da cidadania, na invisibilidade social e no distanciamento de uma vida digna:

A exclusão é definida como negação da cidadania, da garantia e efetividade de direitos civis, políticos e sociais, ambientais e da equidade de gênero, raça, etnia e território. A exclusão é um processo dialético e histórico, decorrente da exploração e da dominação, com vantagens para uns e desvantagens para outros, estruturante da vida das pessoas e coletividades, diversificada, relacional, multidimensional, e com impactos de disparidade, desigualdade, distanciamento, inferiorização, perda de laços sociais, políticos e familiares, com desqualificação, sofrimento, inacessibilidade a serviços, insustentabilidade e insegurança quanto ao futuro, carência e carenciamentos quanto às necessidades, com invisibilidade social, configurando um distanciamento da vida digna, da identidade desejada e da justiça.

Assim, a mistanásia, ao negar a cidadania e a dignidade humana, ofende os mais caros preceitos constitucionais de proteção e promoção aos direitos humanos.

5. O cárcere e a morte social

A etapa que antecede a mistanásia é o esquecimento, que é caminho, mas também fim do processo de morte social. Essa etapa de eliminação da memória do sujeito é comumente denominada ostracismo. O ostracismo, isto é, o desterro social, o esquecimento a que se condena uma pessoa, é uma palavra que vem do latim *ostracismus* e do grego *ostrakhismós*, de sentido mais restrito do que aquele que, por expansão e figuração, a palavra acabaria adquirindo entre nós.

O *ostrakhismós* era o desterro político a que, por voto direto, a democracia ateniense podia condenar qualquer um de seus cidadãos. Durava dez anos e, como observa o Houaiss, constituía “Ato de proscrever e a ação desse ato; banimento, desterro ou expulsão” que “não importava ignomínia, desonra nem confiscação de bens” (HOUAISS, 2015). Tratava-se, pelo menos em tese, de uma manobra asséptica e defensiva, destinada a isolar qualquer pessoa que se acreditasse ter a capacidade e a intenção de atentar contra a ordem pública (RODRIGUES, 2017).

Segundo Sônia Maria D'Alkmin e Sérgio Amaral, o caráter seletivo do ostracismo configura “um instrumento ‘democrático’ exclusivo da maioria, e consequente monopólio da informação política e perdas das alternativas do grupo biológico mais fraco” (D'ALKMIN; AMARAL, 2005, p. 01).

No desterro, o homem era esquecido por todos, tendo seu nome gravado em pedras ou peças de barro que posteriormente eram destruídas, no ato simbólico de apagar a memória do indivíduo, excluindo-o da sociedade.

Em isolamento de suas raízes sociais, o desterrado sofria um processo de aculturação. A aculturação é o nome dado ao processo de troca entre culturas diferentes a partir de sua convivência, de forma que a cultura de um sofre ou exerce influência sobre a construção cultural do outro.

Semelhantemente ao que ocorria no processo de ostracismo, o apenado é um desterrado social, desligado de suas origens e sua cultura, pungido a adaptar-se a um novo estilo de vida, em ambiente hostil, que não favorece sua reintegração, pelo contrário: o lança em um processo da perda de identidade pela degradação do tecido social.

A prisão está fadada ao fracasso da ressocialização, pois ao entrar em uma cela o indivíduo passa por um processo de “desculturação”, ou seja, um processo de perda ou destruição total do patrimônio cultural adquirido ao longo de sua vida, até então. Desse modo o apenado sofre um processo inverso, denominado “aculturação” que é a aquisição de uma nova cultura, no caso uma cultura criminoso e estigmatizada.

Castel (*apud* BATACLINE; CORREIA JÚNIOR, 2014, p. 157), por sua vez, utiliza a noção de desfiliação com o intuito de ressaltar a ruptura das relações de sociabilidade que podem chegar ao nível extremo do isolamento social, e acentuar a fragilidade do vínculo social. Essa noção de desfiliação é caracterizada por um modo particular de dissociação social, de ruptura de vínculo social e de pertencimento, ou seja, relações sociais nas quais não existem mais os sentidos pretéritos e originais.

O encarcerado, no Brasil, sofre um processo de aculturação que o despe de seus costumes e crenças sedimentados até então, de forma a adaptá-lo ao novo ambiente e estilo de vida, permitindo-o sobreviver em ambiente hostil. É importante salientar que o espaço de aprisionamento causa no indivíduo uma violação de direitos e degradação da pessoa humana, perdendo sua identidade e deixando de ser visto como sujeito de sua própria história.

Conforme demonstra Goffman (1999), o detento chega ao estabelecimento com uma percepção de si mesmo que se tornou existente por algumas disposições sociais. Ao ingressar, é rapidamente despido de tais disposições. Começando assim, uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é persistentemente, embora não intencionalmente, mortificado. Os processos pelos quais o eu da pessoa é mortificado são relativamente padronizados nas instituições totais.

Há a necessidade de sujeitar-se às circunstâncias, amoldar-se à nova realidade, padronizando-se e reproduzindo comportamentos sociais que naquele ambiente são aceitos como corretos, positivos ou necessários à preservação da vida e da integridade física ou psíquica. Parafraseando o clássico da banda britânica Pink Floyd, é preciso tornar-se “*another brick in the wall*”.

Sendo assim, o indivíduo passa a ser despido de sua aparência pessoal, bem como equipamentos e serviços com os quais a mantém, o que acarreta desfiguração pessoal. Roupas, pentes, cosméticos, toalha, sabão, recursos de banho, tudo pode ser retirado ou a ele negado. (BATACLINE; CORREIA JÚNIOR, 2014, p. 157)

Esse processo de aculturação e despersonalização por meio da anulação do “eu”, constituindo parte da trajetória de morte social do indivíduo, serve a uma miríade de objetivos explícitos e ocultos nutridos por movimentos externos ao ambiente carcerário, de endurecimento do sistema penal como resposta ao crescimento da violência. Constitui tática de alimentação de um discurso político extremista de eugenia e racismo, que

associa a criminalidade a tipos humanos específicos. Tal discurso propõe soluções rápidas a problemas estruturais profundos, que não se resolverão sem que tratemos as raízes de nossa sociedade patrimonialista e escravocrata.

A respeito das táticas de endurecimento do sistema penal, evoca-se a teoria de Günter Jakobs relacionada ao Direito Penal do Inimigo, que discorre acerca da tentativa de retirar do apenado o *status* de pessoa, devendo esses indivíduos ser punidos de acordo com sua periculosidade e sem a incidência ou com a relativização dos direitos processuais. Pela tese de Jakobs, quando eleito o inimigo, ocorre o aumento desproporcional de penas pela criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos) e pelo endurecimento sem causa da execução penal.

Nessa mesma linha se incorpora o discurso dos partidários do Movimento da Lei e da Ordem, salientando que a imposição da pena de morte e de longas penas privativas de liberdade, além do advento de legislações severas, são os únicos meios realmente eficazes para intimidar e neutralizar criminosos e controlar a crescente criminalidade e terrorismo desenfreado, ao mesmo tempo em que se faz justiça aos “homens de bem”.

O processo se agrava quando estamos diante do clássico ocupante do sistema carcerário brasileiro: jovem, negro, de baixa renda, com parca educação e formação acadêmico-profissional, proveniente de ambientes onde a desigualdade social é gritante, profunda e recorrente – um cidadão, portanto, desde sempre moído pelo maquinário de exclusão da sociedade de consumo, relegado à margem da sociedade capitalista, descartável aos olhos do sistema produtivo porque incapaz de consumir. É indiscutível que a população carcerária no Brasil é formada predominantemente por indivíduos advindos das camadas sociais mais baixas, chegando a prisão a ser qualificada como um “verdadeiro campo de concentração para pobres” (WACQUANT, 2001, p. 11).

É o que Laurindo Dias Minhoto (2006) chama de novíssima *underclass* – uma construção ideológica norte-americana repercutida, em escala global, pelo senso comum criminológico do momento, pelo qual os setores mais vulneráveis da população, como o dos migrantes, dos negros pobres, dos cidadãos sem qualificação profissional e dos habitantes das zonas mais degradadas das cidades (o “refugio” social produzido pela reestruturação capitalista em curso), são convertidos em alvo preferencial da atuação de uma florescente indústria do combate à criminalidade.

Pela associação espúria entre pobreza e imoralidade, degradação socioeconômica e desordem, vulnerabilidade social e anomia, as classes outrora denominadas perigosas vêm sendo redefinidas como classes criminosas, em um contexto de aprofundamento da exclusão social e erosão dos mecanismos regulatórios do *Welfare State*, sobre cujos escombros se delineia um processo perverso de criminalização da miséria e de enfrentamento policesco da questão social (MINHOTO, 2006, p. 246).

Entenda-se a exclusão social como a dificuldade de acesso a condições dignas de sobrevivência, assistência à saúde, sistema educacional, trabalho digno e remunerado, dentre outros direitos. O encarcerado, mesmo depois de cumprir sua pena e deixar o sistema penitenciário, não chega a livrar-se da pecha de ex-detento, que o acompanha pelo resto da vida, como um estigma que põe em xeque seu caráter, ressaltando e agravando o risco de reincidência de condutas delituosas.

A prisão, como instância centralizadora de poder, como “instituição total” nomeada por Erwin Goffman, nas palavras de César Barros Leal (2001, p. 63), funciona como sistema de interação social, onde o preso se desnatura, habitua-se a enganar e mentir, aprende a calar, ao mesmo tempo em que adota o jargão da massa e, sob o jugo dos mais fortes, dos mandantes, torna-se por vezes um robô. Como afirmou Evandro Lins e Silva (*apud* LEAL, 2001, p. 65),

(...) é de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a insensibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou.

Na definição do magistrado João Baptista Herkenhoff (1987, p. 24), “a violência não é um desvio da prisão: é a própria prisão”. Para César Barros Leal, tal leitura nos autoriza a reconhecer a inconsistência da ressocialização posta, que permanece pretendida, a qual permeia o discurso mistificador de políticos e administradores: persegui-la é, a falar verdade, tão ilusório quanto tentar ensinar um paraplégico a correr por suas próprias pernas (2001, p. 63).

Laurindo Dias Minhoto (2006, p. 250) associa a expansão da “fábrica de exclusão social” representada no sistema penitenciário à retirada do Estado do campo social. A ausência de políticas públicas para redução das desigualdades gera uma onda de encarceramento em massa, havendo íntima ligação entre a crise do estado de bem-estar social e o *boom* prisional. Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

A despeito do resguardo de direitos e garantias fundamentais posto na Lei de Execução Penal (LEP), a distância entre o discurso e a ação é muito grande. A ausência da questão prisional na lista de prioridades das políticas públicas de nosso país é um dos fatores que dificulta uma necessária mudança de paradigmas.

6. Conclusão

O Estado brasileiro, que tem como função fundamental garantir e lutar pela dignidade dos seus cidadãos, acaba, direta ou indiretamente, devido a sua inoperância, anuindo e até mesmo institucionalizando o fenômeno da mistanásia. Afronta os direitos fundamentais e negligencia os seus deveres de Estado democrático de Direito (especificamente o de promover o bem estar social) junto a uma parcela considerável da população, privando-a de uma vida digna.

A exclusão social é um fenômeno expropriador, excludente, alienador da própria condição humana. O homem excluído é o homem destituído de importância econômica e viabilidade no mundo da produção e do consumo. O ser, desconstituído de humanidade, ao se tornar inviável, deixa de existir para a sociedade capitalista. Torna-se invisível, descartável. O indivíduo vive, mas não existe. A mistanásia é a demonstração definitiva da exclusão coletiva e institucionalizada, e constitui uma espécie de morte social dos que são deixados, sem amparo, à espera da morte física.

É certo que o crescimento desenfreado da violência está intimamente relacionado à exclusão social, à falta de investimentos adequados, por muitos anos, nas áreas da educação, saúde e trabalho, dentre outras razões. Por isso, bons resultados das políticas sociais dos governos federal, estaduais e municipais certamente contribuiriam muito para a mudança da situação que nos rodeia.

Há uma grande despreocupação e tolerância, tanto do Estado como da sociedade, quanto ao problema carcerário. A omissão estatal em concretizar os dispositivos positivados na LEP, na Carta Magna e em importantes tratados internacionais, aliada ao fato da indiferença predominante na população, se demonstram, assim, como fatores também cruciais para o agravamento da crise.

No árduo trabalho de transformação dessa realidade, diversas ideias surgem. Para João Batista Herkenhoff (1987), o caminho passa pela redução drástica do aprisionamento como forma eficaz de diminuição da violência da

prisão, uma vez constatada a influência negativa desta sobre o recluso. Já Luigi Ferrajoli defende que haja limitação máxima da pena privativa de liberdade a 10 anos, quantidade de tempo que considera humanamente tolerável, representando, dessa forma, um objetivo de todo modo aceitável no que tange à reforma penal e à superação da prisão como resposta principal para os crimes. No entanto, também diz que o caráter privativo da pena não pode ser alterado, posto que é condição de sua legalidade, determinação e certeza (FERRAJOLI, 2002, p. 332).

O êxito em alcançar mudanças positivas na crise do sistema prisional envolve necessariamente a participação ativa da sociedade nesse propósito, como já disciplina o item 24 da Exposição de Motivos da LEP. O ideal de tornar a execução penal mais humana, em condições propícias de reaproximar o condenado à futura vida livre na sociedade, é o sentimento moderno que deve pautar a política criminal brasileira.

Entre as formas de reunir a população em torno de um objetivo comum de transformação do sistema penal brasileiro está a mudança de mentalidade e do imaginário social acerca da pena e do apenado. Crucial um trabalho de reumanização do indivíduo, de forma que o apenado recupere sua dignidade e tenha resguardado seu direito de existir socialmente.

Referências

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BATACLINE, Daniela Helena; CORREIA JÚNIOR, Rubens. Reflexões sobre a exclusão social no sistema prisional e suas consequências na reintegração social. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 148-164, 2014. Disponível em: <https://www.ipebj.com.br/bjfs/index.php/bjfs/article/view/529>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1998.

D'ALKMIN, Sônia Maria; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Ostracismo e os limites do direito fundamental. *In: ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE*, v. 1, n. 1, 2005. **Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2005. p. 01-07. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/947/917>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Parte geral. v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

HOUAISS, Antônio. **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2015.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, César Barros (org.). **Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça**. Fortaleza: IBDH, 2006.

LIMA; Martônio Mont'Alverne Barreto; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para a preservação da identidade cultural. *In: LEAL, César Barros; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (orgs.). O respeito à dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: IBDH, 2015. p. 339-352.

MENDONÇA, Márcia Helena; SILVA, Marco Antônio Monteiro da. Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia. **Iusgentium**, Curitiba, v. 9, n. 6, p. 151-190, 2014. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/150>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MINHOTO, Laurindo Dias. A cultura penal da intolerância. *In: LEAL, César Barros (org.). Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça*. Fortaleza: IBDH, 2006. p. 245-256.

OLIVEIRA, Adriano Cezar. O conceito de mistanásia à luz do conto "Mineirinho", de Clarice Lispector. **Horizonte Teológico**, Belo Horizonte, v. 17, n. 33, jan./jul. 2018.

PÊCEGO, Antônio José Franco de Souza; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Mistanásia: uma questão de direitos coletivos e cidadania. *In: I CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA*, n. 1, 2013. **Anais do I Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2013. p. 39-42. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/258/265>. Acesso em: 19 abr. 2020.

PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – CNECV. **Reflexão ética sobre a dignidade humana**. Lisboa: CNECV, 1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt>. Acesso em: 14 abr. 2020.

RODRIGUES, Sérgio. O ostracismo e as ostras. **Revista Veja**, 18 fev. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/o-ostracismo-e-as-ostras/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VIEIRA FILHO, Paulo Dídimo Camurça. **O impacto social e jurídico da mistanásia no Brasil**. 73 f. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/49341/1/2019_tcc_pdcvieirafilho.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

Artigo recebido em: 30/04/2020.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

O instituto da delação premiada e a teoria dos jogos no processo penal brasileiro

The institute of plea bargain and the game theory in brazilian criminal proceedings

Karine Cordazzo¹
Cíntia de Santana Santos²

Resumo: O presente trabalho pretende abordar o instituto da delação premiada, fazendo uma breve análise no ordenamento jurídico brasileiro quanto a sua previsão, considerando especificamente o que diz respeito à suas características sob a ótica da teoria dos jogos no Processo Penal Brasileiro. Considerando a sua evolução até os dias atuais, demonstrando suas aplicabilidades e expansão. A partir de então, destacando que, embora sofra inúmeras críticas é um instituto que vem exercendo um papel importante para desnudar crimes e criminosos de maneira dinâmica, minimizando os impactos negativos que a criminalidade causa a sociedade, almejando alcançar seu desmantelamento, para que sejam descobertos, investigados e punidos.

Palavras-chave: Delação Premiada. Teoria dos Jogos. Processo Penal.

Abstract: This paper intends to approach the institute of plea bargain, making a brief analysis in the Brazilian legal order regarding its prediction, considering specifically its characteristics from the perspective of game theory in the Brazilian Criminal Procedure. Considering its evolution to the present day, demonstrating its applicability and expansion. Since then, highlighting that, although it suffers numerous criticisms, it is an institute that has been playing an important role to denude crimes and criminals dynamically, minimizing the negative impacts that crime causes society, aiming to achieve its dismantling, so that they are discovered, investigated and punished.

Keywords: Plea bargain. Game theory. Criminal proceedings.

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade analisar a delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, suas peculiaridades, eficácia e validade,

¹ Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD (2019) - Bolsista CAPES. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (2015). Professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Professora do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN.

seus requisitos e sua não aplicação e sua relevância. Volta-se à análise do instituto da delação premiada, tendo em vista que, nos dias de hoje passou a ser um mecanismo amplamente utilizado.

Trataremos suas características e requisitos, fundamentando sua forma de aplicação pautada não só na delação, mas também na investigação da veracidade da delação, para que seu uso seja aprimorado e maior efetivado.

Não podendo confundir a delação como absoluto e único meio de prova requisito para a concessão do instituto, já que a delação obtém outras provas e por si só não poderá fundamentar uma possível sentença condenatória. Abordando também seu conceito, seus benefícios, sua forma de aplicação e a sua presença em várias leis do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de ser um instituto muito criticado vem ajudando cada vez mais, por trazer a tona crimes e criminosos poderosos para que sejam descobertos, investigados e punidos.

2. Considerações gerais acerca do instituto da delação premiada

De acordo com diversos autores a expressão delação origina-se do termo etimológico “*delatio*”, de origem latina, que significa delatar, denunciar, revelar, manifestar, acusar etc. Sendo premiada por seu sentido de benefício e recompensa aquele que cooperar com a justiça. O termo se refere a confissão do acusado, onde confessa sua participação e atribui a participação de outro ao mesmo fato a ele imputado.

Compreender sua origem permite entender o instituto, que é recente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo disciplinado só no final do século XX. Porém, delatar não é algo novo, delações sempre existiram, havendo inclusive inúmeros relatos históricos de delações, onde ocorreu a traição entre homens.

Claro que, antigamente não era usada a atual denominação, surgindo este termo somente no direito moderno. No Brasil, sua primeira previsão legislativa ocorreu nas Ordenações Filipinas (1603-1867), em um livro específico, que vigorou até a promulgação do Código Penal de 1830. E, somente 160 anos depois, o instituto da delação premiada foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), passando depois a ser adotada por diversas outras leis.

Para Delmanto e Roberto na obra ‘Leis Penais Especiais Comentadas’, “pode-se dizer que hoje ela é a Caixa Preta do processo penal brasileiro” (DELMANTO; ROBERTO, 2014, p.1003). Não estando ela autorizada pela Constituição Federal, vez que, não contempla o *plea bargaining*, ou seja, a possibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal.

Ainda segundo os mesmos autores, com relação ao delatado, este sofre sérios riscos de erro judiciário, pois o delator pode mentir incriminando inocentes, para obter a redução ou isenção da pena. E por isso julgando-a como “Caixa Preta”, por não saber o que revelará de injustiças quando aberta (DELMANTO, 2014, p.1003). Fausto Martin Sanctis afirma que:

A delação premiada constitui, hoje, um instituto processual importante para a apuração da verdade real quando a crença geral da total ineficácia da jurisdição penal para o combate da criminalidade organizada (certeza da impunidade) começa a ser arranhada com a coordenação das instituições de repressão e o conseqüente aumento do número de prisões, investigações e condenações (SANCTIS, 2009 p. 157).

Quanto o conceito e a função da prova, Aury Lopes Junior diz que “o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”. Servindo para instruir o magistrado, reconstruindo o fato e levando-o a seu conhecimento. Definindo provas como “meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”, (JUNIOR, 2014, p.549).

2.1. Conceito

Para entender ainda mais o instituto da delação premiada é primordial sua conceituação. O minidicionário jurídico da revista dos tribunais traz a definição de delação premiada como sendo:

Espécie de colaboração premiada que consiste no conjunto de informações prestadas pelo acusado que tenha cooperado efetiva e voluntariamente com autoridade policial ou judiciária na coleta de provas, favorecendo a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e das infrações penais com eles praticadas. A contribuição eficaz para a apuração do delito e de sua autoria pode ensejar a redução da pena do colaborador, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo o seu perdão judicial (MINIDICIONÁRIO JURÍDICO RT, 2019, p. 20).

Podendo ser conceituada como um instituto penal que proporciona ao indiciado/acusado prêmios, que vão desde a redução da pena até a liberação da pena, com o auxílio na persecução e confissão, de forma espontânea e voluntária. Considerada um negócio jurídico entre Estado e autores do delito. Sendo sua natureza penal, prevendo redução de pena, extinção da punibilidade e perdão, quando satisfeitos os requisitos previstas em lei (MANDARINO, 2016, p. 154).

Então, delatar, de acordo com os autores que à conceitua significa acusar, denunciar, revelar etc. Processualmente falando só tendo sentido se falar em delação quando alguém além de admitir a prática delituosa revela a participação de outro (os).

2.2. Natureza jurídica

É classificada como meio de obtenção de prova, conforme depreende-se do artigo 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013. Não se entendendo como meio de prova propriamente dito, e sim, como um procedimento, uma técnica para alcançar provas. Nesse sentido, esclarece Brito (2016, p. 71), “ em hipótese nenhuma, deve ser considerada um instrumento da verdade (prova), pela

simples razão de que o seu conteúdo pode não corresponder à realidade (ou verdade) dos fatos”.

Nesse sentido, assevera Tokunaga e Brito, na obra, *Transformações do Direito Contemporâneo: uma análise multifacetada do ordenamento jurídico brasileiro* que:

Esse instituto pode ser utilizado somente como meio de obtenção de outras provas; estas sim podem ser usadas pelo juiz para formar seu convencimento. Outrossim, somente se corroborados por outras provas idôneas os depoimentos do delator poderão ser utilizados pelo magistrado para fundamentar uma possível sentença condenatória (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 48).

Como dito anteriormente o instituto da delação premiada não é um meio de prova propriamente dito, sendo ela apenas um mecanismo utilizado para obtenção de provas. A criminalidade vem promovendo a “necessidade de técnicas investigativas eficientes para a colheita de provas e a inviolabilidade dos direitos fundamentais” (MADARINO, 2016. p. 234).

2.3. Requisitos do acordo

Os requisitos estão previstos na Lei n. 9.807/1999, nos artigos 13 e 14, aplicados a todas as infrações que permitem concurso de agentes, quando não possui previsão específica sobre o instituto, sendo requisitos: primariedade do delator, voluntariedade da delação, efetividade da delação, dizendo-se ainda haver ainda requisitos subjetivos do artigo 13 da lei supracitada (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 48-49).

2.3.1. Primariedade do delator

O requisito da primariedade da delação é o primeiro exigido pela Lei n. 9.807/1999, prevista no artigo 13, não estando prevista em outras normas que tratam a delação premiada, sendo este um requisito apenas para o perdão judicial e não para a concessão da diminuição de pena (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 48).

Rogério Greco, em sua obra, Curso de Direito Penal, destaca que a Lei n. 9.807/1999 “trata de nova possibilidade de concessão de perdão judicial em caso de concurso de pessoas”. Entendendo que a redação da lei n. 9.807/1999 em seu artigo 13, mirou no delito de extorsão mediante sequestro, previsto no artigo 159 do Código de Penal, por ter se amoldado nele todos os incisos da lei supra, contudo a doutrina afirma que, a lei não se limita apenas a esse delito, “podendo ser concedido o perdão judicial a qualquer outra infração que se amolda aos requisitos elencados no artigo 13 da lei” (GRECO, 2016, p. 850).

2.3.2. Voluntariedade da delação

A delação tem que ser voluntária, ou seja, aquela cuja vontade é livre e consciente. Não importando ter sido motivada ou não, sendo válido o ato quando inexistir coação, seja ela qual for (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 48).

Sendo a delação lícita e efetiva e, produzindo os resultados previstos no artigo 13 da Lei n. 9.807/1999, não há necessidade de saber quais motivos levaram o delator a colaborar (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 48).

2.3.3. Efetividade da delação

Doutrina e jurisprudência entendem que é desnecessário cumular os resultados elencados nos incisos do artigo 13 da Lei n. 9.807/1999, uma vez que, se houvesse a necessidade de cumulação “o alcance da norma seria restringido” prejudicando a efetividade do instituto (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 49).

2.3.4. Requisitos subjetivos

Os requisitos de ordem subjetiva são aqueles previstos no parágrafo único do artigo 13 da Lei n. 9.807/1999. Onde diz que, “também deverá considerar a personalidade do delator e a natureza, circunstâncias,

gravidade e repercussão social do fato criminoso” (TOKUNAGA; BRITO, 2017, p. 49).

3. Normatização da delação premiada no direito brasileiro

De acordo com o que dito anteriormente, a primeira previsão legislativa no Brasil se deu nas Ordenações Filipinas (1603-1867), onde o tema ganhou um livro específico, vigorando até o Código Penal de 1830. Anos depois, sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), passando depois a ser adotada por diversas outras leis.

As leis concernentes a delação premiada ao longo do tempo “abrangia delitos específicos” (DELMANTO; ROBERTO, 2014. p. 1005). A Lei n. 8.072/90 trazia benefícios que somente eram aplicados a crimes hediondos e equiparados; a Lei n. 8.137/90 aos delitos contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo; a Lei n. 9.034/95, revogada pela Lei n. 12.850/2013, aos crimes praticados por organizações criminosas; a Lei n. 7.492/86, modificada pela Lei n. 9.095/95, aos crimes de lavagem de dinheiro; a Lei 9.807/99 atingiu qualquer delito (DELMANTO; ROBERTO, 2014. p. 1005).

Ainda segundo Roberto Delmanto (2014, p. 1006), “enquanto as diversas leis, até, inclusive. A Lei n. 9.269/96, que alterou, que alterou o artigo 159 do Código Penal, relativo ao crime de extorsão mediante sequestro, apenas previam a redução de um a dois terços da pena privativa de liberdade do delator”, a Lei n. 9.613/98 previa não só a redução como também o início do cumprimento em regime aberto, a substituição para restritiva de direito e o perdão judicial.

A Lei n. 9.807/99 previa também não só a redução da pena como também o perdão. Estabelecendo normas para organização e manutenção de programas especiais de proteção à vítimas e testemunhas, em seu artigo 13 permitindo a concessão do perdão judicial aos acusados, réu primário, que

tenham colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, contanto que a colaboração tenha como resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes, a localização da vítima e haja a repercussão total ou parcial do produto do crime (GONÇALVES, 2013, p. 236).

Ainda, segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves, o perdão judicial poderá ser concedido de ofício ou a requerimentos das partes, sendo o momento adequado para a concessão o momento da sentença de mérito, ressaltando que:

Mesmo com a presença dos requisitos legais, o juiz não concederá o perdão judicial se a personalidade do agente e as circunstâncias, gravidade e repercussão social do delito indicarem que a medida não é suficiente à repressão e prevenção do crime (artigo 13, parágrafo único), ou quando o agente não for primário. Nesses casos, entretanto, o juiz estará obrigado a reduzir a pena de 1/3 a 2/3 (artigo 14) (GONÇALVES, 2013, p. 237).

A Lei n. 11.343/06 como última lei a prever a delação voltou a prever em seu texto normativo a delação especificamente para tráfico de drogas com previsão apenas de redução de pena em um a dois terços. Dentre todas as leis a que mais aparenta ser benéfica é a Lei n. 9.807/99, pois se aplica a todos os tipos de delito e admite o perdão, exigindo o que nenhuma outra norma exige. Lei n. 12.850/2013 é a mais recente, prevendo não só o perdão como a redução de pena em até dois terços, substituição por pena restritiva de direito ou até mesmo o não oferecimento da denúncia (DELMANTO; ROBERTO, 2014. p. 1006).

4. Do acordo de delação e das partes

As negociações do acordo de delação premiada podem ser feitas a qualquer tempo. Realizadas entre delegado de polícia e o acusado/investigado (junto ao seu defensor) com manifestação do Ministério Público, ou então entre o Ministério Público e o acusado/investigado (junto ao acusado/investigado e seu defensor).

As previsões normativas são amplas autorizando a concretização de acordos entre suspeito/ acusado e Ministério Público, com a participação do juiz, porém não sendo clara a lei a seu respeito (SANCTIS, 2009, p. 158). Uma vez que, de nada adiantaria a garantia da delação premiada sem a participação do judiciário. Este por sua vez não podendo comprometer a independência do suspeito/acusado que deve ser livre.

O Ministério Público como titular da ação penal deve manifestar sobre todos os acordos de delação, onde concordará ou não com o acordo. Aqueles feitos pela autoridade policial sendo mais presentes em casos de urgência. Quando realizado pelo Ministério Público o intuito principal é a produção de provas contra os demais envolvidos, onde receberá como recompensa uma pena branda, o não oferecimento da denúncia como até mesmo o perdão judicial ao que colabora. Isso gera inúmeras críticas, pois, há que defenda severamente que por ser o Ministério Público o titular da ação penal este não possa abrir mão da ação penal, ou seja, deixar de oferecer a denúncia contra o suspeito/acusado.

O prêmio ofertado tem como objetivo a eficácia na busca real dos fatos, pouco importando o motivo real que levou o suspeito/acusado a colaborar. Porém essa atitude surte a ideia de traição, traição esta estimulada pelo Estado, mediante vantagens que podem surtir em cessão da atividade criminosa ou a captura de outros suspeitos/acusados, com custo benefício (SANCTIS, 2009, p. 158).

As leis que tratam a delação premiada não determinam a fase exata na persecução para que o acordo ocorra:

[...] assim, ela poderá ser feita tanto durante as investigações policiais ou do Ministério Público, quanto no transcorrer da instrução do processo, mas antes da sentença de 1º grau. Se assim não for, a delação premiada, como instrumento facilitador das investigações para a persecução penal, perderá o sentido. (DELMANTO; ROBERTO, 2014, p. 1005)

Cabendo ressaltar que, antes de formalizado o acordo o colaborador deve renunciar ao seu direito de silêncio, se comprometendo a dizer a

verdade. Não podendo dizer que o delator responderá pelo crime de falso testemunho, pois não se enquadra neste delito. Também não podendo dizer que exista ofensa ao seu direito de silêncio, pois ele pode optar por sua troca ao abrir mão do seu silêncio.

Reduzido o acordo a termo terá que ser homologado pelo juiz, criando o vínculo entre as partes. Devendo conter no acordo o relato da colaboração com seus possíveis resultados, determinando os benefícios de acordo com os resultados obtidos com a colaboração. Quando necessário trazendo também medidas de proteção aos colaboradores e seus familiares.

E assim passada a fase negocial será encaminhado ao juiz para homologação. Podendo ser rejeitado, emendado ou anulado, restringindo-se apenas a sua formalidade. Sua distribuição sendo sigilosa, sob pena de prejuízo da verdade real, com o objetivo de êxitos nas investigações em busca de informações maiores.

Quanto ao juiz, este não pode propor o acordo de delação, “a delação premiada pode ser proposta pelo Ministério Público ou até mesmo pela autoridade policial, submetendo-a ao Parquet. Há casos em que os próprios juízes, durante a instrução processual, ofereçam os benefícios da delação ao acusado, acenando com redução de pena, substituição por penas alternativas, regime inicial aberto ou até perdão judicial, atuando como inquisidores, com prejulgamento e perda da indispensável imparcialidade. Esse tipo de atuação judicial foi absolutamente vedado pelo § 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013” (DELMANTO; ROBERTO, 2014, p.1003). O juiz apenas homologa o acordo de delação premiada:

[...] tem sido praxe o Ministério Público solicitar ao juiz a homologação do contrato de delação pactuado, o que veio a ser previsto somente em 2013, por meio da Lei n. 12.850 (art. 4º, §§ 6º a 9º). Ora se assim o fizer, terá o magistrado necessariamente reconhecido a culpa do delator, e perdido, em consequência, a indispensável imparcialidade para presidir e julgar o processo, imparcialidade esta que integra a garantia constitucional do juiz natural. (DELMANTO; ROBERTO, 2014, p. 1003)

5. A delação premiada e a teoria dos jogos

O processo penal se estrutura de maneira universal, porém, cada demanda possui a sua singularidade, sendo que “cada decisão é uma decisão, não se podendo julgar em bloco no crime”. O que faz com que a persecução penal na prática tome sentidos impensados muitas vezes condicionadas a questões externas (ROSA, 2013, p. 21).

Assim, conclui-se que, embora o processo penal seja disciplinado categoricamente existem variantes à cada caso concreto, pois, nem sempre é possível atingir o melhor resultado sem que o caso concreto seja levado em consideração. O que faz com que cada vez mais os operadores do direito tenham que se recorrer de métodos cada vez mais dinâmicos para a aplicação do direito, como é o caso da delação premiada, almejando a melhor efetivação punitiva Estatal alcançando-se a verdade.

Para compreender a delação premiada pela teoria dos jogos basta parar para pensar como são feitos os acordos de delação pelo *parquet* ou pela autoridade policial, pois, eles conseguem informação por meio de uma delação do acusado precisa recorrer-se ao emprego de táticas e estratégias. Uma vez que, por seus próprios meios seriam incapazes de conseguir determinadas informações capazes de chegar a um resultado na persecução penal.

Então, os delatores trazem informações privilegiadas para que as autoridades não tenham que se submeter a uma investigação complexa, demorada, cara e muitas vezes até sem resultado algum. Usando então da delação para a obtenção de provas, já que ela por si só não pode fundamentar uma sentença penal condenatória.

A delação então pode ser considerada um jogo negocial, os jogadores sabem as regras e a dominam para que saibam negociar de forma vantajosa. Sendo primordial aos jogadores saber o momento exato de colaborar. Todos os jogos que joguemos devemos saber jogar, principalmente quando o que se negocia é a liberdade, como é o caso da delação premiada.

É muito interessante analisar o instituto sobre a ótica da teoria dos jogos, observando a interação humana empregada no acordo, já que, o acusado realmente pensa como um jogador, tentando prever o que o outro pensando, como o outro irá agir, qual será seu próximo passo etc. Porque o resultado do jogo ainda não se sabe, prevalecendo a persuasão e o convencimento.

Apresenta uma nova dinâmica de compreensão do processo penal. O pressuposto é que o sujeito racional toma (sempre) decisões que lhe são mais favoráveis, egoísticas, ou seja, as que lhe indicam maiores benefícios. Entretanto, nem sempre as decisões aparentemente melhores individualmente o são no contexto de jogos interdependente, como acontece no processo penal, sendo o dilema do prisioneiro o exemplo teórico de tal modelo. (ROSA, 2013, p. 22)

Alexandre Morais da Rosa complementa que:

[...] para entender a proposta é necessário estabelecer os lugares do jogo, sendo o julgador (juiz, desembargador, ministro), os jogadores (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado), a estratégia (uso do resultado), a tática (movimento de cada subjogo) e os chamados payoffs (ganhos e retornos) de cada jogador. (ROSA, 2013, p. 22)

Ainda segundo o mesmo autor:

A delação possui situações como os jogos, pois quem colabora precisa decidir por uma estratégia, optando por um plano de ação respondendo as reações dos outros jogadores, sendo a teoria dos jogos uma teoria que lida com situações onde a estratégia é importante. Podendo ser utilizada no processo penal para fundamentar a estratégia processual ou a tática específica empregada. (ROSA, 2013, p. 22)

No momento que se tem uma leitura do jogo vale a pena negociar, como fazem os delatores mais citados na mídia atualmente, produzindo provas oferecendo aos compradores e interessados, possuindo em suas mãos o que querem.

A produção das informações relevantes, para efeito da decisão, é função dos jogadores, descabendo qualquer atribuição ao julgador. O regime da prova, desta forma, não pode ser lido conforme as disposições equivocadas do CPP (art. 155 e seguintes),

dado que precisa de leitura constitucionalizada. O processo precisa ser entendido como o mecanismo apto à inserção da informação no campo da decisão judicial. É o regime pelo qual o Estado estipula quais as modalidades e a forma de produção da informação. (ROSA, 2013, p. 94)

No processo penal o jogador acusador deve antecipar às informações que pretende trazer ao jogo, enquanto o jogador defensor organiza a estratégia e táticas a partir dos movimentos do jogador acusador (ROSA, 2013, p. 26).

No momento em que a parte se movimenta no campo do discurso, é possível que a outra parte faça três tipos de movimentos táticos, sendo eles o silêncio, o contra-ataque ou o tangencia mento. Se dividindo essa dinâmica em vários momentos processuais e probatórios, vinculadas à finalidade (ROSA, 2013, p. 26).

Sabe-se que o jogador acusador quer ser vitorioso, e tem expectativas de decisão favorável com condenação do defensor, enquanto o jogador defensor também pretende a vitória com a expectativa de decisão favorável juntamente com sua absolvição.

Diante da presunção de inocência, pressuposto do processo penal democrático, a saber, o acusado larga absolvido, a função do jogador-defesa é evitar a tomada do “forte”, como nos jogos de guerra, ou seja, impedir a tomada dos domínios da presunção de inocência. Daí que ao longo da corrida processual os subjogos vão se sucedendo e é preciso antecipar os movimentos processuais, prevendo, ex ante, táticas críveis. (ROSA, 2013, p. 26)

A quantidade e a qualidade das informações antes de cada rodada processual (subjogo) implicam em constantes alterações táticas e de estratégia em busca da verdade real “do” e “no” processo penal é uma forma ingênua e absurda de atuação. O desvelar subjetivo do jogo processual apresenta o processo penal dentro do contexto dinâmico e sujeito às contingências do mundo da vida (ROSA, 2013, p. 26).

Como a acusação é o primeiro que ataca deve esperar o contra-ataque, nesse momento sendo necessário analisar as possibilidades, adiar tomadas

de decisão, alterar as provas buscando sempre uma melhor oportunidade. O jogo é instável, cada rodada processual exige a atenção do oponente. Consistindo a estratégia para a acusação na utilização do processo para aplicação de pena, e para a defesa o uso para a absolvição, sendo eles assimetricamente opostas (ROSA, 2013, p. 26).

Embora cada jogo processual seja singular, conforme dito anteriormente, se encontra inserido em processos repetitivos. No jogo da delação valendo a história que mais seduz, cada qual com sua estratégia, possibilitando aos jogadores fazer uso das regras em vigor a seu favor na delação, fazendo um olhar sobre os fatos anteriores com percepção do resultado futuro que almeja. A delação como o ato de confessar um crime entregando seus parceiros que é precisa ser cuidadosamente analisada para ser ofertado no momento certo.

O processo penal é um jogo mediado pelo Estado Juiz em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que no decorrer as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes. (ROSA, 2013, p. 28)

O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas:

Em resumo o processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual há (a) conjunto de normas jurídicas; (b) que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória (informação), condenação/absolvição – em diversas instâncias), (c) mediante jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares), (d) para os quais o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) de vitória/derrota (total ou parcial). (ROSA, 2013, p. 26)

Então, a teoria dos jogos entra na delação premiada no estruturar do processo, com um sujeito racional com um pensamento dominante sobre variáveis não escritas no processo penal, existindo comportamentos

dominantes e dominados, sendo necessário ao jogo saber quem é o rival, não bastando fixar-se apenas no juiz ou no Ministério Público, sabendo as regras apenas após conhecer os sujeitos envolvidos e quais as recompensas.

6. Considerações finais

Após a análise do instituto, dos seus requisitos, da legislação, das partes e do acordo da delação premiada, com tudo que norteia e da forma que norteia sua aplicação, podemos chegar à conclusão que, de modo geral a delação premiada funciona como um jogo, onde ninguém quer sair perdendo.

Visto que existe uma interação humana, onde pessoas racionais têm que decidir em um contexto, onde exige uma leitura do processo penal em camadas, pois, não é possível fazer nada sem conhecer as normas (leis), os participantes e o momento certo de tomar uma iniciativa na sua vez da partida.

Sendo aí o principal ponto fundamental da teoria dos jogos, a interação processual. A necessidade de observar quem são os jogadores na interação processual, como eles atuam e como pensa o julgador (juiz) e as demais partes no processo, sendo necessário fazer um mapa mental de todos, para uma melhor jogada.

A teoria dos jogos busca analisar que, só se sabe quando dar o primeiro passo depois que conheço os jogadores, só sabendo as regras e o sentido do jogo quando conhecido os adversários (Ministério Público, Juiz, o delatado e seu defensor), com a preocupação em operar com a repercussão midiática e entender as recompensas, devendo ser a notícia suculenta. Ainda, cabendo analisar qual o propósito de cada um, a estratégia a o que quer no processo, para não ser parte da estratégia de alguém.

A interação humana faz muita diferença, entender o contexto da competitividade para entender como o processo ocorre, como operar com as partes que temos é importante. Não é vale tudo, pois, a manifestação de vontade do delator em liberdade em alguns casos poderá ter sido

influenciada pela real possibilidade de ser preso, já que, finalidade do instituto é compelir, sem agressividade compelir o agente a colaborar.

Concluindo então que o instituto da delação premiada muito tem em comum com a teoria dos jogos. Pois o delator através das normas legais positivadas se utiliza de um “jogo” para conseguir o que quer no processo que será analisado caso a caso para melhor atender as necessidades Estais.

Referências

- BRASIL. **Decreto-Lei n. 2. 848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 07 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 7 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm. Acesso em: 07 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm. Acesso em: 07 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 07 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.
- BRASIL. **Minidicionário Jurídico**RT. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação Premiada e Decisão Penal: Da Eficiência à Integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/para-entender-a-delacao-premiada-pela-teoria-dos-jogos/>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe [org.]. **Delação Premiada: Estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**. v. 7. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JUSBRASIL. **A Delação Premiada à Luz da Teoria dos Jogos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54250/a-delacao-premiada-a-luz-da-teoria-dos-jogos-a-ponderacao-entre-interesses-publicos-e-privados>. Acesso: 02 dez. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Fernando; GRAEFF FILHO, Joe; PEREIRA, Renato de Aguiar Lima (Orgs.). **Transformações do Direito Contemporâneo: uma análise multifacetada do ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Londrina, PR: CEOS, 2017.

MANDARINO, Renan Posella. **Limites Probatórios da Delação Premiada Frente à Verdade no Processo Penal**. Franca: [s.n.], 2016. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/143920/mandarino_rp_me_fran_int.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 28 nov. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto da Processo Penal Conformar a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. 2018. 262f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B2EK5F>. Acesso em: 28 nov. 2019.

Artigo recebido em: 12/11/2019.

Aceito para publicação em: 04/01/2022.

Violência Doméstica e Prisão Preventiva: um Enigma Descortinado no Pacote Anticrime

Domestic Violence and Pre-trial Detention: an enigma uncovered by the Anti-Crime Bill

Érica Marcellina Cruz¹

Resumo: Os delitos ocorridos no âmbito doméstico, quando noticiados, exigem resposta Estatal célere e efetiva, ao menos a fim de evitar mal maior à vítima, eis que, muitas vezes, está ao lado do agressor. Neste aspecto, o objetivo do presente é demonstrar que a medida cautelar consistente na imediata decretação da prisão preventiva do autor do crime, ainda que primário, a depender dos elementos do caso concreto, pode se traduzir na única solução jurídica imediata para salvaguardar o bem mais caro do ser humano: a vida. É por isto que a análise da necessidade prisional do suspeito da prática de crime de ameaça contra cônjuge, descendente ou ascendente no âmbito doméstico não pode se cingir apenas ao *quantum* da pena cominada, em abstrato, para o delito. Nesta toada, é inegável, ainda, concluir que a lei 13.964/2019 endureceu o sistema de justiça criminal ao estabelecer, *v.g.*, a possibilidade de aprisionamento imediato no Tribunal do Júri, após sobrevinda de condenação à pena superior a de 15 anos (artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal). Não raras vezes, a pena *in concreto* a ser fixada em condenação do Tribunal do Júri pela prática pelo acusado do delito de feminicídio chega a este patamar. Logo, a função do juiz no sistema de justiça criminal e o aparato da polícia judiciária em contraponto com a prisão cautelar na modalidade preventiva ante a vinda do ‘pacote anticrime’ são temáticas intimamente afetas ao descortinamento de delitos cometidos no âmbito doméstico.

Palavras chaves: Tribunal do Júri. Lei 11.340/06. Lei 13.964/19. Sistema de Justiça Criminal. Prisão.

Abstract: The crimes that occurred in the domestic sphere, when reported, demand a swift and effective State response, at least in order to prevent greater harm to the victim, since he is often on the side of the aggressor. In this regard, the objective of the present is to demonstrate that the precautionary measure consisting in the immediate decree of preventive detention of the perpetrator of the crime, even if primary, depending on the elements of the specific case, can be translated into the only immediate legal solution to safeguard the most cost of the human being: life. That is why the analysis of the suspect's prison need to commit a threat of crime against a spouse, descendant or ascendant in the domestic sphere cannot be limited to the quantum of the sentence imposed, in the abstract, for the crime. In this light, it is undeniable, still, to conclude that the law 13.964/2019 hardened the criminal justice system by establishing, for example, the possibility of immediate imprisonment in the Jury Court,

¹ Doutora em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino-Bauru - ITE, Delegada de Polícia do Estado de São Paulo, Procuradora do Estado de São Paulo, atualmente é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

after the conviction of a sentence of more than 15 years (article 492, I, “e” of the Criminal Procedure Code). Not infrequently, the concrete penalty to be fixed in condemnation of the Jury Court for the practice by the accused of the crime of femicide reaches this level. Therefore, the role of the judge in the criminal justice system and the apparatus of the judicial police in contrast to the preventive custody in the preventive modality before the arrival of the 'anti-crime package' are themes closely related to the disclosure of crimes committed at home.

Keywords: Jury court. Law 11.340/06. Law 13.964 /19. Criminal Justice System. Prison.

1. Introdução

Quando a sensação de impunidade é disseminada pela cena fático-jurídica e acomete os integrantes da sociedade, a busca por mecanismos de efetividade afloram para o julgador como fator primordial para continuidade da função de distribuir justiça.

Neste caminhar, alterações legislativas, especialização de profissionais atores do sistema de justiça (em especial: juízes e policiais), celeridade e efetividade de decisões se constituem em elementos indispensáveis para o restabelecimento da ordem e credibilidade estatal e, por assim o ser, continuidade da vida civilizada em sociedade.

É por isto que o aprimoramento no pensar o direito, o respeito às premissas basilares (direitos fundamentais: cláusulas pétreas – vigas mestras) e a compreensão do agente público no sentido de que está, diuturnamente, ‘a serviço da sociedade’ são nortes perenes.

A divulgação do ‘pacote anticrime’ e o olhar sob o enfoque do encarceramento se tornam diretrizes de necessária análise ante a estruturação do pátrio sistema de justiça criminal operante no Brasil, especialmente no que pertinente aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e aos reservados à competência do Tribunal do Júri.

2. Intepretação e Principiologia

É bom que se diga que a lei 11.340/2006 tem um conteúdo histórico e que pode ser compactado na ideia da mulher como titular da dignidade da pessoa humana equalizada pela concretude do princípio da igualdade.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, consagrou a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da República Federativa do Brasil. Dignidade, do latim *dignitas*, que significa merecimento, respeito, nobreza. Dignidade é qualidade. Algo relativo à moral, respeito ou valor. Logo, a proposição “dignidade da pessoa humana” representa o valor, a qualidade intrínseca do homem enquanto ser. “A etimologia da palavra provém do latim *dignitas*, significando tudo aquilo que merece respeito, consideração, estima. Na antiguidade, o conceito de dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pelo dinheiro, título de nobreza, capacidade intelectual, etc. Os gregos acreditavam que o que diferenciava os homens dos animais era a capacidade de empreender um pensamento lógico, utilizando uma linguagem própria, que era designada pela palavra *locus*, que representava a linguagem, a razão, advindo, assim, a necessidade de respeito aos homens por essa capacidade e distinção. Com o advento da ideologia cristã, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades; como seres concebidos à igualdade e semelhança de Deus, a integridade dos homens faz parte da essência divina, merecendo, portanto, ser respeitada. O homem é dotado de um valor próprio, não podendo ser transformado em objeto. A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (SIQUEIRA, 2009, p. 252).

A interpretação de norma protetiva, e porque não dizer que a decretação da prisão preventiva, não raras vezes, dada as peculiaridades do caso em concreto, pode se traduzir na única medida aplicável a fim de salvaguardar a integridade física e psíquica da vítima, bem como e de forma consequencial também resgatar a credibilidade da justiça face a quem foi, injustamente, maculada pelo agressor, por longo lapso temporal, deve ser a mais ampla possível. A interpretação teleológica é elevada neste contexto.

Os argumentos teleológicos-objetivos são aqueles em que quem argumenta se refere não a fins de pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas a fins “racionais” ou “prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente”. Com isso surge a questão de que fim se deve contemplar como racional ou como prescrito objetivamente no ordenamento jurídico vigente. A resposta da teoria do discurso consiste em afirmar que são aqueles que estabeleceriam quem deve tomar decisões considerando-se o ordenamento jurídico vigente com base em uma argumentação racional. A comunidade de quem deve tomar decisões levando em conta o ordenamento jurídico vigente, baseando-se na argumentação racional, é o sujeito hipotético dos fins propostos nos argumentos teleológicos-objetivos. As afirmações finalistas dos intérpretes são hipóteses sobre os fins estabelecidos por este sujeito hipotético. Sua correção deve fundamentar-se por meio da argumentação racional. Os fins de que se trata na interpretação teleológica não são por isso fins que se determinem empiricamente, mas fins caracterizados normativamente. Por fim caracterizado normativamente deve entender-se aqui um estado de coisas prescrito ou um fato prescrito (ALEXY, 2013, p. 238/239).

Não podemos nos esquecer de que, nos crimes de âmbito doméstico, a prisão cautelar do autor dos fatos pode ser a única medida a assegurar a sobrevivência da vítima ou, ao menos, a dissuadi-lo, neste momento inicial, de progredir na escala criminoso, como, por exemplo, da prática do crime de ameaça para lesão corporal de natureza leve; deste para lesão grave e até feminicídio. A prisão cautelar pode ser a única medida capaz de ‘evitar que as coisas fiquem piores’.

Os princípios são necessários para (espera-se) impedir a transcendência de sair do controle. A sobrevivência, pelo contrário, é essencialmente conservadora. Seu horizonte é desenhado com tintas antigas. Manter-se vivo, hoje, significa não perder o que quer que ontem assegure a vida – não muito mais que isso. O elemento central da sobrevivência é as coisas não ficarem piores que antes (BAUMAN, 2011, p. 63)

Nesta toada, enfatize-se que a doutrina se inclina para assentar que ‘não seria aceitável a figura do feminicídio privilegiado não hediondo’ pois apenas reconhecendo-se a hediondez do crime em comento estar-se-ia prestigiando a ‘imprescindível justiça’.

A qualificadora do feminicídio foi expressamente incluída no rol dos crimes hediondos. Tem prevalecido entendimento de que o homicídio privilegiado qualificado não é crime hediondo (*vide* tópico homicídio privilegiado). Indaga-se: Seria aceitável a figura do feminicídio privilegiado não hediondo? Parece-me que, apesar de

possível, não seria aceitável violando os fins sociais a que a Lei se destina. Nesse aspecto, aguardaremos as decisões a serem proferidas pelos magistrados quando do enfrentamento das teses que surgirão a cada caso concreto e a orientação jurisprudencial acerca da celeuma jurídica apontada, assim como, das inúmeras que surgirão, cabendo ao intérprete a árdua tarefa de aplicar a lei, sem esquecer a imprescindível justiça (LOURENÇO, 2019, p. 33).

Com os olhos voltados para a Justiça, é que a vítima merece proteção no processo penal, até porque já sofreu a ação criminosa. A medida de prisão cautelar, não se nega, é extrema, é a *ultima ratio*, contudo, inegável é a elevação o papel da vítima no processo penal e, a *fortiori*, nos crimes cometidos na clandestinidade, como muitas vezes são os de violência doméstica. Negar à vítima a proteção a sua integridade física quando a prisão do agressor é a única medida hábil a fazê-la seria o mesmo que ‘culpar a ofendida’ ou puni-la, novamente, por uma conduta criminosa que sofrera, ante a sensação de vulnerabilidade intensificada pela ameaça permanente com o autor do crime em liberdade, ainda quando do calor dos acontecimentos ou logo após a ocorrência delitiva.

Conforme os sempre atuais ensinamentos de Roberto Lyra em “Polícia e Justiça para o Amor”:

Quando celebra o casamento, o juiz não decreta o amor, nem a fidelidade recíproca é prometida sob pena de morte. Assim como se conquista, é preciso conservar o amor. Cada qual alimenta-o como sabe, como pode, como quer. Se for descuidado ou inepto, não deve culpar a vítima desse procedimento. (...) O amor é, por natureza, fecundo e creador. Não figura nas cifras da mortalidade; não tira, mas põe gente no mundo (LYRA, 2017, p. 118).

Mais do que isto, uma vez ocorrido o crime, a sensação de impunidade e vulnerabilidade da vítima ou de seus familiares quando se trata de homicídio tende a se intensificar quando da ineficácia do Estado vem à tona, quer pelo não descobrimento da autoria, quer pela demora na solução do caso. Explico. Imagine-se uma mulher, que, retornando do local de trabalho, é estuprada e morta pelo agressor, mas que o crime permanece registrado como de autoria desconhecida ou, quando apontado o suposto autor, a resposta Estatal é tardia.

Salvo melhor juízo, investimento estatal na polícia judiciária (investigativa), com aparelhamento técnico e número de profissionais compatível com o número de crimes registrados constituir-se-ia em fatores determinantes para a celeridade na investigação; o que possibilitaria, dada a proximidade da data do fato (evidentemente sem se descurar os demais requisitos legais – em especial em atenção ao disposto nos artigos 312 e 313, ambos do CPP), em eventual decreto da prisão preventiva pelo Estado-Juiz.

A partir daí, de forma correlata, investimento em serventuários e Magistrados capacitados para atuação em processos-crimes que demandam especialização do profissional (Varas e Anexos de Violência Doméstica e Varas do Júri), bem como sistema informatizado, com funcionamento, a contento, nos órgãos do sistema de justiça criminal, resultariam em prestação jurisdicional célere e efetiva; o que, de forma consequencial, traria paz pública, sensação de segurança jurídica e credibilidade no sistema de justiça, a ponto de prevenir novas condutas criminosas.

3. Efetividade e Esclarecimento de Autoria

Deve-se assentar que a celeridade na decretação da prisão preventiva pelo Estado-Juiz pode contribuir para a prestação jurisdicional eficaz. Efetividade estatal, nas mais diferentes esferas que compõem o sistema penal brasileiro, é um incansável objetivo a ser perseguido. Não se ignore que ainda resta muito a fazer.

A título elucidativo, Reportagem da Revista Exame revelou os baixos índices de esclarecimentos de crimes no Brasil. No mesmo momento, também relatou como a Polícia Paulista se destacou após investimento em tecnologia se comparada a outros Estados e concluiu que ‘o sucesso paulista só não é maior pela falta de estrutura’.

Sobre a temática, vale a pena conferir a reportagem intitulada “7 Passos para vencer o crime” publicada pela Revista Exame em 07/03/2018:

2º Passo – Inteligência, Inteligência, Inteligência. O problema: apenas 20% dos assassinatos são resolvidos no país. A solução: criar um instituto nacional para consolidar dados de evidências criminais, uma ouvidoria federal dos crimes e um banco de DNA. (...) As polícias brasileiras têm poucos dados à disposição sobre os cidadãos. A consequência: baixa capacidade de investigação e solução de crimes. Índices de homicídios resolvidos (em % do total): 96% Alemanha, 95% Japão, 81% Inglaterra, 80% Canadá, 64% Estados Unidos e 20% Brasil. O que precisa ser feito para resolver o problema? Investir em tecnologia, para coletar dados mais fidedignos sobre crimes e, de quebra, errar menos nas investigações, é um passo essencial. A preocupação de catalogar corretamente os crimes, por tipo, local e horário em que ocorrem, já ajudou polícias de várias partes do mundo a coletar vitórias contra a bandidagem. Talvez o exemplo mais conhecido seja o de Nova York, que desde os anos 90 mantém um banco de dados informatizado de crimes, o CompStat. No período, a cidade viu os homicídios caírem ao menor patamar da história – hoje, a taxa é de três casos por 100000 habitantes. O sistema, copiado pela polícia paulista em 2000, levou a uma situação inusitada: em duas décadas, a violência caiu em São Paulo; na maior parte do país, subiu. O índice de solução de crimes no estado, embora longe de visto em nações civilizadas, é o dobro da média nacional: 40%. O sucesso paulista só não é maior pela falta de estrutura federal para catalogar os crimes cometidos em outros estados (7 Passos..., 2018, p. 77/78).

Veja-se que o Conselho Nacional de Justiça tem se voltado em normativas para otimização das Varas de Violência Doméstica e Varas do Júri e com acerto. Duas justificativas singelas dão o tom da necessidade de um olhar mais atento para tais temáticas. Esclareço. A família é a base da sociedade e os crimes ocorridos no âmbito da violência doméstica abalam, com maior intensidade, as estruturas vigas da sociedade ordeira. E nem é preciso dizer, mas, às vezes, o óbvio precisa ser até registrado, a prática do crime de homicídio afronta o direito mais caro do ser humano: a vida e, por assim sê-lo, dizima a humanidade.

A título de comprovação, temos: 1) Recomendação CNJ n. 9/2007 e a Resolução CNJ n. 128/2011, 2) Recomendação nº 55 de 08 de outubro de 2019 do Conselho Nacional de Justiça que recomenda “aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a adoção de procedimentos voltados a otimizar o julgamento das ações relacionadas a crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri”.

Neste passo, é possível afirmar que investimento e valorização da Polícia Investigativa e do Poder Judiciário, a fim de propiciar estrutura tecnológica e quadro de serventuários em número compatível com a demanda posta, com capacitação, resultariam em um sistema de justiça criminal brasileiro eficaz e próximo a de países civilizados, como vimos. Isto porque, após a prática da conduta criminosa, apenas a prestação estatal célere e justa minimiza os impactos da conduta delitiva no seio social e resgata a paz pública.

Não há que se ter receio em decretar a prisão cautelar na modalidade preventiva, justamente porque já se disse que é um instrumento cautelar legítimo à disposição do Estado-Juiz, a fim de que se possam alcançar os objetivos processuais, bem como afiançar a Justiça. Neste sentido, cumpre conferir:

La prisión preventiva es un instrumento cautelar legítimo del cual disponen, a pedido de parte en un sistema acusatorio, quienes tienen el poder jurisdiccional a fin de poder alcanzar los objetivos procesales y afianzar la justicia (DÍAZ, 2007, p. 319).

4. A Prisão Preventiva à Luz do Caso Concreto

A prisão preventiva, como qualquer medida cautelar, visa garantir um resultado útil e prático: seja do processo principal (na antiga visão clássica e tradicional), seja do provimento final, seja da integridade física da vítima, seja da credibilidade estatal, etc. A visão correta a ser assentada é no sentido de que: *excluindo-se a prisão preventiva, como ficaria o provimento final?*

Neste aspecto, imagine-se o réu condenado por lesão corporal de natureza gravíssima contra sua ex-cônjuge, roubo, cárcere privado, estupro, resistência, ainda que primário e que tenha respondido ao processo em liberdade, que, por assim o ser, também interpõe recurso de apelação em liberdade. Uma vez advindo v. acórdão confirmatório da sentença penal condenatória, será que a prisão não seria a única medida apta a assegurar o

resultado útil e prático do processo, ou seja, o cumprimento da pena? Até porque, não se pode olvidar que, eventuais recursos especial e extraordinário não têm o condão de rediscutir matéria probatória, mas apenas, em síntese e, respectivamente, eventual afronta à legislação infraconstitucional ou à própria Lei Maior (Constituição Federal).

Não obstante, é certo que, na ADC 43 e na ADC 44, o Colendo Supremo Tribunal Federal proferiu r. decisão, neste sentido:

O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019” e, desta feita, impediu a ordem prisional emanada pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, quando advindo acórdão confirmatório da condenação já prolatada em primeira instância. Mesmo excepcionando-se os crimes graves é certo que, com todo acatamento e respeito, rechaçar a prisão em tal situação jurídico-processual, a depender do caso em concreto, pode se constituir em ineficácia da prestação da tutela jurisdicional e fomento da sensação de intranquilidade social e impunidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016).

Na verdade, a necessidade da prisão cautelar é afeta ao exame do caso em concreto. Trata-se do que se denomina de ajustabilidade da lei (em especial dos preceitos contidos no art. 312 do CPP) aos fatos. Com isto, se preserva a ordem pública e, automaticamente, se propicia segurança jurídica e se distribui o valor Justiça. Sobre a questão posta, temos:

2. A ajustabilidade aos fatos, que é o ideal da plena conformidade (das *Idela der vollen Angemessenheit*) ou plasticidade dos preceitos. 3. A aplicação necessária, que consiste no cumprimento da regra desde que se dêem os fatos que são previstos nela: é a segurança jurídica ou a ordem extrínseca, a que nos referimos noutra lugar, e a que chama François Géný a “necessidade de realização”. 4. A exatidão ou ordem intrínseca, que resulta do grau de perfeição interna do direito objetivo, a segurança dos resultados, isto é – a precisão científica no conseguir os fins sociais. 5. A economia do esforço, com todos os desiderata que lhe são implícitos:

facilidade, rapidez, clareza, prontidão no provimento, barateza etc. A simplicidade é a economia dos meios, a rapidez, a economia do tempo; a prontidão, a economia do ato útil etc. A generalidade ou uniformidade de aplicação não constitui desideratum autônomo; é elemento necessário à facilidade e a outros ideais de economia de esforço. E ainda mais simplifica a matéria social e muito atende à crescente igualdade dos homens (segurança intrínseca). 10. Técnica e ciência. A técnica não deve prevalecer contra a ciência. A segurança intrínseca merece maior respeito do que tudo mais. Se a regra tem todos os outros requisitos e lhe falta o de certeza nos resultados, nada vale. Pois, se é nenhuma a atuação dela, nenhuma significação pode ter como fator de harmonia e de felicidade humana. Na ordem prática, torna-se possível corrigir em grandes traços, isto é, no conjunto ou em parte dele, porque assim ficarão emendados os desacertos do particular. Portanto, a correção de qualquer princípio geral a que se subordinam certas medidas legislativas ou administrativas, no sentido de maior justiça ou segurança, implica a correspondente correção do sistema vigente e economiza o esforço das correções em cada uma das medidas. Mas, se conhecemos princípio tão geral que abranja todo o conjunto, no que ele tem de idêntico, a correção será diretamente feita, com extraordinária economia de esforço. A inserção de certas verdades sociológicas no corpo das constituições (quando são, realmente, verdades científicas) associa à segurança inerente ao valor hierárquico da carta constitucional inestimáveis regras de direito, que representam processos assaz gerais de justiça (MIRANDA, 2005, p. 214/215).

O ato judicial que decreta a prisão preventiva é uma decisão e sempre deve ser fundamentada de forma exaustiva, não apenas para dar cumprimento ao que dispõe o artigo 93, inciso IX da CF, mas sim porque julgar, em sua definição *lato sensu*, vai além de ‘classificar e selecionar’ e o Magistrado, quando profere qualquer decisão, o faz na sociedade em que vive e, por assim o ser, a integra. O juiz deve ter a capacidade de ‘atuar com mentalidade ampla’.

Logo, se a prisão preventiva é a única medida cabível para resguardar a vítima e a sociedade como um todo, que sobrevenha e que assim o seja em qualquer tempo e grau de jurisdição! Neste aspecto, não se pode falar em violação do princípio da presunção de inocência. Até porque não existe direito fundamental absoluto e nada se analisa de forma isolada ou absolutamente teórica.

Neste sentido, sobre elaboração da decisão, ‘mentalidade ampla’ e conhecimento da comunidade pelo juiz, insta conferir:

Por conseguinte, julgar implica mais que classificar e selecionar. Por sua natureza, pressupõe um elemento de avaliação, seja numa exposição de flores, numa luta de boxe ou uma competição de patinação, seja num tribunal. Embora os elementos a serem pesados estejam objetivamente definidos, o peso dado a cada um individualmente e o equilíbrio global a ser logrado quando todos forem reunidos podem variar de árbitro para árbitro, o que torna necessária a introdução de controles contra o excesso de subjetividade. Um elemento crucial de controle é criado ao se instar o juiz a ter o que Jennifer Nedelsky chama ‘mentalidade ampla’, que é uma visão ativa que possibilita ao magistrado ultrapassar as idiosincrasias individuais, de sorte a abranger o ponto de vista dos outros integrantes da comunidade a ser persuadida. Para tanto, faz-se necessário escolher juízes entre os que têm experiência e demonstram capacidade para atuar com essa mentalidade ampla. Um segundo fator disciplinador que já mencionei é que, num tribunal de vários membros, vários juízes diferentes efetuam as avaliações, de forma que as preferências ou preconceitos pessoais individuais tendem a se neutralizar. Finalmente, no caso de uma determinação judicial, existe o conhecimento de que as sentenças são comunicadas publicamente e sua fundamentação e coerência interna serão objeto de análise e crítica regulares por parte de membros da comunidade legal em geral, bem como do público. É importante reconhecer que a comunidade jurídica não consiste apenas em membros da profissão judicial. É uma comunidade ‘nocial’, formado por todos os que sentem estar envergando togas ao lidar com um problema. Quando elaboro um voto, semiconscientemente tenho em mente a abrangência total dessa comunidade. Penso em todas as pessoas que poderiam lê-la e ser por ela influenciadas. Busco a forma de argumentação que, segundo espero, convencê-las-á de que estou no caminho certo ou, no mínimo, que estou oferecendo uma maneira plausível e defensável de olhar a questão. Isso não significa dizer que minha posição está correta e os que discordam estão errados. Existe na decisão judicial uma modéstia inerente que me veda a convicção de ter necessariamente razão, ou, antes, de que existe apenas uma resposta certa para cada problema jurídico, e que por acaso sou a pessoa que a descobriu. Não tem nada a ver com ser pessoalmente humilde; se você não for capaz de audácia quando instado a defender uma posição na qual realmente acredita, não deveria estar na Corte. Minha modéstia é institucional, e não pessoal. Como ministro, não creio que nossa função seja efetivamente estarmos certos. De fato, como podemos todos ter razão quando diferimos tanto entre nós? Em minha opinião, nosso dever é, em cada caso concreto, dedicar nossos melhores esforços a estarmos certos. Damos o máximo, sabendo que nossas decisões constarão nas listas e interagirão com outras infinitas decisões, muitas ainda a serem escritas, no certame infinito de ideias jurídicas conflitantes e convergentes (SACHS, 2016 p. 137/138.).

É por isto que ‘dar o melhor em uma decisão’ e analisar corretamente o caso concreto, com suas nuances, à luz do diploma legal é primordial. A falta de percepção de uma circunstância ainda que tangencial do caso concreto pode gerar uma decisão deletéria. Por isto, a motivação se faz necessária com exame em aspecto amplo.

5. Prisão Preventiva no Âmbito do Devido Processo Legal – Lei 13.964/19

O princípio da igualdade começa a ganhar concretude com a isonomia de proteção perante a lei. É conhecida, ainda, a máxima ‘tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem’. A vítima é titular de direitos fundamentais, assim como o indiciado ou, a depender da face do procedimento, o réu. Sob este enfoque, se não foi a vítima quem deu causa à situação jurídico-processual, mas sim o autor do crime, o seu encarceramento, ainda que provisório, quando houver elementos motivadores no sentido de que garante a integridade e dignidade daquela, passa a ser medida cautelar impositiva.

A verdadeira Declaração de Direitos. Estamos comemorando a Declaração de Direitos, que para nós inclui as emendas feitas depois da Guerra Civil. Para começar, peço a você que, em sua imaginação, leia essa parte da Constituição. Certas partes da Declaração de direitos são bastante concretas, como a Terceira Emenda, que proíbe o aquartelamento de tropas em tempo de paz. Outras se situam num nível médio de abstração, como a Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão, imprensa e religião. Mas certos dispositivos fundamentais estão formulados numa terminologia maximamente abstrata de moralidade política. A Décima Quarta Emenda, por exemplo, impõe a “igualdade” de proteção das leis, e assevera também que nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade de uma pessoa devem ser tomadas sem que se siga do “devido” processo legal. Em certos contextos, pode parecer que essa linguagem trata somente do procedimento – não restringe o tipo de leis que o Estado pode aprovar e impor, mas só estipula como ele deve aprovar e impor as leis que quiser. Entretanto, a história do direito rejeitou esta interpretação estreita; e, quando entendemos que os dispositivos constitucionais não são somente procedimentais, mas também substantivos, ficamos pasmos com a sua amplitude. Isso porque, nesse caso, a

Declaração de Direitos não obriga o Estado a nada menos que tratar com a mesma consideração e o mesmo respeito todos os indivíduos sujeitos ao seu domínio, e não infringir as liberdades mais básicas dos cidadãos, que, segundo um grande jurista, são as liberdades essenciais para a própria idéia de “liberdade ordenada”. (...) Em segundo lugar, como a liberdade e a igualdade sobrepõem-se em grande medida, cada um dos grandes artigos abstratos da declaração de direitos é abrangente desse mesmo modo. Os direitos constitucionais particulares que decorrem da melhor interpretação do dispositivo de igualdade de proteção, por exemplo, provavelmente decorrem também da melhor interpretação da garantia do devido processo (DWORKIN, 2006, p. 115/117).

Portanto, o Estado não pode ‘aprovar e impor as leis que quiser’. O ‘devido’ processo legal vai além do respeito e observância aos procedimentos. É a devida proteção do Estado aos bens titularizados pelo indivíduo pelo simples fato de ser humano. Com a eficácia desta proteção não se pode transigir. É por este fundamento maior - ‘devido processo legal’ – que o Estado-juiz deve decretar a prisão cautelar quando vislumbrar, pelos elementos do caso concreto (prova indiciária), de que há risco à ordem pública ou à vítima, principalmente, quando se deparar com crime cometido no âmbito familiar e doméstico.

O juiz deve preservar a coerência do sistema jurídico. Se normas podem gerar antinomia, à luz do caso concreto esta desaparece ou, no mínimo, tende a se esvaziar. Explico. O suspeito tem assegurada a liberdade e é presumido inocente.

Da mesma forma, ou seja, para o dizer o mínimo, na mesma intensidade (ou até maior), a vítima que, sofreu a ação delitiva, merece eficaz proteção estatal em dupla medida: 1) quer para que não venha a suportar, novamente, a ação com probabilidade de recidiva, contudo, em crime mais grave por parte do suspeito do cometimento do crime anterior; 2) para que a prova seja preservada no processo penal (isto é, para que a vítima que foi anteriormente ameaçada possa comparecer, em juízo, livre de amarras, a fim de prestar declarações). Portanto, a aparente antinomia da necessidade de se preservar a presunção de inocência e/ou liberdade do suspeito/réu com a preservação da vítima é inexistente quando a prisão

cautelar preventiva se mostra como a única medida, em determinado momento da persecução penal, já que qualquer outra medida cautelar se revela insuficiente ou ineficaz para o fim a que se destina.

Sobre a coerência e o problema das antinomias, cumpre trazer à baila o seguinte enxerto:

La coherencia y el problema de las antinomias. La coherencia puede definirse como aquella cualidad del sistema em cuya virtude cada situati6n de hecho recibe un 6nico tratamiento normativo dentro del sistema en cuesti6n. (...) Al igual que la plenitude, la coherencia es un postulado del Derecho ilustrado que concibi6 la exist6ncia de un legislador racional omnisciente, capaz de prever y de ofrecer soluci6n jur6dica a todos los casos y capaz tambi6n de ofrecer una y s6lo una soluci6n. Pero asimismo, al igual que la plenitude, la coherencia se muestra como um ideal imposible de alcanzar, y no s6lo en el plano de la producci6n jur6dica: resulta perfectamente veros6mil que um mismo sistema albergue normas contradictorias para la regulaci6n de un mismo caso, como lo es tambi6n que se produzcan contradicciones entre las resoluciones judiciales. Otra cosa es que normativamente y en el plano de la aplicaci6n del Derecho las contradicciones hayan de solucionarse, como han de colmarse las lagunas; el juez viene obligado a fallar y viene obligado l6gicamente a fallar una sola cosa a prop6sito del conflicto a 6l sometido. La cuesti6n de las antinomias remite entonces a um segundo problema: si existen, y con qu6 alcance, normas de segundo grado que le orienten al juez a la hora de elegir una de las soluciones en principio posibles. (GRAU, 2019, A2)²

Pela coer6ncia, harmonia e concretude do sistema de justiça penal perpassam a atuaç6o correta do juiz criminal e seu papel à luz da Constituiç6o Federal.

² Traduç6o livre: A coer6ncia e o problema das antinomias. A coer6ncia pode ser definida como aquela qualidade do sistema, em cuja virtude cada situaç6o de direito recebe um 6nico tratamento normativo, dentro do sistema em quest6o. Igualmente à plenitude, a coer6ncia é um postulado do direito, que concebe a exist6ncia de um legislador racional consciente, capaz de prever e de oferecer soluç6o jur6dica a todos os casos e capaz tamb6m de oferecer uma e s6 uma soluç6o. Contudo, assim mesmo, da mesma forma que a plenitude, a coer6ncia se mostra como um ideal imposs6vel de ser alcançado, e n6o somente no plano da produç6o jur6dica: resulta perfeitamente veross6mil que um mesmo sistema albergue normas contradit6rias para regulaç6o de um mesmo caso, como ocorre tamb6m que se produzam contradic6es em resoluç6es judiciais. Outra coisa é que normativamente e no plano de aplicaç6o do direito as contradic6es tendem a se solucionarem, com tamb6m h6o de serem preenchidas as lacunas. O juiz se v6 obrigado a decidir e é obrigado logicamente a decidir uma s6 coisa a prop6sito do conflito que lhe é submetido. A quest6o das antinomias é remetida ent6o a um segundo problema: se realmente existem, e com qual alcance, assim como as normas de segundo grau que orientam o juiz na hora de eleger uma das soluç6es em princ6pio poss6veis.

Nesta toada, discorreu o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau:

Ao me referir aos juízes, desembargadores e ministros dos nossos tribunais seguidamente me repito, lembrando um texto de Sartre a propósito da conduta do garçom que executa uma série de gestos solícitos para atender o cliente. Os garçons cumprem seu papel no café ou restaurante onde trabalham sendo gentis até mesmo com clientes que detestem. Assim é o juiz. Cumpre o papel que a Constituição lhe atribui. Não é perpetuamente juiz. Mas enquanto juiz deve *representar* o papel de magistrado, nos termos da Constituição e da legalidade. Não o que é (e pensa) ao cumprir outros papéis, quais os de artesão ou jardineiro, por exemplo. Poderão então prevalecer os *seus valores*. Enquanto juízes, contudo, hão de se submeter à Constituição e às leis (GRAU, 2019, A2, Espaço Aberto).

O papel do juiz é se submeter à Constituição e à lei. Ora, é exatamente disto que se cuida. Quando o julgador decreta a prisão cautelar preventiva do investigado/indiciado/acusado, especialmente para assegurar a ordem pública e proteger a vítima nada mais faz do que fazer valer a Constituição e dar concretude aos ditames infraconstitucionais. Não há nada de abusivo nesta decisão e nem mesmo violação de direitos fundamentais do indiciado ou réu. Simplesmente é atuação inerente à judicatura.

Neste aspecto, é possível dizer, acerca da novel legislação conhecida por ‘Pacote Anticrime’, o espírito de se endurecer o sistema de justiça criminal em se tratando da persecução penal, no que diz respeito aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar. Isto porque a Lei 13.964/2019 ao incluir o artigo 28-A no Código de Processo Penal, em seu §2º³ vedou a aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica.

³ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848,

Desta feita, em se tratando de crime abrangido pela Lei Maria da Penha, preenchidos os requisitos para oferecimento da denúncia, a persecução penal deve ocorrer. É, portanto, vedada qualquer composição entre as partes.

Este endurecimento no que diz respeito ao combate à violência contra mulher é que enfraquece a tese segundo a qual a prisão preventiva seria descabida se considerado o *quantum* da pena prevista abstratamente para alguns delitos (ameaça, lesão corporal de natureza leve, v.g.) e a primariedade do réu. A necessidade de proteção da vítima e a garantia da ordem pública se sobrelevam, no âmbito da violência doméstica, a requisitos como primariedade do agressor.

Não se pode negar que a norma que permite a prisão preventiva para garantia da ordem pública⁴ pode ser classificada como ‘norma voltada para o bem público’. Desta feita, quando o Magistrado entende, em decisão fundamentada, que o decreto da prisão preventiva é necessário para garantia da ordem pública nada mais está fazendo do que exercendo ‘legalidade republicana’ que é ‘qualidade no exercício do poder’ e, por via de

de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (g.n.)

⁴ Artigo 312 do Código de Processo Penal – “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (g.n.)

consequência, está distribuindo justiça, eis que a ‘justiça aponta para as virtudes da legalidade e conta com normas voltadas para o bem público’.

Neste sentido, disserta Celso Lafer:

Este é o alcance do controle pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e, nesta esfera, a tutela dos Direitos Humanos positivados nos textos constitucionais essencialmente em defesa dos governados. A guarda da constituição expressa a supremacia do governo das leis e foi adquirindo eficácia com a generalização do judicial review. O governo das leis assegura a justiça? A Justiça é o tema dos temas da Filosofia do Direito, pois a aspiração da justiça permeia a vida do Direito. A noção de justiça, no entanto, comporta mais de uma dimensão, inerentes ao lema liberdade, igualdade, fraternidade. São tuteláveis numa república, desde que atendidos os méritos do devido princípio legal do governo das leis. No seu contexto, a justiça aponta para as virtudes da legalidade (a conformidade da conduta com a norma jurídica) e pressupõe que as normas estejam voltadas para o bem público, lastreador da convivência coletiva. É o que faz da legalidade republicana uma qualidade no exercício do poder (LAFER, Celso. Constituição e a supremacia do governo das leis. **Jornal O Estado de São Paulo**, 12 de novembro de 2019).

Acerca do entendimento das normas jurídicas como comandos prescreve Norberto Bobbio:

Citemos também nós, duas passagens de escola: a de Cícero que diz “*legem esse aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia... aut cogentis aut vetantis... ad iubendum et ad deterrendum idonea*”. (A lei é algo de eterno, que rege todas as nações, com sabedoria para ordenar e proibir... capaz de prescrever e dissuadir) (De Legibus, II c., par. 8); e a de Modestino que diz: “*legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*”(A essência da lei é esta: ordenar, vetar, permitir, punir). (D.l. 7, De Legibus 1,3) (BOBBIO, 2008, p. 105/106).

E qual outra proibição e/ou vedação maior poderia existir em qualquer ordenamento do mundo do que a tipificação do crime de homicídio⁵? É por

⁵ Homicídio simples. Artigo 121 do Código Penal Brasileiro: Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a

isto que, salvo melhor juízo, impedir a decretação da prisão preventiva em desfavor do réu que, embora tenha respondido ao processo-crime em liberdade, acaba de ser condenado pelo Conselho de Sentença e recebe do Juiz Presidente pena elevada em virtude das inúmeras qualificadoras reconhecidas em alusão ao princípio da presunção de inocência (ou seja, porque a sentença é passível de recurso de apelação) seria o mesmo que ignorar a Constituição, a legalidade, a legislação infracional e ‘a Justiça’.

Explico. O artigo 5º inciso XXXVIII da Constituição Federal (diga-se: cláusula pétrea) traz que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”. Portanto, a soberania dos veredictos tem o mesmo *status* constitucional que a presunção de inocência. Associado a esta conjuntura, cumpre recordar o disposto no artigo 593⁶, do Código de Processo Penal. Tal dispositivo revela, em síntese, que os jurados são soberanos para apreciar o mérito (autoria e materialidade), tanto que,

trinta anos. Femicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

⁶ Artigo 593 do Código de Processo Penal: “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. § 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação. § 2º Interposta a apelação com fundamento no III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. § 3º Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. § 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

uma vez interposto recurso de apelação vinculada a uma da alínea do artigo 593, inciso III do CPP, no caso de pretensão de reforma de condenação para absolvição, em caso de provimento do recurso de apelação, o Tribunal apenas poderá remeter o réu a novo júri.

Ora, imagine-se a vítima do crime de tentativa de homicídio e os demais integrantes da sociedade ordeira que acompanham o julgamento em plenário visualizarem o réu, que acaba de ser condenado pelo conselho de sentença pela prática do crime de homicídio qualificado, sair pela porta da frente do fórum, sob o argumento de que a prisão preventiva não pode ser decretada se ele respondeu ao processo em liberdade, eis que tem direito ao recurso e com fundamento no princípio da presunção de inocência? No mínimo, isto seria a sedimentação de antinomia, injustiça e sensação de impunidade e descrédito da sociedade no sistema de justiça criminal como um todo. Não podemos nos esquecer do que há muito já se falou em esgarçamento do princípio da presunção de inocência; de que o Direito não se interpreta em tiras; e de que o Direito existe para própria subsistência da sociedade.

Neste sentido, andou bem a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 – Pacote Anticrime, com a nova redação do artigo 492 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 492. “Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: a) fixará a pena-base; b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código; e) *mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;* (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; II – no caso de absolvição: a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso; b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas; c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível. § 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como

infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. § 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo. § 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. § 4º *A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) I - não tem propósito meramente protelatório; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão. § 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia (BRASIL, 1941).

Como se percebe, a regra é a de que, no Tribunal do Júri, ao réu que foi cominada pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, passará a cumprir a sanção, imediatamente. Desta feita, mesmo o réu que respondeu ao processo-crime em liberdade, uma vez condenado pelo Conselho de Sentença e fixada a pena pelo Juiz Presidente igual ou acima de 15 anos de reclusão terá sua prisão decretada em plenário. Tal medida além de trazer eficácia à sentença penal condenatória (cujo mérito: autoria e materialidade do crime foram reconhecidas pela sociedade) resulta em credibilidade no sistema de justiça criminal.

Veja-se que o critério é objetivo: pena igual ou superior a 15 anos de reclusão. A regra, nesta hipótese, passa a ser a prisão cautelar. Ora, a justificativa está em harmonia com os dois principais requisitos do art. 312⁷

⁷ Art. 312 do CPP - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº

do CPP (garantia da ordem pública – eis que o indivíduo que acabou de ser condenado por homicídio por seus pares (conselho de sentença) passa a ser reconhecido, publicamente, pela sociedade, como aquele que causou desassossego à ordem pública, pois violou o bem mais caro do indivíduo: a vida; e ainda a necessidade de se assegurar a aplicação de lei penal. Ora, de baixa probabilidade é a hipótese daquele que foi condenado por crime de homicídio (pena elevada), que permaneça no distrito da culpa, ‘de braços abertos’, aguardando apenas o trânsito em julgado, para que o policial o algeme e o leve ao sistema penitenciário a fim de cumprir 15 anos ou mais de reclusão.

Evidente que o risco de fuga é iminente, latente, provável ou, se é possível dizer, quase certo, dado o *quantum* da pena cominada. Portanto, a execução provisória é medida imediata: a regra. Tanto que, na sequência, o § 4º do art. 492 do CPP revela que a apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. A regra é a execução provisória (prisão imediata do condenado pelo Júri de acordo com a pena indicada: 15 anos ou mais de reclusão) e, portanto, eventual apelação apenas terá o efeito devolutivo, cabendo, ao Tribunal (Desembargador Relator do recurso de apelação), excepcionalmente, atribuir efeito suspensivo.

Ora, se o homicídio, no dizer de Nelson Hungria, é ‘o crime por excelência’, ‘é atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral’ e se ‘o problema da criminalidade é, antes de tudo, e acima de tudo, o problema de prevenção e repressão do homicídio’, uma vez condenado o réu, pelo Conselho de Sentença, ainda que tenha respondido ao processo em liberdade, de rigor seria a decretação, naquele momento processual, mesmo

13.964, de 2019) § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (g.n.)

que pendente a possibilidade de interposição de recurso de apelação (dita ‘apelação vinculada’), da prisão preventiva. Caso contrário, ou seja, sua saída livremente do plenário do júri seria como que o fomento ao atentado à ordem e segurança geral.

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o *crime* por excelência. É o padrão da delinquência *violenta* ou *sanguinária*, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do seno moral médio da humanidade civilizada. Como diz Impallomeni, todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa, ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida. O homicídio tem a primazia dentre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social. O *crimen homicidii* constitui um tema preponderante da ciência jurídico-penal. Pode dizer-se que a *parte geral* do direito penal sistematizado não foi mais do que a generalização dos critérios e princípios fixados pelo direito romano e pelo direito intermédio acerca do homicídio. Por outro lado, o mais vasto capítulo da *criminologia* é consagrado ao estudo dos *criminosos violentos*, de que o *homicida* é o expoente máximo. O problema da criminalidade é, antes de tudo, e acima de tudo, o problema da prevenção e repressão ao homicídio (HUNGRIA, 1958, p. 25/27).

Desta feita, a visualização pelo juiz, no caso concreto, de forma motivada, de ser a prisão preventiva necessária e eficaz contribui para a continuidade da paz pública e da própria sociedade.

Aliás, no que tange à motivação, o Pacote Anticrime dispensou essencial atenção. Isto porque, o artigo 315 do CPP agora, textualmente, impede a referência apenas ao texto da lei e obriga, com maior intensidade, o juiz a indicar, na decisão, cada detalhe do caso *sub judice* que o levou a concluir pela imperiosidade da decretação da prisão preventiva. Além disto, por ser a prisão preventiva espécie do gênero prisão cautelar, evidentemente, os fundamentos fático-jurídicos devem ser novos (atuais, recentes, contemporâneos).

Neste aspecto, ousamos dizer que um pedido de prisão preventiva que foi formulado, v.g., há 30 dias e ainda não foi apreciado pelo juiz seja por

qualquer razão (expediente não enviado à fila conclusão, erro sistêmico na distribuição, excesso de carga laboral, etc.), para que seja deferido, deve contar com prudente constatação ainda da necessidade-adequação da cautelar em foco e persistência de fatos suscitados na peça no bojo da qual o pedido prisional foi requerido. Além disto, equivale à ausência de motivação a representação pela prisão preventiva subsidiada em fato ocorrido há mais de ano, sem, portanto, conter a existência de fatos novos ou contemporâneos a contemplá-la. Neste sentido, vale trazer à baila a atual redação do artigo 315 do CPP:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 1941).

Em mais uma oportunidade, ou seja, no artigo 316 do CPP, o legislador vem a falar da motivação e, prossegue, para determinar a revisão da decisão judicial que decretou, outrora, a prisão preventiva, a cada 90 dias. Vejamos:

Art. 316 do CPP - O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício,

sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

Em alusão ao citado dispositivo legal, foi editado, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o Comunicado CG nº 78/2020 (Processo nº 2020/7201), do seguinte teor:

A Corregedoria Geral da Justiça RECOMENDA aos Senhores Diretores dos Ofícios Judiciais com competência CRIMINAL o rigoroso cumprimento do disposto no artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (decretada a prisão preventiva, deverá o emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal). Para tanto, no 85º dia da decretação da prisão, caberão aos Diretores dos respectivos Ofícios Judiciais, incontinenti, encaminhar os autos à conclusão do Meritíssimo Juiz de Direito”. (SÃO PAULO, 2020).

Desta feita, nada impede que o Magistrado reanalise a prisão preventiva em prazo inferior a 90 dias, aliás deve fazê-lo sempre; revistando os processos de réus presos. Contudo, para evitar que a prisão se torne ilegal por falta de decisão motivada no prazo fixado em lei é que a decisão deve sobrevir antes de findo o lapso temporal fixado pela novel legislação.

Cumprir registrar que equivale à falta de motivação, de acordo com uma interpretação sistemática (artigos 312, 315 e 316, todos do CPP) a decisão que apenas faz referência a ‘manutenção da decisão anterior por seus próprios fundamentos’. A motivação exige que o julgador faça alusão aos fatos e ao andamento processual que se dera ao feito após a última decisão por meio da qual se analisou o binômio liberdade *versus* prisão.

6. Conclusão

O juiz de primeiro grau, a quem cabe a análise das prisões provisórias, quando mais próximo das partes e da comunidade em que está inserido, avalia, com propriedade, as condições favoráveis à aplicação das

medidas cautelares. O escopo de “acautelar” diz respeito à neutralização de determinados riscos prejudiciais ao procedimento penal.

Neste contexto, o descumprimento da medida protetiva dará ensejo à instauração de inquérito policial para apuração da infração definida no artigo 24-A, da Lei Maria da Penha e, conseqüentemente, possibilitará a decretação da prisão preventiva.

A decretação da prisão preventiva, dadas as peculiaridades do caso em concreto, pode se traduzir na única medida aplicável a fim de salvaguardar a integridade física e psíquica da vítima, bem como resgatar a credibilidade da Justiça.

Nos crimes de âmbito doméstico, a prisão cautelar do autor dos fatos pode ser a única medida a dissuadi-lo de progredir na escala criminosa, ou seja, única medida capaz de ‘evitar que as coisas fiquem piores’. A prisão cautelar é a *ultima ratio*, contudo, inegável é a elevação o papel da vítima no processo penal. Negar à vítima proteção quando a prisão do agressor é a única medida hábil a tanto seria o mesmo que puni-la, novamente.

A celeridade na decretação da prisão preventiva pelo Estado-Juiz pode contribuir para a prestação jurisdicional eficaz, bem como investimentos e valorização da Polícia Investigativa e do Poder Judiciário, por meio de estrutura tecnológica e quadro de serventuários em número compatível com a demanda posta, resultarão em um sistema de justiça criminal brasileiro próximo a de países civilizados. Até porque a prestação estatal célere e justa minimiza os impactos da conduta delitiva e resgata a paz pública.

Rechaçar a prisão em determinadas situações jurídico-processuais pode se constituir em fomento da sensação de intranquilidade social e impunidade. Por isto é que o juiz sempre deve realizar a ajustabilidade da lei aos fatos. O papel do juiz é se submeter à Constituição e à lei. Quando o julgador decreta a prisão cautelar preventiva, especialmente para assegurar a ordem pública e proteger a vítima, nada mais faz do que fazer valer a

Constituição. Logo, não há nada de abusivo nesta decisão, pois, simplesmente, se trata de atuação inerente à judicatura.

A decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva deve conter motivação exaustiva e, portanto, abordar todas as nuances do caso em concreto com alusão aos requisitos legais, em especial em atenção ao que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal. O artigo 492 do Código de Processo Penal ao determinar a execução provisória da sentença penal condenatória no procedimento do Tribunal do Júri no bojo da qual houve cominação de pena igual ou superior a 15 anos de reclusão é constitucional, em especial porque dá concretude ao disposto no artigo 5º inciso XXXVIII alínea “c” da Constituição Federal (a soberania dos veredictos), diga-se de passagem: cláusula pétrea.

Não nos esqueçamos de que o Direito não se interpreta em tiras e de que ele existe para própria subsistência da sociedade, em busca da concretização do ideal ‘Justiça’.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas em Fragmentos: Sobre a Ética Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.
- DÍAZ, Carlos A. Chiara. **Las Medidas de Coerción Y La Inconstitucionalidad de La Prisión Preventiva**. 1ª edição. Santa Fé- Argentina: Editora Nova Tesis, Editorial Juridica, Rosario, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. O STF, A prisão e a Constituição. **Editorial Jornal O Estado de São Paulo**, 22 de nov 2019, A2, Espaço Aberto.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume V, Arts. 121 a 136**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958.
- LAFER, Celso. Constituição e a supremacia do governo das leis. **O Estado de São Paulo**, 12 de nov 2019, Especial A 13.
- LOURENÇO, Helícia Vitti. **Código Penal Comentado: Crimes contra a pessoa**. Artigos 121 a 154. Curitiba: Editora Juruá, 2019.
- LYRA, Roberto. **Polícia e justiça para o amor**, Rio de Janeiro: A Noite, 1937, p. 43 in *Grandes Crimes*, Organizador: Pierre Moreau, Editora Três Estrelas, São Paulo, 2017.
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. 2ª edição. Editora Bookseller, 2005.

PADUAN, Roberta. 7 Passos para vencer o crime. **Revista Exame**, nº4, ano 52, 07 de mar 2018.

SACHS, Albie. **Vida e Direito uma estranha alquimia, tradução de Saul Tourinho Leal**: Série IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público, Linha Direito Comparado. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, Cuarta edición, 2009.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton Júnior. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade**: O direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

Artigo recebido em: 29/04/2020

Aceito para publicação em: 12/07/2022

Grandes casos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o exercício da liberdade religiosa

Major US Supreme Court Cases on the Exercise of Religious Freedom

Raphael Rêgo Borges Ribeiro¹

Resumo: Foram estudados 02 casos da *US Supreme Court* sobre o exercício da liberdade religiosa. Consultaram-se fontes primárias, com a transcrição dos principais pontos de cada decisão. O objetivo foi descrever a postura da Corte em relação à legislação que cria ônus para o exercício de determinada religião. Percebeu-se que em *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, leis municipais proibindo o sacrifício de animais foram invalidadas por unanimidade, especialmente em razão de serem direcionadas a atingir uma religião específica, a Santería. Por outro lado, viu-se que em *Burwell v. Hobby Lobby* a maioria conservadora da Suprema Corte assegurou a corporações com fins lucrativos o direito de, alegando motivos religiosos, não arcar com os custos de, por meio dos planos de saúde, fornecer determinados contraceptivos às suas funcionárias.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade religiosa. *Free exercise clause*.

Abstract: Two US Supreme Court cases concerning the exercise of religious freedom were studied. For that matter, primary sources were consulted in order to transcribe their main arguments. The goal was to describe the Court's approach to laws that burden the exercise of a particular religion. I noticed that in *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, city ordinances prohibiting animal sacrifice were unanimously considered void, especially because they were directed towards burdening a specific faith – the Santería. On the other hand, I observed that in *Burwell v. Hobby Lobby* the conservative majority of the Supreme Court guaranteed for-profit corporations the right of, based on religious reasons, not paying for health insurance coverage of certain contraceptives for their female employees.

Keywords: Fundamental rights. Religious freedom. Free exercise clause.

1. Introdução

Neste artigo, serão observados 02 casos paradigmáticos julgados pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) em matéria de exercício da

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor efetivo de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia. Research Assistant (2018-2019) e atualmente pesquisador no Health Law Centre da University of Ottawa - Canadá.

liberdade religiosa. A proteção ao livre exercício da religião é uma cláusula da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, e o seu conteúdo foi particularmente desenvolvido nos casos *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* e *Burwell v. Hobby Lobby*. Em muitas jurisdições, a evolução da proteção aos direitos fundamentais de determinadas minorias acaba competindo ao Judiciário, no exercício da sua função contramajoritária e de controle de constitucionalidade; isso é verdade para o Brasil e também para os Estados Unidos.

Esta pesquisa se justifica em razão da sua contribuição para a divulgação junto à comunidade jurídica brasileira da jurisprudência constitucional norte-americana. A doutrina nacional costuma se referir a alguns poucos casos famosos decididos pela SCOTUS, como *Brown v. Board of Education* (sobre o racismo) e *Roe v. Wade* (sobre o direito ao aborto); todavia, ainda são muito incipientes as buscas por estudar julgados mais recentes, notadamente em outras matérias de direitos fundamentais.

Ter contato com casos paradigmáticos de uma das cortes constitucionais mais relevantes do mundo permite, entre outras coisas, buscar inspiração para futuros desenvolvimentos do direito pátrio, bem como analisar comparativamente com a própria história do direito no Brasil. Isso é particularmente verdade sobre a temática ora trabalhada, considerando o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal na proteção ao exercício da liberdade religiosa – por exemplo, com a declaração de constitucionalidade de legislação permitindo o sacrifício de animais em ritos religiosos (Recurso Extraordinário 494601). Este artigo pretende suprir esse *gap*, além de incentivar iniciativas semelhantes em outros temas.

O objetivo geral dessa investigação é observar os fatos e os fundamentos jurídicos suscitados pela SCOTUS nos julgados que versavam sobre exercício da liberdade religiosa. Do mesmo modo, serão verificadas na prática as etapas da análise de constitucionalidade de medidas governamentais que supostamente restringem o exercício da religião. Este

artigo tem uma natureza eminentemente descritiva; apesar de uma necessária investigação crítica se fazer claramente cabível, isso aqui não é feito por razões de restrição de espaço. Isso é particularmente verdade no caso *Hobby Lobby*; entretanto, o relato do voto dissidente, com as críticas à conclusão da maioria da Corte, é suficiente para atender aos propósitos deste artigo. Acredita-se que a abordagem descritiva é consistente com os objetivos de pesquisa supramencionados.

Como método, será utilizada principalmente a consulta às fontes primárias, quais sejam, os julgados da SCOTUS, com a subsequente exposição dos argumentos utilizados nos votos vencedores e, no caso *Hobby Lobby*, na opinião divergente. Serão igualmente expostos os fatos pertinentes a cada caso, contextualizando-os.

2. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. V. City of Hialeah* (1993)

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos² protege expressamente o livre exercício da religião, na denominada *free exercise clause*. Historicamente tem havido controvérsias sobre o escopo da referida cláusula, especificamente sobre quais condutas recairia a sua proteção. Uma considerável parcela das disputas envolvendo tal dispositivo diz respeito às leis que, proibindo determinados comportamentos, impõem um ônus a determinadas religiões. A título ilustrativo, podem ser mencionadas a proibição da poligamia, que afeta os mórmons, bem como o comparecimento compulsório à escola, que impacta os *amish*. Nesses casos, a questão é verificar se deve prevalecer o livre exercício da religião ou os interesses estatais promovidos por tais legislações (LIVELY; BROYLES, 2016, p.429). Em 1990, no caso *Employment Division v. Smith*, a SCOTUS decidiu que o ônus causado por leis neutras e gerais, não direcionadas a uma religião

² Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

especificamente, não ofende a *free exercise clause*. Por outro lado, quando a norma não é neutra ou de aplicabilidade geral, ela deve passar por um escrutínio altamente rigoroso: o ônus que ela causa ao exercício de uma religião deve ser justificado por um interesse governamental relevante e deve ser moldado especificamente para atender àquele interesse.

A Church of the Lukumi Babaly Aye, Inc. é uma igreja formada por adeptos da Santería, uma religião de origem afro-cubana cujo culto envolve sacrifícios de animais para os orixás. Em 1987, a igreja alugou um imóvel na cidade de Hialeah, na Flórida, anunciando a intenção de utilizar o local para a prática da sua fé. Em razão da reação negativa dos seus habitantes, o município rapidamente aprovou por unanimidade diversas leis proibindo o sacrifício de animais em contexto de rituais. A igreja recorreu então ao Judiciário. A *US District Court for the Southern District of Florida* julgou em favor da cidade, decisão esta que foi mantida pela *US Court of Appeals for the Eleventh Circuit*. O caso, então, chegou à *Supreme Court of the United States*.

Quando *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah* foi julgado pela SCOTUS em 1993, a Corte era composta pelo *Chief Justice* William Rehnquist e pelos *Justices* Clarence Thomas, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, Sandra Day O'Connor, Byron White, David Souter, Harry Blackmun e John Paul Stevens. Os 04 primeiros tinham uma tendência mais conservadora, enquanto os 04 últimos costumavam adotar posicionamentos mais liberais. A *Justice* O'Connor, apesar de ter tido uma carreira política pelo Partido Republicano, era conhecida por ser um *swing vote*, no sentido de que, a depender do caso, manifestava opiniões mais conservadoras ou liberais. Por unanimidade, a SCOTUS reverteu as decisões anteriores, reconhecendo que a legislação de Hialeah era inconstitucional por violar a *free exercise clause*.

A Corte em primeiro lugar reconheceu que as regras impostas não eram neutras nem geralmente aplicáveis, mas afetavam exclusivamente

aquela igreja de Santería. Em segundo lugar, a legislação municipal era mais rigorosa com a prática religiosa do que o necessário para o atendimento às suas supostas finalidades. Desse modo, compreendeu-se que a lei de Hialeah mirava a prática religiosa daquela igreja, razão pela qual era incompatível com a Primeira Emenda. Os *Justices* Scalia, Souter e Blackmun também apresentaram suas próprias opiniões concorrentes com o entendimento geral da Corte (CHURCH, 1993, p.520-524).

O *Justice* Anthony Kennedy foi designado para redigir a opinião da Corte, dividindo-a em 04 partes. Na parte I, em primeiro lugar descreveu a origem da Santería e elementos que compõem os ensinamentos e a prática daquela fé, dando destaque tanto para as raízes históricas quanto para a importância do sacrifício de animais para o exercício de tal devoção (CHURCH, 1993, p.525). Em segundo lugar, relatou os procedimentos adotados pela *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc.* para se estabelecer em Hialeah, inclusive aqueles relacionados à obtenção das licenças e permissões necessárias para seu funcionamento – que, apesar de pouco fáceis, acabaram sendo obtidas.

Em terceiro lugar, resumiu as medidas tomadas pela cidade de Hialeah em resposta à perspectiva da igreja da Santería lá se estabelecer: foram feitas sessões de emergência do conselho municipal; foi editada resolução expressando a preocupação com certas religiões que poderiam praticar atos contrários à moral pública, à paz e a segurança do município; foram incorporadas quase todas as leis do Estado da Flórida sobre crueldade contra os animais (CHURCH, 1993, p.526); o *attorney general* da Flórida foi consultado sobre a possibilidade de se tornar ilegal na cidade o sacrifício de animais em rituais religiosos; após resposta positiva do *attorney general*, ficou determinado que qualquer pessoa ou organização em Hialeah que praticasse sacrifício de animais seria processado; foi definido que “sacrifício” significaria a matança, tortura ou mutilação de animais sem que o consumo fosse o propósito principal (CHURCH, 1993, p.527); também foi tornado

ilegal o abate de animais, exceto em estabelecimentos licenciados especificamente para tanto – com permissões excepcionais para o abate de pequenas quantidades de gado ou porcos, em conformidade com a legislação estadual. Quem violasse as regras de Hialeah poderia ser punido com multa de até 500 dólares e/ou prisão por até 60 dias (CHURCH, 1993, p.528).

Finalizando a Parte I da opinião da Corte, o *Justice Kennedy* descreveu a trajetória do caso nos tribunais até a chegada na Suprema Corte: o juiz da *District Court* reconheceu que as leis não eram neutras quanto à religião e que a preocupação do município com o sacrifício de animais tinha sido provocada pelo estabelecimento da igreja; apesar disso, o magistrado compreendeu que o propósito não era excluir a Santería da cidade, e sim acabar com o sacrifício de animais – portanto, o impacto da legislação na prática religiosa era meramente incidental em relação ao seu objetivo precípua, de natureza secular (CHURCH, 1993, p.529); ademais, fazendo a ponderação entre os interesses da igreja e do poder público, a *District Court* concluiu que as proibições estabelecidas pela legislação de Hialeah estavam plenamente justificadas. A *Court of Appeals* confirmou, em uma opinião de apenas um parágrafo, a decisão do magistrado da *District Court*, afirmando a constitucionalidade daquelas leis (CHURCH, 1993, p.530).

Na parte II da opinião da Corte, o *Justice Kennedy* iniciou com 03 argumentos principais. Primeiramente, citando *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div.*, aduziu que, ainda que o sacrifício de animais pareça abominável para algumas pessoas, a proteção da Primeira Emenda a uma prática religiosa independe que esta seja aceitável, lógica ou compreensível para quem não é adepto dela.

Em segundo lugar, embasando-se em *Frazee v. Illinois Dept. of Employment Security*, inferiu que, em razão da associação histórica entre religião (inclusive o judaísmo e o islamismo) e sacrifício de animais, esta conduta não pode ser considerada bizarra. Em terceiro lugar, com

fundamento em *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, ressaltou que uma lei poderá ser constitucional mesmo tendo como efeito incidental onerar uma prática religiosa, desde que seja neutra e de aplicabilidade geral. Se tal legislação não atender a esses requisitos, para ser compatível com a *free exercise clause* ela tanto deve ser justificada por um relevante interesse estatal quanto deve ser estritamente moldada para atender a tal interesse (CHURCH, 1993, p.531). Nesse sentido, concluiu que as leis de Hialeah então questionadas não satisfaziam aos requisitos estabelecidos em *Smith* (CHURCH, 1993, p.532).

Demonstrando que o desatendimento aos requisitos de *Smith* no caso, o *Justice Kennedy* iniciou discorrendo sobre a questão da neutralidade. Resumidamente, afirmou que as leis de Hialeah tinham como objetivo a supressão da religião. O padrão das condutas adotadas pelo poder municipal demonstrava animosidade contra os adeptos da Santería e contra as suas práticas religiosas. Do mesmo modo, os próprios termos usados pela legislação denotavam que o seu alvo era o exercício daquela devoção. Percebia-se que os textos foram cuidadosamente redigidos para proscrever o abate de animais em um contexto religioso, mas não em praticamente qualquer outro contexto. Além disso, as normas proibiam muito mais condutas religiosas do que o necessário para atingir os fins que supostamente buscavam alcançar. Por todos esses motivos, as leis questionadas não eram neutras, e a *District Court* e a *Court of Appeals* tinham se equivocado a não chegar a essa conclusão (CHURCH, 1993, p.542).

Na sequência, o *Justice Kennedy* discorreu sobre a questão do desatendimento ao requisito da aplicabilidade geral. Nesse sentido, a *free exercise clause* proíbe que o Estado, ainda que buscando interesses legítimos, imponha restrições especificamente, de maneira seletiva, apenas sobre condutas pautadas em crenças religiosas (CHURCH, 1993, p.543). No caso, o município alegou ter buscado proteger dois interesses com suas leis: a

proteção à saúde pública e a prevenção à crueldade contra animais. Entretanto, o escopo de aplicabilidade da legislação era insuficiente para ambas as finalidades: ela deixava de proibir condutas não-religiosas que contrariassem tais fins de modo semelhante ou ainda mais grave do que a Santería alegadamente fazia.

Nesse sentido, muitas outras modalidades de abate animal, em contexto secular, não eram proibidas ou até mesmo expressamente permitidas – como o extermínio de ratos, a pesca ou a caça a animais selvagens –, assim como se autorizava causar dor ou sofrimento a animais no interesse da ciência e da Medicina (CHURCH, 1993, p.543-544). A cidade argumentou que tais atividades eram evidentemente importantes, todavia deixou de explicar por que somente a religião deveria, sozinha, suportar o ônus daquelas proibições. Por outro lado, as leis também frustravam o objetivo geral de proteger a saúde pública, na medida em que as condutas que se queriam evitar – o descarte de carcaças de animais e o consumo de carne não inspecionada – não eram combatidas em contextos não religiosos (CHURCH, 1993, p.544).

A cidade não proibia que caçadores trouxessem os animais abatidos para as suas casas nem regulava como tais carcaças deveriam ser descartadas; também não havia a preocupação com os resíduos provenientes de restaurantes; o produto de caça e de pesca poderia ser consumido, ainda que não inspecionado, bem como o da criação de gado para uso não comercial (CHURCH, 1993, p.544-545). Por esses motivos, a SCOTUS concluiu que a legislação municipal foi editada visando a ser aplicada especificamente às condutas motivadas pela religião, violando a regra da aplicabilidade geral.

Na parte III da opinião da *Supreme Court*, o *Justice Anthony Kennedy* ressaltou que, para ser considerada constitucional, a lei que não cumpre os requisitos estabelecidos em *Smith* – neutralidade e aplicabilidade geral – deve passar por um escrutínio bastante rigoroso, momento em que se analisará tanto se ela é fundamentada em um interesse governamental

significativamente relevante quanto se é cuidadosamente modelada para atender o referido interesse (CHURCH, 1993, p.546). Depreendeu-se que a legislação de Hialeah não resistia à mencionada análise por duas razões.

Em primeiro lugar, as normas não tinham sido estritamente desenhadas para atender aos alegados fins a que se destinavam, (a) tanto por deixarem de proibir condutas não religiosas supostamente tão graves para tais finalidades quanto a *Santería*; (b) quanto por não preverem meios de atingir seus objetivos que fossem menos gravosos para a igreja do que a pura e simples proibição da conduta religiosa (CHURCH, 1993, p.546). Em segundo lugar, a cidade também não havia suficientemente demonstrado que os interesses protegidos por suas leis eram relevantes o suficiente para restringir condutas tuteladas pela Primeira Emenda, em especial quando condutas análogas, em contexto não religioso, não sofriam as mesmas restrições (CHURCH, 1993, p.547).

Concluindo a opinião da Corte, na parte IV o *Justice Kennedy* ressaltou que a *free exercise clause* impõe a tolerância religiosa ao Estado, o que significa que, diante da mínima suspeita de que uma intervenção estatal decorre de animosidade contra uma religião ou suas práticas, as autoridades públicas devem se lembrar dos seus deveres para com a Constituição e para com os direitos protegidos pelo texto constitucional. Afirmou que os legisladores não podem criar mecanismos que sejam, abertamente ou disfarçadamente, pensados para perseguir ou oprimir uma religião e suas práticas. Assim, como no caso de Hialeah as leis violavam tais princípios, elas eram inconstitucionais (CHURCH, 1993, p.547).

O *Justice Scalia* apresentou uma opinião própria, à qual aderiu o *Chief Justice Rehnquist*, concordando em parte com os fundamentos redigidos pelo *Justice Kennedy*, e concordando integralmente com o julgamento da Corte. Ele ressaltou que, em sua opinião, o critério “neutralidade” dizia respeito às leis que por seus próprios termos discriminavam com base em religião – e.g., normas que excluíssem membros

de certo culto de algum benefício governamental –, enquanto o critério “aplicabilidade geral” se referia àquelas regras que, apesar de neutras em seus termos, acabavam tendo efeitos discriminatórios em relação a uma religião específica. Com base nessa distinção, apresentou discordância quanto ao fundamento da opinião da Corte a respeito da neutralidade, já que as leis de Hialeah embora tenha aderido ao julgamento final (CHURCH, 1993, p.557).

O *Justice* Scalia também ressaltou que não poderia afirmar que os legisladores de Hialeah efetivamente pretendiam perseguir uma religião em particular – segundo ele, essa análise do elemento subjetivo era impossível –, porém a violação da Primeira Emenda decorria dos inquestionáveis efeitos práticos da legislação (CHURCH, 1993, p.558). Para ele, se os legisladores tivessem efetivamente buscado oprimir um culto, porém falhado em editar normas adequadas para tanto, não haveria violação à *free exercise clause*; por outro lado, se os conselheiros municipais estavam com toda a boa-fé, sem interesses de perseguição, mas tivessem aprovado regras que involuntariamente prejudicassem uma religião, teria de todo modo havido violação à Primeira Emenda (CHURCH, 1993, p.559).

O *Justice* Souter também apresentou sua própria opinião, concordando parcialmente com o fundamento e integralmente com a decisão redigida pelo *Justice* Kennedy. Sua discordância se direcionava especificamente à parte II da opinião da Corte, na medida em que ele tanto entendia que o caso não deveria ser analisado à luz dos requisitos de *Smith* quanto que o mencionado precedente deveria ser reexaminado pela SCOTUS (CHURCH, 1993, p.559). Em sua opinião, a *free exercise clause* exige que quaisquer leis que dificultem o exercício de uma religião, ainda aquelas que sejam neutras e de aplicabilidade geral, sejam fundamentadas em um interesse relevante e cuidadosamente moldadas para atender aquele interesse – em sentido contrário do precedente, que apenas exigia estes últimos requisitos quando os dois primeiros não fossem atendidos

(CHURCH, 1993, p.560). Segundo o *Justice* Souter, normas neutras e aplicáveis à generalidade eventualmente terão o potencial de colocar o fiel diante de uma escolha entre a legalidade e a sua crença, o que de todo modo viola a Primeira Emenda (CHURCH, 1993, p.577); por essa razão, o caso de Hialeah poderia ser decidido sem recorrer aos critérios da neutralidade e da aplicabilidade geral.

Por fim, o *Justice* Blackmun apresentou opinião própria, à qual aderiu a *Justice* O'Connor, concordando com a decisão da Corte, porém com seus próprios fundamentos. Ele escreveu separadamente para ressaltar sua discordância do precedente utilizado, *Smith*, que tanto ignorava o valor da liberdade religiosa como uma liberdade individual afirmativa quanto tratava a *free exercise clause* como apenas um princípio antidiscriminatório. Citando os precedentes de *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security* e de *Wisconsin v. Yoder*, ele afirmou que o Estado, ao editar legislação que intencionalmente ou involuntariamente onere uma prática religiosa, deve demonstrar que tal ônus é justificado por ser o menos restritivo possível para atingir determinado interesse público (CHURCH, 1993, p.578). Quando uma lei tem como objetivo específico conferir tratamento desfavorável a uma religião, ela viola a Primeira Emenda na medida em que, não sendo moldada cuidadosamente para atingir o interesse público, acaba *ipso facto* não sendo o meio menos restritivo possível para esse legítimo mister (CHURCH, 1993, p.579).

Conclusivamente, em *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah*, a *Supreme Court of the United States*, por unanimidade, declarou inconstitucional legislação que proibia o sacrifício de animais em contexto religioso, por se tratar de violação à liberdade de exercício da religião, tutelada pela *free exercise clause* da Primeira Emenda à Constituição estadunidense. A maioria da corte compreendeu que as leis da cidade de Hialeah não eram neutras nem de aplicabilidade geral, na medida em que era possível observar que eram direcionadas especificamente à prática da

Santería; além disso, também se depreendeu que a legislação não era adequadamente formulada para servir aos objetivos públicos que alegava buscar.

3. *Burwell V. Hobby Lobby* (2014)

Conforme mencionado na seção anterior, em 1990, no caso *Employment Division v. Smith*, a SCOTUS decidiu que o ônus causado por leis neutras e gerais, não direcionadas a uma religião especificamente, não ofende a *free exercise clause*. A decisão da Suprema Corte em *Smith* levou o Congresso estadunidense a editar o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) em 1993. Tal legislação prevê que o Estado não deve criar um ônus significativo para uma religião, ainda que por meio de uma norma geral e neutra. Caso isso ocorra, a RFRA estabelece que o indivíduo poderá alegar escusa religiosa para não respeitar tal norma, a menos que o Estado demonstre que a aplicação daquele ônus para essa pessoa (a) atende a um interesse público convincente; e (b) é o meio menos gravoso de atender o referido interesse. A *Supreme Court* reconheceu a constitucionalidade da aplicação da RFRA em relação à legislação federal em 2006, no caso *Gonzales v. O Centro Espirita*.

Em 2010, no Governo Obama, o Congresso estadunidense aprovou o *Affordable Care Act* (ACA), que entre outras coisas estabelecia que ao *Department of Health and Human Services* (HHS) competia a especificação de que serviços deveriam ser cobertos pelos planos de saúde fornecidos aos empregados em geral, e às empregadas mulheres especialmente no que diz respeito ao presente caso, pelos empregadores (BURWELL, 2014, p.682). Nesse contexto, determinou-se que a cobertura deveria incluir o fornecimento de contraceptivos, incluindo 04 remédios cujo efeito era impedir que óvulos fertilizados fossem implantados no útero; os empregadores que não os fornecesse seriam multados ou deveriam aumentar o salário daquelas empregadas. Entidades como organizações

religiosas e organizações sem fins lucrativos com objeções institucionais a contraceptivos estavam isentas do cumprimento dessa regra (BURWELL, 2014, p.683).

A Hobby Lobby é uma companhia fechada³, com fins lucrativos, pertencente a uma bilionária família cristã-evangélica e que contava, no início dos anos 2010, com mais de 13 mil funcionários. Seus sócios-proprietários acreditam que a vida começa no momento da concepção (fertilização), razão pela qual se opunham a fornecer plano de saúde com cobertura de contraceptivos para as suas funcionárias, em especial aqueles remédios que impediam a implantação de um óvulo fertilizado. Assim, em 2012, a companhia buscou em juízo uma escusa em relação a essa regra específica imposta pelo HHS, baseando-se na RFRA e na Primeira Emenda à Constituição estadunidense.

A *United States District Court for the Western District of Oklahoma* rejeitou um pedido de providência cautelar. A *United States Court of Appeal for the Tenth Circuit* reconheceu que a Hobby Lobby é uma pessoa (jurídica) com liberdade religiosa, ordenando que o governo não exigisse o cumprimento da regra sobre contraceptivos contra aquela empresa, assim como determinando que o caso fosse julgado em definitivo pela *District Court*. O governo federal, então, recorreu à SCOTUS. Lá, ele foi consolidado para julgamento conjunt com o caso *Conestoga Wood Specialities v. Sebelius*, com objeto semelhante. O caso em questão originalmente se chamava *Sebelius v. Hobby Lobby*, em referência à Secretária Kathleen Sebelius, chefe do HHS; entretanto, com a renúncia dela e posterior indicação de Sylvia Burwell para o cargo, o caso foi renomeado.

Quando *Burwell v. Hobby Lobby* foi julgado pela SCOTUS em 2014, a Corte era composta pelo *Chief Justice* John Roberts e pelos *Justices* Clarence Thomas, Samuel Alito, Antonin Scalia, Anthony Kennedy e

³ Ou seja, ela não vende as suas ações na bolsa de valores, havendo um controle substancial a respeito de quem pode se tornar sócio da companhia.

Stephen Breyer, bem como pelas Justices Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Os 05 primeiros tinham uma tendência claramente conservadora, enquanto os 04 últimos eram então os representantes da ala progressista da Corte.

Por uma maioria de 05 a 04, nos termos da referida distinção ideológica, a *Supreme Court* confirmou o entendimento da *United States Court of Appeal for the Tenth Circuit*, compreendendo (a) tanto que a regra sobre contraceptivos violava a RFRA; (b) quanto que esse diploma legal protegia o livre exercício da religião não apenas de pessoas físicas, porém também de companhias fechadas, ainda que com fins lucrativos. A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice Alito*, e o *Justice Kennedy* apresentou opinião própria no mesmo sentido. A *Justice Ginsburg* redigiu a divergência, acompanhada pelos demais progressistas; além disso, os *Justices Breyer* e *Kagan* apresentaram outra divergência em apartado.

O *Justice Samuel Alito* foi designado para redigir a opinião da maioria, dividindo-a em 05 partes, com aderência integral do *Chief Justice Roberts* e dos *Justices Thomas, Scalia* e *Kennedy*.

Na parte I da opinião majoritária da Corte, o *Justice Alito* descreve as regras pertinentes sobre a RFRA, a ACA e os regulamentos da HHS (BURWELL, 2014, p.693-699). Na parte II da opinião majoritária, o *Justice Alito* descreve a família Hahn, dona da Conestoga Wood, e a família Green, dona da Hobby Lobby, bem como o modo como as companhias são dirigidas, os seus valores corporativo-religiosos e as respectivas crenças religiosas suscitadas como oposição à regra da HHS sobre contraceptivos (BURWELL, 2014, p.700-704).

Na parte III da opinião majoritária da Corte, o *Justice Alito* passou a discutir o porquê entendia que, para fins de aplicação da RFRA, corporações com fins lucrativos da natureza da Hobby Lobby deveriam ser entendidas como pessoas com liberdade religiosa a ser protegida (BURWELL, 2014, p.705). A HHS argumentara que aquelas companhias não teriam

legitimidade para invocar a escusa de consciência em razão do seu intuito lucrativo, e que seus sócios também não teriam legitimidade na medida em que a regra não se direcionava a eles, mas às pessoas jurídicas.

Enfrentando tal alegação, a maioria da SCOTUS compreendeu que os empresários se encontravam diante de uma escolha muito difícil entre a proteção à sua liberdade religiosa, de um lado, e os benefícios de empreender por meio de uma pessoa jurídica, de outro lado; nesse sentido, a Corte depreendeu que a RFRA objetivava uma tutela muito ampla da religião, não pretendendo impor tal escolha a ninguém. Assim, o propósito de estender tais direitos às companhias seria alcançar também os acionistas, os diretores e os empregados; do mesmo modo, em se tratando de companhias fechadas, há uma proteção específica às pessoas que são suas “donas” e controladoras (BURWELL, 2014, p.705-707).

A opinião majoritária foi no sentido de que não havia qualquer indício no texto da RFRA de que “pessoa”, para tal diploma, não incluía pessoas jurídicas. Do mesmo modo, aduziu-se que a Corte anteriormente já havia aplicado a referida lei a corporações sem fins lucrativos, como no caso *Gonzales v. O Centro*; nesse sentido, não haveria qualquer definição de “pessoa” que incluísse pessoas naturais e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mas excluísse pessoas jurídicas com intuito lucrativo (BURWELL, 2014, p.707-709). Do mesmo modo, a Corte já protegera a liberdade religiosa de indivíduos no exercício de atividades lucrativas; o entendimento consolidado era no sentido de que atividades empresariais impulsionadas ou limitadas por doutrinas religiosas se enquadravam no âmbito do precedente formado no caso *Smith*. Por essa razão, nem a natureza de pessoa jurídica nem o seu intuito lucrativo afastavam a Hobby Lobby e a Conestoga Wood do conteúdo da RFRA (BURWELL, 2014, p.709-713).

A última discussão realizada na Parte III foi sobre a inaplicabilidade da RFRA às corporações com fins lucrativos em razão da dificuldade de se

verificarem a sinceridade das crenças religiosas de companhias grandes, abertas ao mercado de ações, ou dos seus donos, sócios ou acionistas. Segundo a maioria conservadora, o caso não se tratava de uma companhia aberta, na medida em que a Hobby Lobby e a Conestoga Wood eram companhias fechadas nas quais com tranquilidade se poderia verificar as crenças das famílias que controlavam as empresas; além disso, ainda que abertas fossem, em tese poderia haver mecanismos que, na prática, afastassem o mencionado problema (BURWELL, 2014, p.717-719).

Na Parte IV da opinião majoritária da Corte, o *Justice* Alito se debruçou sobre a questão de a regra sobre contraceptivos, imposta pela HHS, constituir ou não um ônus significativo sobre o exercício da liberdade religiosa – deixando claro desde o início a sua compreensão por uma resposta no sentido positivo (BURWELL, 2014, p.719). Em primeiro lugar, segundo a maioria dos *Justices*, a regra requeria das famílias Hahn e Green uma postura que violava suas sinceras crenças religiosas no sentido de que a vida começa na concepção; nesse sentido, se as suas companhias, por imperativos de crença, se recusassem a fornecer contraceptivos ou deixassem de fornecer plano de saúde para seus funcionários, sofreriam graves consequências econômicas (BURWELL, 2014, p.720).

Em segundo lugar, discutiu-se a alegação da HHS de que a conexão entre a obrigação imposta ao empregador, de um lado, e aquilo que ele considerava moralmente errado, de outro lado, era significativamente atenuada em razão de ser o empregado quem escolheria tanto a cobertura do plano de saúde quanto o método contraceptivo a ser utilizado. O entendimento majoritário foi no sentido de que a RFRA diz respeito à condução da empresa em conformidade com as suas crenças religiosas, e a crença das famílias Hahn e Green dizia ser imoral a prática de um ato que, em si mesmo, era inocente – prover cobertura de seguro –, mas que tinha o efeito de permitir ou facilitar que outra pessoa praticasse um ato imoral – o uso do contraceptivo pela funcionária (BURWELL, 2014, p.723-726).

Na Parte V da opinião majoritária da Corte, o *Justice Alito*, a partir da premissa acima estabelecida de que a regra da HHS sobre contraceptivos impunha um ônus ao exercício da religião, passou a analisar se o órgão governamental havia imposto tal regra como meio de alcançar um interesse público relevante e se tal medida era o modo menos restritivo de atingir o referido interesse (BURWELL, 2014, p.726).

A SCOTUS reconheceu que garantir acesso aos métodos contraceptivos questionados era um interesse público relevante, nos termos do quanto preconizado pela RFRA (BURWELL, 2014, p.726-728). Contudo, a maioria da Corte entendeu que o governo tinha deixado de satisfazer à exigência de adoção do meio menos restritivo para a salvaguarda do referido interesse. Alegou-se que a HHS não tinha demonstrado a verdadeira falta de outros modos de, sem impactar o exercício da religião dos requerentes, atingir o mesmo objetivo. Suscitou-se que o governo poderia assumir para si o custo de prover os referidos contraceptivos nos casos de objeção de consciência dos empregadores, ou que a HHS poderia ter estendido à Hobby Lobby e à Conestoga Wood as mesmas isenções à regra do contraceptivo que havia em favor de organizações religiosas (BURWELL, 2014, p.728-732).

Finalizando o entendimento que exonerou as companhias requerentes de fornecer os medicamentos questionados com base em motivos religiosos, o *Justice Alito* ressaltou que aquela decisão da *Supreme Court* somente dizia respeito especificamente à regra dos contraceptivos, não devendo ser automaticamente aplicada a outras situações cobertas pelos seguros de saúde, como vacinas ou transfusões de sangue (BURWELL, 2014, P.732-736).

O *Justice Kennedy*, embora tenha aderido à opinião redigida pelo *Justice Alito*, apresentou o seu próprio entendimento por escrito, achando ser necessário acrescentar algumas observações, em atenção à dissidência da minoria. Ressaltou que tanto a opinião majoritária quanto a minoritária concordavam que o propósito da RFRA era proteger a liberdade religiosa.

Acrescentou que, na tradição constitucional estadunidense, liberdade significava que todas as pessoas tinham o direito de acreditar em uma divindade e em leis divinas. Para os que escolhem esse caminho, a liberdade de exercício da religião, em especial para autodeterminar suas condutas de acordo com seus preceitos, é essencial para preservar sua dignidade; por essa razão, liberdade de exercício da religião tem um significado mais amplo do que liberdade de crença (BURWELL, 2014, p.736).

Segundo o *Justice Kennedy*, isso também implica o direito a expressar tais crenças e a definir escolhas políticas, cívicas e econômicas em conformidade com a religiosidade – ou ausência dela. Contudo, definir o âmbito do livre exercício da religião se torna mais difícil em uma sociedade complexa em uma era de ampla regulação governamental; assim, fundamentais os precedentes da SCOTUS e a norma imposta pela RFRA. Nesse sentido, o governo fracassou em atender ao segundo requerimento da RFRA, qual seja, a adoção do meio menos restritivo para atingir a sua finalidade (BURWELL, 2014, p.737). A HHS havia permitido que outros empregadores, em especial organizações religiosas sem fins lucrativos, com base em suas objeções de consciência, fossem isentados da regra sobre contraceptivos.

Essa isenção vinha funcionando com a obrigatoriedade de os planos de saúde cobrirem as medicações para as empregadas que as desejassem, sem repasse de custos para os empregadores; trata-se de uma flexibilização que tutela o interesse governamental em questão sem atingir as crenças dos envolvidos. No caso da Hobby Lobby e da Conestoga, o governo não demonstrou que uma flexibilização semelhante seria inviável. Assim, violava a RFRA a insistência da HHS de distinguir as organizações religiosas e as companhias requerentes, isentando as primeiras e onerando as últimas, sendo possível conferir a todas o mesmo tratamento (BURWELL, 2014, p.738). Destacou que o entendimento da Corte era no sentido de que uma flexibilização poderia ser feita para os empregadores sem criar para o

governo a obrigatoriedade de custear com verba pública aquela cobertura de saúde a qual os requerentes estavam se opondo por fundamentos religiosos (BURWELL, 2014, p.739).

Discordando do entendimento majoritário, a *Justice* Ginsburg apresentou sua opinião dissidente, à qual aderiu integralmente a *Justice* Sotomyor e à qual aderiram parcialmente os *Justices* Breyer e Kagan. Ela apresentou severas críticas à decisão da maioria, que permitia que corporações comerciais se recusassem ao cumprimento de quaisquer leis, exceto as tributárias, alegando incompatibilidade com suas sinceras crenças religiosas.

Também ressaltou que a opinião majoritária não dava qualquer peso ou importância aos interesses governamentais tutelados ou ao ônus imposto a terceiros em razão de tais amplas flexibilizações motivadas por religião. Ela afirmou que a Primeira Emenda não impunha flexibilizações tão extremas; e que discordava do entendimento majoritário de que a RFRA impunha a escusa de consciência em favor de corporações com fins lucrativos, ainda que tal escusa impactasse severamente terceiros que não compartilhassem as crenças dos donos da empresa – no caso, as milhares de mulheres empregadas pela Hobby Lobby e pela Conestoga. Por essa razão, ela divergia da opinião do *Justice* Alito (BURWELL, 2014, p.740).

Em primeiro lugar, citando *Planned Parenthood v. Casey*, a *Justice* Ginsburg afirmou que a habilidade da mulher de participar igualmente na vida econômica e social tem sido facilitada pela possibilidade de controlar sua vida reprodutiva. Aduziu que, partindo desse pressuposto, o Congresso elaborou um programa nacional de cobertura de saúde no qual se incluísse o cuidado específico à saúde reprodutiva das mulheres.

Foi nesse contexto que a HHS, consultando especialistas em saúde pública, editara regulamentos exigindo que os planos de saúde cobrissem todas as formas de contraceptivos aprovados pelo órgão competente. Por essa razão, a Corte deveria decidir o caso em questão à luz dos motivos pelos

quais a regra dos contraceptivos fora imposta (BURWELL, 2014, p.741). Destacou ainda que o Congresso ao editar o *Affordable Care Act* (ACA) deixara decisões sobre saúde, inclusive métodos contraceptivos, nas mãos das mulheres, com ajuda dos seus profissionais de saúde (BURWELL, 2014, p.744).

Em segundo lugar, a *Justice* Ginsburg argumentou que qualquer pretensão da Hobby Lobby ou da Conestoga com base na Primeira Emenda seria afastada à luz do precedente estabelecido em *Smith* (BURWELL, 2014, p.744). A regra sobre contraceptivos era neutra e aplicada geralmente, e seu objetivo era direcionado à saúde reprodutiva feminina, nada tendo a ver com religião – portanto, o ônus causado era meramente incidental. Ademais, a Primeira Emenda jamais impôs flexibilizações baseadas em crença que gerassem ônus significativos aos interesses de terceiros (BURWELL, 2014, p.745). No caso, a escusa de consciência das companhias prejudicaria substancialmente as milhares de mulheres empregadas ou dependentes de funcionário das empresas, que, mesmo sem compartilhar a religião dos empregadores, teriam negado acesso à cobertura que lhes seria garantida pelo ACA (BURWELL, 2014, p.746).

Em terceiro lugar, a *Justice* Ginsburg mencionou que o recurso das companhias à RFRA decorria da ausência de um fundamento constitucional para o seu requerimento (BURWELL, 2014, p.746). Nesse sentido, o propósito expresso e específico do Congresso ao editar a RFRA era restaurar a jurisprudência da *Supreme Court* que havia antes do precedente sedimentado em *Smith*. Contrariamente a esse pressuposto, a decisão majoritária teria se afastado dos entendimentos anteriores a *Smith*, criando um novo curso jurisprudencial que antes não existia (BURWELL, 2014, p.747). Desse modo, a maioria da Corte havia errado em cada uma das três análises feitas: se corporações com intuito lucrativo eram protegidas pela RFRA; se a regra dos contraceptivos era um ônus excessivo ao exercício da

religião; e se o ônus imposto era o menos restritivo possível (BURWELL, 2014, p.750-751).

Para a *Justice* Ginsburg, a maioria conservadora errara ao compreender que a Conestoga Wood e a Hobby Lobby eram protegidas pela RFRA, na medida em que nenhum caso pré-*Smith* reconheceu que corporações com fins lucrativos se qualificavam para a escusa de consciência em relação a uma lei aplicável geralmente, apenas igrejas e outras organizações sem intuito lucrativo (BURWELL, 2014, p.751-752). Segundo ela, a razão era clara: organizações religiosas existem especificamente para desenvolver os interesses de pessoas que compartilham da mesma fé, o que não é o caso das corporações empresariais (BURWELL, 2014, p.754).

Ela ressaltou ainda que o precedente que a Corte estava formando, apesar de direcionado a companhias fechadas, poderia ter sua lógica futuramente aplicada a companhias abertas de qualquer tamanho, públicas ou privadas; inclusive, restava pouca dúvida que proliferariam requerimentos semelhantes de empresas desejosas de se subtrair ao cumprimento de normas que acreditam ser contrárias às suas respectivas fés (BURWELL, 2014, p.757).

Na sequência, a *Justice* Ginsburg aduziu que, ainda que a Hobby Lobby e a Conestoga Wood fossem reconhecidas como pessoas tuteladas pela RFRA, elas deveriam ter demonstrado que a regra sobre contraceptivos constituía um ônus excessivo sobre a sua liberdade religiosa; entretanto, a maioria da SCOTUS não se preocupou em analisar se a discutida norma se tratava de um fardo excessivo (BURWELL, 2014, p.758). Para ela, a opinião majoritária confundia a crença sincera das famílias Green e Hahn com o peso do ônus que lhes era imposto. Nesse sentido, a ligação entre a obrigação imposta aos empregadores e as objeções religiosas eram tênues demais para serem consideradas substanciais.

A Hobby Lobby e a Conestoga não tinham que comprar ou fornecer diretamente os medicamentos contra o qual se opunham; na realidade,

deviam apenas contribuir para os fundos que financiavam os planos de saúde, que por sua vez forneciam uma ampla variedade de serviços e produtos. Além disso, a decisão de usar ou não os contraceptivos ou quaisquer outros medicamentos cobertos pelos planos não era nem da Hobby Lobby nem da Conestoga Wood, mas pelos empregados e seus dependentes, com orientação dos respectivos profissionais da saúde. Havia tantos intermediários e etapas entre a obrigação imposta às empresas e o ato contra o qual se opunham, que o critério de ônus excessivo ao exercício da religião não estava satisfeito (BURWELL, 2014, p.760).

A *Justice* Ginsburg ainda argumentou que a maioria da Corte errara ao não considerar a regra sobre contraceptivo o meio menos restritivo para tutelar o interesse governamental buscado. Segundo ela, a HHS demonstrara que não havia um modo menos restritivo e igualmente eficiente que tanto satisfizesse a objeção das companhias requerentes quanto atingisse os objetivos do ACA – especificamente garantir que as mulheres recebam, sem custo para elas, o cuidado reprodutivo necessário para a sua saúde e bem-estar. Ela afirmou ainda que impor esse ônus ao governo, em vez de aos empregadores, contraria o propósito do *Affordable Care Act* (BURWELL, 2014, p.765). Por fim, a *Justice* Ginsburg afirmou que a maioria da SCOTUS havia criado um verdadeiro campo minado: haveria futuros requerimentos de objeção de consciência, e a Corte não poderia dar tratamento diferenciado a alguns pedidos fundamentados em religião, e não a outros, sob pena de violação à Primeira Emenda (BURWELL, 2014, p.771).

Os *Justices* Breyer e Kagan apresentaram conjuntamente a sua própria dissidência, aderindo quase integralmente à opinião da *Justice* Ginsburg. Ressalvaram apenas que não entravam no mérito da discussão sobre a possibilidade de corporações com finalidade lucrativa serem tuteladas pela RFRA (BURWELL, 2014, p.772).

4. Conclusão

No presente artigo, observou-se que o exercício da liberdade religiosa é um direito tutelado pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, na chamada *free exercise clause*. Compreendeu-se que, a partir do caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu um teste para verificar a compatibilidade com a *free exercise clause* de leis que acabassem dificultando ou impedindo a prática de uma conduta embasada em motivações religiosas: em primeiro lugar, a lei deveria ser neutra e aplicável à generalidade; em segundo lugar, se os requisitos da neutralidade ou da aplicabilidade geral não estiverem satisfeitos, o ônus que a mencionada norma causa ao exercício de uma religião deve ser justificado por um interesse governamental relevante e deve ser moldado especificamente para atender àquele interesse. As leis que não passassem com sucesso pela referida análise seriam consideradas inconstitucionais.

Notou-se que, no caso *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah*, com base no teste estabelecido em *Smith*, a SCOTUS por unanimidade considerou incompatíveis com a *free exercise clause* determinadas leis do município de Hialeah, no Estado da Flórida. As autoridades municipais editaram uma série de normas proibindo o sacrifício, o consumo e a disposição de animais, em um contexto no qual claramente a atuação legislativa se deu de modo direcionado a atingir uma igreja praticante da Santería. Isso era particularmente claro em razão das diversas exceções abertas em favor dessas práticas em contextos não relacionados àquele culto religioso. Por ferir o requisito da neutralidade e da aplicabilidade geral, nem ser moldada especificamente para atender aos interesses alegados pelo município, a legislação em questão foi considerada inconstitucional.

Verificou-se que, com a edição do *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), foram alterados os critérios de análise das normas que impactam o

exercício da religião. Com a RFRA, o Congresso estadunidense determinou que o Estado não deve criar um ônus significativo para uma religião, ainda que por meio de uma norma geral e neutra. Caso isso ocorra, a RFRA estabelece que o indivíduo poderá alegar escusa religiosa para não respeitar tal norma, a menos que o Estado demonstre que a aplicação daquele ônus para essa pessoa (a) atende a um interesse público convincente; e (b) é o meio menos gravoso de atender o referido interesse.

Depreendeu-se que, no caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, com base na RFRA, em uma decisão de 5 a 4, a maioria da SCOTUS reconheceu o direito dos requerentes no sentido de se recusar a cumprir uma norma federal que violava a sua crença religiosa. Com fundamento no *Affordable Care Act*, o *Department of Health and Human Services* determinara que os empregadores deveriam fornecer aos empregados planos de saúde que cobrissem contraceptivos, inclusive remédios cujo efeito era impedir que óvulos fertilizados fossem implantados no útero. As empresas requerentes, corporações fechadas com fins lucrativos, argumentaram que o fornecimento de tais medicações feria as suas respectivas religiões, que estabeleciam que o início da vida se dá com a fertilização do óvulo.

A maioria da Corte compreendeu que pessoas jurídicas com intuito lucrativo são pessoas protegidas pela RFRA; que a regra dos contraceptivos criava um ônus indevido ao exercício da religião das famílias donas das empresas requerentes; e que o governo não demonstrou se tratar do meio menos gravoso para tutelar o interesse que buscava com a norma questionada. Observou-se ainda que a opinião minoritária da Corte foi no sentido de que as empresas não poderiam ser tuteladas pela RFRA, que a observância da regra questionada não criava ônus excessivos e que se tratava do meio menos gravoso de assegurar o fornecimento de cuidados reprodutivos às mulheres trabalhadoras.

Referências

- BROWN v. Board of Education of Topeka, 347 US 483 (1954).
BURWELL v. Hobby Lobby Stores, 573 US 682 (2014).
CHURCH of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah, 508 US 520 (1993).
EMPLOYMENT Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 US 872 (1990).
FRAZEE v. Illinois Department of Employment Security, 489 US 829 (1989).
GONZALES v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, 546 US 418 (2006).
LIVELY, Donald E.; BROYLES, D. Scott. **Contemporary Supreme Court Cases**, vol. 01. 2nd ed. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2016.
PLANNED Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 US 833 (1992).
ROE v. Wade, 410 US 113 (1973).
THOMAS v. Review Board of the Indiana Employment Security Division, 450 US 707 (1981).
WISCONSIN v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

Artigo recebido em: 11/05/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022

A Flexibilização Procedimental pelo Julgador e o Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Procedural Flexibility declared by Judges and Superior Court of Justice Stance

Rosalina Moitta Pinto da Costa¹
Matheus Eduardo Blandtt²

Resumo: Esta pesquisa tem por objetivo estabelecer critérios para a flexibilização procedimental pelo julgador e analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Utilizando-se o método dedutivo com revisão doutrinária e jurisprudencial, parte-se do estudo do modelo cooperativo de processo, caracterizado pelo redimensionamento da atuação do juiz e da sua relação com as partes, como fundamento da flexibilização procedimental, visando demonstrar que o modelo cooperativo de processo, inaugurando uma nova relação entre os sujeitos processuais, pautada pela participação ativa das partes envolvidas na demanda, fundamenta e legitima a adaptação do procedimento pelo julgador. A seguir, após estudar-se a flexibilização procedimental, definindo-a como técnica processual que permite que os atos e procedimentos sejam ajustados ou adaptados às peculiaridades da causa, proporcionando uma melhor efetividade à tutela jurisdicional, estabelece-se como critério de flexibilização procedimental, além do contraditório, a motivação das decisões judiciais, uma vez que os fundamentos da decisão são os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais. Ao final, após concluir-se que a flexibilização procedimental pelo julgador somente deve dar-se quando a variação procedimental for eficaz para uma melhor prestação da tutela jurisdicional, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a variação procedimental quando a forma legal preestabelecida pelo sistema não for apta a tutelar eficazmente o direito material, sempre em decisão fundamentada e prestigiando o contraditório.

Palavras-Chave: Flexibilização procedimental. Cooperação. Tutela jurisdicional.

Abstract: This study pursues to establish standards for procedural flexibility by the judge and analysis of the position of the Superior Court of Justice on the subject. Using the deductive method with Jurisprudence and Precedent review, is based on the study of the cooperative process model, characterized by the resizing of the judge's performance and its relationship with the parties, as the basis of procedural flexibilization, to demonstrate

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD, *stricto sensu*) da Universidade Federal do Pará (UFPA).

² Discente do curso de Direito na Universidade Federal do Pará. - Estagiário da Procuradoria da Fazenda Nacional do Estado do Pará.

that the cooperative process model, inaugurating a new relationship between parties, based on the active participation of the parties involved in the demand, grounds and legitimizes the adaptation of the procedure by the judge. Then, after studying procedural flexibilization, defining it as a procedural technique that enable acts and procedures to be adjusted or adapted to the peculiarities of the case, affording a better effectiveness to judicial protection, it is established as a standard of procedural flexibility, beyond adversarial principle, the motivation of judicial decisions, since the grounds of the decision are the elements that allow the gauging of the constitutional and democratic legitimacy of judicial pronouncements. In the end, after concluding that procedural flexibility by the judge should only occur when the procedural variation is effective for a better installment of judicial protection, it appears that the Superior Court of Justice has admitted procedural variation when the legal form established by the system is not able to effectively protect substantive law, always in a reasoned decision and honoring to the adversarial principle.

Keywords: Procedural Flexibility. Cooperation. Judicial Protection.

1. Introdução

O presente estudo analisa, por um lado, a flexibilidade procedimental, que permite ao juiz interferir no desenrolar do procedimento a fim de adequá-lo às especificidades do caso concreto, proporcionando uma melhor efetividade à tutela jurisdicional, e, por outro, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema.

Para isso, parte-se do modelo cooperativo de processo, que inaugura uma nova relação entre os sujeitos processuais, baseada na participação ativa das partes envolvidas na demanda. Busca-se demonstrar que a cooperação fundamenta e legitima a existência da flexibilização no procedimento pelo julgador.

A seguir, estuda-se a flexibilização procedimental, definindo-a como técnica processual que permite que os atos e procedimentos sejam ajustados ou adaptados às peculiaridades da causa, assegurando mais efetividade à tutela jurisdicional e ao modelo cooperativo de processo. Ao final, após abordar a adaptação típica e atípica e estabelecer um critério de flexibilização procedimental, analisa-se a aplicação da técnica de flexibilização procedimental pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. A Cooperação como um Fundamento da Flexibilidade Procedimental

O procedimento padrão, estabelecido em lei, nem sempre é o mais adequado ao caso concreto. Com efeito, não se pode exigir que o legislador consiga estabelecer, em um só diploma, regras únicas e perfeitamente satisfatórias para todas as espécies de conflitos de interesses submetidos ao julgamento do Poder Judiciário, que ao mesmo tempo deem conta das peculiaridades de cada situação (WAMBIER, 2017, p. 243).

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 estabelece, em seu artigo 6.º, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A referida inovação legislativa teve como principal escopo a transformação do processo em uma comunidade de trabalho capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e as partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável (BARREIROS, 2011, p. 129).

Embora o processo envolva, como regra, interesses conflitantes e um ambiente de constante resistência e refutabilidade das partes às suas respectivas pretensões (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 89), a cooperação estabelece um padrão de conduta a ser observado pelos sujeitos processuais (TARTUCE, 2016, p. 193), a fim que se desenvolva um processo compatível com o ideal participativo e democrático (MATTA, 2015, p. 144), além de ir ao encontro de outros princípios processuais, como o da lealdade e o da boa-fé (MATTA, 2015, p. 147).

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998, p. 32), a exigência de condução ativa do processo decorre da transformação da consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, inexistindo, portanto, razão para submetê-lo a um procedimento rígido que limite seu poder decisório. O que não significa que a sua atuação estará imune de restrições,

pois, todo esse poderio outorgado à figura do juiz levará consigo uma série de deveres, tais como o de esclarecimento, o de prevenção e o de consulta, a serem empregados no bojo processual, a fim que se desenvolva um processo pautado na colaboração (MILMAN, 2019, p. 9).

Essa capacidade do magistrado na condução do processo justifica-se pelo fato do Estado criar normas tendo em vista a proteção do interesse da coletividade e dos bens jurídicos do indivíduo. Logo, a concessão de poderes instrutórios ao magistrado para que ele conduza o processo conecta-se, intimamente, com o próprio interesse público na produção de uma decisão justa ao final do processo que resolva o mérito (OLIVEIRA, 2003, p. 13).

Não apenas o juiz deve colaborar para a tutela efetiva, célere e adequada, mas também as partes devem ter uma participação mais ativa no processo, a fim de que se concretize a justa composição do litígio (OLIVEIRA, 1998, p. 12). Para isso, deve-se assegurar, no caso concreto, a paridade de tratamento e o efetivo contraditório, a fim de que as partes estejam em igualdade de condições para dialogar, buscando-se assim a concretização dos seus interesses no plano processual, conforme preceitua o artigo 5.º, incisos I e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Diferentemente do paradigma anterior, em que o juiz tinha uma posição passiva em relação às partes, exige-se hoje que ele aja ativamente na condução processual a fim de manter um diálogo com as partes envolvidas no processo (WAMBIER, 2017, p. 249).

É nesse contexto de maior participação das partes envolvidas no processo que se insere o fenômeno da flexibilidade procedimental, que permite que os sujeitos do processo estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, assim como convençionem sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (WAMBIER, 2017, p. 252).

O procedimento padrão, estabelecido em lei, nem sempre é o mais adequado ao caso concreto. Assim, visando fugir dos inconvenientes da

tutela tardia e propiciar ao jurisdicionado provimento compatível com as necessidades da fiel realização do direito material, surgiu uma forte tendência para criar procedimentos diferenciados ou especiais (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 28).

Ocorre que a pretensão de conceder regramento a todas as hipóteses de direito material possíveis torna-se inviável em uma sociedade moderna e dinâmica, em que os conflitos eclodem em uma velocidade que o Poder Legislativo não consegue acompanhar (GAJARDONI, 2008, p. 101). Além disso, a especialidade procedimental deve ser benéfica e não um complicador para o jurisdicionado, tornando-o ineficaz, com o descolamento do processo das particularidades do direito material (LUCON, 2018, p. 128).

Desse modo, diante da insuficiência do formalismo e, principalmente, da necessidade de adaptação da causa ao ordenamento jurídico, surge a flexibilidade procedimental, técnica processual que admite o ajuste do procedimento às circunstâncias do litígio. A flexibilidade procedimental permite, assim, a eliminação ou a modificação de atos desnecessários e incompatíveis com as realidades fáticas de uma demanda (ONO, 2015, p. 669).

Por isso, cabe ao juiz, antes da alteração da rígida regra legal, propiciar às partes a efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a conveniência da inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação da decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades (GAJARDONI, 2008, p. 110).

Assim, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, a inserção ou a exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, torna-se indispensável a

participação das partes, até mesmo para dar previsibilidade a uma ordem de atos que não está prevista (GAJARDONI, 2008, p. 110).

Diante disso, a cooperação, conforme o Código de Processo Civil de 2015, busca transformar o processo em uma comunidade de trabalho, a fim de favorecer a construção de uma solução jurídica justa, o que envolve a adaptação do procedimento às necessidades do caso concreto. Para tanto, porém, o papel dos sujeitos processuais foi alterado, a exemplo do juiz, que ganhou uma série de poderes instrutórios que lhe garantem um melhor conhecimento dos fatos e, conseqüentemente, o auxiliam na formação de sua convicção. Da mesma forma, modificou-se a atuação das partes, exigindo-se uma participação mais ativa e leal no processo de decisão, mais consentâneo, inclusive, com o ideal democrático a ser estabelecido no bojo processual (OLIVEIRA, 1998, p. 14).

3. A Flexibilidade Procedimental como Técnica Procedimental para atingir a Efetividade da Tutela Jurisdicional

Caso o modelo legal padrão não sirva à prestação da tutela efetiva do direito material reclamado, devem-se conferir ao juiz e às partes condições de acelerar procedimentos, “ou de freá-los, de acordo com a necessidade concreta, desde que sempre sejam observadas as garantias e os princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo” (FEITOSA, 2019, p. 43).

A flexibilidade procedimental é uma técnica processual cuja finalidade é permitir que os atos e procedimentos sejam ajustados ou adaptados às peculiaridades da causa, proporcionando mais eficiência à tutela jurisdicional (GAJARDONI, 2008, p. 122).

Trata-se, portanto, de técnica processual que visa a efetividade da prestação da tutela jurisdicional (FEITOSA, 2019, p. 37). De fato, para se alcançar a efetividade do processo em favor do direito que se busca tutelar, deve-se conferir ao procedimento o ritmo necessário à efetiva atuação, a fim

de possibilitar ao julgador adequar a forma às necessidades e às especificidades do objeto litigioso, da situação concreta submetida a juízo (FEITOSA, 2019, p. 43).

O princípio propulsor da flexibilidade procedimental é o princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), que permite ao julgador flexibilizar o procedimento para atender as peculiaridades da causa; contudo, esse princípio deve ser aplicado apenas subsidiariamente, uma vez que, se o procedimento legal for ideal e atender com perfeição às características do caso, não há espaço para a adaptação.

Enquanto o legislador, federal e estadual, deve construir modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material (princípio da adequação), cabe ao juiz flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa (princípio da adaptabilidade) (GAJARDONI, 2008, p. 154 e p. 157).

A regra, portanto, é a formalidade dos atos e dos termos procedimentais. A flexibilização é medida admissível somente em caráter excepcional, devendo ser a opção apenas quando for eficaz para uma melhor prestação da tutela jurisdicional (GAJARDONI, 2008, p. 87).

Existem, portanto, requisitos que embasam a flexibilidade procedimental. O primeiro requisito para a sua utilização seria a finalidade, que tem a sua ocorrência verificada sempre quando há alguma especificidade relacionada ao direito material, a exemplo dos casos em que existe algum empecilho formal desnecessário ou quando se deve restabelecer a igualdade processual. Assim, os procedimentos devem seguir o esquema formal desenhado pelo legislador, o que lhes garante indiscutível segurança e previsibilidade; apenas em caráter excepcional, permitir-se-á a flexibilidade (GAJARDONI, 2008, p. 104).

Somado a isso, para a flexibilização procedimental, deve-se respeitar o princípio do contraditório, compreendido no trinômio conhecimento-

participação-influência, sem o qual tal princípio não se opera em sua completude. A parte deve ter conhecimento da situação do seu interesse e ter a possibilidade de participar ativamente do processo, levantando seus interesses e influenciando o juiz (GAJARDONI, 2008, p. 106).

O contraditório, inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, de igualdade e de ampla defesa, desvincula-se da noção de mera ciência, passando a representar também a oportunidade de plena participação e de efetiva influência na formação do convencimento do órgão julgador. Isso se reflete na introdução de uma metodologia de fundamentação das decisões, prevista no inciso IV do § 1.º do artigo 489 do CPC/2015, que, entre outras disposições, impõe ao juiz o dever de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. “Certamente, de nada adiantaria garantir às partes a oportunidade de participar e de influenciar a formação da convicção judicial se ao magistrado não se impusesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes aventadas no processo” (WAMBIER, 2017, p. 251). “Em razão disso, a atividade jurisdicional deixa de ser encarada como resultado de um trabalho exclusivo do juiz para se tornar fruto de uma atuação conjunta, onde existem influências recíprocas e constantes entre os sujeitos que participam do processo” (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 383).

Como corolário, o dever de motivação deve, necessariamente, integrar a flexibilidade. É indispensável que haja justificação das razões da flexibilização procedimental, a fim de não só resguardar a Constituição Federal de 1988 (CFRB/1988, art. 93, IX), mas também conferir às partes a possibilidade de conseguir dialogar com o juiz, por meio das futuras manifestações processuais (GAJARDONI, 2008, p. 110).

A flexibilização procedimental pode ocorrer por autorização da própria lei, pela vontade das partes ou pela atividade do julgador. São as três técnicas de flexibilização procedimental identificadas pela doutrina: legal, por vontade das partes e pelo procedimento judicial.

A flexibilidade legal ocorre quando a própria lei, previamente e em abstrato, autoriza o juiz a fazer adaptações do procedimento à causa (FEITOSA, 2019, p. 67), deixando a critério do juiz eleger, com a colaboração das partes, a melhor combinação de atos processuais – flexibilidade procedimental legal genérica –, ou indica algumas variantes procedimentais a serem judicialmente eleitas de acordo com o caso concreto – a chamada flexibilidade alternativa (CABRAL, 2010, p. 144).

A flexibilização voluntária dá-se quando as partes elegem o procedimento ou o ato processual da série que seja mais adequado à tutela de seu direito (CABRAL, 2010, p. 145), a exemplo dos artigos 190 e 191 do CPC/2015, nos seguintes termos.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

Assim, os artigos 190 e 191 do CPC/2015 procuram tornar viável o ajuste do procedimento às especificidades da causa, a convenção acerca dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais de cada uma das partes (ONO, 2015, p. 680).

Em especial, o artigo 191 do CPC estabelece uma modalidade típica de negócio jurídico processual, destinada à fixação de um calendário específico para o processo, que consiste em uma convenção entre as partes e o juiz da causa, no sentido de fixar datas específicas para a realização dos atos processuais (AVELINO, 2015, p. 1124). Tudo isso com a finalidade de proporcionar uma adaptação do procedimento às particularidades de cada causa, tendo como consequência a produção de resultados mais eficientes, imprimindo maior efetividade aos processos, além de acelerar o andamento processual (RODRIGUES, 2017, p. 9). Sendo, portanto, um mecanismo de gestão do processo (BORGIO, 2018, p. 189).

Por fim, a flexibilização procedimental judicial é a técnica procedimental pela qual compete ao juiz, em caráter excepcional, com base nas variantes do caso em concreto (objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para a obtenção da efetiva tutela, elegendo os atos processuais a serem praticados, sua forma e seu modo (GAJARDONI, 2008, p. 159), objeto de análise na próxima seção.

4. Flexibilização Procedimental pelo Julgador e o Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

4.1. Flexibilização Procedimental Típica e Atípica pelo Julgador

Em algumas situações, o legislador vislumbra situações que permitem ao julgador adequar o procedimento ao caso concreto. São situações em que a própria lei indica ao magistrado as adaptações que ele pode promover em determinados aspectos processuais com a finalidade de melhor ajustar o procedimento. Da mesma forma, para Redondo (2017, p. 137), “a adequação judicial típica se faz presente, quando há prévia regulamentação específica, pelo legislador, das adaptações que o juiz pode promover em determinados aspectos processuais com a finalidade de melhor adequar o procedimento”.

Nesse sentido, o artigo 139, VI, do CPC permite ao juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, a fim de adequar o ordenamento jurídico às necessidades do conflito, prestigiando a efetividade da tutela jurisdicional,

A dilação dos prazos processuais permite a adaptação do procedimento para atender às especificidades de situações surgidas durante o desenvolvimento do caso concreto. Contudo, para que a garantia constitucional de acesso à justiça seja respeitada, é fundamental que os prazos sejam adequados ao fim para o qual foram estabelecidos, viabilizando uma efetiva participação e o exercício dos direitos processuais pelas partes (OLIVEIRA, 2018, p. 194).

Assim, deve o juiz proceder à dilatação dos prazos processuais sempre que os fixados em lei se revelarem inadequados às características do caso concreto, por exemplo, nos casos em que o prazo de 15 (quinze) dias for insuficiente para a apresentação de uma contestação, réplica ou de algum documento imprescindível à comprovação do direito alegado. Sobre isso, a fim de exemplificar o tema, Gajardoni cita o exemplo hipotético de uma ação civil pública em que se acusa determinada empresa de prática lesiva ao meio ambiente:

A complexidade da defesa a ser apresentada – a depender da colheita de elementos técnicos, levantamento de documentos antigos ou localizados até, quem sabe, em outro país – torna pífio o prazo de 15 (quinze) dias fixado abstratamente pelo legislador, comprometendo o modelo constitucional de processo desenhado pelo constituinte de 1988 (2008, p. 232).

De outro modo, caso inexistam particularidades na causa a justificar a dilatação dos prazos, devem-se seguir os limites legalmente fixados no sistema. De fato, a dilatação dos prazos deve fundar-se nos critérios da razão e da proporcionalidade, além de sujeitar-se ao controle da parte contrária e da instância superior, em caso de recurso (GAJARDONI, 2008, p. 231).

Ademais, de acordo com o parágrafo único do artigo 139 do CPC/2015, em que “A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular”. Notadamente, não se pode prorrogar aquilo que já se exauriu.

Na hipótese de flexibilidade procedimental pela alteração da ordem de produção dos meios de prova, permite-se que a produção de prova passe a ser pautada pela conveniência e pela oportunidade, de modo que a dificuldade em realizar alguma prova, especialmente a dispendiosa prova pericial, pode justificar, fundamentadamente, a sua dispensa ou postergação, tendo em vista a consecução da tutela jurisdicional adequada, célere e menos custosa na resolução do conflito (GAJARDONI, 2008, p. 207).

O CPC/2015 (capítulo XII, art. 369 *et seq.*) estabelece uma sequência na ordem de produção dos meios de prova, segundo a qual os documentos

devem ser juntados na primeira oportunidade; depois deve ser realizada a prova pericial; por fim, deverá ocorrer a oitiva das partes, testemunhas e peritos, em audiência de instrução. A flexibilização da produção dos meios de prova permite evitar a ordem de produção de prova lastreada com aspectos absolutamente inúteis, mantendo na sombra fatos relevantes para a instrução probatória (NUNES, 2010, p. 129), a fim de adequar o ordenamento às particularidades da fase instrutória.

Contudo, a alteração da ordem de produção dos meios de prova somente deve ser excepcionada “quando a manutenção da ordem clássica puder ser prejudicial à sua própria produção” (WAMBIER, 2017, p. 245), não podendo tal medida ser adotada unilateralmente pelo magistrado, sendo necessário um verdadeiro dever de consulta às partes e uma ampla fundamentação da decisão que definir a ordem diversa de produção probatória (OLIVEIRA, 2018, p. 196).

Além da flexibilização tipificada pelo legislador, a doutrina admite a adequação procedimental pelo julgador fora das hipóteses legais, a também chamada “adequação judicial atípica” (REDONDO, 2017, p. 156). Trata-se daquelas situações em que se tende a relativizar o procedimento em face das circunstâncias concretas. Neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 169) fala em um princípio fundamental da adequação ou da adaptabilidade.

São exemplos de adaptabilidade atípica: o juiz deixa de designar audiência de conciliação e mediação em razão do reduzido número de conciliadores/mediadores existentes na localidade, colocando em risco a duração razoável do processo, citando diretamente o réu para apresentar resposta; o juiz adapta as regras relativas às provas em espécie permitindo a substituição da testemunha arrolada em hipótese não prevista pelo CPC (art. 451); altera a ordem de formulação de perguntas da prova testemunhal; delibera a prova emprestada, definindo que é suficiente etc. (REDONDO, 2017, p. 189).

A adaptabilidade procedimental atípica pelo julgador, portanto, possibilita a adoção de soluções adequadas às especificadas dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual (BEDAQUE, 2006, p. 107), permitindo que o processo seja adequado in concreto (DIDIER JR., 2017, p. 133), atendo as expectativas do direito material (MARINONI, 2011, p. 429).

4.2. Estabelecendo Critérios para a Flexibilização Procedimental pelo Julgador

A flexibilidade do procedimento é fundamental para que o processo atinja mais facilmente seus objetivos, devendo o princípio da adequação atuar sem intermediação das regras que o concretizam para que o processo seja adequado também ao caso concreto (DIDIER JR., 2017, p. 133).

A variação procedimental pelo julgador somente deve ocorrer se a forma legal preestabelecida pelo sistema não for apta a tutelar eficazmente o direito material, seja porque a formalidade legal é excessiva, seja porque a qualidade do sujeito e sua necessidade no processo justificam a variação do rito procedimental para se efetivar a tutela jurisdicional (LACERDA, 2008).

Em qualquer das hipóteses, deve-se prestigiar o contraditório como poder de influência, isto é, não basta o contraditório sob o ponto de vista formal, que se consubstancia quando a parte pode participar do processo, mas é necessário prestigiar o contraditório sob o ponto de vista material, quando a participação da parte é capaz de influir na decisão proferida (GAJARDONI, 2008, p. 92).

O contraditório não se cinge à mera ciência dos atos e termos do processo, mas deve ter como corolário o princípio da cooperação processual, pelo qual os juízes e as partes devem, em conjunto, cooperar com boa-fé na administração da justiça (GAJARDONI, 2008, p. 92).

Como vimos, no modelo colaborativo ou participativo de organização do processo, o juiz dialoga com as partes, havendo um equilíbrio

entre a posição e as funções das partes e as do juiz (NUNES, 2008), o que, contudo, não afasta a imperatividade da jurisdição e a necessidade de submissão da parte ao seu comando dada a assimetria inerente à atuação estatal.

Os deveres impostos ao juiz (esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta) pelo debate dialógico autorizam-no a modificar o procedimento ou a suprimir atos, devendo, no entanto, respeitar o contraditório.

Além do contraditório, para a flexibilização procedimental, faz-se necessária a motivação das decisões judiciais (GAJARDONI, 2008, p. 92). É imprescindível que o órgão jurisdicional explicithe os motivos que justificam a flexibilização procedimental porque os fundamentos da decisão são “os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais” (CÂMARA, 2016, p. 277).

Sendo o mesmo entendimento válido às partes, na medida em que motivação das decisões é pauta de conduta, não apenas para os juízes, mas também para os jurisdicionados (LIPIANI, 2014, p. 55).

Assim, a flexibilização procedimental pelo julgador somente deve ocorrer quando a variação procedimental for eficaz para uma *melhor prestação da tutela jurisdicional*, devendo o julgador motivar a sua decisão, listando os *fundamentos* que justificam a flexibilização procedimental, respeitando sempre o *contraditório* formal e material.

4.3. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Conforme visto, a flexibilização procedimental é medida admissível somente quando for eficaz para uma melhor prestação da tutela jurisdicional.

Sendo medida excepcional, deve obedecer a critérios, pois não basta que a variação procedimental seja apta a tutelar eficazmente o direito material. Além de somente ser admissível quando a forma legal preestabelecida pelo sistema não for apta a tutelar eficazmente o direito

material, é necessário que prestigie o contraditório, resultado do processo dialógico, e que a decisão seja motivada.

A flexibilização, respeitando os critérios mencionados, tem sido reconhecida pelo STJ, que passou a consolidar a variação procedimental como mecanismo para uma melhor prestação da tutela jurisdicional.

O STJ já reconheceu a possibilidade de flexibilização quando a forma legal preestabelecida pelo sistema não se mostra a apta a tutelar eficazmente o direito material.

Nesse sentido, o STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.698.716/GO (BRASIL, 2018), decidiu que é admissível a determinação de emenda à petição inicial, mesmo após a citação do réu e a apresentação de defesa, quando não houver alteração no pedido ou na causa de pedir, conforme abaixo se transcreve na parte que interessa:

[...] Emenda à inicial após citação. Possibilidade, desde que inexistente alteração do pedido ou da causa de pedir. Admissibilidade de simples modificação do nomen juris da ação e do fundamento legal. Observância, ademais, do contraditório, com a possibilidade de aditamento à contestação [...]. É admissível a determinação de emenda à petição inicial, mesmo após a citação do réu e a apresentação de defesa, quando não houver alteração no pedido ou na causa de pedir. [...] A mera retificação do nomen juris da ação judicial e a alteração do fundamento legal em que se assenta a pretensão não implicam em modificação das causas de pedir remota ou próxima, de modo que é válida a determinação de emenda à inicial quando não são acrescentadas à petição inicial novos fatos ou novos fundamentos jurídicos da pretensão, inclusive porque observado o contraditório com a possibilidade de aditamento à contestação inicialmente apresentada pelos réus [...] (STJ (3. Turma). REsp 1.698.716/GO. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 11/09/2018. DJe 13/09/2018).

Na espécie, pleiteavam os recorrentes a extinção do processo sem resolução de mérito por ter sido determinada a emenda à inicial em 1.º grau de jurisdição, após a apresentação de contestação pelos recorrentes, por meio da qual se permitiu a correção do nome e do fundamento legal da ação judicial. Segundo os recorrentes, tal fato teria desencadeado uma série de

vícios processuais insanáveis, como a inépcia da petição inicial por ausência das causas de pedir correspondentes aos novos pedidos.

No voto da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2018, p. 10), ficou assentado que, quando a emenda à inicial não promover uma alteração no pedido ou na causa de pedir remota ou próxima, mas significar apenas uma correção na nomenclatura da ação judicial e em seu fundamento legal, como se deu na espécie, não há modificação da hipótese fática trazida na petição inicial (causa de pedir remota), nem da fundamentação jurídica (causa de pedir próxima).

A Corte Superior, ao decidir pela possibilidade de emenda da inicial após o oferecimento da contestação quando tal diligência não ensejar a modificação do pedido ou da causa de pedir, prestigia os princípios do aproveitamento dos atos processuais, da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia e da efetividade processuais, mostrando que a medida de flexibilização procedimental vai ao encontro da melhor prestação da tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.574.755/PE (BRASIL, 2016a), o STJ decidiu pelo indeferimento de produção probatória por julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob a prerrogativa do livre convencimento motivado do juiz (art. 131 do CPC/1973, atual art. 371 do Código de 2015), conforme se transcreve:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DA CORTE REGIONAL. SÚMULA 7/STJ. [...] Não se constata a violação aos arts. 330 e 332 do CPC, por suposto cerceamento do direito de defesa, pois, de acordo com a jurisprudência consagrada nesta Corte, de fato, é facultado ao julgador o indeferimento de produção probatória que julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob o pálio da prerrogativa do livre convencimento STJ (1. Turma). AgRg no REsp 1.574.755/PE. Relator: Min. Sérgio Kukina. DJ 03/03/2016a).

Na espécie, foi afastada a realização das provas pleiteadas pelas partes, sob o argumento de que eram diligências inúteis e protelatórias, não

havendo cerceamento de defesa ou violação a direito, quando ausente justificativa da utilidade do meio de prova pretendido. Sendo, o referido entendimento pacífico até os dias atuais:

[...] caso o Magistrado, analisando as provas dos autos, entender não haver necessidade de produzir as provas indicadas pelas partes, sobretudo quando ausente justificativa da utilidade do meio de prova pretendido, não há que se falar em cerceamento de defesa [...] (STJ (1. Turma). AREsp 1.678.161/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJ 08/05/2020a).

A flexibilização procedimental acatada pelo STJ foi ao encontro da norma prevista no inciso VI do artigo 139 do CPC, que prevê a possibilidade de o juiz “alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

No mesmo sentido, o Ministro do STJ Humberto Martins (BRASIL, 2016b, p. 6), ao apreciar um julgado correlato ao tema, no qual era relator, teve a oportunidade de afirmar que cabe ao magistrado determinar a conveniência e a necessidade da produção probatória, mormente quando, por outros meios, já esteja persuadido acerca da verdade dos fatos. De modo que não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte, quando devidamente demonstrada a instrução do feito e a presença de dados suficientes para a formação do convencimento, conforme se transcreve:

Julgamento antecipado da lide com dispensa de prova pericial. [...] Cabe ao magistrado determinar a conveniência e a necessidade da produção probatória, mormente quando, por outros meios, já esteja persuadido acerca da verdade dos fatos (STJ (2. Turma). AgInt no AREsp 863.439/SP. Relator: Min. Humberto Martins. DJ 07/04/2016b).

Nas decisões do STJ que seguem a mesma linha, é reiterada a necessidade da motivação da decisão. No julgamento do Agravo em Recurso Especial 1.452.384/SP (BRASIL, 2019a), o Ministro relator Sérgio Kukina esclarece que, na faculdade dada ao julgador para indeferir produção probatória que julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob

o pálio da prerrogativa do livre convencimento que lhe é conferida pelo artigo 370 do CPC/2015, cabe-lhe expor fundamentadamente o motivo de sua decisão.

[...] “É facultado ao julgador o indeferimento de produção probatória que julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob o pálio da prerrogativa do livre convencimento que lhe é conferida pelo art. 370 do CPC/2015, seja ela testemunhal, pericial ou documental, cabendo-lhe, apenas, expor fundamentadamente o motivo de sua decisão [...]” (STJ (Decisão monocrática). AREsp 1.452.384/SP. Min. Sérgio Kukina. DJ 16/05/2019a).

Como se pode constatar, a posição do STJ sobre a flexibilização da produção das provas amolda-se ao processo cooperativo, que exige um juiz ativo no centro da controvérsia, buscando a concretização da tutela efetiva, célere e adequada, variando o procedimento quando for mais adequado à prestação jurisdicional, submetendo, obviamente, todas as decisões ao contraditório e motivando suas decisões. Em outros julgados, o STJ já reconheceu a possibilidade de flexibilização quando a *formalidade legal é excessiva*.

É pacífico o entendimento do STJ quanto à dispensa da intimação para regularizar representação processual, quando o advogado notifica previamente a parte da sua saída. Nesse sentido:

[...] “Renúncia do patrono regularmente comunicada. Não constituição de novo advogado pela parte. Desnecessidade de intimação para regularizar. [...] A renúncia de mandato regularmente comunicada pelo patrono à parte, na forma do art. 112 do CPC, dispensa a determinação judicial para intimação da parte com vista a regularizar a representação processual” (STJ (3. Turma). AgInt no REsp 1.848.010/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ 04/06/2020b). No mesmo sentido: “Renúncia de mandato. Art. 112 do CPC de 2015. Ciência da parte. Ausência de regularização de representação. Desnecessidade de intimação da parte” (STF (4. Turma). EDcl no AgInt no REsp 1.558.743/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJ 18/12/2017).

A Corte flexibilizou a regra do artigo 76 do CPC/2015, que prevê que “verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício”.

Decidindo que, existindo a regular comunicação da renúncia do mandato do patrono ao seu constituinte, na forma do artigo 112 do CPC, é dispensável a determinação judicial para intimação da parte para regularizar a representação processual, sendo ônus do constituinte providenciar a constituição de novo causídico

Nesse sentido, ao flexibilizar o ato de intimação, o STJ privilegia o princípio da cooperação, pois repassa mais responsabilidade à parte, a qual, no momento da notificação, deve promover imediatamente um novo procurador, e não simplesmente esperar passivamente pela ordem do juízo. Afinal, a cooperação processual centra-se na participação mais ativa das partes no resultado do ato jurisdicional, dando-lhes condições de influir e de contribuir, concretamente, na formação da decisão do magistrado.

Por outra perspectiva, o referido entendimento, além de ser algo excepcional, retrata uma possibilidade (não há obrigatoriedade de dispensa). Por isso, nada impede que, ante as necessidades do caso concreto, o juiz intime a parte para retificar a representação, a fim de resguardar o princípio da isonomia. Com efeito, no processo cooperativo, é necessário que as partes estejam em igualdade de condições para dialogar e assim buscar a concretização dos seus interesses no plano processual.

Em outros julgados, o STJ tem flexibilizado a regra legal em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visando aproximar os resultados do processo do escopo social da lide.

Em vários julgados, o STJ tem decidido pela flexibilização do alcance do § 3.º do artigo 85 do CPC, que versa sobre a condenação em honorários da Fazenda Pública, com base na aplicação do § 8.º do mesmo dispositivo, nos casos em que a fixação dos honorários remunera excessivamente o trabalho do patrono, considerando a singeleza da demanda, desbordando dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido:

Nas ações de valor prefixado, a verba honorária não deve ser estabelecida com a exclusão desse elemento quantitativo, de forma a aplicar ao caso concreto os valores da razoabilidade e da

proporcionalidade para adequar o valor fixado a título de honorários advocatícios à realidade do ocorrido no processo (STJ (1. Turma). REsp 1.771.147/SP. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 05/09/2019. DJ 25/09/2019b). No mesmo sentido: “[...] Acolhimento da exceção de pré-Executividade. Arbitramento dos honorários advocatícios. Interpretação conjunta do art. 85, §§ 3.º e 8.º do CPC/2015, destinada a evitar o enriquecimento ilícito ou desproporcional. Possibilidade” (STJ (2. Turma). REsp 1.789.913/DF. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 12/02/2019. DJ 11/03/2019c).

Enfim, o atual CPC de 2015 trouxe inovações acerca da condenação da Fazenda Pública em honorários, afastando regra da legislação revogada que previa a fixação por equidade.

Prevê o atual sistema processual a aplicação da equidade apenas para a majoração dos honorários contra a Fazenda Pública e determina que a fixação se dê com base no § 3.º do artigo 85 do CPC, em que se criou uma tabela de valores a serem seguidos.

Art. 85. [...] § 3.º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2.º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Ocorre que, em muitas situações, a referida regra revela-se desarrazoada, onerando a Fazenda Pública, principalmente quando o valor da causa é excessivamente alto e o trabalho do advogado acaba sendo simples e descomplicado, em razão da baixa complexidade da causa, da curta duração do processo e da ausência de maior dilação probatória. Por isso, o STJ firmou o entendimento pela flexibilização do alcance do § 8.º do

artigo 85 do CPC quando há remuneração excessiva do trabalho do advogado, dada a singeleza da demanda.

Art. 85. [...] § 8.º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º.

No julgamento do Recurso Especial 1.771.147/SP (BRASIL, 2019b), que versava sobre execução fiscal extinta mediante exceção de pré-executividade não resistida, cujo valor da causa era elevado, o STJ encampou esse entendimento, nos seguintes termos.

[...] Extinção mediante exceção de pré-executividade. Assentimento imediato da Fazenda Pública exequente. Cancelamento do débito. Condenação da Fazenda ao pagamento das custas processuais. Cabimento. Honorários advocatícios fixados, no Tribunal de origem, em R\$ 4.000,00 mediante apreciação equitativa (STJ (1. Turma). REsp 1.771.147/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ 05/09/2019b).

No julgado acima, o Ministro Napoleão Nunes, considerando que o trabalho do advogado não foi dos mais extensos, inferiu que a aplicação da regra prevista no § 3.º do artigo 85 do CPC demonstrava-se “excessivamente apegada à literalidade das regras legais” e considerou sua aplicação um “demasiado amor ao formalismo, desconsiderando a pressão dos fatos processuais, em apreço ao cumprimento da lei em situação que revela a sua acintosa inadequação”. Afirma:

Oportuniza-se, neste caso, fixar-se que, mesmo sob a sistemática juspositivista, o poder judicial de alterar ou adaptar as determinações nas leis escritas não se reduz à insignificância. Se tal ocorresse se estaria retornando ao direito antigo, no qual era praticamente igual a zero a alternativa de o julgador interpretar as leis, buscando a sua adequação factual (BRASIL, 2019b, p. 12).

Conforme se observa, os julgados da Corte Superior de Justiça vão ao encontro da flexibilização procedimental, admitindo a variação procedimental quando a forma legal preestabelecida pelo sistema não for apta a tutelar eficazmente o direito material ou for excessiva, mas sempre em decisão fundamentada e prestigiando o contraditório.

5. Conclusão

O procedimento comum, em regra, deve ser seguido, a fim de que seja preservada a previsibilidade dos atos e, com isso, a segurança jurídica. No entanto, nem sempre o direito material trazido a juízo pode ser fielmente tutelado com as normas do procedimento padrão. Daí a necessidade de, excepcionalmente, flexibilizar o rito previsto legalmente para garantir a efetividade do processo.

A adequação ou flexibilização do procedimento é técnica que permite ao juiz a adaptação do procedimento ao caso concreto, trazendo ao rito meios eficazes para a solução mais adequada dos conflitos de direito material levados a juízo, de modo a tornar efetivo o ideal de uma jurisdição eficiente, verdadeiramente capaz de cumprir o princípio constitucional do acesso à justiça.

Contudo, a flexibilização procedimental pelo julgador somente deve ocorrer quando a variação procedimental for eficaz para uma melhor prestação da tutela jurisdicional, devendo o julgador motivar a sua decisão, listando os fundamentos que justificam a flexibilização procedimental, respeitando sempre o contraditório formal e material. Nesse sentido, os julgados da Corte Superior de Justiça têm admitido a variação procedimental quando a forma legal preestabelecida pelo sistema não for apta a tutelar eficazmente o direito material ou for excessiva, mas sempre em decisão fundamentada e prestigiando o contraditório.

Referências

AVELINO, Murilo Teixeira. Sobre a *atipicidade* dos negócios processuais e a hipótese *típica* de calendarização. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção Novo CPC, doutrina selecionada**: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 1111-1129.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. Breve análise sobre flexibilização procedimental por meio de negócio jurídico processual no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. **Revista Jurídica da UNIFIL**, [s.l.], v. 15, p. 173-194, 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Agravo em Recurso Especial 1.452.384/SP. Relator: Min. Sérgio Kukina. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 16 maio 2019a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Agravo em Recurso Especial 1.678.161/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 6 maio 2020. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 8 maio 2020a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1.574.755/PE. Relator: Min. Sérgio Kukina. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 9 mar. 2016a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial 1.771.147/SP. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5 de setembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 25 set. 2019b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 863.439/SP. Relator: Min. Humberto Martins, 7 de abril de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 15 abr. 2016b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1.789.913/DF. Relator: Min. Herman Benjamin, 12 de fevereiro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 mar. 2019c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.698.716/GO. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 set. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1.848.010/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 1.º de junho de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 jun. 2020b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial 1.558.743/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 12 de dezembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 dez. 2017.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 135-164, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador: JusPodivm, 2018.

- FEITOSA, Dulce Anne Freitas. **Flexibilização procedimental como técnica de efetivação da tutela jurisdicional**. 2019. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et al. (coord.). **Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 251-258. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4230958/mod_resource/content/1/Galeno%20Lacerda%20-%20-%20Codigo%20como%20Sistema%20de%20Adequacao.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018.
- LIPIANI, Júlia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. **Civil Procedure Review**, München, v. 5, n. 2, p. 45-72, May/Aug. 2014. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=235:reconstrucao-do-interesse-recursal-no-sistema-de-forca-normativa-do-precedente&catid=78:pdf-revista-n2-2014. Acesso em: 8 nov. 2017.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Flexibilização procedimental no quadro da tutela jurisdicional diferenciada. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (org.). **Tutela provisória**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 115-144.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MATTA, Darilê Marques da. O processo colaborativo para busca da efetiva tutela jurisdicional. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 133-156, jul./dez. 2015.
- MILMAN, Isabel. Formalismo processual e adequação: flexibilidade, cooperação e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 44, v. 298, p. 57-76, dez. 2019.
- NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 27, p. 22-51, jan./mar. 2003.
- OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2018.
- ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização do procedimento e sua abordagem na tramitação legislativa do novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 664-683, jul./dez. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017.

RODRIGUES, Camila de Souza. A negociação processual prevista no novo Código de Processo Civil. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, Ano X, n. 17, p. 1-16, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima17/4-A-Negociacao-Processual-Prevista-No-Novo-Codigo-De-Processo-Civil-Rodrigues.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p. 377-415, jan./jun. 2015.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção Novo CPC, doutrina selecionada**: procedimento comum. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 183-202.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo Código de Processo Civil**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 238-255, set./dez. 2017.

Artigo recebido em: 30/11/2020

Aceito para publicação em: 04/01/2022

A Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Antecedente e os Recentes Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.760.966-SP e REsp 1.797.365-RS

The stabilization of urgent provisional measures and the recent interpretations given by the Brazilian Superior Court of Justice: 1.760.966-SP and 1.797.365-RS

Isadora Minotto Gomes Schwertner¹
Georgia Zielinski²

Resumo: A pesquisa busca analisar as tutelas provisórias e suas modalidades como instrumentos do processo civil, observada a função constitucional do processo. Possui também como objetivo central a análise do procedimento legal de estabilização da tutela provisória antecipada concedida de maneira antecedente e os meios para evitar a estabilização, observados os princípios constitucionais. À vista disso, levantaram-se referências bibliográficas acerca do tema, passeando pelos conceitos de tutela provisória, tutela provisória de evidência, tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada, bem como a hipótese de cabimento e o procedimento de estabilização. Particularmente, o procedimento da estabilização é estudado conforme definição do artigo 304 do Código de Processo Civil e pelas interpretações deste dispositivo legal pelo Superior Tribunal de Justiça até o momento. Assim, evidenciam-se divergências de entendimento sobre a concretização e o rito do instituto de estabilização entre a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial nº 1.760.966-SP e a Primeira Turma ao julgar o recurso especial nº 1.797.365-RS. Ao final, conclui-se pela defesa da interpretação literal do dispositivo como procedimento legal cabível, em respeito ao aspecto constitucional do processo e à vontade do legislador.

Palavras-chave: Processo civil. Estabilização. Tutela provisória. Urgência.

¹ Doutora em Direito do Estado e das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná (2016). Possui mestrado em Direito Constitucional Econômico pela Universidade de Marília (2008), especialista em direito civil e processo civil pela Universidade Estadual de Londrina (2003) e graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Atualmente é professora adjunta da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2005), professora da Faculdade de Foz do Iguaçu (FAFIG), professora do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ) e professora do Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas - UDC (2006).

² Pós-graduanda em Advocacia Cível pela Escola Brasileira de Direito. Pós-graduanda (MBA) em Direito do Trabalho e Previdenciário com ênfase em Acidente de Trabalho pela Faculdade Legale. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Unioeste, campus Foz do Iguaçu (2019). Advogada.

Abstract: The present research seeks to analyze the “provisional tutelage”, also known as “interim measures”, and its modalities as instruments of the civil procedure, with its constitutional function. Also, it has the central objective to analyze of the procedure of stabilization of the provisional tutelage and how to avoid stabilization, withstanding the constitutional principles. Bibliographical references were raised on the subject. The provisional tutelage and its species, as well as the injunction, the incidental moment and antecedent moment of the tutelage, and the hypothesis and procedure for the stabilization were conceptualized as well, and the procedure for the stabilization is studied according to the definition of article 304 of the Civil Procedure Code and the interpretations given by the competent superior court so far. As a result of the study, there are shown many divergences of understanding about the procedure among the Third Chamber of the Superior Court of Justice while judging the appeal named as “recurso especial” nº 1.760.966-SP and by the First Chamber while judging the “recurso especial” nº 1.797.365-RS. Therefore, the most literal interpretation of the article is defended, in respect of the constitutional aspect of the civil procedure and the will of the legislator.

Keywords: Civil procedure. Provisional tutelage. Stabilization. Urgency.

1. Introdução

O processo civil consiste em meio de resolução de conflitos com fim de manutenção da estrutura e soberania do Estado, manifestando-se por juiz imparcial e pela jurisdição, com amparo constitucional e objetivo de equilíbrio social.

Procura-se então analisar as tutelas provisórias como instrumentos do processo civil, consagrados no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.105/2015, observada a função constitucional do processo. Busca-se também, em particular, determinar qual o procedimento legal que deve ser aplicado para que a tutela provisória de urgência antecipada antecedente se estabilize.

O devido processo legal, a inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça são alguns dos princípios que sustentam o processo civil como instrumento que gera efeitos práticos por meio de uma tutela jurisdicional efetiva e justa. A celeridade, a duração razoável do processo, a proporcionalidade, razoabilidade e a eficiência também são pilares do processo civil, na forma definida na Lei nº 13.105 de 2015.

Nestas circunstâncias, o legislador forneceu meios de obtenção da tutela jurisdicional final pela parte interessada, com exaurimento da cognição, como também forneceu os institutos das tutelas provisórias, permitindo a efetivação provisória da tutela para situações excepcionais que não possuam tendência para a definitividade.

O estudo do instrumento adequado a evitar a estabilização e das interpretações do termo “respectivo recurso” é feito a partir do texto legal, contraposto com a decisão prolatada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de nº 1.760.966-SP em 2018, e também em face da decisão prolatada pela Primeira Turma no Recurso Especial de nº 1.797.365-RS, de 2019.

Nesta medida, a pesquisa se justifica, principalmente, nas dúvidas acerca da aplicação prática do instituto no processo civil, considerando a nebulosidade, as controvérsias e a efetividade do tema analisadas por parte da doutrina e por parte da Terceira Turma e Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ao fim, são investigadas as diferenças e as semelhanças entre as interpretações doutrinária e jurisprudencial, para averiguação das consequências práticas do instituto.

A pesquisa foi feita, essencialmente, pelo levantamento de referências bibliográficas, e houve, em especial, a análise do teor dos votos e das ementas dos julgamentos dos recursos especiais citados, considerando os indícios de aparente controvérsia de entendimento entre as Turmas.

2. A tutela provisória

A jurisdição resulta tanto da evolução do direito quanto da complexidade da sociedade, possuindo origem na necessidade de solução de conflitos, enquanto os resultados práticos da matéria de jurisdição se referem ao conceito de tutela jurisdicional, conforme Assis e Lopes (2018, p. 09-22).

A função contemporânea constitucionalmente consagrada do processo como atividade jurisdicional se desenvolve essencialmente através de obediência a procedimento pré-estabelecido em lei, observado o contraditório, o devido processo legal, a inafastabilidade da jurisdição e demais princípios (ALVIM, A., 2019).

As normas processuais cíveis do ordenamento jurídico brasileiro estão dispostas na Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015), em obediência às normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), com atenção ao direito de acesso à justiça e de celeridade processual.

A partir destas observações, depreende-se que o processo é instrumento de tutela do direito material, o qual permite a efetivação da tutela jurisdicional, compreendendo os princípios de efetivo acesso à justiça, segurança jurídica, celeridade processual, e, também a busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

Em consideração às normas constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro, o legislador arquitetou o dispositivo da tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015 como forma de concretização e garantia de efetivação do direito com maior celeridade, tendo como plano de fundo o processo especial cautelar, os procedimentos cautelares em espécie, e a antecipação da tutela, previstos, respectivamente, no artigo 796 e seguintes, no artigo 813 a 889 e no artigo 273 do revogado Código de Processo Civil de 1973 (AMARAL, 2018).

Preleciona Thamay (2018) que o ordenamento jurídico brasileiro possui especial fundamento para as tutelas provisórias com base no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, pela inafastabilidade da jurisdição, e Assis e Lopes (2018, p. 32) complementam o raciocínio ao lecionar que “a ideia de acesso à justiça é indissociável da do devido processo legal”.

Nestas circunstâncias, a tutela provisória foi concebida para a satisfação do direito material em situações que o direito material esteja em perigo ou evidente, mas sem tender para a definitividade, tendo em vista

que a tutela se sujeita à modificação após o exaurimento e aprofundamento da cognição (RIBEIRO, 2016).

É nesta medida que, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 378), a decisão provisória “tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte.”

Diante disto, Theodoro Júnior (2015, p. 608) apresenta a lição de que em determinados casos a espera da lide gera prejuízos ou risco de prejuízos que comportem a efetividade da tutela, enquanto o ônus do tempo recai sobre a parte que se apresenta em juízo, de modo que “criam-se, então, técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído”.

Para Câmara (2017, p. 143), tutelas provisórias são “tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza)”.

O CPC dispõe procedimentos, requisitos, hipóteses de cabimento diversas frente a cada caso em concreto, no que se refere às classificações das espécies do gênero de tutela provisória. A tutela provisória se divide em tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência, e aquela se subdivide em tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar (BRASIL, 2015).

Todas as tutelas provisórias podem ser concedidas incidentalmente, no curso do processo, a pedido da parte interessada. No entanto, apenas as tutelas de urgência podem ser concedidas liminarmente em momento antecedente ao ajuizamento da petição inicial, uma vez que a tutela de evidência cabe apenas incidentalmente, nas hipóteses taxativas dispostas nos incisos do artigo 311 do CPC.

O procedimento do pedido de tutela provisória jamais demandará ação autônoma, nos atuais moldes da lei. Assim, Ribeiro (2016, n.p., cap. 17)

detalha a técnica procedimental do pedido de tutelas provisórias incidentais, que “devem ser requeridas no bojo do processo pré-existente, por simples petição.”

Oportuno detalhar que a tutela provisória de evidência tem cabimento apenas para pretensão fundamentada com grande solidez e alta probabilidade, amparada na presunção legal do artigo respectivo (DIAS, 2018, p. 41), desde que se enquadre nas hipóteses taxativas da lei, ao passo em que a tutela provisória de urgência é objeto do estudo e será aprofundada nos tópicos subsequentes.

Muito embora a tutela de evidência possa ser concedida apenas incidentalmente, permite-se o julgamento liminar do pedido, antes da citação da parte adversa, para casos específicos de prova robusta com tese sedimentada e de prova robusta com pedido reipersecutório.

Em contrapartida, a tutela provisória de urgência admite julgamento liminar, seja ela cautelar ou antecipada e independentemente do momento do pedido. Liminar “significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados inaudita altera parte, ou seja, antes da citação do demandado” (NEVES, 2018, p. 483).

Cabe mencionar que, quando há a concessão liminar de pedido, o contraditório das partes é diferido, tratando-se de permissão do legislador para que o magistrado profira decisão sem que uma das partes seja previamente ouvida, conforme disposição do artigo 9º, parágrafo único, incisos I e II do CPC (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 161).

Exposta a finalidade e as espécies das tutelas provisórias, com detalhes dos momentos oportunos para o pedido e concessão da tutela, esmiuçando-se o conceito de liminar, e, ultrapassando breve explanação da tutela provisória de evidência, a presente pesquisa passa ao estudo com enfoque na tutela provisória de urgência.

2.1. Tutelas provisórias de urgência

Enquanto a tutela provisória de evidência é cabível apenas incidentalmente, a tutela provisória de urgência antecipada cabe antecedente e incidentalmente, e, da mesma maneira, a tutela provisória de urgência cautelar cabe tanto em momento antecedente quanto em momento incidental.

Via de regra, as tutelas de urgência concedidas liminarmente em momento antecedente dependem de posterior aditamento da petição inicial para que seja dada a continuidade ao processo, quando houver interesse no exaurimento da cognição. Ademais, a tutela de urgência antecipada concedida em momento antecedente pode ser estabilizada, enquanto a tutela de urgência cautelar antecedente e todas demais tutelas provisórias concedidas incidentalmente não possuem permissão equivalente.

Em análise da urgência, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 382) declaram que “a atipicidade da tutela da tutela de urgência, como da tutela jurisdicional em geral, está ligada à necessidade de se oferecer uma cobertura o mais completa possível às situações substanciais carentes de proteção.”

Nestes termos, em razão da dispensa de cognição exauriente e das exigências legais para a concessão, as tutelas provisórias de urgência tendem a ser substituídas por posterior tutela definitiva (RIBEIRO, 2018, n.p., introdução).

Ao analisar a tutela cautelar e a tutela antecipada, Ribeiro (2018, n.p., cap. 3) esclarece que “a diferença entre ambas não reside na sua essência, mas tão somente na forma como se exteriorizam”, pois ambas exigem a presença dos elementos consagrados como probabilidade do direito da parte requerente e como exposição de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo consideradas fungíveis.

Medina (2017, n.p.) bem explica que a tutela antecipada “consiste em antecipação de efeitos do resultado; a tutela cautelar, em segurança para que se possa usufruir de tal resultado”, enquanto, para Marinoni (2018,

n.p.), a tutela antecipada é tutela de direito material e tutela cautelar é tutela de segurança de direito.

Ainda, “a tutela antecipada é a própria tutela de direito ambicionada pela parte mediante o exercício da ação. É a tutela de direito que o autor pretende obter ao final do processo, mas que é concedida antecipadamente em virtude de perigo de dano.” (MARINONI, 2018, n.p.)

Nas palavras de Neves (2018, p. 503), “tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito”.

Não obstante a via de mão dupla dos requisitos, as tutelas de urgência possuem diferenças procedimentais específicas quando requeridas em momento antecedente (BUENO, 2018, p. 400), destacando-se, em especial, a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente (ALVIM, A., 2019).

Diante disso, preleciona Wambier e Talamini (2016, p. 889) que “em parte por um simples capricho, estabeleceram-se procedimentos relativamente diferentes para a tutela antecedente de cada uma dessas duas espécies de tutela de urgência.”, enquanto para Gomes (2018, p. 60), “o novo CPC diferenciou radicalmente tutela cautelar e tutela antecipada, não tanto por seus fundamentos, mas por suas consequências, de modo que é imperioso ao intérprete diferenciá-las.”

Assim, ressalta que apesar de a Lei nº 13.105 de 2015 ter promovido unificação e estabelecido regime único para as espécies de tutelas provisórias de urgência, houve a manutenção da diversidade de técnicas das tutelas provisórias (SOUZA; REIS, 2017, p. 70), a exemplo da hipótese de estabilização, “que se limita somente as hipóteses das antecipatórias em caráter antecedente, sendo diferentes os procedimentos para efetivação das tutelas cautelares e satisfativas requeridas em caráter antecedente” (SOUZA; REIS, 2017, p. 70).

Ademais, o CPC demanda também a reversibilidade dos efeitos da tutela a ser analisada pelo juízo como requisito para sua concessão, seja incidental ou antecedente, embora possa ser afastada em casos de maior urgência, a depender da fundamentação do procurador da parte que pleiteia a tutela cautelar ou antecipada.

Enfim, a tutela provisória de urgência cautelar visa a proteção de determinada situação para que a possível fruição de direito seja viabilizada, “sob ampla variabilidade judicial” (DIAS, 2018, p. 118), e a tutela provisória de urgência antecipada literalmente antecipa e adianta os efeitos da possível decisão de sentença.

Justamente por tais motivos, “a tutela cautelar funciona sob o signo da referibilidade, e a tutela antecipatória, sob a forma de um provimento satisfativo” (DIAS, 2018, p. 50), e que “resta evidente que a tutela cautelar e a tutela antecipada, neste aspecto, têm uma diferença bastante clara que é exatamente a capacidade de gerar efeitos satisfativos sob o critério da hipotética procedência” (DIAS, 2018, p. 56).

Dias (2018, p. 54-57) melhor explica que pela condição de referibilidade, a tutela cautelar não possui “condições objetivas de veicular qualquer solução que impliquem em fruição de direitos que se constituem em objeto de disputa na ação principal, isto é, de mérito”, enquanto que, pela satisfatividade da tutela antecipada, há exame contingente de eventual procedência da relação de direito material.

Enfim, é possível que a parte pleiteie tutela de urgência incidental, ou até antecedente, por consequência da urgência e da busca de celeridade. Quando o pedido da tutela de urgência for antecedente, sem cabimento ou interesse da estabilização, a parte deve se limitar a expor os fatos em petição simples e indicar o pedido de tutela final, sumarizando-o, comprometendo-se a complementá-lo e demonstrando a probabilidade do direito e o perigo do dano (ALVIM, A., 2019).

Inclusive, “o sistema recursal na tutela cautelar antecedente é mais simples do que o da tutela antecipada antecedente (art. 303), porque não existe a possibilidade de vir a estabilizar-se, nos moldes do art. 304” (ALVIM, J. E. C., 2016b, p. 187), voltando-se para circunstâncias laterais ao direito material principal pretendido (DIAS, 2018, p. 50-51).

Em defesa da interpretação literal da redação do artigo 304 e da aplicação da técnica de estabilização apenas para a tutela provisória de urgência antecipada antecedente, Ribeiro (2018, n.p.) complementa que “a técnica conservativa empregada pela tutela cautelar presume a adoção de uma providência protetiva temporária, que deve ser eficaz até que a parte possa ser satisfeita pelo pedido principal”, dificultando a aplicação do raciocínio de estabilização para tutela cautelar.

Ao fechar esta reunião de fundamentos apresentados com o objetivo de tornar o tema da tutela provisória inteligível, vem à tona a concretização das tutelas de urgências antecipadas, que objetivam a imediata efetivação da tutela do direito requerido e permitem sua fruição em momento anterior ao exaurimento da cognição.

“A técnica antecipatória é uma resposta à impossibilidade prática de supressão do tempo que o processo normalmente consome para prestação da tutela jurisdicional final” (MITIDIERO, 2017, n.p., parte III) e é técnica revestida de caráter normativo na França, Bélgica, Itália, Argentina, Espanha e Uruguai, embora possuísse previsão legal expressa somente no ordenamento jurídico francês, belga e italiano, os quais constituíram espécie de infraestrutura de elaboração da tutela antecipada para o legislador brasileiro (RIBEIRO, 2018, n.p.).

O objeto da tutela antecipada do processo civil brasileiro se confunde total ou parcialmente com o objeto da tutela jurisdicional final, que é o pedido principal (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 647), antecipando os efeitos da tutela final pleiteada para o plano fático, desde que preenchidos os

requisitos de urgência, em face da “predisposição para a produção de efeitos satisfativos” (DIAS, 2018, p. 56).

Recorda-se que a tutela jurisdicional é o resultado prático da decisão derivada da atividade jurisdicional, e, via de regra, resulta da cognição exauriente e do transcurso do devido processo legal, constituída de definitividade, e que o resultado prático pode ser antecipado através da cognição sumária inerente à tutela antecipada, apesar de desprovido de caráter definitivo (ASSIS; LOPES, 2018, p. 111).

A cognição sumária, caracterizadora da tutela provisória, é fundada em juízo de verossimilhança, privilegiando a efetividade da jurisdição em face da segurança jurídica para casos de antecipação, ao antecipar a fruição do bem da vida pretendida pela parte que ingressou em juízo (CARDOSO, 2017, p. 33 e 57).

Especialmente, a cognição sumária inerente à tutela antecipada permite que a parte interessada viva “como se já tivesse vencido” a ação judicial, satisfazendo seu interesse e atendendo o direito material antes da publicação de posterior decisão que julgue a lide definitivamente (MEDINA, 2017, n.p.).

Para Dias (2018, p. 50-51), “quando se reconhece desde o início o direito à parte, por meio de tutela antecipada, assegura-se a ela, de imediato, a possibilidade de fruir, isto é, de exercer concretamente o seu direito.” e Marinoni et al (ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 378) descrevem ainda que “apenas pode ser concedido provisoriamente aquilo que pode sê-lo definitivamente. A técnica antecipatória não pode prestar uma tutela do direito que se encontra fora da moldura da tutela final.”

Diante disso, “a tutela antecipada, quando requerida incidentalmente, pode ser concedida a qualquer momento do processo, o que significa no início, com a propositura da demanda, até o final, com o trânsito em julgado” (NEVES, 2018, p. 532) e “assim como a sentença e os meios executivos servem para viabilizar a tutela final, a decisão antecipatória e os meios

executivos a ela adequados têm o objetivo de permitir a antecipação da tutela” (MARINONI, 2018, n.p.).

Logo, a tutela de urgência antecipada, seja antecedente, seja incidental, sempre visa o adiantamento dos efeitos do pedido final, enquanto investida de provisoriedade. Diante de situação fática em que há urgência e probabilidade do direito, a parte pode decidir entre realizar o pedido de tutela de urgência antecipada em momento antecedente ou incidental para que a tutela possa ser usufruída até quando proferida nova decisão judicial.

Não obstante, a tutela de urgência antecipada antecedente extrapola tal finalidade ao permitir que a parte opte entre o ajuizamento de petição inicial para posterior aditamento ou entre o ajuizamento de petição inicial com propósito de estabilização, conforme redação, respectivamente, do artigo 303, parágrafo primeiro, inciso um e artigo 304 do CPC. Gomes (2018, p. 66) explica:

Ora, o procedimento antecedente de requerimento da tutela antecipada tem, para a parte, duas finalidades. A primeira delas é a possibilidade de receber alguma tutela jurisdicional quando não há tempo hábil para a elaboração de uma petição inicial, com exposição completa da lide e dos pedidos. A segunda é a obtenção da estabilização incidente sobre a tutela antecipada eventualmente concedida por decisão não recorrida.

Como decorrência lógica, “se, por exemplo, o autor desde logo formula o pedido de tutela final e requer já na inicial, incidentalmente, a antecipação de tutela, e essa é concedida, se não houver recurso, a tutela antecipada não se estabilizará” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 891-892).

Justamente por estes motivos que basta o preenchimento dos requisitos e a apresentação do pedido em simples petição para requerimento das tutelas antecipadas incidentais, enquanto há dois procedimentos próprios, a depender dos cenários, para requerimento das tutelas antecipadas antecedentes (ASSIS; LOPES, 2018, p. 156).

3. A tutela provisória de urgência antecipada antecedente

Quando a tutela provisória de urgência antecipada é requerida em caráter antecedente, cabe à parte optar pelo procedimento de exaurimento da cognição e solicitar ao juízo a intimação para aditamento da petição inicial, ou para que seja observado o rito próprio com tendência à estabilização. Ambos procedimentos antecedentes estão indicados em obra de Theodoro Júnior (2016, p. 819):

Quando se referir à tutela satisfativa, exige-se que também se proceda “à indicação do pedido de tutela final”, que poderá ser confirmado e complementado [...]. O pedido, na espécie, pode limitar-se “ao requerimento da tutela antecipada”, caso em que a pretensão principal não será formulada se o réu não recorrer da medida liminar (art. 304). A tutela provisória se estabilizará, mas sem se revestir da autoridade da coisa julgada.

Precisamente, a parte possui à disposição as opções de requerimento de tutela antecipada antecedente apta a se estabilizar, requerimento de tutela antecipada antecedente sem opção de estabilização, ou requerimento de tutela antecipada incidental quando oportuno (CARDOSO, 2017, p. 93).

Caso o prosseguimento do processo seja de interesse da parte ao propor tutela antecedente, deve expressá-lo como pressuposto da petição inicial da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, em cumprimento ao dever de cooperação, ao princípio da boa-fé e ao contraditório (VARGAS, 2015, p. 141). Da mesma forma, a pretensão de estabilização deve ser expressa, se houver interesse.

Frente a omissão da petição antecedente e não preenchimento dos requisitos, deve o juiz intimar a parte para proceder à emenda da petição (VARGAS, 2015, p. 141). Logo, a emenda é a medida apropriada caso a parte não manifeste interesse em um dos dois procedimentos próprios da tutela antecipada antecedente.

Ademais, para Costa (2018, p. 637), “caso o autor silencie ou não manifeste expressamente sua vontade no sentido de se contentar com a tutela provisória, a decisão concessiva deve produzir efeitos imediatos, mas não se estabilizar.”

“O requerente não pode obter a estabilização e, ao mesmo tempo, inaugurar a fase de cognição exauriente do processo” (CARDOSO, 2017, p. 94) para adequada aplicação da técnica, e, “nos termos do art. 303, a parte terá duas possibilidades distintas: a) buscar exclusivamente a concessão da tutela antecipada satisfativa ou b) pretender tanto a tutela antecipada satisfativa quanto o pronunciamento judicial exauriente.”(DIAS, 2018, p. 119)

Como consequência, “a estabilização das tutelas antecipadas somente ocorre no procedimento antecedente, isto é, não se aplica aos pedidos formulados em caráter incidental, pois nesse último caso a postulação já é eminentemente exauriente” (DIAS, 2018, p. 126), ressaltando por mais uma vez a necessidade de pedido expreso de estabilização quando houver o interesse em requerimento antecedente.

Quando a parte não buscar a estabilização, deve obedecer aos dispositivos legais, informando a opção pelo regular prosseguimento do processo após o aditamento da petição inicial e comunicando a ânsia da concessão de tutela antecipada, face a probabilidade do direito e o perigo de dano. Em outros termos, o autor está autorizado a aditar a inicial após o deferimento da liminar apenas caso tenha feito “uso do procedimento de tutela antecipada antecedente sem fazer a opção pela estabilização” (CARDOSO, 2017, p. 93), e se não for feito o aditamento nesta hipótese, o processo será extinto.

Logo, quando a tutela antecipada antecedente sem pedido de estabilização é concedida, compete à parte aditar e complementar a petição inicial dentro de quinze dias ou prazo maior determinado pelo juízo, para que seja dada sequência ao exaurimento da cognição. Caso não a adite, a ação será extinta sem resolução de mérito e a tutela será desconstituída, sob responsabilidade do requerente.

A tutela antecipada antecedente sem opção de estabilização melhor se adequa em circunstâncias de maior urgência e com necessidade de

ajuizamento imediato de ação, além de exigência de exaurimento da cognição e aprofundamento da causa de pedir do pedido final (COSTA, 2018, p. 635).

Neste sentido, a medida liminar permite a satisfação do direito em tutela provisória de urgência antecipada antecedente antes da citação do réu, permitindo que seja imposto o “provimento imediato, porque, se se tiver de aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente, preveni-lo.” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 625-626)

Afinal, todo o exposto se assenta a explicar que a exposição sumarizada da lide é exigência para as tutelas concedidas em momento antecedente, e apontar a peculiaridade do caso da estabilização da tutela antecipada antecedente, em consideração à vontade da parte.

2.2. A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente

Ao apresentar a tutela provisória como novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador também optou por introduzir a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, com regras próprias, já na redação do anteprojeto da Lei nº 13.105/2015 (BUENO, 2018, p. 396). A tutela antecipada passou a ser ressignificada pela lei em questão diante da possibilidade de estabilização, com desnecessidade de confirmação por pronunciamento final (GOMES, 2018, p. 27).

Na hipótese de estabilização, a lide sumarizada é aquela que viria a ser objeto de aditamento e complementação, embora seja possível que aditamento não venha a ocorrer por expressa vontade da parte autora (ALVIM, J. E. C., 2016b, p. 100).

O legislador se baseou no direito estrangeiro ao desenvolver a redação do procedimento da estabilização, em lógica idêntica. Como consequência, existe um mesmo mecanismo processual que pode resultar em decisão com

cognição sumária e efeitos passíveis de rediscussão através da proposta de ação de cognição plena e exauriente tanto no direito brasileiro, como no direito francês, pelo *référé*, e no direito italiano, pela eficácia indefinidamente protraída de provimento cautelar de instrumentalidade atenuada (BONATO, 2017, p. 28).

Em conclusão, a tutela de urgência antecipada pode ser traduzida como “antecipação da forma de tutela capaz de atender ao direito material” (MARINONI, 2018, n.p.), e, quando antecedente, pode ser estabilizada para satisfazer interesse privado e “não tornar necessário o longo e tortuoso caminho oferecido pelo procedimento comum até uma resposta jurisdicional com algum grau de estabilidade para os anseios das partes” (GOMES, 2018, p. 79).

O procedimento diferenciado da tutela antecipada antecedente estabilizada definido no artigo 304 do CPC, como resultado da insuficiência das regras genéricas definidas entre o artigo 294 a 303, não afasta o caráter de provisoriedade da mesma (BUENO, 2018, p. 396).

O caráter provisório da tutela estabilizada, em comum com as demais tutelas provisórias, é confirmado ao passo em que o trânsito em julgado é completamente afastado, e, “[...] fosse ela “definitiva”, não haveria necessidade de nenhuma regra de direito positivo prescrevendo, ainda que em situação especial, sua estabilidade” (BUENO, 2018, p. 396). Isto posto, resta claro nesta etapa da pesquisa, que:

É preciso notar que aí há três contraposições. A primeira delas é que apenas a tutela antecipada satisfativa é apta a se estabilizar, e não a tutela cautelar. A segunda é que apenas a tutela antecipada requerida em procedimento antecedente pode sofrer a estabilização, ao contrário da tutela antecipatória requerida incidentalmente no processo. A terceira é que, [...], apenas a tutela de urgência pode estabilizar-se. (GOMES, 2018, p. 43)

Fato é que o direito processual civil foi inovado e passou a prever a técnica de estabilização da antecipação da tutela final, permitindo às partes a dispensa da “obrigatoriamente dar continuidade ao processo, quando já

satisfeitas com o resultado obtido em sede de cognição sumária, economizando tempo e recursos, trazendo maior racionalidade a atuação do judiciário” (STRAPASSON, 2017, p. 559).

Em tentativa de melhor elucidação do tema, Silva (2019, n.p., cap. II) conclui que a tutela estabilizada possui eficácia impeditiva diversa, com projeção dos efeitos para fora do processo. Por conseguinte:

A estabilização surge, assim, como uma válvula de escape ao modelo padrão de procedimento comum, naqueles casos em que os litigantes se encontram satisfeitos com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, não sendo conveniente obrigá-los a prosseguir no processo para obter a decisão de cognição mais profunda. (COSTA, 2018, p. 636)

Logo, para a estabilização, o procedimento é adaptado às necessidades do direito material, enquanto o mecanismo da cognição sumária permite a entrega da prestação jurisdicional em menor prazo, e torna o prosseguimento do processo desnecessário, com ganho em efetividade, não obstante o apego do exercício jurisdicional da prática de cognição exauriente (CARDOSO, 2017, p. 35; RIBEIRO, 2018, n.p.; STRAPASSON, 2017, p. 559).

Ademais, “somente os efeitos derivados da decisão final podem ser antecipados” (DIAS, 2018, p. 118), e, conseqüentemente, será possível tão somente a estabilização dos efeitos da tutela jurisdicional final. Melhor dizendo, a tutela antecipada pode ser pleiteada apenas para antecipar os efeitos que seriam percebidos pela tutela final, os quais podem ser estabilizados. Apesar disso,

Diga-se com clareza: não há consenso quando se trata de estabilização da tutela antecipada. O tema é novo, polêmico e toca em diversos pontos do direito processual civil, seja por que força os conceitos elaborados pela doutrina processual até então, uma vez que o novo instituto a eles não se amolda e exige uma revisitação a fim de se atribuir sentido àquilo que foi instituído pela nova lei, seja por que em sua estrutura, ou seja, seu perfil dinâmico, as dificuldades de aplicação e interpretação são inúmeras, sobretudo quando há relação com outros institutos [...] (GOMES, 2018, p. 23)

Em todo o caso, pelo deferimento da tutela de urgência antecipada antecedente com pedido de estabilização, “abre-se a possibilidade de efetivar-se a estabilização da tutela antecipada, que tende a produzir efeitos indefinidamente” (CARDOSO, 2017, p. 35), na medida em que não há obrigação de as partes darem sequência ao processo em caso de satisfação com a decisão (RIBEIRO, 2016, n.p., cap. 17). Isto é, não será dado prosseguimento ao processo caso a parte ré não interpuser o recurso respectivo contra a decisão que tenha deferido pedido de tutela de urgência antecipada antecedente com manifestação do interesse na estabilização ajuizada pela parte autora, o que leva à concretização da estabilização.

Uma vez que tal prática e o contraditório prévio são regras do processo civil e face o mencionado apego ao exaurimento da cognição, “a possibilidade de diminuição da litigiosidade em seara de cognição exauriente é um dos efeitos positivos da estabilização da tutela antecipada” (VALIM, 2015, p. 496). Com a estabilização, a tutela provisória antecedente é desvinculada do exaurimento da cognição do mérito, outorgando opção às partes pelo posterior ajuizamento de ação e instauração de processo ou não, dependendo da busca ou não de sentença de mérito (VALIM, 2015, p. 493).

De qualquer modo, o contraditório pode ser realizado de formas diferentes da regra, uma vez que “não é o único direito fundamental que compõe o processo justo, por vezes é necessário harmonizá-lo com os seus demais elementos estruturantes, em especial com o direito à tutela adequada e efetiva dos direitos” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 161).

Com efeito, excetua-se a exigência de cognição exauriente para prolação de decisão de tutelas provisórias com requerimento de liminar, de acordo com o parágrafo único do artigo 9º do CPC (BRASIL, 2015), que legitima a mitigação do contraditório prévio no ordenamento jurídico brasileiro.

Atentando-se aos moldes discriminados das tutelas provisórias, há contraditório postergado, também reconhecido como diferido, pela cognição sumária inerente à liminar das tutelas provisórias, em razão da finalidade de entrega da prestação jurisdicional de forma mais célere e da literal postergação do contraditório (CARDOSO, 2017, p. 35-37).

Desta forma, explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 383) que a tutela “de urgência pode ser concedida liminarmente [...], quando o tempo ou a atuação da parte contrária for capaz de frustrar a efetividade da tutela sumária. Nesse caso, o contraditório tem de ser postergado para o momento posterior à concessão da tutela”. Neste mesmo sentido, apresentam os seguintes ensinamentos:

A regra no processo civil é o contraditório prévio (art. 9º, CPC). No entanto, estando presentes os pressupostos que autorizam o emprego da técnica antecipatória, especialmente no que tange à necessidade de tutela fundada no perigo, não há qualquer excepcionalidade no seu emprego. O direito à tutela adequada e efetiva e o direito ao contraditório compõem no mesmo nível normativo o direito ao processo justo. Configurados os pressupostos para antecipação da tutela, o contraditório tem de ser postergado para depois da concessão da medida [...] (MITIDIERO, 2017, n.p., parte II)

Assim, na cognição sumária, o contraditório “é instaurado após a decisão do juiz, pela presença da discricionariedade judicial que atua sobre a forma de realização do contraditório e pela tendência de não formação de coisa julgada material sobre a decisão final proferida” (CARDOSO, 2017, p. 37).

Outrora, “o contraditório aí fica postergado – diferido – para depois da concessão da tutela jurisdicional. A restrição ao contraditório ocorre em função da necessidade de adequação e efetividade da tutela jurisdicional.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 161), restando como ensinamento que são casos em que o direito ao contraditório é cedido para concretização do direito à tutela adequada e efetiva dos direitos. (MITIDIERO, 2017, n.p., parte II)

Além do mais, recorda que o legislador outorgou a escolha de ajuizamento da ação e de exaurimento da cognição às partes somente para casos em que houver tutela que possa vir a se estabilizar, e que as partes estarão diante do contraditório eventual quando a tutela provisória for passível de estabilização, em decorrência da ausência de obrigatoriedade com o exaurimento da cognição de mérito no caso, seguindo a seguinte lógica:

Também não há qualquer inconstitucionalidade no contraditório eventual – que é aquele que se realiza em outro processo na eventualidade de o interessado propor demanda para ampliação ou exaurimento da cognição. É o exemplo clássico dos processos de cognição parcial e de cognição sumária. [...] O interessado em debater o tema tem o ônus de propor ação para que o contraditório se instaure sobre o ponto. Do contrário, a discussão fica restrita, não se possibilitando o contraditório sobre a questão reservada para eventualidade de outro processo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 161)

Por tais motivos, “renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 896) caso haja interesse da parte autora na estabilização, renuncia a qual está diretamente ligada à cognição eventual.

A eventualidade da cognição não gera obstáculo ao exaurimento da cognição, que permanece acessível às partes, desde que se manifestem, e, em compensação, a decisão estável não possui condições de adquirir o grau da coisa julgada, vinculado à cognição exauriente (VALIM, 2015, p. 500; WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 896).

A eventual ação exauriente com objetivo de reversão da decisão estabilizada “se apoia realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (contraditório eventual)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 387), caso em que “se a matéria continuar a ser apreciada pelo judiciário após a estabilização, desta feita para cognição plena da questão, será simplesmente anódino o próprio instituto da estabilização” (CARDOSO, 2017, p. 95).

Assim, não há obstáculos ao acesso dos jurisdicionados à cognição exauriente face a tutela provisória de urgência antecipada antecedente estabilizada, embora sua finalidade seja a não submissão do pedido à cognição exauriente, pois é de sua natureza que “não continue sendo submetida a discussão, pois a estabilidade serve para conferir às partes a segurança de que seu patrimônio jurídico, no específico ponto que foi objeto da tutela sumária, não seja alterado” (CARDOSO, 2017, p. 95).

Ou seja, o instituto com “rito mais célere, com a mitigação da fase instrutória, bem como sujeito a uma cognição sumária e não exauriente caso o réu não interponha agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipatória, [...]” (VALIM, 2015, p. 500) gera o efeito de eventualidade à cognição.

Logo, não restam dúvidas sobre a importância da manifestação volitiva de cada um dos jurisdicionados para a correta aplicação do instituto e verificação de suas consequências práticas e procedimentais, e efetividade da celeridade processual.

3. O procedimento de estabilização

À vista das peculiaridades do rito já mencionado e definido para a tutela provisória de urgência antecipada antecedente estabilizada, passa a especificar os significativos passos procedimentais para a aplicação do instituto, positivados em lei.

Conforme artigo 303 do CPC, a petição inicial de tutela provisória antecipada antecedente pode se limitar à breve exposição da pretensão resistida, em conjunto com a indicação do pedido da tutela final, o requerimento da tutela antecipada e o preenchimento de seus requisitos, quais sejam, o direito pretendido e a urgência pelo perigo de dano ou pelo risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015).

Para Gomes (2018, p. 62), “é uma petição inicial simplificada, que não precisa conter todos os requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil em

vigor, embora certamente deva tomar alguns deles como padrões”, e Bonato (2017, p. 26-27) sintetiza o teor do dispositivo, acerca do momento em que a tutela se torna estável:

[...] a aplicação do mecanismo da estabilização não é automática, devendo recorrer algumas condições cumulativas: (a) O provimento deve ter deferido o pedido; (b) O provimento deve ser de caráter liminar, proferido in limine litis, no início do processo, sem a prévia instauração do contraditório; [...] (c) A contraparte não deve ter interposto recurso [...]; (d) O autor – segundo a leitura proposta por uma parte da doutrina – deve ter apresentado um pedido expresso quanto ao instituto da estabilização no mesmo ato introdutivo;

Conforme a lógica exposta, a decisão que conceder a tutela deverá ser liminar para que seja estabilizada, até porque a tutela de urgência deve ser obtida liminarmente quando possuir caráter antecedente, consoante leitura do artigo 302, inciso II do CPC (BRASIL, 2015).

Sustenta-se que a estabilização depende de requerimento expresso da parte que a pleiteia em tutela antecipada antecedente, com suporte no princípio da primazia do julgamento de mérito, pois “existe um direito à tutela de cognição exauriente que não pode simplesmente ser retirado automaticamente, sem que a parte tenha se manifestado que se contentaria com a antecipação de tutela” (ASSIS; LOPES, 2018, p. 162). É neste sentido que Lemos (2017, n.p.) defende a necessidade de dois ritos:

Deste modo, entendo que o expediente do art. 303 se subdivide em duas espécies: a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente com a busca somente da cognição sumária e a estabilização e a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente com a busca, num primeiro momento, da cognição sumária como forma antecedente à cognição exauriente, sem a estabilização. Neste íterim, a primeira hipótese seria o caráter antecedente utilizado como conjunção do art. 303 com o 304, já na outra, o pedido em caráter antecedente somente prima pela dicção isolada do art. 303. Duas espécies diferentes, com intuítos diversos sobre a demanda. Da mesma forma que a estabilização está ligada ao autor almejar somente a cognição sumária, satisfazendo-se com esta, se, por outro lado, o autor quiser a cognição sumária como um mero passado antecedente à cognição exauriente, não há como pensar em estabilização.

Tanto é que, para Gomes (2018, p. 67), a estabilização foi consagrada como possibilidade de “tutela para a situação de urgência que pode se descolar da tutela a que ela se refere, em razão da inércia da parte ré”, e que, “deverá haver a indicação do pedido e, da mesma forma, a narrativa dos fatos que lhe dão ensejo”.

A atenção aos requerimentos é também importante pelo fato de que o aditamento não é compatível com o procedimento da estabilização (CARDOSO, 2017, p. 94), pois, nas palavras de Cardoso (2017, p. 95), “ou se busca uma solução rápida e com relativa estabilidade, ou se deseja um resultado mais demorado e com coisa julgada. É incompatível, do ponto de vista lógico, pretender um e outro”.

Desta forma, a parte que possui interesse na efetivação de tutela provisória sempre deve indicar os passos do procedimento pretendido e desejado de forma expressa, uma vez que a ausência pode acarretar na extinção da ação, conforme exemplificado por Varella (2017, p. 90):

O jurisdicionado, [...] poderá, [...] dirigir ao juízo apenas o pedido de concessão da referida tutela de urgência, com os demais requisitos simplórios dispostos no art. 303 do NCPC, sem realizar, necessariamente, o pedido de tutela final. Para tanto, deverá não apenas seguir os requisitos do art. 303, mas também indicar, na forma do § 5º, que pretende se valer do regime de estabilização em caso de inércia por parte do réu. Se não tiver a intenção de se submeter ao regime da estabilização, deverá também indicar expressamente que pretende prosseguir com o processo após eventual concessão da decisão antecipatória, havendo presunção em sentido contrário caso não anotada a ressalva.

Por esta perspectiva, se ajuizada a petição de tutela antecipada antecedente com requerimento de estabilização e tendo a tutela sido concedida por decisão do juízo, a parte contrária será notificada para interposição do respectivo recurso, em atenção ao que dispõe o artigo 304 e o inciso II, parágrafo 1º do artigo 303.

Em caso de interposição do recurso, “o autor será intimado para proceder como entender conveniente. Ele poderá ficar silente, e nesse caso o

processo será extinto sem resolução do mérito – e cairá a tutela antecipada – , ou poderá aditar a petição inicial, dando seguimento à demanda” (CARDOSO, 2017, p. 78), ao passo em que a continuidade do processo “apenas ocorrerá se não estabilizar a tutela antecipada” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 890). Quando não houver a interposição do respectivo recurso, a decisão interlocutória se torna definitiva, o processo é extinto e a tutela antecipada se torna estável, conservando seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada (DIAS, 2018, p. 124).

Faz-se necessária a presença concomitante de “solicitação expressa do autor para a concessão da tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente e autônomo, decisão judicial favorável ao autor, e que o réu se mantenha inerte” (COSTA, 2018, p. 650-651).

“Tendo a tutela sido estabilizada pela falta de interposição do respectivo recurso contra a decisão que a concedeu liminarmente, [...] ela conservará (rectius, produzirá) seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada pela ação” (ALVIM, J. E. C., 2016b, p. 131), logo, a “decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, n.p).

Reitera-se que, consoante a letra de lei, o ato processual cabível para impedir a estabilização de uma tutela provisória antecipada antecedente concedida é a interposição de recurso respectivo. Não obstante as finalidades da estabilização, a doutrina discute incessantemente o significado de “recurso” e como se compreende a ocasião em que “não for interposto o respectivo recurso” (CÂMARA, 2017, p. 149). Todavia, existem interpretações e entendimentos de diversos autores acerca da redação deste texto que merecem maior atenção, e, considerando a necessidade de entendimento consolidado para a mais adequada aplicação da estabilização no ordenamento jurídico brasileiro, o procedimento do instituto se tornou alvo de debates.

Conforme Varella (2017, p. 71) “a definição de qual o meio de insurgência do réu se revela necessário e suficiente a frear a estabilização intentada pelo autor constitui, certamente, um dos mais polêmicos pontos do novo regramento”. Contrariamente à literalidade, entende Marinoni (2018, n.p.) que “caso o réu – intimado da efetivação da tutela – apresente petição ao juiz impugnando o cabimento da tutela antecipada e deixe de interpor o agravo, há reação ou inconformismo a justificar a não estabilização da tutela”.

Neste mesmo sentido, defende Mitidiero (2017, n.p., parte II) que a “manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela” e Cardoso (2017, p. 78), que também interpreta o dispositivo de forma em que “havendo insurgência do réu contra a tutela provisória dentro do prazo de 15 dias relativo ao agravo, por qualquer meio, não haverá estabilização”, dando maior alcance ao interesse da parte contrária. Um dos fundamentos é de que “o réu deve concordar com a estabilização por entendê-la vantajosa, e não ser obrigado a aceitá-la por erro na utilização do instrumento processual apto a impedi-la” (CARDOSO, 2017, p. 75).

Bueno (2018, p. 413) igualmente aceita a interpretação ampliativa da disposição do artigo 304 do Código de Processo Civil para afastar a estabilização, assim como Neves (2018, p. 523-524) que também entende que resta ao intérprete ler e entender “impugnação” ao invés de “recurso”. Ainda, para Ribeiro (2018a), basta a resistência e impugnação do réu, dentro de sua variedade de formas, pois a literalidade da leitura do artigo 304 obrigaria que o réu lançasse mão do recurso e estaria ligada ao risco de aumento de interposição de agravos de instrumento.

Em posicionamento contrário, Cianci (2015, p. 05) possui entendimento literal do dispositivo legal, expondo que “a falta de impugnação da tutela antecipada diz respeito expressamente à atividade

recursal e não à contestação, tendo sido expresso o texto legal nesse sentido, [...]”.

Para Câmara (2017, p. 149), sequer existe razão para a atribuição de sentido amplo para “recurso”. Ademais, o recurso se trata de mecanismo especificamente interposto para ataque de decisão judicial, sem paralelos legais que permitam conferir outra conotação (CÂMARA, 2017, p. 149; VARELLA, 2017, p. 74). Assis e Lopes (2018, p. 160) explicam que o termo possui sentido técnico e,

[...] o nosso sistema baseia a estabilização da tutela antecipada no fato de a parte que a sofreu não ter interposto recurso. A palavra utilizada pelo legislador foi "recurso", e não impugnação, como constava em versão anterior do Projeto de NCPD, discutida no Congresso. [...] O inconformismo, pela ótica do legislador só tem relevância se manifestado em sede recursal.

Defende Gomes (2018, p. 179) que a redação final dada pelo legislador foi de termo exclusivamente técnico, e que inexistente autorização legal que permita o entendimento de recurso como qualquer meio de impugnação. Outrossim, dá sustentação à tradição processual civil, a literalidade do CPC e a opção do legislador:

Sempre foi pacífico na doutrina que recurso é somente aquilo que a lei processual arrola como tal. Vale dizer, recurso é um conceito técnico extraído da lei por meio de um raciocínio indutivo, prevalecendo a ideia de que só pode ser considerado como recurso aquilo que a lei assim chama. [...] É por isso que somente pode impedir a estabilização da tutela antecipada a interposição do recurso cabível, que, nos termos do art. 1.015, I, do CPC 15, é o agravo de instrumento [...]. Nada além disso, por expressa opção legal, pode obstar a estabilização da tutela antecipada concedida (GOMES, 2018, p. 73)

Inclusive, justifica-se a posição e a opção política do legislador, visto que a expressão utilizada na letra de lei permite que “o processo se encerre com a natural irradiação dos efeitos de decisão de mérito sem a necessidade de maiores dilações, e sequer de manifestação por parte do demandado” (VARELLA, 2017, p. 74).

A intenção da Lei nº 13.105/2015 era condicionar a estabilização à não interposição de recurso do réu, para ampliar o campo de aplicação do instituto de estabilização, razão pela qual a interpretação semântica do texto é defendida (VARELLA, 2017, p. 73-74). Ainda em defesa do termo, leciona Gomes (2018, p. 76):

Não há qualquer dúvida razoável acerca do que é recurso ou do conceito de recurso. Não poderia haver, portanto, esse dissenso doutrinário a respeito de qual interpretação o termo "recurso" deve receber na leitura do dispositivo impugnado. [...] Os termos técnicos-jurídicos têm história, foram debatidos doutrinariamente e ganharam significado na prática forense diante das decisões dos tribunais pátrios. Não é possível ignorar esse contexto e atribuir a um termo - o recurso - um significado que não prevaleceu. Ademais, a defesa de que qualquer meio de impugnação à tutela antecipada antecedente concedida e apta a afastar sua estabilização é um verdadeiro golpe contra o produto do devido processo legislativo.

José Alvim (2016a, p. 13) também expõe que “a determinação legal é impositiva, de modo que, se não for interposto o recurso contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, ocorre a sua estabilização, pelo que qualquer outra providência judicial [...] deve ser liminarmente rejeitada.”

Além disso, as situações passíveis de estabilidade e de obtenção de seus benefícios seriam tão restringidas na hipótese de admissão de apresentação de um simples pedido de reconsideração como meio de evitá-lo que o instituto de estabilização perderia sua utilidade (VARELLA, 2017, p. 74).

Portanto, privilegia-se “a tomada de posição do legislador e que, dentro do seu espectro de objetivos, alarga a possibilidade de estabilização, permitindo que se conserve sua eficácia enquanto não for desconstituída por ação de cognição plena” (ALVIM, A., 2019, n.p.), preservando o acesso à justiça e o direito de ação.

Ainda nesta lógica, “a redação do dispositivo é bastante clara, e parece ser adequada uma interpretação restritiva para impedir que outras manifestações do réu signifiquem a quebra da sua inércia” (ALVIM, A.,

2019, n.p.). A prática de mera manifestação de insatisfação do réu não importa para a estabilização, pois somente a interposição de recurso do réu contra a decisão fará com que a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente não ocorra (CÂMARA, 2017, p. 150).

Também, se a parte contrária possuir interesse em decisão de mérito e for considerar a literalidade da lei, deverá suportar o ônus do tempo do processo e ajuizar nova demanda por meio da ação de conhecimento visando o exaurimento da cognição (ALVIM, A.; ALVIM, E. A., 2017, n.p., cap. 10).

Enfim, ainda que diante da opção clara do legislador, as controvérsias doutrinárias acerca do procedimento da estabilização de tutela antecipada antecedente continuaram até o julgamento do REsp nº 1.760.966-SP e REsp nº 1.797.365-RS e continuam, conforme exposição subsequente.

3.1. Análise dos recursos especiais

A estabilização torna a prolação de decisão de mérito desnecessária ao permitir a resolução fática da lide sem submeter os litigantes aos efeitos do tempo e da tramitação processual (ALVIM, A.; ALVIM, E. A., 2017, n.p., cap. 10). Por este motivo, ao tentarem “criar maiores obstáculos para o requerido evitar a estabilização da decisão, as comissões, no decorrer do processo legislativo, alteraram a expressão ‘impugnação’ para ‘respectivo recurso’, a qual foi acolhida pelo legislador” (STRAPASSON, 2017, p. 568).

Embora o resultado da estabilização já seja moderadamente pacificado, as disposições procedimentais da estabilização não, visto que ainda são consideradas novas e “apenas o tempo e a aplicação do instituto pelos tribunais revelarão como ocorrerá sua aplicação prática para além das controvérsias doutrinárias existentes atualmente sobre o instituto” (STRAPASSON, 2017, p. 572).

Como consequência da divergência de interpretações, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça discutiu a interpretação do artigo de lei federal, através de recurso especial sob o número 1.760.966-SP, com o

Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze e com trânsito em julgado no dia 12 de fevereiro de 2019, em votação unânime (BRASIL, 2018, p. 01-15).

Como resultado, foi interpretado “de forma ampla o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 e entendeu que outras formas de impugnação, como a contestação, servem para impedir a estabilização da tutela antecipada.” (MUNIZ, 2018). Peixoto (2019) noticiou também que a Terceira Turma chegou a discutir ainda a necessidade ou não do pedido expreso para fins da estabilização da tutela.

Diante disso, embora a parte autora tenha manifestado o interesse no exaurimento da cognição e no prosseguimento do processo desde quando ajuizou a peça inicial, em procedimento incompatível com a estabilização, para a Terceira Turma, a estabilização foi evitada pelo fundamento de “a despeito de não ter havido recurso contra a decisão que a concedeu, a ré apresentou contestação, inclusive com pedido expreso de revogação do respectivo decisum” (BRASIL, 2018, p. 14).

Foram nestas condições que se deu a votação por unanimidade no sentido de que a partir de “interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento” (BRASIL, 2018, p. 01) e que a ementa foi publicada pela respectiva turma com interpretação contrária à literalidade de dispositivo processual cível, incentivando interpretação sistemática e teleológica do Código e do artigo, e protestando pela diminuição de interposição de recursos. Além disso,

[é] possível, portanto, inferir duas conclusões a partir do julgado do STJ: i) não apenas o agravo de instrumento tem aptidão para impedir a estabilização da tutela antecipada, mas qualquer espécie de impugnação ao pedido da parte autora. ii) para que haja a estabilização, não há necessidade de requerimento expreso da parte almejando tal benefício, sendo possível interpretar que uma petição inicial que se utiliza do procedimento no qual ocorre a estabilização também tem nela seu objetivo. (PEIXOTO, 2019)

Em tom de crítica, o jurista Luiz Dellore (2019) noticiou a decisão no mês de janeiro de 2019 ao destacar uma “série de dispositivos do CPC não estão sendo aplicados pelo STJ; ou seja, não são eficazes. Em linguagem popular, são artigos que ‘não pegaram’” e prossegue que esse fenômeno gera insegurança jurídica e deve se “buscar saber qual é a interpretação que o STJ dá a determinado dispositivo [...] Tarefa difícil, pois exige um considerável grau de atualização com a jurisprudência do STJ, que em síntese está reescrevendo o Código.”

Arruda Alvim (2019), que defende o respeito à posição tomada pelo legislador, manifestou-se brevemente sobre o tema e sobre o julgado, ao explicar a lógica de parte da doutrina contrária à interpretação literal:

Dentre os argumentos que são elencados, pode-se destacar o de que o réu, ao apresentar a contestação ou uma mera impugnação, não teria restado inerte, tendo evidenciado a sua oposição ao provimento liminar, o que justificaria o prosseguimento do feito. Diante disso, não seria adequado interpretar literalmente o dispositivo legal, devendo ser o termo “recurso” lido como “qualquer oposição” ou “impugnação”. Ademais, argumenta-se que o réu, ao apresentar contestação, teria manifestado sua pretensão de obter um julgamento de mérito definitivo, o que impediria a extinção do processo neste momento inicial, em que não há cognição exauriente. [...] Neste sentido, se posicionou a 3ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.760.966/SP, ao compreender que a contestação pode ser utilizada para impedir a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

Sobretudo, Delfino e de Sousa (2019) apontam a decisão à luz do ativismo judicial ao definirem que as fronteiras textuais foram ignoradas, mediante substituição do império da lei pela conveniência dos tribunais, o que pode resultar em ofensas de garantias individuais contrajurisdicionais.

Durante o decorrer da pesquisa, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça também discutiu e se manifestou sobre o tema em sede de recurso especial ao nº 1.797.365-RS, com entendimento final divergente da Terceira Turma.

O julgamento resultou em interpretação a favor da literalidade do dispositivo, por maioria, no dia 03 de outubro de 2019 (BECKER; PEIXOTO,

2019), com votos favoráveis pelos Ministros Regina Helena Costa, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves.

A controvérsia submetida se refere estritamente à interpretação dada ao artigo 304 e 303 do Código de Processo Civil, analisando se é possível a estabilização mediante a apresentação de contestação, quando não interposto o agravo de instrumento (BRASIL, 2019, p. 11).

O Ministro Benedito Gonçalves apresentou sucinto voto-vista no sentido de que “apenas a interposição do recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tem o condão de impedir a sua estabilização” (BRASIL, 2019, p. 18), enquanto a Ministra Regina Helena Costa apresentou os seguintes fundamentos ao redigir o voto-vencedor:

Não merece guarida o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão.

Isso porque, embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma), 2019, p. 15)

Neste sentido, declarou ainda que “filio-me à corrente segundo a qual a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente ocorrerá caso não interposto o respectivo recurso – qual seja, o agravo de instrumento –” (BRASIL, 2019, p. 13). Ademais, reiterou a vontade do legislador, com críticas à extrapolação indevida da função jurisdicional:

Verifica-se, assim, que, durante a tramitação legislativa, optou-se por abandonar expressão mais ampla – “não havendo impugnação” (sem explicitação do meio impugnativo) – e a Lei n. 13.105/2015 adveio contendo expressão diversa – “não for interposto o respectivo recurso”.

Logo, a interpretação ampliada do conceito, efetuada pelo tribunal de origem, caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional.

Em síntese, entendo que apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização, nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma), 2019, p. 16)

Fato é que a discussão doutrinária se estendeu para o âmbito jurisprudencial, e que “a redação do artigo 304 do CPC/15 merece uma análise definitiva pelo STJ, em sede de repetitivo, para que se consolide a interpretação a ser dada ao dispositivo [...]” (BECKER; PEIXOTO, 2019), objetivando-se a uniformização.

Inclusive, foram opostos embargos de declaração da decisão em questão, impugnação aos embargos de decisão, e, também, embargos de divergência, os quais aguardam julgamento. Logo, constata-se a continuidade do debate e a perspectiva de consumação do incidente de uniformização e, ainda, eventual hipótese de interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o caráter constitucional do processo e do instituto.

Nesta toada, as dúvidas sobre o procedimento a ser utilizado na estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente dentro do processo civil continuam, tanto para a doutrina, quanto para o âmbito jurisprudencial, tendo em vista a divergência de interpretação entre a Terceira Turma, que admitiu a contestação, e a Primeira Turma que defendeu a aplicação literal da lei processual.

4. Conclusão

A jurisdição, como meio de resolução de conflitos intermediada pelo aparato estatal, segue as regras do direito processual civil no âmbito cível, e nesta medida, resulta, via de regra, no exaurimento da cognição do mérito. Por outro lado, a previsão legal da tutela provisória permite que a parte que

a pleitear possa perceber tutela com caráter de provisoriedade, desprovida de definitividade e com cognição sumária.

Assim, a tutela provisória se trata de instrumento do processo civil, como gênero das espécies pormenorizadas. Além disso, toda modalidade de tutela provisória pode ser concedida incidentalmente, porém, somente as tutelas provisórias de urgência podem ser concedidas em momento antecedente.

Destaca-se a previsão do instituto de estabilização da tutela, com desobrigação do julgamento definitivo do mérito no processo, como possibilidade cabível para tutela provisória de urgência antecipada antecedente, a depender de expresse requerimento da parte interessada e da ausência de interposição de recurso pela parte contrária.

O procedimento da estabilização da tutela constituiu o foco e o objeto principal da pesquisa, tendo em vista que foi o instrumento previsto pelo legislador para que o processo civil efetivasse o direito com maior celeridade e atingisse seus fins em prazo razoável. Neste contexto, foram conceituados os institutos de tutela provisória, estudando-se o procedimento legal da tutela provisória de urgência antecipada, com análise dos fundamentos das diferentes interpretações da exigência do artigo 304.

Ainda, foi questionado se a interpretação dada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.760.966-SP possui amparo na determinação legal de que a tutela antecipada antecedente se torna estável “se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, bem como houve análise do julgamento do recurso especial 1.797.365-RS pela Primeira Turma. Especialmente quanto ao procedimento, entende-se que a estabilização depende de que seja ajuizada petição com breve exposição da lide, indicação do pedido final, preenchimento dos requisitos de urgência e de direito, pedido de concessão de tutela provisória de urgência antecipada antecedente e manifestação do interesse pela estabilização, de forma a seguir o rito próprio.

Em todo o caso, o contraditório é eventual mediante a hipótese de estabilização, pois a estabilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional passa a depender da interposição ou não do respectivo recurso pela parte contrária e o exaurimento da cognição se torna facultativo. Caberá à parte contrária interpor recurso respectivo em face da decisão, evitando a estabilização, até porque o legislador determinou a prática deste ato processual como medida apta a impedi-la, com a finalidade de aumentar sua aplicação.

No entanto, conclui-se que a decisão da Terceira Turma está carregada de descaso com a opção e a vontade do legislador, com notável discrepância de interpretação entre o judiciário e a letra da lei, fomentando a interpretação ampliativa da disposição legal do artigo 304 e em latente prática de ativismo judicial, ao passo em que decidiu que qualquer meio de impugnação é capaz de impedir que a tutela antecipada antecedente se torne estável.

Tanto a aplicação prática do instituto da estabilização quanto a viabilidade do rito e da efetividade do dispositivo passaram a ser alvo de maiores controvérsias após o julgamento. Destarte, o julgamento feito pela Primeira Turma acabou por demonstrar que subsiste a interpretação taxativa da lei processual perante o judiciário. Não obstante, o desnivelamento das interpretações dadas publicamente ao procedimento de estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça inaugura nova fase de debate do tema, e a alteração das circunstâncias no cenário amplia por mais uma vez os questionamentos.

Ainda assim, embora as controvérsias apresentadas dependam de solução e de pacificação de interpretação por meio de incidente de uniformização entre as turmas do STJ, além de considerar a hipótese de interposição de recurso extraordinário ao STF, conclui-se que é necessária a manifestação expressa de interesse na estabilização e que a estabilidade

requerida em tutela antecipada antecedente só poderá ser evitada através da interposição de agravo de instrumento.

Logo, posiciona-se pela leitura literal do termo respectivo recurso, em respeito à vontade do legislador ao definir as normas processuais cíveis, a qual também foi defendida pelos Ministros Regina Helena Costa, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves durante o julgamento de recurso especial nº 1.797.365-RS, em contrariedade ao entendimento proveniente do recurso especial nº 1.760.966-SP.

Referências

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento** [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Não paginado.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Não paginado. Capítulo 10.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 259, nº 41, set. 2016a. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.08.PDF. Acesso em: 04 jul. 2019.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Nova tutela provisória: de urgência e da evidência**. Curitiba: Juruá, 2016b.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações no novo CPC: o que mudou?** [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Não paginado.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marcos Aurélio. Não quero estabilização da tutela antecedente. E agora, STJ?. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/nao-querio-estabilizacao-da-tutela-antecedente-e-agora-stj-05102019>. Acesso: 09 out. 2019.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015: (uma comparação entre Brasil, França e Itália). **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 42, nº 273, nov. 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92686434/v20170273/document/138622103>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Poder Executivo, Brasília: DF, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso especial nº 1.797.365-RS**. Brasília: DF. Relator: Min. Sérgio Kukina, 03 de outubro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1864748&num_registro=201900408487&data=20191022&formato=PDF. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso especial nº 1.760.966-SP**. Brasília: DF. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 07 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF. Acesso em: 25 fev. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. **Estabilização da tutela antecipada**. Orientador: Fredie Didier Júnior. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/21694>. Acesso em: 04 jul. 2019.

CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 40, nº 247, set. 2015.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A estabilização da tutela antecipatória, suas controvérsias e a possibilidade de modificação da decisão antecipatória após o transcurso in albis do prazo de dois anos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, vol. 19, nº 03, p. 627-656, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31087/27462>. Acesso em: 07 mar. 2019.

DELFINO, Lúcio; DE SOUSA, Diego Crevelin. A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal?. **Empório do Direito**, 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/2-a-nao-estabilizacao-da-tutela-antecipada-ajuste-no-conceito-de-recurso-ou-surgimento-de-um-novo-efeito-recursal>. Acesso em: 09 out. 2019.

DELLORE, Luiz. O novo CPC 'não pegou': casos em que o STJ simplesmente não aplica o código. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-novo-cpc-nao-pegou-casos-em-que-o-stj-simplesmente-nao-aplica-o-codigo-21012019>. Acesso: 05 ago. 2019.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC**: tutelas de urgência: tutelas de evidência. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GOMES, Frederico Augusto. **A estabilização da tutela antecipada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEMOS, Vinicius Silva. A necessidade de separação da tutela provisória antecipada antecedente em duas espécies diferentes. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 266, abr. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Não paginado.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno** [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Não paginado.
- MUNIZ, Mariana. Contestação serve para impedir estabilização da tutela antecipada, diz STJ. **JOTA**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/contestacao-serve-para-impedir-estabilizacao-tutela-antecipada-06122018>. Acesso: 25 ago. 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.
- PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial – uma análise do Recurso Especial 1.760.966. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 292, jun. 2019. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title//rt/periodical/92686434/v20190292.9/document/193799589>. Acesso em: 09 out. 2019.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. In: WAMBIER, Luis Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. cap. 17. Não paginado.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015 [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Não paginado.
- SILVA, Ricardo Alexandre. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SOUZA, Fernando Gomes; REIS, Marcelo Terra. Estabilidade da tutela antecipada em caráter antecedente e a formação de coisa julgada. **Direito, Cultura e Cidadania**, vol. 6, nº 2, ago. 2017. Disponível em: <http://sys.facos.edu.br/ojs/index.php/dir/article/view/74>. Acesso em: 04 jul. 2019.
- STRAPASSON, Kamila Maria. A estabilização da tutela antecipada antecedente no CPC/2015. **Anais do Simpósio Brasileiro de Processo Civil**. Curitiba: ABDCONST, 2017. Disponível em: <http://abdconst.com.br/anais-civil/Kamila%20Maria%20Strapasson.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.
- THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VALIM, Pedro Losa Loureiro. A estabilização da tutela antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, vol. 16, jul./dez., p. 478-505, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/17132/14317>. Acesso em: 07 mar. 2019.
- VARELLA, Paulo Arthur Erlich. **A potencialização do acesso à justiça através do máximo e adequado aproveitamento da estabilização da tutela provisória e do seu requerimento em caráter antecedente**. Orientador: Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Universidade Estácio de Sá), Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/3727891/paulo-artur-erlich-varella.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

VARGAS, Daniel Vianna. Da tutela antecipada antecedente no novo CPC: breves observações. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 18, nº 70, p. 106-113, set./out. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/96738>. Acesso em: 07 mar. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Artigo recebido em: 05/03/2020

Aceito para publicação em: 04/01/2022

A efetividade da guarda compartilhada obrigatória como prevenção da alienação parental

The effectiveness of the mandatory shared custody as prevention for the parental alienation

Ionete de Magalhães Souza¹
Juliana Rielli Silveira D'Angeles Mendes²

Resumo: O presente artigo tem como tema a efetividade da guarda compartilhada obrigatória como prevenção da alienação parental. A temática é relevante, tendo em vista a tardia formalização desses institutos no ordenamento brasileiro, bem como o alto número de litígios entre genitores acerca da guarda dos filhos, do que pode decorrer a alienação parental. Portanto, a pesquisa tem por escopo responder ao seguinte questionamento: a guarda compartilhada obrigatória é eficaz para prevenir a alienação parental? Objetiva-se, de forma geral analisar a efetividade da obrigatoriedade da guarda compartilhada como prevenção da alienação parental. Especificamente, aborda-se o tema a partir da noção histórica de família, com delimitação do seu conceito; discorre-se sobre poder familiar; analisa-se a doutrina da proteção integral, que se desdobra nos princípios do melhor interesse da criança, da prioridade, do cuidado e da afetividade; examina-se a dissolução das entidades familiares; especificam-se as modalidades de guarda existentes no ordenamento; examina-se a instituição da obrigatoriedade da guarda compartilhada; discorre-se sobre a alienação parental, nos moldes de Lei no 12.318/2010. Realiza-se uma pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica, documental, histórica e jurisprudencial. Ainda, utiliza-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico. A guarda compartilhada obrigatória enseja o diálogo e o respeito entre os genitores, porquanto fomenta o acompanhamento multiprofissional, de forma que os problemas advindos do rompimento do vínculo conjugal não afetem o relacionamento com os filhos. Portanto, conclui-se que a guarda compartilhada obrigatória é instrumento eficaz de prevenção da alienação parental.

Palavras-chave: Alienação Parental. Divórcio. Guarda Compartilhada Obrigatória. Princípio do Melhor Interesse da Criança. Direito das Famílias.

¹ Doutora em Direito - *Universidad del Museo Social Argentino* (2013). Mestra em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2001). Pós-Graduada *lato sensu* e Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes. Professora de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes. Advogada.

² Pós graduanda *lato sensu* em Direito e Processo Previdenciário pelo Centro Universitário - UniDom Bosco. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

Abstract: The present article's theme is the effectiveness of the mandatory shared custody as prevention for the parental alienation. The theme is relevant in view of the late formalization of these themes in the Brazilian order as well as the high number of disputes between parents about the custody of children, when parental alienation can take place. Therefore, the research intends to answer the following question: is the mandatory shared custody effective to prevent parent alienation? The objective is, in general, to analyze the effectiveness of mandatory shared custody as prevention of parental alienation. Specifically, it traces the historical notion of the family, outlining its concept; talks about family power; analyzes the doctrine of integral protection which unfolds in the principles of the best interest of the child, of priority, care and affection; examines the families dissolution, specifies the modalities of custody existing in the order, examines the institution of mandatory shared custody; discusses parental alienation, in accordance with Law no. 12.318/2010. It was performed a qualitative, exploratory, bibliographic, documental, historical and jurisprudential research. Yet, the method of deductive approach and the standard procedural monographic method were used. The mandatory shared custody encourages dialogue and respect between parents, because it promotes multiprofessional follow-up, so that the problems arising from the divorce don't affect the relationship with the children, protecting the best interest of the child and the fundamental right of coexistence. Therefore, it is concluded that the mandatory shared custody is an effective instrument for preventing parental alienation.

Keywords: Parental Alienation. Divorce. Mandatory Shared Custody. The Best Interests Of The Child. Family Law.

1. Introdução

O presente artigo tem como tema a efetividade da guarda compartilhada obrigatória como prevenção da alienação parental. A temática é relevante, visto o crescimento do número de divórcios no país, que enseja discussões acerca de suas consequências na convivência entre os membros da família, porquanto, comumente, há um desencadear de impasses e choques de interesses, que podem acarretar disfunções como a alienação parental, violando o melhor interesse da criança e do adolescente.

O tema é atual, haja vista a tardia formalização da alienação parental e da obrigatoriedade da guarda compartilhada no ordenamento brasileiro. Portanto, a pesquisa tem por escopo responder ao seguinte questionamento: a guarda compartilhada obrigatória é eficaz para prevenir a alienação parental?

O objetivo geral do trabalho é verificar se a guarda compartilhada obrigatória se constitui eficazmente como prevenção da alienação parental. De maneira específica, traça-se a noção histórica de família, delineando seu conceito; discorre-se sobre poder familiar; analisa-se a doutrina da proteção integral, que se desdobra nos princípios do melhor interesse da criança, da prioridade, do cuidado e da afetividade; examina-se a dissolução das entidades familiares; especificam-se as modalidades de guarda existentes no ordenamento; examina-se a obrigatoriedade da guarda compartilhada; discorre-se sobre a alienação parental, nos moldes de Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010 (Lei da Alienação Parental), verificando a efetividade da guarda compartilhada obrigatória como prevenção da alienação parental.

Essa análise se realiza mediante pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica, documental, histórica e jurisprudencial, utilizando-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico.

2. Noções históricas e conceito de família

A origem da família é ponto controvertido ao longo da história da humanidade, haja vista que não nasce como fato jurídico; mas como construção social, demonstrando variações de acordo com cada sociedade (ENGELS, 1984). Nessa toada, o estado primitivo das civilizações que habitavam o continente americano, asiático e africano revela a prática de poligamia e poliandria, com predominância do matriarcado, pois os filhos ficavam junto à mãe, que os alimentava e educava (ENGELS, 1984).

De forma diversa, no curso das primeiras civilizações assíria, hindu, egípcia, grega e romana, verifica-se que: “o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada [...]” (VENOSA, 2017, p. 19). Ademais, a entidade familiar se fundava na religião, independentemente de laços de parentesco. Já o poder familiar se concentrava no chefe da família (*pater*

famílias), que representava os indivíduos sob seu domínio (COULANGES, 2015).

Consectariamente, verifica-se a assimetria entre o *pater* famílias e a mulher *in manus*, denotando o patriarcalismo existente desde a antiguidade. Por isso, no direito romano, a palavra família possuía diversas acepções vinculadas ao *pátria potestas* (pátrio poder), relacionando-se às coisas, ao patrimônio, bem como à totalidade dos escravos pertencentes a um senhor (MIRANDA, 2001).

Posteriormente, no início da idade contemporânea, a Carta dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa já trazia em seu bojo a concepção de família atrelada ao afeto e com igualdade de poderes entre os genitores (FRANÇA, 1789).

Entretanto, nessa época, a entidade familiar era composta por pais com inúmeros filhos, preocupados com a subsistência coletiva. Por esse motivo, a infância era reduzida e, em tenra idade, as crianças já se inseriam no mundo adulto e laboral. Destarte, a família cumpria uma função social, sendo um fim em si mesma (ARIÈS, 1986).

Com o advento da Revolução Industrial, a sua concepção sofre modificações, fomentadas, sobretudo, pela inserção das crianças no âmbito educacional, de modo que: “Os pais não se contentavam mais em pôr filhos no mundo [...] A moral da época lhes impunha proporcionar a todos os filhos [...] uma preparação para a vida” (ARIÈS, 1986, p. 277).

Além da educação, o trabalho nas fábricas e a vida familiar privada reduziram a frequência das interações sociais no âmbito público. Logo, resgata-se a concepção do direito romano de família como instituição fechada, com divisão social em classes e uniformidade entre seus membros, destacando-se a figura do chefe da unidade familiar (MIRANDA, 2001).

No âmbito nacional, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), a concepção de família se afina com a prevista na Carta dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo considerada

base da sociedade, com proteção do Estado, nos termos do art. 226 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Conceitualmente, ainda perdura a diversidade de acepções da família. Nesse viés:

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum [...] ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora [...] marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra (MIRANDA, 2001, p. 59).

Predomina, contudo, o conceito de família como unidade social. Nesse ponto, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 (Convenção Sobre os Direitos da Criança), conceitua família como: “grupo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, as crianças” (BRASIL, 1990).

Conseqüentemente, e tendo por princípio basilar a afeição entre seus membros, identificam-se diversos arranjos familiares, como a união homoafetiva, reconhecida pela jurisprudência pátria; família recomposta, constituída por filhos de vários casamentos convivendo com pais recasados; arranjo monoparental que, segundo o art. 226, §4º da CF/88, consubstancia-se na: “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

Destarte, verifica-se a maleabilidade e fluidez do conceito de família, que não mais comporta formações estáticas, havendo uma primazia da proteção dos infantes, no exercício do poder familiar.

3. Poder Familiar

A família enseja o surgimento de direitos e deveres entre seus membros. Na convivência com os filhos, desenvolve-se para os pais a figura

do “poder familiar”, originado do *pátria potestas* do direito romano, razão pela qual era chamado de pátrio poder (MIRANDA, 2001).

No Brasil, construiu-se ao longo do século XX, na legislação, a possibilidade de atuação materna no âmbito do pátrio poder. Nesse sentido:

[...] o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu texto original, já havia temperado a exclusividade da atuação paterna, dedicando um restrito espaço à mãe. [...] O alcance da igualdade entre os cônjuges, introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), aumentou a esfera de atuação materna, e, na atualidade, o poder familiar ou parental é exercido em igualdade de condições tanto pela mãe quanto pelo pai (RAMOS, 2016, p. 38).

Além disso, a CF/88 prevê o tratamento isonômico dos filhos e a equiparação dos direitos e deveres dos cônjuges (BRASIL, 1988). Já no âmbito infraconstitucional, com o advento do CC/02, supera-se a concepção do pátrio poder, como poder-sujeição, adotando-se o poder familiar como visão de família equânime, participativa e democrática (BRASIL, 2002).

Portanto, a relação da autoridade parental: “não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro” (PERLINGIERI, 1997, p. 258). Importante destacar que, a essa concepção, adequa-se a expressão “autoridade parental”, que seria adotada pelo Estatuto das Famílias, cujo projeto foi arquivado pelo Senado em 2018 (PLS 470/2013).

Quanto às características, o poder familiar é múnus público, sendo indisponível, indivisível, imprescritível; intransferível e irrenunciável, já que: “As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados” (DIAS, 2011, p. 414).

Assim, enquanto os filhos não tenham atingido a capacidade civil plena, estarão sujeitos ao poder familiar, que não se trata de um poder em si, pois impõe aos pais deveres, de forma ampla, da defesa dos interesses dos filhos, tendo-os em sua companhia e guarda, conforme art. 1.634 do CC/02 (BRASIL, 2002).

Por outro lado, o desvio do comportamento esperado dos genitores frente ao exercício do poder familiar pode acarretar a sua suspensão, medida temporária, ou a perda, medida definitiva, consoante hipóteses previstas nos arts. 1.635 e 1.637 do CC/02, respectivamente, constando, dentre elas, a prática de alienação parental (BRASIL, 2002).

Nesse ponto, insta salientar que restou superada a visão patrimonialista do Código Civil anterior, de modo que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou a suspensão do poder familiar, nos termos do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990). Portanto, verifica-se que o poder familiar deve ser exercido com responsabilidade, pois influencia diretamente a formação do filho, justificando a intervenção do Estado, em caso de violação a esse dever, em consonância com a doutrina da proteção integral, que se analisa a seguir.

4. Doutrina da proteção integral: melhor interesse da criança, prioridade, cuidado e afeto.

A doutrina da proteção integral se desenvolveu a partir da previsão do art. 227, §3º da CF/88, que utilizou o termo “proteção especial” da criança, do adolescente e do jovem, inovando em relação às constituições anteriores (BRASIL, 1988). Do mesmo modo, o art. 3º do ECA instituiu a proteção integral da criança e do adolescente, de forma a preconizar a tutela jurídica de todas as necessidades do ser humano, propiciando o pleno desenvolvimento da personalidade (NUCCI, 2014).

Conseqüentemente, a doutrina da proteção integral possui viés principiológico com aplicabilidade em todo o ordenamento. Em seus aspectos conceituais, os princípios “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* [...] representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas” (ALEXY, 2008, p. 103).

Logo, denota-se que: “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fálicas existentes” (ALEXY, 2008, p. 103).

Especificadamente, o princípio da proteção integral decorre da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III da CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Para Kant (2007, p. 77), a dignidade é uma característica intrínseca ao ser humano, advinda da sua racionalidade e de suas motivações de vida, de forma que: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço [...] então tem ela dignidade” (KANT, 2007, p. 77).

Nessa toada, a natureza racional e a dignidade distinguem o ser humano dos objetos e dos seres irracionais. Os seres racionais, por sua vez, são chamados de pessoas, porque são um fim em si mesmos, não podendo ser empregados como meio (KANT, 2007).

A partir dessa linha de pensamento, que culminou na reaproximação entre ética e direito, denota-se uma ordem voltada ao ser humano, com garantia de seu pleno desenvolvimento, constituindo-se a dignidade como “núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico [...] parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (PIOVESAN, 2013, p. 86-87).

Logo, a proteção integral se projeta internamente e no âmbito internacional, por meio de tratados como a Declaração Universal dos Direitos da Criança; Pacto de San José da Costa Rica e Convenção sobre os Direitos da Criança. Assim, crianças e adolescentes possuem: “uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos [...] para reger ou limitar o gozo de bens e direitos [...]” (NUCCI, 2014, p. 24).

Noutro giro, a doutrina da proteção integral reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Rompe-se, portanto, com a doutrina

menorista, sobretudo com o advento do ECA, que superou o tratamento precário dado aos infantes, levando em consideração os seus interesses e necessidades (BRASIL, 1990).

Dessa conjuntura decorre o princípio do melhor interesse da criança (*best interest of the child*) ou do interesse superior, termo utilizado pela Declaração de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2013). De acordo com esse princípio, devem-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, tendo a criança e o adolescente o direito fundamental de se desenvolver sob as melhores garantias morais e materiais, conforme arts. 3º e 4º do ECA (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, estimula-se uma atitude positiva do Estado, que passa a intervir no seio familiar para garantir o melhor interesse da criança. Nesse sentido:

Sempre que os direitos da criança e do adolescente forem violados ou mesmo estiverem sob ameaça de violação normativa ou principiológica, faz-se necessária [...] a pronta intervenção estatal [...] com a garantia de sua liberdade positiva. Emerge então a figura de um "Estado presente", [...] garantindo [...] que o ambiente familiar seja o espaço profícuo para [...] desenvolvimento da personalidade (FACHIN, 2015, p. 167).

Lado outro, deriva da proteção integral o princípio da prioridade que:

[...] impõe e vincula iniciativas legislativas e administrativas dos poderes da República, de forma a atender, promover, defender ou, no mínimo, considerar a prioridade absoluta dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2012, p. 31).

Nessa linha, a Convenção Sobre os Direitos da Criança demonstram o acolhimento: “da concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade” (PIOVESAN, 2013, p. 276). Referidas disposições não violam o princípio da igualdade, pois buscam a realização da isonomia, conceituada por Barbosa (1999, p. 25) como: “[...] quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.

Dessa forma, crianças e adolescentes devem estar no foco prioritário dos poderes da República. Posto isto, verifica-se que a doutrina da proteção integral perpassa pelo princípio do cuidado.

Para Heidegger (1986), cuidado significa cura e antecede toda situação e atitude do ser humano. Por sua vez, Boff (1999) leciona que o cuidado advém da essência humana; contudo, deve se harmonizar com o trabalho, pois são conceitos que se compõem; mas que foram afastados nos últimos séculos. Nesse viés:

[...] a ditadura do modo-de-ser-trabalho-dominação masculinizou as relações, abriu espaço para o antropocentrismo, o androcentrismo, o patriarcalismo e o machismo. [...] expressões patológicas do masculino desconectado do feminino [...] O cuidado foi difamado como feminilização das práticas humanas, como [...] obstáculo à eficácia (BOFF, 1999, p. 48-49).

Logo, a falta de cuidado leva a disfunções sociais, sobretudo no seio familiar, de modo que: “Sem o cuidado não há atmosfera que propicie o florescimento daquilo que verdadeiramente humaniza: o sentimento profundo, a vontade de partilha e a busca do amor” (BOFF, 1999, p. 58).

Vislumbrando essa situação, a CF/88 resgatou o princípio do cuidado, que se projeta no âmbito da legislação ordinária, por meio do direito a alimentos e nos dispositivos que tratam da proteção da pessoa dos filhos no CC/02 (BRASIL, 2002).

Da mesma forma, o ECA associa a prioridade como meio de efetivar o princípio do cuidado, estabelecendo prioridade absoluta das crianças e adolescentes em receber socorro pelos pais, pela sociedade ou pelo Poder Público. Além disso, a Convenção Sobre os Direitos da Criança prevê, nos arts. 3º e 18, o cuidado como dever do Estado e da família (BRASIL, 1990).

No âmbito jurisprudencial, há precedentes das Cortes Superiores de reconhecimento de danos morais ocasionados por abandono afetivo, com fundamento na violação do dever de cuidado (PEREIRA, 2018). Da mesma forma, o cuidado se associa ao princípio da afetividade e possibilita a construção do parentesco com base no afeto, em razão de que a

jurisprudência pátria reconhece a coexistência entre vínculos biológicos e socioafetivos (DIAS, 2011). Por conseguinte, geram-se influxos na nova concepção familiar, pois: “Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana” (PEREIRA, 2018, p. 69).

Dessarte, verifica-se que o laço de afeto deriva da convivência e se constitui como direito de crianças e adolescentes, devendo ser protegido, em razão do melhor interesse superior, do que decorre a importância da convivência dos filhos com os pais, mesmo após a dissolução da entidade familiar.

5. Dissolução das entidades familiares

Uma vez reconhecido o afeto como princípio basilar das relações familiares, a união entre pessoas e sua proteção não visa mais a fins patrimoniais; mas à dignidade da pessoa humana, refletindo a despatrimonialização do direito de família. Nesse sentido:

A “repersonalização” ou despatrimonialização [...] significa [...] que o direito de família passe a girar [...] em torno de fenômenos humanos, ligados à esfera afetiva, espiritual e psicológica [...] e não de facetas de natureza predominantemente patrimonial. (RAMOS, 2016, p. 77).

Desse modo, o casamento e a união estável pressupõem a comunhão plena de vida, que se trata de cláusula aberta e engloba convivência, afeto, direitos e deveres, nos termos do art. 1.511 do CC/02 (BRASIL, 2002). Consequentemente, a família passa a ser meio de realização e da felicidade de seus membros, de forma que a manutenção do vínculo conjugal como um fim em si mesmo não mais se justifica, o que facilita a sua dissolução (FACHIN, 2015).

Sobre a causa das dissoluções das entidades familiares, verifica-se que: “A decomposição da sociedade familiar acontece através de uma

paulatina, intermitente ou sucessiva infração dos deveres que resultam do matrimônio e participa da própria contingência humana” (CAHALI, 2005, p. 25). Juridicamente, a dissolução do casamento e da sociedade conjugal é prevista na Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

No âmbito constitucional, a EC 66/2010 alterou o art. 226, §6º da CF/88, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos (BRASIL, 1988). Essa modificação denotou um avanço em relação aos demais países, pois: “[...] Alemanha, Portugal, Espanha, Japão, França, entre outros [...] não possuem, da vertente constitucional positiva, um comando normativo tão pujante, liberal e inovador” (BULOS, 2014, p. 1.620). Consequentemente, revela-se a liberdade e independência do indivíduo em administrar suas relações, bastando a autonomia da vontade para dissolver o casamento.

A partir dessas modificações, há um crescimento exponencial no número de divórcios, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que só passou a mensurá-los em 1984, sete anos após a edição da Lei do Divórcio, ocasião em que se contabilizaram 63.698 separações judiciais e 31.685 divórcios no âmbito nacional (IBGE, 1984). Mais recentemente, o número de divórcios continua em ascensão, pois, em 2018, a pesquisa Estatística do Registro Civil apurou 385.246 divórcios concedidos judicialmente em primeira instância ou por escrituras extrajudiciais, o que representa um incremento de 3,2% em relação ao total contabilizado em 2017 (IBGE, 2018).

Quanto à relação de divórcio por tipo de arranjo familiar, observou-se que a maior proporção das dissoluções ocorreu entre as famílias constituídas somente com filhos menores de idade, com o aumento de 5,6% entre 2008 e 2018, atingindo o patamar de 46,6% do número de divórcios em 2018 (IBGE, 2018).

Nessa toada, é inolvidável que a dissolução das entidades familiares, em regra, está calcada em desgaste do relacionamento dos consortes, sendo um momento delicado, sobretudo considerando os altos índices de divórcio em arranjos familiares compostos por crianças e adolescentes. Portanto, destaca-se que os filhos são fruto do matrimônio e dele não se dissociam, tendo em vista que possuem o direito fundamental de convivência com os pais, podendo ser o instituto da guarda uma forma de garanti-lo, conforme se analisa a seguir.

6. Modalidades de guarda no ordenamento brasileiro

Decorre do poder familiar o dever de proteção dos infantes, que compreende a sua criação e não se limita à concessão de recursos materiais, abrangendo também, na linha dos princípios da afetividade e do cuidado, o direito à convivência, que é: “relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum” (LÔBO, 2011, p. 74).

Esse direito, inclusive, já era vislumbrado na Alemanha, na metade do século XX. Nesse sentido:

[...] a *Alemanha Ocidental*, através da Lei Matrimonial de 20.02.1946 [...] estabeleceu dificuldades para o divórcio por perturbação objetiva da sociedade conjugal representada pela cessação da convivência familiar, mandando que se levasse em conta [...] o bem-estar dos filhos menores (CAHALI, 2005, p. 34).

No Brasil, o art. 227 da CF/88 estatui que a convivência familiar e comunitária é direito fundamental de crianças, adolescentes e jovens, não podendo restar prejudicado, mesmo com o divórcio ou separação dos genitores que antes coabitavam no mesmo local (BRASIL, 1988).

Nessa linha, dispõe o art. 9.3 da Convenção Sobre os Direitos da Criança que o infante tem direito de: “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao

interesse maior da criança” (BRASIL, 1990). Ademais, esse direito é recíproco, nos termos do art. 1.632 do CC/02: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (BRASIL, 2002).

Diferentemente da convivência, a guarda se refere à tutela dos infantes e à gestão da vida da prole, atuando como meio de exercício do poder familiar, cujo conteúdo perfaz, nos termos do art. 33 do ECA: “[...] a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990). De forma específica, a guarda natural decorre do reconhecimento do filho, na forma do art. 1.612 do CC/02. Já a guarda comum ou conjunta é desempenhada pelo modelo de família constituída pelo casamento ou união estável (BRASIL, 2002).

Com a dissolução da entidade familiar, outras modalidades de guarda são previstas pelo ordenamento. Até a promulgação da Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, deferia-se, em regra, a guarda unilateral, também chamada de guarda única, exclusiva ou uniparental, que, consoante art. 1.583, §1º do CC/02, é: “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” (BRASIL, 2002). Nessa modalidade, o infante fica em residência fixa, com um dos pais, que exercerá a gestão da sua vida. Do outro genitor, a criança apenas recebe visitas, que são determinadas ou acordadas judicialmente, conforme art. 15 da Lei do Divórcio (BRASIL, 1977).

Consequentemente, ainda que ressalvado o exercício do poder familiar pelo não detentor da guarda, por meio da fiscalização da manutenção e educação da criança, este resta prejudicado na convivência, porquanto seu surgimento como visita o afasta da responsabilidade familiar (DIAS, 2011). Logo, esses encontros podem se tornar mais esparsos, e o infante,

gradativamente, mais distante de um genitor, sobejando lesado seu direito de conviver com ambos (DIAS, 2011).

Consectariamente, referida modalidade é alvo de críticas, pois afronta princípios constitucionais de isonomia e do melhor interesse da criança. De forma diversa, a guarda compartilhada, também chamada de guarda conjunta, é definida pela parte final do §1º do art. 1.583 do CC/02 como: “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (BRASIL, 2002).

Nessa toada, compartilhar significa arcar juntamente e liga-se à família, pois envolve a vivência, o convívio e a partilha entre os indivíduos. Portanto, guarda compartilhada é um prolongamento desses princípios de participação e afeto, mesmo com o fim da união conjugal, sendo, a partir de 2014, obrigatório seu deferimento (VENOSA, 2017). Há, ainda, um modelo derivado da guarda compartilhada denominado de aninhamento, em que: “O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece” (DIAS, 2011, p. 433).

Por outro lado, insta salientar que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, pois, nessa modalidade, não há residência fixa. Assim, os filhos ficam por determinado período de tempo com cada genitor, de modo que: “Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, [...] entre as casas dos genitores” (DIAS, 2011, p. 435). Esse arranjo gera a inconstância da permanência no lar por parte do filho, o que repercute na ausência de sustentação para seu amadurecimento, razão pela qual é pouco utilizado (LÔBO, 2011).

Por fim, destaca-se que as modalidades de guarda citadas não esgotam as subdivisões existentes, entretanto, são as mais conhecidas e que merecem, no momento, maior atenção.

6.1. Obrigatoriedade da guarda compartilhada

Na definição de guarda compartilhada, há dois conceitos: a guarda jurídica compartilhada (*joint legal custody*) e a guarda física compartilhada (*joint physical custody*).

A primeira se refere à gestão colegiada da vida do infante, ou seja: “mesmo em situações de divórcio, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre o futuro dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física” (RAMOS, 2016, p. 54). Lado outro, a guarda física compartilhada se relaciona com a convivência, pois: “é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades, nas quais a criança fica praticamente a metade de seu tempo com cada um deles” (RAMOS, 2016, p. 54).

Com efeito, a guarda jurídica compartilhada já era reconhecida, pois a separação e o divórcio não extinguem o poder familiar. Por seu turno, a Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008 (Lei da Guarda Compartilhada) alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.634 do CC/02, para instituir, expressamente, tanto a guarda jurídica compartilhada quanto a guarda física compartilhada (PEREIRA, 2018).

Posteriormente, a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória instituiu a obrigatoriedade da guarda física compartilhada a partir de 2014, mesmo nos casos em que haja desacordo entre os pais, consoante art. 1.584, II, §2º do CC/02 (BRASIL, 2002). Logo, não é possível ao julgador indeferir pedido de guarda compartilhada; “sem a demonstração cabal de que um dos ex-cônjuges não está apto a exercer o poder familiar”, conforme entendimento esposado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial n. 1.629.994 (BRASIL, 2016).

Entretanto, não se olvida a existência de causas obstativas à fixação da guarda compartilhada como: perda do poder familiar, declaração de um

dos genitores de que não deseja a guarda e circunstâncias que inviabilizam o exercício conjunto da guarda física. Nesse ponto, o STJ, no bojo do Recurso Especial n. 1.605.477, entendeu ser inviável a implementação da guarda compartilhada quando os pais morarem em cidades distintas (BRASIL, 2016). Além disso, deve-se observar se os genitores estão aptos a cuidar do filho, de modo que, nos termos do art. 1.584, II, §5º do CC/02:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade [...] considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (BRASIL, 2002).

Outrossim, o art. 1.584, II, §3º do CC/02 prevê o auxílio de equipe multidisciplinar ao magistrado para estabelecer o tipo de guarda, as atribuições dos genitores e a divisão dos períodos de convivência com o filho de forma equilibrada (BRASIL, 2002). Destarte, a sistemática traçada pela Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória visa a operar uma mudança de paradigma no tratamento da guarda e do divórcio, porquanto, em regra, deferia-se a guarda unilateral à genitora, a partir do pressuposto de que a mulher deveria ser mãe antes de tudo (BADINTER, 1985).

Nesse sentido, segundo Badinter (1985), desde 1970, abundaram publicações que recomendavam à mãe cuidar pessoalmente dos filhos e lhes ordenava amamentá-los, obstando sua inserção no mercado de trabalho e a igualdade de deveres entre os pais. Contudo, esse entendimento não se harmoniza com a CF/88 e opera desarranjos que encontram ressonância nos dias atuais. Logo, o paradigma da guarda unilateral entrou em crise, indicando que: “é chegada a ocasião para renovar os instrumentos” (KUHN, 2011, p. 105). Isso porque, essencialmente, o paradigma estabelece o impasse a ser resolvido, de modo que: “[...] a teoria do paradigma está diretamente implicada no trabalho de concepção da aparelhagem capaz de resolver o problema” (KUHN, 2011, p. 48).

No viés instrumental, leciona Habermas (1997) que a função do direito é mediar a tensão entre facticidade e validade, pois nem sempre a

abstração das normas jurídicas será capaz de se adequar efetivamente ao caso concreto, podendo dispor, inclusive, de forma contrária aos anseios sociais. Por conseguinte, a guarda unilateral não estava, na maioria dos casos, garantindo o exercício igualitário do poder familiar entre os genitores, nem o melhor interesse da criança, incompatibilizando a previsão legal com os fundamentos principiológicos do ordenamento e sua adequação ao caso concreto (PEREIRA, 2018).

Estatisticamente, verifica-se que, mesmo após a instituição da obrigatoriedade da guarda compartilhada, predomina a detenção pelas mulheres da guarda dos filhos menores na ocasião do divórcio. Em 2018, esse percentual atingiu o valor de 65,4%, que, apesar de alto, é menor que o percentual dos anos anteriores, sendo 69,4%, em 2017, e 74,4%, em 2016 (IBGE, 2018). Desse modo, vislumbra-se que, com a crise da guarda unilateral, a obrigatoriedade da guarda compartilhada vem alcançando êxito na mudança de paradigma, pois sua adoção, entre arranjos familiares com filhos menores, passou de 7,5%, em 2014, para 24,4% em 2018 (IBGE, 2018).

Portanto, além de garantir a convivência dos filhos com os pais, a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória estimula a mudança de paradigma na condução do divórcio, por meio da transcendência dos conflitos advindos do rompimento do vínculo conjugal para a busca do melhor interesse da criança.

7. Alienação parental nos moldes da Lei no 12.318/2010

Com a dissolução da entidade familiar, o direito de convivência dos pais com os filhos não pode restar prejudicado. Assim, quando o genitor é obstado da convivência com o infante, sem haver perda ou suspensão do poder familiar, pode se configurar situação de alienação parental, que é definida no art. 2º da Lei da Alienação Parental como:

[...] a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Esse é o processo abordado no presente artigo e não se confunde com a síndrome da alienação parental (SAP), termo cunhado pelo psiquiatra americano Richard Alan Gardner, para denominar a patologia decorrente do processo de alienação parental, que culmina com a implantação de falsas memórias no filho alienado (GARDNER, 2002). Em sede de aproximação, tanto a alienação parental, quanto a SAP se intensificam com a diminuição da convivência do filho com algum de seus genitores (GARDNER, 2002).

Não obstante, parte da doutrina desacredita da existência da SAP, haja vista que os atos de alienação, dirigidos contra o vínculo familiar, independem da existência de um complexo de sintomas atribuíveis à vítima dessa suposta condição (BRASIL, 2018). Quanto à alienação parental, grande parte da doutrina considera um avanço o tratamento expresso dessa temática pelo ordenamento jurídico, o que, contudo, não a isenta de críticas (MADALENO, 2013).

As discussões se intensificaram após a identificação, pela Comissão Parlamentar de Inquérito dos Maus Tratos Contra Crianças e Adolescentes (CPI dos Maus Tratos), de margem para o mau uso da lei, com a finalidade de alteração da guarda pelo genitor abusador, que ocorre da seguinte forma:

[...] genitores acusados de cometer abusos ou outras formas de violência contra os próprios filhos teriam induzido ou incitado o outro genitor a formular denúncia falsa ou precária, como subterfúgio para que seja determinada a guarda compartilhada ou a inversão da guarda em seu favor. Seria uma forma ardilosa pela qual um genitor violento manipularia o outro de modo a obter o duplo benefício de acesso à vítima e afastamento do protetor (BRASIL, 2018, p. 41).

Por esse motivo, o Projeto de Lei do Senado n. 498 de 2018 (PLS 498/18) propõe a revogação da Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2018).

Entretanto, não se pode olvidar o escopo de referida lei de proteção de crianças e adolescentes, que sofrem diversos abusos, inclusive no âmbito emocional, infligido pela alienação parental, de modo que sua revogação violaria o princípio da vedação ao retrocesso social que impõe a “manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social” (SARLET, 2009, p.436). Além disso, apesar do temor do mau uso da lei, com a inversão indevida da guarda, é importante salientar que a alienação parental possui três estágios, e que a inversão da guarda apenas ocorre na fase severa, após extensa instrução probatória (MADALENO, 2013).

Pormenorizadamente, vislumbra-se no estágio inicial ou leve a campanha de difamação; mas existe ainda sentimento de afeto para com o outro genitor. Nessa hipótese, deve se assegurar a mínima visitação assistida, salvo casos de iminente risco de prejuízo físico ou psicológico do infante, atestado por profissional a ser designado pelo juiz, conforme dispõe o art. 4º, parágrafo único da Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2010).

Já na alienação parental classificada como moderada, aparecem os primeiros sinais de dicotomia; em que um genitor é bom e o outro é mau. Isso porque o motivo das agressões se torna consciente e reúne os sentimentos e desejo do menor e do genitor alienante, criando uma cumplicidade entre alienador e filho (MADALENO, 2013). Nesse estágio, preceitua o art. 5º da Lei da Alienação Parental, que o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, com prazo de noventa dias para apresentação de laudo, passível de prorrogação a critério do juiz e em decisão fundamentada (BRASIL, 2010).

Por fim, nos casos severos, o infante se encontra extremamente perturbado e as visitas são muito difíceis, ou sequer ocorrem. O vínculo entre filho e genitor alienado é rompido. Nessa fase, entre outras medidas, o magistrado pode determinar a alteração da guarda para a modalidade compartilhada, ou sua inversão (MADALENO, 2013).

Importante, ainda, distinguir a alienação parental da alienação autoinfligida ou autoalienação, em que o próprio genitor alienado provoca o afastamento da criança ou adolescente não por desamor; mas por medo, tendo em vista o tratamento ríspido, cruel e desumano que lhe é dispensado. Consequentemente, acusa o outro genitor de alienação parental; porém, não faz jus às medidas previstas na lei, por não restar configurada referida prática (MADALENO, 2013).

No âmbito processual, por se tratar de matéria de ordem pública, a alienação parental pode ser reconhecida, a qualquer tempo, de ofício pelo magistrado ou por provocação do Ministério Público ou da parte interessada (BRASIL, 2015).

Durante a instrução probatória, a discussão de fato envolvendo alienação parental enseja o acompanhamento do juiz por especialista, ao tomar o depoimento do infante, consoante dispõe o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), no art. 699 (BRASIL, 2015). O art. 2º, parágrafo único da Lei da Alienação Parental prevê, ainda, rol exemplificativo de condutas que possam configurar a prática, como: realização de campanha de desqualificação da conduta do genitor; omissão deliberada de informações pessoais relevantes sobre o infante; obstaculização do exercício da autoridade parental e do contato (BRASIL, 2010).

Destarte, a alienação parental viola o direito de convivência e a dignidade do infante e do parente vitimado, na medida em que: “[...] ao acarretar o afastamento da criança com seus parentes, cria buracos nas relações afetivas que dificilmente conseguem ser restabelecidos” (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 60).

Ademais, a alienação parental constitui abuso moral contra a criança e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. Em razão disso, pode acarretar, conforme arts. 6º e 7º da Lei de Alienação Parental, a perda da guarda, a remoção da

pessoa do tutor ou curador, ou à suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2010).

Outrossim, o magistrado pode, dentre outras medidas: declarar a ocorrência da alienação parental e advertir e/ou estipular multa ao alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; bem como a fixar cautelarmente do domicílio do infante (BRASIL, 2010).

No que tange à guarda, há preferência pela modalidade compartilhada, como medida repressiva da alienação parental, ou, no caso de impossibilidade, é possível atribuir a guarda unilateral: “[...] ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor” (BRASIL, 2010). Portanto, percebe-se que o ordenamento brasileiro vem criando mecanismos para dirimir e prevenir distúrbios como a alienação parental, tendo em vista a dignidade da pessoa humana e a estabilidade das entidades familiares, mesmo com o fim do matrimônio.

8. Efetividade da guarda compartilhada obrigatória como prevenção à alienação parental

A guarda compartilhada, além de atuar como medida repressiva à alienação parental, coopera com a convivência familiar mais harmônica, em consonância com o princípio da isonomia. Nessa linha:

A previsão legislativa da guarda compartilhada reforça a importância da participação de ambos os pais na vida de seus filhos. Antes de qualquer efeito jurídico, já tem um impacto na mente dos pais envolvidos que evita o sentimento de perda, natural em processos judiciais, quando a guarda do filho é concedida ao outro (RAMOS, 2016, p. 67).

Segundo Dias (2011), a guarda compartilhada empreendeu uma mudança significativa de costumes, ensejando a participação de ambos os pais na vida dos filhos. Além disso, essa modalidade busca o exercício

recíproco de direitos e deveres dos genitores para com os filhos comuns, com fortalecimento do poder familiar e intervenção estatal para redução de litígios, o que possibilita a separação entre os conflitos advindos da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade. Portanto, a guarda compartilhada obrigatória se demonstra eficaz como prevenção da alienação parental, tanto pela sua sistemática de compartilhamento de obrigações, quanto por seus fundamentos, que englobam diálogo e apoio de equipe multiprofissional. Desse modo:

A intervenção de uma equipe interdisciplinar [...] faz-se [...] necessária, seja antes ou após a intervenção de um mediador, na hipótese de resistência de um dos pais, possibilitando que os arranjos atendam aos interesses da família [...], garantindo ao infante o seu bem-estar e o direito à convivência familiar (RAMOS, 2016, p. 72).

Logo, o estímulo ao diálogo auxilia o consenso entre os indivíduos, que deixam de olhar só para si mesmos e pensam no melhor interesse da criança. Nesse ponto, quando o diálogo é guiado estrategicamente, é possível alcançar a solução autocompositiva dos conflitos, que se opera pelas próprias partes, seja por meio da mediação ou da conciliação (NUNES, 2016). Há, contudo, entendimento acerca da impossibilidade de aplicação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos aos casos que versam sobre alienação parental, o que motivou, inclusive, o veto ao art. 9º da Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2010).

Não obstante, observa-se, pela interpretação sistemática, que a mediação é aplicável aos casos de alienação parental, porquanto não se trata de disposição de direito; mas de viabilização do diálogo em prol do melhor interesse da criança. Ademais, ela pode ser efetuada no bojo do processo judicial, conforme orientação dos arts. 165 e 694 do CPC/15, não havendo violação ao interesse público (BRASIL, 2015). Nesse ponto, o Projeto de Lei do Senado n. 144/2017 (PLS 144/2017), já aprovado nessa casa e remetido à Câmara dos Deputados (PL 6008/2019), prevê a aplicabilidade da mediação à Lei da Alienação Parental.

Conceitualmente, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), a mediação é: “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015). Diversamente, na conciliação, há a presença de terceiro imparcial que é catalizador da transação, promovendo solução mais rápida ao litígio (BRASIL, 2015).

Para conflitos na seara familiar, a modalidade mais adequada é a mediação, pois objetiva alcançar o cerne do conflito pelas partes, sem limitação temporal. Para isso, estimula-se o diálogo, que é o caminho para a pacificação social (ROSENBERG, 2006).

Por conseguinte, exige-se, junto à mudança de paradigma promovida pela obrigatoriedade da guarda compartilhada, a migração para a comunicação não violenta, que consiste em observar as situações sem julgamentos, identificar os sentimentos que surgem com aquelas ações, reconhecer as necessidades atreladas àqueles sentimentos e o que se quer pedir ou expressar. Deve-se também receber com empatia as palavras, construindo um diálogo de compreensão mútua (ROSENBERG, 2006).

No âmbito psíquico, a guarda compartilhada enseja o acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, conforme prevê o CPC/15 e o art. 129, III, do ECA, tendo em vista a importância do cuidado com emoções, angústias, traumas e anseios comuns a um contexto de ruptura conjugal (BRASIL, 1990).

A mudança de paradigma no tratamento do divórcio e da guarda desencadeada pela guarda compartilhada obrigatória, associada à mediação e ao acompanhamento multiprofissional, enseja a prevenção da alienação parental, pois reduz os pontos de conflito advindos da separação, por meio da comunicação não violenta. Há, portanto, uma fluidez no entendimento e no diálogo, com respeito entre os genitores, o que agrega ao bem estar da criança e do adolescente.

Associa-se a essa sistemática a conscientização dos pais acerca do funcionamento da guarda compartilhada. Nessa linha, a Recomendação nº 32 do Conselho Nacional do Ministério Público cita a guarda compartilhada obrigatória e destaca a necessidade de conscientização da sociedade e daqueles que trabalham no meio jurídico, por meio de palestras, com maior atenção aos direitos das crianças e adolescentes, e ações afirmativas para efetivação dos vínculos familiares e parentais (CNMP, 2016). Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) oferece a Oficina de Pais e Mães, que visa a auxiliar famílias que enfrentam conflitos de separação através de oficinas *online*. Procura, ainda, preservar uma relação saudável do casal junto aos filhos, permitindo a adaptação à nova realidade.

No âmbito privado, com o mesmo objetivo, há organizações nacionais e internacionais que promovem a criação de grupos de apoio familiar, como a Associação Pais Para Sempre (APPS), em Portugal, e a Associação de Pais e Mães Separados (APASE), no Brasil (DIAS, 2011). Portanto, verifica-se que a instituição da obrigatoriedade da guarda compartilhada inaugurou nova tratativa do processo de divórcio e guarda dos filhos no país, pois estabeleceu sistemática multidisciplinar de enfrentamento aos problemas que dele decorrem, tratando-se de meio efetivo de prevenção da alienação parental.

9. Conclusão

Do presente trabalho, depreende-se que o conceito de família se modificou ao longo do tempo, de acordo com os valores de cada sociedade. Pela análise da gradação histórica, verifica-se o aumento da proteção de crianças e adolescentes. Nesse sentido, a CF/88 prevê a doutrina da proteção integral e dispõe acerca do exercício do poder familiar de forma equânime entre os genitores, em consonância com os princípios do melhor interesse da criança, da prioridade, do cuidado e da afetividade.

Portanto, atualmente, o conceito de família se fundamenta nos laços afetivos, o que ocasionou a despatrimonialização dessa seara, devendo o casamento e a união estável se pautar na comunhão de vida. Inexistindo esse requisito, a união não subsiste, facilitando a EC 66/2010 a dissolução das entidades familiares. No entanto, o que não se separa são os filhos, porquanto possuem o direito fundamental de conviver com os pais, podendo a guarda ser uma alternativa para garanti-lo.

Nessa toada, em alguns casos, a fixação da guarda unilateral potencializava os litígios entre os genitores. Em razão disso, e pela incompatibilidade com os valores constitucionais da dignidade e da proteção integral, o paradigma da guarda unilateral entrou em crise. Concomitantemente, a regulamentação da alienação parental revelou a existência de abuso emocional, violador do direito à convivência, que antes passava despercebido, de modo que sua revogação iria de encontro ao princípio da vedação ao retrocesso. Não obstante, diante da complexidade do instituto em questão, não se descarta a possibilidade de aperfeiçoamento da lei.

Lado outro, quanto ao problema a ser respondido pela presente pesquisa acerca da efetividade da guarda compartilhada obrigatória como prevenção da alienação parental, verifica-se que a instituição da obrigatoriedade dessa modalidade de guarda modificou a abordagem do problema, por meio do diálogo e do acompanhamento multiprofissional.

Conseqüentemente, a guarda compartilhada se constitui como instrumento repressivo e preventivo da alienação parental, pois obsta a interferência dos litígios emergentes do rompimento do vínculo conjugal na convivência entre pais e filhos, por meio da sua resolução dialogada. Prioriza-se, assim, os interesses de crianças e adolescentes. Portanto, conclui-se que a guarda compartilhada obrigatória é eficaz na prevenção da alienação parental, pois se fundamenta no melhor interesse da criança,

viabilizando o diálogo e o respeito entre genitores, de forma a garantir o direito fundamental de convivência familiar de crianças e adolescentes.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Título original: *Theorie der Grundrechte*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva). 5ª ed. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2008.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. (Título Original: *L'Enfant et la Vie familiale sous l'Ancien Régime*. Tradução: Dora Flaksman). 2ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Guanabara, 1986.

BADINTER, Elizabeth. **Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno**. (Título original: *L'Amour En Plus*. Tradução: Waltensir Dutra). Rio de Janeiro (RJ): Editora Nova Fronteira. 1985. Disponível em: <[http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20\(pdf\)%20\(rev\).pdf](http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20(pdf)%20(rev).pdf)>. Acessado em 24 mai. 2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury). 5ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Fundação Casa Rui Barbosa, 1999.

BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: Ética e compaixão pela terra*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 10 fev. 2016.

BRASIL, Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acessado em 13 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado em: 15 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em: 24 mai. 2015.

BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acessado em: 11 jun. 2020.

BRASIL, Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. **Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acessado em: 25 mai. 2015.

BRASIL, Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acessado em: 20 out. 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.008 de 18 de novembro de 2019**. Brasília (DF). Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229712>>

Acessado em 13 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 144 de 9 de maio de 2017**. Brasília (DF). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129146>> Acessado em 13 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 498 de 2018**. Brasília (DF). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893728&ts=1594018351598&disposition=inline>> Acessado em 09 ago. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Maus Tratos**. Brasília (DF), 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2102&tp=4>> Acessado em 09 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 1605477-RS**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=GUARDA+COMPARTILHADA+LIMITES+GEOGR%C1FICOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acessado em 22 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 1629994-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=GUARDA+COMPARTILHADA+POSSIBILIDADES&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>> Acessado em 22 jan. 2018.

BULOS, Uaidi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11ª ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2005.

CNMP, Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 32**. Brasília (DF). Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RecomendaCAO_32.pdf> Acessado em: 15 mai. 2016.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. (Título original: *La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acessado em 20 mai. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. (Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Tradução: Leandro Konder). 9ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. 2ª ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2014.

GARDNER, Richard Alan. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** (Tradução: Rita Rafaeli), 2002. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acessado em 14 jun. 2020.

FRANÇA, Declaração de Direitos. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. (Título original: *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Tradução: Marcus Cláudio Acqua Viva). São Paulo: Saraiva, 1798.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. vol. 1 (Tradução: Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro (RJ): Tempo Brasileiro, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**: parte I. 15ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Vozes, 1986.
- IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil de 1984**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_1984_v11.pdf> Acessado em 16 mar. 2018.
- IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil de 2018**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf> Acessado em 11 jun. 2020.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. (Título original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*). Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KUHN, Thomas S., **A Estrutura das Revoluções Científicas**. (Título original: *The Structure of Scientific Revolutions*). Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo (SP): Perspectiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família: Direito Matrimonial**. vol. 1 (Atualizado por Wilson Rodrigues Alves). Campinas (SP): Bookseller, 2001.
- MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de Conflitos: Pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo (SP): Summus Editorial Ltda., 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. 26ª ed. vol. 5. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2018.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2013.
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2ª ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2016.
- RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção Comentada**. 2ª ed. São Paulo (SP): JH Mizuno, 2012.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não Violenta: Técnicas Para Aprimorar Relacionamentos Pessoais e Profissionais**. (Título original: *Nonviolent Communication: a language of life*). Tradução: Mário Vilela. 2ª ed. São Paulo (SP): Ágora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17ª ed. vol. 5. São Paulo (SP): Atlas, 2017.

Artigo recebido em: 11/08/2020

Aceito para publicação em: 26/04/2021

O comércio de dados pessoais e a (des)proteção da privacidade, de Naiara Aparecida Lima Vilela

Book Review

Thainá Penha Pádua¹

O livro “*O comércio de dados pessoais e a (des) proteção da privacidade*”, ISBN 978-65-8609-316-2, publicado em 2020 pela Editora *Tirant lo Blanch*, foi escrito pela pesquisadora Naiara Aparecida Lima Vilela. A obra foi dividida em quatro capítulos e tem como tema central a investigação da proteção de dados pessoais e seus desdobramentos jurídicos, no que tange a comercialização dos dados e o posicionamento jurídico atual.

No primeiro capítulo, intitulado “Do direito econômico e da livre iniciativa, a autora expõe que o Direito e a Economia são demasiadamente imbricados, sendo, portanto, o objeto de estudo do campo do direito econômico, que surgiu em meio à primeira grande guerra e à necessidade de intervenção estatal para fins de organização do sistema e pacificação social.

Sobre os sistemas econômicos, Vilela aponta que são estruturados conforme o conjunto jurídico-social de determinada sociedade, determinando como será dividido o produto econômico, que pode ser destinado a indivíduos ou a coletividade. Nesse contexto, destaca-se o sistema capitalista, que tem como elementos principais a proteção à propriedade privada, à livre iniciativa, a propriedade dos fatores de produção etc., em um viés liberal em relação a administração do capital.

¹ Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-graduada em Direito Processual pela Fundação Educacional de Oliveira - FEOL. Pós-graduada em Direito Penal pela Damásio S/A. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras (2016). Advogada. Membro do Observatório do Mundo em Rede – *Cyber Leviathan*. Membro da RED de Derecho América Latina y el Caribe (REDALC).

Adiante, a autora explica as formas de intervenção estatal para, assim, tratar da “ordem econômica constitucional”, que vai além de uma regulação simples, para ter a Constituição Federal como norteadora da vida econômica. Esse modelo surgiu da transição do Estado Liberal para uma ordem econômica intervencionista, tendo inspirado as constituições de vários países após a promulgação da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

O ordenamento jurídico brasileiro perpassou pelo Estado Liberal e pelo modelo mais intervencionista em seus documentos constitucionais, sendo que, atualmente, a Constituição Federal de 1988 se orienta pelos princípios sociais, cuja intervenção do Estado deve ser no intuito de conciliar direitos fundamentais com a ideia de livre iniciativa.

A liberdade de iniciativa está positivada na CF/88, tanto como um princípio da ordem econômica, quanto um fundamento da República. Oriunda do liberalismo, infere-se que toda pessoa física ou jurídica pode desempenhar qualquer atividade econômica em um mercado com pouca interferência estatal, somente em casos de interesse público relevante, evitando-se o abuso de poder e a violação à direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Através do método dedutivo, percebe-se que a autora, a partir de uma análise macro- analítica do ordenamento jurídico no primeiro capítulo, expondo os principais acontecimentos sociais que levaram à formação do modelo econômico atual, no segundo capítulo, ela passa a analisar os conceitos do direito fundamental à privacidade e intimidade dos indivíduos.

Fazendo referência ao clássico texto de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, “*The Right to Privacy*”, publicado em 1890, a privacidade era considerada basicamente como o “direito de ser deixado só”. No entanto, como bem salientado pela autora, esses direitos possuem formatações diferentes à medida que a sociedade vai evoluindo, e atualmente, abarca um

conceito muito mais amplo do que aquele de décadas atrás, sobretudo após a Revolução Tecnológica, que culminou em uma hiper virtualização da vida.

Privacidade, hoje, significa também dar ao indivíduo o direito de ter o controle sobre suas informações e dados pessoais. Nesse passo, a vida privada e a intimidade são desdobramentos da personalidade, posto que são inerentes à pessoa e à sua dignidade.

No entanto, a tecnologia tem tornado difícil a proteção desses direitos, o que faz lembrar a obra “A Era do Capitalismo de Vigilância”, de Shoshanna Zuboff (2021), que expõe a *new surveillance* a que estão submetidos os cidadãos, cercados por dispositivos eletrônicos conectados à internet que buscam incessantemente por dados pessoais.

Vilela (2020, p. 42) aponta que uma sociedade desenvolvida necessita de “boa qualidade de intimidade”, mas esse direito, como qualquer outro, não é absoluto e possui limitações, podendo ser restringido em razão de interesses públicos e por exigências de natureza histórica, cultural, judicial e econômica, para a estruturação de bancos de dados.

No terceiro capítulo, “Da obtenção e comércio de dados pessoais”, adentrando especificamente ao tema central do livro, a autora o inicia tratando sobre a sociedade da informação, cuja tecnologia possibilitou o processamento e a transmissão de informações em uma escala nunca vista. E muitos meios de produção migraram para a informação em meio a uma economia digital.

Fazendo uma distinção entre informação e conhecimento, este é dividido em codificáveis e tácitos. Os primeiros, quando transformados em informação podem ser comercializados. Já os tácitos são retidos por meio da aprendizagem, cuja transformação em informação é mais difícil. Já a informação engloba os ativos comercializáveis. Assim, o ativo financeiro da sociedade informacional é a própria informação gerando conhecimento transformado em dados, o que aumenta a eficiência das transações econômicas.

Com a organização desses dados de consumidores, por exemplo, a autora afirma que é possível traçar estratégias personalizadas, adequando produtos e serviços para cada necessidade. Com o auxílio da tecnologia, a exemplo do *marketing* direcionado, as empresas passam a analisar melhor o mercado de consumo e refinar as preferências do público-alvo.

Para definir dados pessoais, ela se utiliza inicialmente do conceito previsto no GDPR (*General Data Protection Regulation*), a regulação dos dados nos países da União Europeia, sendo aquelas informações relativas a uma pessoa tanto identificada quanto identificável. Qualquer dado social, econômico, médico, cultural etc. pode possibilitar o reconhecimento de alguém, mas o nome, número de identidade, imagem, entre outros específicos, possibilitam o reconhecimento imediato.

Explicando as categorias dos dados pessoais, tem-se que as informações internas envolvem o pensamento do indivíduo, sua crença filosófica e religiosa, dados de autenticação, preferências e gostos. Já as informações externas são aquelas que identificam uma pessoa, como o seu nome completo, número de documento, dados biométricos, condições médicas etc. Também constituem dados pessoais a história de vida, comportamento real ou virtual, relações sociais, vida criminal, histórico de empregos, conta bancária, capacidade de crédito, dentre outros.

Na categoria de rastreamento do indivíduo, considera-se dado pessoal as informações relativas a dispositivos de utilização pessoal, endereço de IP (*Internet Protocol*), coordenadas de GPS, histórico de acesso ao navegador etc. Dessa forma, percebe-se que com a democratização do uso da *internet*, não existem mais experiências inocentes, ou seja, os rastros virtuais são coletados e utilizados para formar um perfil, sendo o principal combustível da sociedade da informação.

No tópico “Coleta e comércio de dados pessoais”, a pesquisadora destaca que, após o surgimento das TIC’s (Tecnologias da Informação e Comunicação), o mercado de dados pessoais foi potencializado, existindo

atualmente diversas técnicas de coleta. Através de formulários em aplicativos, sites e outras plataformas digitais, o usuário muitas vezes se vê obrigado a fornecer os dados pessoais para utilizar o produto ou serviço. Os *cookies* são outra forma de obtenção de dados, pois permitem que os sites salvem informações de navegação dos usuários e toda a sua atividade *online*. Muitas empresas que investem em tecnologia possuem sistemas de bancos de dados, além de instituições do Poder Público.

No grande mercado de dados pessoais, citando Silveira, Avelino e Souza (2019, p. 224), há quatro camadas: coleta e armazenamento de dados, processamento e mineração, análise e amostras e por fim, modulação. A primeira camada se revela pelos mecanismos de pesquisa, formulários virtuais e outras formas de coleta, sendo o principal insumo do mercado de consumo virtual, sobretudo das empresas de publicidade. A segunda camada consiste no tratamento dos dados coletados, os quais, devidamente organizados, revelam os perfis dos usuários. A terceira camada é constituída pelos departamentos de *marketing* e as plataformas de organização de vendas, além das empresas terceirizadas para dar suporte e aperfeiçoar a propaganda direcionada. Na última camada, modulação, se encontram os algoritmos de controle de visualização, filtros, entre outros, que analisarão a performance das ofertas personalizadas.

Trazendo à obra o relatório da OECD, de 2013, realizado nos Estados Unidos, os dados pessoais relativos a endereços de ruas valiam cerca de USD 0,50, USD 2 para datas de nascimento, USD 8 para o número do seguro social, USD 3 para número da licença de motorista, USD 35 para registro militar. Verifica-se que os dados pessoais, que deveriam estar protegidos pelo Estado, possuem até mesmo valor de mercado, o qual, sem dúvidas, deve ter aumentado demasiadamente após a pandemia pelo vírus Covid-19, que implementou ou acelerou a digitalização de várias esferas sociais e econômicas.

Os atuais modelos de negócios são baseados na venda e troca de informações sobre os cidadãos, operações que são realizadas sob o discurso de aprimoramento do produto ou do serviço ofertado, quando, na verdade, podem estar causando danos colaterais aos direitos de personalidade dos indivíduos.

Adiante, no quarto capítulo denominado “A (des) proteção da privacidade pelo comércio de dados pessoais” são expostos os problemas relativos à questão do “varejo” de informações, utilizando o termo de Bruno Bioni, em sua obra “Proteção dos dados pessoais” (2019). Dessa forma, o mercado tem se transformado em um ambiente de troca e venda de bancos de dados, potencializando as chances de êxito dos fornecedores de produtos e serviços, o que tem revelado diversas violações de direitos.

Citando um exemplo claro da situação, apresentado primeiramente por Daniel J. Slove (2004), uma empresa com sede na Flórida, chamada Catalina Marketing Corporation, mantém bancos de dados de compras de supermercados de trinta milhões de lares de mais de cinco mil lojas. É claro, há um software cujos algoritmos são capazes de organizar os dados e perfilar os indivíduos a partir deles, o que não ocorre somente no mercado de consumo, mas também em processos eleitorais.

Em seguida, a autora faz um raciocínio acerca do direito econômico e do direito à livre iniciativa em contraponto à coleta e ao comércio de dados pessoais. Para ela, esse comércio de dados pessoais é, de fato, protegido pela livre iniciativa: “A não intervenção estatal e a liberdade das pessoas em realizar qualquer atividade percorreu um longo caminho até serem consolidadas através da livre iniciativa, portanto espera-se que sejam preservadas.”.

Ademais, salienta que o Código de Defesa do Consumidor não veda a manutenção de bancos de dados pessoais, desde que as informações não sejam de caráter sigiloso ou íntimo. Para que se configure uma violação aos direitos fundamentais, deve haver prejuízo, corroborando essa afirmação

através de alguns julgados. Em linhas gerais, a pesquisadora conclui que o direito fundamental à privacidade deve ser visto sob a ótica das necessidades coletivas e não apenas individuais, ou seja, em alguns momentos haverá necessárias limitações. E ainda, o comércio de dados pessoais impulsiona o desenvolvimento econômico, o que é essencial para a sociedade.

Para a autora, o princípio da proporcionalidade é um meio eficaz para resolução de questões que envolvam a mercantilização dos dados pessoais, determinando, no caso concreto, qual dos interesses em lide tem maior peso e não somente prioridade, ressaltando que nenhum ato pode ser violador da dignidade humana. Em relação à privacidade, não se nega a sua relevância e indispensabilidade à vida, pois “preserva o bem-estar psíquico e físico e concede paz e tranquilidade como refúgio da vida cotidiana” (VILELA, 2020).

Assim, para que o indivíduo possa desenvolver uma personalidade saudável, sua vida íntima deve lhe ser assegurada, sem perturbações e infringências de terceiros. Até mesmo para o Estado de Direito ela é fundamental, pois permite que os cidadãos criem suas convicções políticas de forma livre.

Fazendo referência à Stefano Rodotà (2008), pesquisador italiano de destaque na matéria, que afirma que a tecnologia tem fragilizado a esfera privada, de modo que o espaço digital deve estar preparado para protegê-la, não podendo ser concebido o uso de dados pessoais sem a autorização do titular, nem mesmo que essas informações sejam obtidas em razão da constante e invasiva vigilância algorítmica.

A autora considera, portanto, que o comércio de dados pessoais deve existir, desde que em consonância com o bem-estar do ser humano, o que deve coexistir com o sistema capitalista. Para ela, o Estado pode e deve intervir nos casos de violação, a fim de estruturar um sistema econômico humanizado. A Lei Geral de Proteção de Dados se coaduna com essa ideia,

de modo que permite o comércio de dados e o limita nas questões de ingerência desarrazoada da vida privada.

Referências

- ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.
- VILELA, Naiara Aparecida Lima. O comércio de dados pessoais e a (des) proteção da privacidade. 1 ed. São Paulo: *Tirant Io Blanch*, 2020, p. 42.
- SILVEIRA, Sergio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. *In: Liinc*. Disponível em: <https://doi.org.10.18617/liinc.v12i2902>. Acesso em: 27 fev. 2019. p. 224
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SLOVE, Daniel J. **The digital person: technology and privacy in the information age**. 1. Ed. New York University Press, 2004. Livro digital.
- VILELA, Naiara Aparecida Lima. O comércio de dados pessoais e a (des) proteção da privacidade. 1 ed. São Paulo: *Tirant Io Blanch*, 2020, p. 72
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância- a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda, Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Resenha recebida em: 14.07.2022.

Aceita para publicação em: 09/11/2022.

O sequestro internacional de crianças: a Convenção de Haia de 1980 e o princípio do melhor interesse da criança: Análise do Recurso Especial n. 1.788.601/SP

Comentário de Jurisprudência

Romeu Vaz Pinto Neto¹

INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO PROPOSTA PELA UNIÃO. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE DENEGOU A RESTITUIÇÃO. ARTS. 12 E 13 DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DECRETO 3.413/2000. INTERESSE DO MENOR. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA. CRIANÇA MAIOR DE DEZESSEIS ANOS. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO. RUPTURA DO NÚCLEO FAMILIAR. RISCO DE GRAVE PERIGO DE ORDEM PSÍQUICA. 1. Na origem, trata-se de pedido de restituição de duas menores, nascidas em 2003 e 2005 na Suécia, que viajaram ao Brasil com a genitora para as festividades do fim do ano de 2011 e nunca mais retornaram à residência habitual, a despeito da guarda compartilhada. 2. A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – concluída na cidade de Haia em 25 de outubro de 1980, em vigor no Brasil desde 1º de janeiro de 2000, veiculada pelo Decreto 3.413/2000 – é o principal instrumento jurídico a reger a presente demanda. 3. O texto da Convenção deixa claro que um dos seus objetivos é "estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual". O art. 12 prevê a imediata devolução da criança quando tiver decorrido menos de um ano entre a data da transferência ou retenção indevida e a de início do processo de repatriação no Estado em que ela se encontra. Aí está, com efeito, o núcleo central do Pacto: a devolução célere do menor ilicitamente subtraído. 4. No caso dos autos, não foi isso que ocorreu. A ordem concedida somente em sentença, dois anos após os fatos, teve sua eficácia suspensa pelo Tribunal a quo ao deferir efeito suspensivo ao recurso da genitora. Realizaram-se audiências de conciliação, inclusive no TRF da 3ª Região. Não houve consenso entre as partes. Ao final, a Corte de origem indeferiu o pleito, que chegou a este Gabinete, via Recurso Especial, aproximadamente sete anos após o ato ilícito. 5. O art. 13, "b", da Convenção desobriga as autoridades do Estado envolvido de ordenarem a repatriação quando existir "risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica,

¹ Advogado. Pós-Graduando em Direito Internacional Público, Provado e da Integração regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Foi membro do grupo de pesquisa *Direitos Humanos e (de)colonialidade*, coord. pela profa. Dra. Rosa Maria Zaia Borges (UFU).

ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável". O risco caracterizador dessa hipótese excepcional deve ser "grave" e satisfatoriamente comprovado in concreto, incumbindo o ônus inteiramente ao genitor-infrator. São insuficientes alegações genéricas ou veículo, aberto ou disfarçado, de preconceito, clichê ou ufanismonacionalista. Logo, o retorno do menor e a inevitável separação do genitor-infrator não configuram, de maneira automática, a exceção referida na Convenção, que deve ser interpretada restritivamente, evitando-se sua banalização e o conseqüente esvaziamento, pela porta dos fundos, do tratado em si. 6. A Convenção acolhe indisputável presunção relativa de que a repatriação imediata do ilicitamente subtraído representa providência que melhor atende ao interesse da criança. Importa lembrar que, no plano ético-político dos valores amparados, a expressão "subtração internacional de criança" encerra, simultaneamente, ataque ao menor envolvido, à paz internacional nas relações de família e à jurisdição natural do Estado de residência habitual. 7. Segundo o Preâmbulo da Convenção – que orienta, sim, o esforço exegético do juiz nacional –, "os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda". Ou seja, consagra-se regra hermenêutica geral a guiar a interpretação de seus dispositivos e a identificar o melhor interesse da criança, especificamente quando estiver "integrada" no ambiente em que vive: "A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio" (grifo acrescentado). 8. Risco grave a ser levado em conta pelo juiz também diz respeito à inteireza universal da Convenção em si, instrumento exemplar que protege, no mundo todo, milhares de pais e filhos (mas não só eles) que padecem com os efeitos terríveis e destrutivos do núcleo familiar, causados pelo sequestro internacional de crianças. Em disputas desse jaez, o Judiciário, nas suas decisões, deve estar, a cada instante, atento para, na medida do possível, divisar e evitar efeitos colaterais imprevisíveis, assim como os sociais e internacionalmente indesejáveis. Para a tranquilidade das famílias, imprescindível acautelar o texto da Convenção contra prática judicial que venha a corroer a garantia do bem jurídico internacional maior. No Brasil ou em qualquer outro lugar, a insensibilidade para tais aspectos relevantes deságua comumente no enfraquecimento da força obrigatória do Pacto, do compromisso e da boa vontade em si de outros Estados-Membros com a implementação de suas responsabilidades, sobretudo quando se tratar de sequestro por estrangeiros e vítimas brasileiras (e são tantas mundo afora!). Afinal, na arena internacional reina, de direito ou de fato, o princípio da reciprocidade: se não cumprirmos, ou cumprirmos parcial ou relutantemente, nossos deveres explícitos e inequívocos estatuídos na Convenção, por que as outras Partes haverão de fazê-lo, quando forem brasileiros o genitor titular da guarda ou a criança sequestrada? 9. No caso dos autos, o risco in concreto para a criança foi correta e objetivamente apreciado pelo Tribunal de origem, que destacou, entre outros pontos, o categórico laudo psicossocial. Outro dado relevante é o de que a menor F.B., nascida em 2003, completou 16 (dezesesseis) anos, circunstância que faz cessar a aplicação do tratado em seu favor (art. 4º da Convenção de Haia). Portanto, a Convenção incide apenas sobre a menor B.B., nascida em 2005. 10. O acórdão recorrido não negou vigência aos dispositivos da Convenção de Haia, mas procurou apreender sua teleologia, ponderando as peculiaridades do caso concreto e visando atender de forma mais

apropriada ao interesse das menores. Em situação normal, a incidência das normas procedimentais da Convenção não demanda grandes esforços hermenêuticos. Contudo, passados sete anos, é imperioso analisá-la de forma mais completa e profunda, o que legitima a interpretação realizada pelo Tribunal de origem, ao menos na quadra atual. 11. Recursos Especiais conhecidos e não providos.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.788.601/SP**. Relator Min. Herman Benjamin. Julgado em: 19/09/2019. Publicado em: 30/10/2019).

1. Resumo do Caso

Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da Constituição federal em face de acórdão proferido pelo TRF da 3ª região que reformou a sentença de 1º grau que havia determinado a devolução dos infantes ao país de sua residência habitual, a Suécia, em cumprimento aos ditames da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores.

O genitor recorrente, de nacionalidade sueca, narra ter sido casado com a genitora, de nacionalidade brasileira, com quem teve duas filhas nos anos de 2003 e 2005 e que, mesmo após o divórcio dos nubentes ocorrido em 2011, as menores permaneceram vivendo na Suécia.

Em dezembro de 2011, o genitor autorizou a saída das crianças do país em companhia da mãe para o Brasil apenas para as festividades de final de ano, em razão da guarda compartilhada, entretanto as infantes não retornaram mais ao seu país de residência habitual, o que o levou a acionar a Autoridade Central sueca, consubstanciado na Convenção de Haia sobre sequestro internacional de crianças que demandou uma Ação de Busca, Apreensão e Restituição por parte da União.

No tribunal primevo, foi determinado o retorno imediato das crianças ao país de residência habitual, salientando que se mostra cristalina a prática de conduta ilícita pela genitora em conformidade com o artigo 3º do

Decreto 3.413/2000², o qual internalizou a Convenção de Haia de 1980, ao retirar as menores da Suécia m caráter permanente, sem o consentimento do pai, violando o direito de guarda também exercido por ele.

Por ocasião da apelação interposta pela genitora perante o Tribunal Regional Federal da 3^a região, a qual foi recebida também no efeito suspensivo, não foi concretizada a transferência das infantes ao país de residência habitual. A discussão permaneceu em segunda instância, tendo ocorrido, inclusive, diversas audiências de conciliação que restaram infrutíferas.

Assim, em sede de acórdão, os desembargadores decidiram por reformar a sentença de primeira instância, mantendo as crianças no Brasil, considerando que a citada convença na qual se substanciava o direito pela devolução das menores, somente obrigava as autoridades brasileiras a fazerem o seu retorno imediato quando tiver decorrido menos de um ano entre a data de transferência e a de início do processo de repatriação no Estado onde ela estiver residindo.

Contudo, no caso concreto, a ordem para o retorno das crianças ao país de residência habitual somente se deu em sede de sentença, tendo passado dois anos dos fatos narrados e, ainda, a decisão teve a sua eficácia suspensa pelo tribunal de segundo grau quando recebida a apelação.

Ademais, o acórdão de segundo grau fundamentou a decisão de manter as menores do Brasil no sentido de que, conforme provas acostadas nos autos, transferir as crianças de volta para a Suécia, a este ponto sob guarda do pai, seria um risco de perigos de ordem física e/ou psíquica, situação

² Artigo 3 - A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

excludente da obrigação de devolução dos infantes conforme a Convenção, devendo ser avaliado no caso concreto, o melhor interesse da criança. O genitor e a União interpuseram Recurso especial.

No mérito a discussão do REsp gira em torno o cumprimento das normativas da Convenção de Haia de 1980 – a devolução ao país de residência habitual imediata quando verificado o ato ilícito por um dos genitores – e, de outro lado, a ocorrência de uma das exceções previstas, em especial a do artigo 13, alínea b³ – perigo para a criança.

Dessa forma, prevaleceu o entendimento de que o princípio do melhor interesse da criança permeava toda a Convenção em si, devendo ser utilizado como baliza para interpretação de suas normas, logo, estando as crianças já integradas no novo meio em que convivem, estas devem permanecer no país.

2. Análise e Comentários do caso

A decisão do REsp permeia entre o respeito à obrigação de assegurar o imediato retorno da criança, em conformidade com a Convenção da Haia, internalizada pelo Brasil através do Decreto 3.413/2000, e dar interpretação e força ao princípio do melhor interesse da criança.

Salienta-se que, apesar da pungente disposição para que seja promovida a volta imediata da criança que foi ilicitamente retirada de seu país de residência, e embora a Convenção presuma, em um primeiro momento, que o retorno da infante ilicitamente transferida de sua residência habitual seja a medida que melhor atende aos interesses das crianças, a própria Convenção estabelece algumas exceções a sua aplicação, como a comprovação de riscos físicos ou psíquicos graves a criança ou a

³Artigo 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: (...) b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

verificação de que a criança atingiu idade e grau de maturidade que possibilitem a consideração de suas opiniões e ela manifeste a vontade de não retornar.⁴

Em outros dizeres, não se pode perder de vista o princípio do melhor interesse da criança e realizar a interpretações das normativas sem atentar ao bem estar do menor, o equilíbrio psíquico e a integridade física, conforme, também expressos, ditames dos artigos 12⁵ e 13 da Convenção.

Contudo, no caso em tela, resta claro que o acórdão não negou ou contradisse os dispositivos da Convenção de Haia, mas buscou a sua essência equilibrando e ponderando a forma de atender a parte mais vulnerável envolvida na lide – a criança.

Nesse sentido, Dolinger sustenta que:

(...) a devolução da criança não deve ser vista como princípio absoluto, eis que sofre exceção sempre que o interesse maior da criança ditar diversamente, pois como se lê no preâmbulo da Convenção, ela se baseia na filosofia de defender os interesses das crianças dos efeitos maléficos de um deslocamento ou de uma retenção indevidas, o que admite a possibilidade de uma retenção que deva ser tratada diversamente, como nas hipóteses enumeradas no artigo 13 da Convenção.⁶

De outro lado, as exceções do artigo 13 da Convenção devem ser analisadas cautelosamente, sob pena de modificar o próprio objetivo da convenção, devendo haver uma extrema certeza do risco que estaria

⁴ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Sequestro internacional de crianças. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 28 de fev. 2020.

⁵Artigo 12 - Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 550 p

submetida à criança em caso de retorno ao país de origem, não bastando a simples alegação do genitor que retirou ilegalmente do país, bem como esse risco seja completamente provado.

Há de se salientar que a noção de “risco” deve considerada a partir de uma perspectiva ampla, incluindo tanto aspectos pessoais e processuais, como também o contexto em que a criança está inserida. Inúmeras hipóteses podem surgir como indicadores de risco em uma determinada situação e, portanto, seria impossível realizar norma taxativa e fechada, sem avaliar o caso concreto para determinar o que pode ser entendido como fator de risco e o que pode ser visto como fator de proteção para a criança.⁷

Ademais, o risco em questão deve ser grave, não bastando a mera existência do risco, tem que ser relevante, impondo-se observar o tamanho do risco para que se possa afastar a possibilidade do retorno da criança ao país de residência habitual. Tal risco deverá ser demonstrado com fundamentos concretos, cabendo sua prova ao genitor “sequestrador”.

Para que ocorra a exceção disposta no artigo 13, parágrafo primeiro, alínea b como forma restritiva a um caso concreto, devem ser consideradas hipóteses em que há uma agressão física penalmente relevante ou uma violência psicológica com comprovação de risco psíquico, exigindo-se, também, a demonstração de que o Estado requente não estaria interessado em tomar todas as providências necessárias para dar proteção integral à criança.⁸

⁷ MAZZUOLI, Valério; MATTOS, Elza. Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. **R. Defensoria Públ. União**, Brasília/DF, n. 8, pp. 59-75, jan/dez. 2015. Disponível em <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/100/86>>. Acesso em: 28 de fev. 2022.

⁸ SILVA, Artenira da Silva e; MADEIRA, João Bruno Farias. O sequestro internacional de crianças e a proteção aos interesses do menor: a integração da criança a novo meio como exceção à aplicação da Convenção da Haia de 1980. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba. pp. 39-60. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1647>>. Acesso em 28 fev. 2022.

No caso em tela, nota-se que, apesar da conclusão do conjunto probatório, com diversos laudos periciais e visitas da assistente social, ter sido de que haveria um risco psicológico para as crianças de retornarem ao país de origem em virtude da relação de confiança firmada entre as crianças e a genitora, sendo ela a referência de significância psicológica e segurança emocional das crianças, bem como a falta de interesse das crianças em retornar à Suécia, não houve qualquer traço de que as crianças estariam correndo perigo a sofrer violências de ordem física ou psíquica de qualquer um dos genitores, não parecendo suficiente que apenas a boa relação com a genitora fosse suficiente para afastar a aplicação da Convenção.

Entretanto, para o presente caso, merece atenção o segundo parágrafo do artigo 12 da Convenção, o qual traz a possibilidade da não devolução do menor a sua residência habitual, caso verificada a já total integração do menor na realidade social da comunidade em que passou a viver, não podendo submetê-lo, novamente, a passar por um processo sofrido de nova readaptação.⁹

Neste ponto, correta a decisão do Tribunal Superior em não resolver pela devolução das crianças, eis que foi amplamente demonstrada através de prova documental, como o aprendizado de uma nova língua, escrita, reorganização do meio social, frequência escolar, entre outras diversas mudanças que as infantes passaram para adaptação a um novo ambiente cultural, sendo totalmente imprudente as submeter novamente ruptura e criação de novos laços sociais na Suécia. Salienta-se que o processo perdurou por 7 anos, sendo que as crianças, hoje adolescentes já estavam totalmente inseridas no contexto cultural brasileiro.

Além dos requisitos já supracitados para a sua aplicação, observa um recorte de idade limite do menor para a fruição de seus efeitos. Tendo em vista que ela tipifica como criança o indivíduo que possui idade inferior a

⁹TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças:** comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014

dezesseis anos de idade, cessará a sua aplicação quando o menor atingir essa idade limite.

A Convenção de Haia de 1980 determina que a sua aplicação alcance somente menores que não ultrapassaram a idade de dezesseis anos no momento de sua aplicação, não importando se a instauração do procedimento para o retorno do menor tenha ocorrido enquanto a criança não tivesse atingido a determinada idade.¹⁰

Vejamos que a infante nascida em 2003, ao tempo do acórdão proferido pelo tribunal superior já havia completado dezesseis anos, logo correta a decisão quando determinou a não aplicação da Convenção a esta, restando somente a discussão em razão da segunda infante que ainda restava com 14 anos.

Destaca-se, ainda, que, no caso concreto, o genitor argumenta no sentido de que os depoimentos das crianças não poderiam serem levados em consideração, visto que, quando foram realizadas as perícias sociais, estas tinham apenas 8 e 6 anos de idade na primeira entrevista.

Entretanto, tal argumentação não prospera, eis que ao realizar o diálogo entre as fontes, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças traz em seu artigo 12¹¹ a importância da oitiva das crianças envolvidas em assuntos que lhe afetam, não explicitando a idade mínima de discernimento.

Ademais, os depoimentos pessoais das menores, e suas reações frente as situações que se procediam, foram levados em consideração em meio à um universo probatório e, ainda, ocorreram outros diversos depoimentos, inclusive quando as crianças já haviam atingido a idade de 12 e 14 anos.

¹⁰TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças:** comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹ Art.12 1. Os Estados-Partes garantirão à criança, que é capaz de formar sua própria opinião, o direito de expressá-la livremente em todos os assuntos que a afetam, sendo esta opinião tomada na devida consideração, de acordo com sua idade e sua maturidade. 2. Para esta finalidade, a criança deverá ter a oportunidade de ser ouvida em qualquer processo judicial ou administrativo que lhe diga respeito, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de uma instituição apropriada, na conformidade das regras processuais da lei local.

Assim, após a análise da decisão do STJ, concluiu-se que apesar de representar um atraso no cumprimento das obrigações da Convenção da Haia, a prudência em casos relativos ao retorno de menores é a posição mais apropriada para aplicar o princípio do melhor interesse da criança, devendo a Convenção ser interpretada consubstanciando-se sempre neste princípio, visto que o próprio Preâmbulo da Convenção diz "os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda".

Assim, cabe ao judiciário consonante na hermenêutica geral, guiar a interpretação de seus dispositivos e a identificar o melhor interesse da criança, sem deixar de observar o cumprimento dos Tratados Internacionais, sempre atentando pela segurança das partes envolvidas, bem como os efeitos da reciprocidade do cenário internacional.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Sequestro internacional de crianças. Brasília, 2009. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 28 de fev. 2022.

BRASIL. Superior TRIBUNAL DE Justiça. **Recurso Especial n. 1.788.601/SP**. Relator Min. Herman Benjamin. Julgado em: 19/09/2019. Publicado em: 30/10/2022.

BRASIL, **Decreto nº 3.413**, de 14 de abril de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm> Acesso em 04 de mar. 2020.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 550 p.

HAIA. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**, de 25 de outubro de 1980. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>> Acesso em 04 de mar. 2022.

MAZZUOLI, Valério; MATTOS, Elza. Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. **R. Defensoria Públ. União**, Brasília/DF, n. 8, pp. 59-75, jan/dez. 2015. Disponível em <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/100/86>>. Acesso em: 28 de fev. 2020.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**, de 20 de novembro de 1989. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em 04 de mar. 2022.

SILVA, Artenira da Silva e; MADEIRA, João Bruno Farias. O sequestro internacional de crianças e a proteção aos interesses do menor: a integração da criança a novo meio como exceção à aplicação da Convenção da Haia de 1980. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba. p.39-60. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1647>>. Acesso em 28 fev. 2022.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014



714

Comentário recebido em: 27/02/2020.

Aceito para publicação em: 10/08/2021.

I Seminário Internacional de Direito Internacional Crítico

Resumos

Trata-se da publicação dos resumos selecionados via *double blind review*, os quais foram selecionados para apresentação no evento intitulado ‘*I Seminário Internacional de Direito Internacional Crítico*’, realizado pelo Grupo de Estudos e Pesquisa Direito Internacional Crítico – DiCri/CNPq, vinculado à Universidade Federal de Uberlândia, entre os dias 13 e 15 de dezembro de 2021, na modalidade virtual, com o apoio da Revista.

Grupo de Trabalho I – Direito Internacional e relações de poder nos estudos decoloniais

1.1 A Perpetuação da Subalternidade no Direito Internacional: Perspectivas Pós-coloniais¹

Em tese, é evidente que a modernidade é signatária de perspectivas pós-coloniais, isto é, adere à análise das implicações políticas, sociais e econômicas que se ramificam a partir do colonialismo e de suas práticas. Não obstante, o exposto é efetivado de forma diversa e, quiçá, dissimulada e predatória, na realidade fática. A partir do ideal de igualdade formal, a dependência econômica de países subdesenvolvidos é ocultada em face da pretensão de liberdade. Assim, na formação de discursos integrativos, a herança colonial se perpetua e se adequa aos padrões aceitos pela modernidade, de forma que “nem mesmo as filosofias que lhe influenciam, entre elas o marxismo, o surrealismo e o hegelianismo, ficam imunes à

¹ Trabalho apresentado por *Laila Maria Franco Oliveira*, graduanda em Direito na Universidade Federal de Uberlândia.

crítica (FERNANDÉZ, 2021, p. 53)”. Para Césaire, o ser que se denomina racional depende da invenção do “outro” enquanto bárbaro para que possa se declarar civilizado (CÉSAIRE, 2000). A Europa, referência de propagação colonial, segue, para o autor, “moral e espiritualmente indefensável”. Nesses termos, o presente trabalho visa o levantamento dos meios de dominação colonial que proporcionaram a formação do Direito Internacional. São verificadas, sobretudo, as formas de perpetuação, mesmo em âmbitos que se propõem despidos da mentalidade subalterna, da subordinação e do recrudescimento da segregação. Para isso, a exploração ocorrerá a partir do método dedutivo de caráter explicativo a partir da análise da seleção de um apanhado bibliográfico referente ao Direito Internacional. Por conseguinte, é notório que a matéria foi moldada diante do contexto colonial e das relações hierárquicas que decorrem do pós-guerra, sejam estes perpetuados a partir do meio institucional e jurídico, como a Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou por meio da subordinação econômica do dito “Terceiro Mundo”.² À vista disso, propõe-se o estudo bibliográfico e documental a fim de demonstrar a continuidade de perspectivas coloniais a partir da verificação da atuação de órgãos como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização das Nações Unidas e outras instituições internacionais, de correntes de pensamento e de práticas que buscam reiterar o outro como o bárbaro em função da tentativa de afirmação de entes hegemônicos como a referência de civilização universal. Todavia, é importante reiterar o objetivo central de discussão quanto à luta contra a perpetuação da subalternidade no Direito Internacional, sendo colocado em evidência o questionamento da submissão diante de perspectivas pós-coloniais. Certamente, a conjuntura alvo de

² [...] os países colonizadores foram fundadores da ONU e procuraram, desde o nascimento da Organização, preservar o sistema colonial utilizando-se, para isso, das plataformas multilaterais. Aliás, quando a ONU foi arquitetada, cerca de 750 milhões de seres humanos, ou seja, um terço da população mundial vivia sob o jugo do imperialismo, já que habitava em um território considerado não-autônomo ou administrado pelas potências coloniais. (SILVA, 2018, p. 80).

contraposição busca reafirmar o branco como o salvador embriagado pelo desejo de misericórdia. Apesar da falsa investida rumo à consternação, a realidade fática e episódios como o apartheid, na África do Sul (1948), escancaram o contrário, pois a segregação enunciada ocorreu de forma concomitante à convivência do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (CSNU). Em síntese, o Direito Internacional, em suas raízes, desvanece o fato de que países subdesenvolvidos, para que se tornassem reconhecidamente independentes, se submeteram às regras declaradas pelos ex-colonizadores. Em analogia, é posta em evidência a trajetória do Haiti, pois apesar do desenvolvimento da Revolução Haitiana e de seu anseio por independência, esta foi reconhecida apenas mediante indenização à sua ex-metrópole, França. Diante dessa perspectiva, é evidente o cultivo de disputas entre os diversos atores da estrutura social, onde se fazem presentes o capital econômico, simbólico, social e humano. Logo, “quando o Terceiro Mundo adquiriu o instrumento mais poderoso do direito Internacional – a soberania –, sua subordinação pelos ex-colonizadores se instrumentaliza por meio da impotência econômica (ANGHIE, 2004)”. É importante objetivar a defesa da necessidade de descolonizar não somente os corpos, mas também as mentes dos sujeitos coloniais marcados pela violência da colonização (FANON, 1968). Doravante, abre-se a possibilidade de elaboração de alternativas legais para o que se constitui como governança internacional a partir da igualdade material, isto é, efetiva na realidade fática, visto as falhas intrínsecas do formalismo promovido por discursos que apenas renovam práticas antigas diante de um falso senso de progressismo. Em suma, é preciso visualizar, de forma crítica, a configuração normativa e predatória que decorre das raízes do Direito Internacional. Destarte, a aceitação social dos preceitos do colonizador e a sua conseqüente reiteração é objeto, no trabalho em questão, de aniquilação, pois da morte de tal subalternação não decorrem os assombros de seus mistérios: esta, para os

oprimidos, desponta antes como ressurreição do que sepultamento” (SELIS; SOUZA, 2021).

Referências

- ANGHIE, A. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. New York: Cambridge University Press, 2004.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the Subaltern Speak? *In*: NELSON, Cary; GROSSBERG, Lawrence (Orgs.). **Marxism and the Interpretation of Culture**. London: Macmillan Education, 1988, p. 271–313.
- ARAÚJO, M. L. D; ARAÚJO. V. L. A macroeconomia do governo Costa e Silva (1967-1969). A pecaminosa construção da Dívida Externa Brasileira. **Anais do XII Congresso Brasileiro de História Econômica e 13ª Conferência Internacional de História de Empresas**. Niterói: UFF/ABPHE, 2017.
- CÉSAIRE, A. Discourse on Colonialism. Translated by Joan Pinkham. **New York University**: Monthly Review, 2000.
- FANON, F. Os condenados da Terra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- FERNANDÉZ, Marta. Aimé Césaire: As Exclusões e Violências da Modernidade Colonial Denunciadas em Versos. **Perspectivas Pós-Coloniais e Decoloniais em Relações Internacionais**, Salvador, EDUFBA, p. 35-56. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/32744> Acesso em: 15 dez. 2021.
- GONÇALVES, J. A. F; MÜLLER. Os Mecanismos Imperialistas do Direito Internacional: Críticas e Contribuições do Pensamento Pós-colonial. **Estado, Política e Direito: Políticas Públicas, Cidadania e Direitos Humanos**. Criciúma, SC: UNESC, 2020. p. [33]-54. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/8224> Acesso em: 15 dez. 2021.
- TOLEDO, Áureo (org). **Perspectivas Pós-Coloniais e Decoloniais em Relações Internacionais**. Salvador, EDUFBA, p. 288. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/32744> Acesso em: 15 dez. 2021.
- RAMINA, L; NUNES, L. M. História e Transformação no Direito Internacional na América Latina: a Virada Decolonial e a Virada Historiográfica. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, v. 6, n.1. Jan/Jun. 2020.
- SÉLIS, L; SOUZA, N. Resistência Política e (Im)Possibilidades da Liberdade Entre Fanon e Nandy. **Perspectivas Pós-Coloniais e Decoloniais em Relações Internacionais**, Salvador, EDUFBA, p. 57-81. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/32744> Acesso em: 15 dez. 2021.

1.2 O Direito Internacional Consuetudinário e o Terceiro Mundo: O caso Al Bashir e o Acesso às Práticas de Contestação³

Em um dos ensaios mais famosos sobre a teoria pós-colonial, Gayatri Spivak questiona as estruturas do que Foucault denominou saber-poder,

³ Trabalho apresentado por *Luisa Giannini* – Doutora em Relações Internacionais no Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (IRI/PUC-Rio), e pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP) onde coordena a linha de pesquisa sobre tribunais penais internacionais.)

destacando a opressão presente nas epistemologias que regem as relações sociais (SPIVAK, 1988). A questão motriz do trabalho de Spivak era se o subalterno poderia falar. Ao colocar tal questão, ela queria problematizar a participação de sujeitos não ocidentais – os subalternos – em situações que se desenvolvem dentro de uma estrutura ocidental e que requerem um conhecimento dessa estrutura para navegá-la. Esses subalternos ao interagirem no campo social só reforçariam sua condição de subalternidade por meio de suas práticas, pois seriam obrigados a se engajar com e dentro de uma estrutura epistemológica totalmente ditada pelo saber europeu, ou seja, em uma situação clara de desvantagem (SPIVAK, 1988, p. 271). As ‘normas normalizadoras’ desenvolvem o mesmo papel de preservar a posição ocupada pelos sujeitos ocidentais/europeus nesse ambiente por meio de uma narrativa que diferencia o adequado do que é “inadequado à sua tarefa ou insuficientemente elaborado: conhecimentos ingênuos, localizados como hierarquicamente inferiores, abaixo do nível necessário de cognição ou cientificidade (FOUCAULT, 1980, p. 82)” Essas normas também podem enganar os Estados. Por exemplo, o sistema político-jurídico internacional é frequentemente descrito como uma estrutura marcada pela igualdade soberana, que promete que todo “outro” que pertence ao mundo não ocidental por simplesmente ser soberano tem direito à igualdade (PAHUJA, 2011, pp. 23-24). No entanto, como muitos estudos sobre o direito internacional e sua implementação mostram, a sociedade internacional seria mais bem descrita como um lugar de desigualdade soberana (GIANNINI; YAMATO; MARCONI, 2019). Spivak não vê uma maneira de esses saberes subjugados serem acessíveis fora de seu próprio espaço epistemológico. Existe uma divisão geopolítica na produção de conhecimento que afeta a capacidade de alguns atores de concretizar suas práticas em pé de igualdade (SHILLIAM, 2010, p. 13). E essa situação é constantemente reproduzida pelas normas de normalização que policiam e constroem as categorias epistemológicas sobre as quais os sujeitos trabalham. Robbie Shilliam,

porém, argumenta que, embora seja muito difícil para sujeitos subalternos terem suas vozes ouvidas em um ambiente dominado por assuntos e saberes ocidentais/europeus, eles ainda podem existir e se fazerem ouvidos (2010, p. 13). Embora, devo acrescentar, eles frequentemente tenham dificuldade em transmitir a mensagem e alcançar os resultados esperados. Essas considerações nos ajudam a ter um olhar mais apurado e, com isso, entender melhor, por exemplo, o contexto da contestação de alguns países africanos com relação ao Tribunal Penal Internacional. Ali, em meio a muitas outras questões e interesses, existem também em debate problemas que estão mais profundamente arraigadas nas instituições internacionais, como as relações desequilibradas que afetam a forma como as relações internacionais se estruturam, as quais, por sua vez, têm impacto sobre quem tem acesso à contestação. É nesse sentido que se forma o objetivo do presente trabalho que busca não só estudar as questões em jogo na contestação desses Estados africanos ao Tribunal Penal Internacional, mais especificamente ao tema da imunidade de chefes de Estado no Caso Al Bashir, mas também fazer um exame cuidadoso da própria formação desse direito internacional consuetudinário para que nos ajude a entender como essas questões mais profundas aparecem quando nós analisamos as normas juntamente com as condições em que estão sendo formadas. Para a realização da pesquisa proposta, trabalho com a jurisprudência e debates que tomam lugar no contexto do Caso Al Bashir e também com a discussão em diferentes esferas do sistema internacional – especialmente da International Law Association e da International Law Commission – sobre a formação do costume internacional para, em cima disso, poder realizar o trabalho crítico. Resultados iniciais apontam que, em linhas gerais, a maioria das análises sobre o direito consuetudinário internacional enfocam apenas nos aspectos formais desses processos, sendo completamente divorciados de um exame sério das ligações das normas direito consuetudinário com as estruturas sociais regionais e globais.

Referências

- FOUCAULT, Michel. **Power/knowledge: selected interviews and other writings, 1972-1977**. Trad. Colin Gordon. 1st American ed. New York: Pantheon Books, 1980.
- GIANNINI, Luisa; YAMATO, Roberto Vilchez; MARCONI, Claudia Alvarenga. Ruling through the International Criminal Court's rules. **Carta Internacional**, v. 14, n. 1, p. 177-201, 2019.
- PAHUJA, Sundhya. **Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <<http://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9781139048200>>. Acesso em: 11 dez. 2020.
- SHILLIAM, Robbie. The perilous but unavoidable terrain of the non-West. In: SHILLIAM, Robbie (Ed.). **International Relations and Non-Western Thought: Imperialism, Colonialism and Investigations of Global Modernity**. New York: Routledge, 2010, p. 12-26.

1.3 Tradição de Direitos Humanos no Terceiro Mundo? Uma Crítica da Crítica⁴

Uma importante característica dos estudos pós-coloniais, assim como das correntes intelectuais por eles influenciadas, é a proposta de inclusão da perspectiva do Terceiro Mundo nas narrativas históricas (BALLESTRIN, 2013). Tal proposta resulta em releituras históricas que oferecem contrapontos às narrativas mais conhecidas que, embora se apresentem como universais, limitam-se a eventos, ideias e personalidades europeus ou interpretados exclusivamente do ponto de vista europeu. No direito internacional, essa tendência acabou sendo impulsionada pelo chamado giro historiográfico⁵ e pelas TWAIL (Third World Approaches to International Law) (OKAFOR, 2005, p. 178). O estudo dos direitos humanos tem sido

⁴ Trabalho apresentado por *Anderson Santos da Silva* - Mestre em Direito, Estado e Constituição (Universidade de Brasília) e Bacharel em Direito (Universidade Estadual de Santa Cruz). Juiz Federal Substituto (Justiça Federal da 1ª Região).

⁵ Em uma definição que já se tornou clássica, George Galindo descreve o giro historiográfico do direito internacional como “uma necessidade constante e crescente de parte dos internacionalistas de revisar (ou mesmo confirmar) a história do direito internacional e estabelecer vínculos entre o passado e a situação atual das normas, instituições e doutrinas internacionais” (tradução livre) (GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the historiographical turn in International Law. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 539-559, 2005, p. 541).

especialmente impactado por esse resgate histórico.⁶ A tarefa de reescrever a história dos direitos humanos sob a perspectiva do Terceiro Mundo, no entanto, tem sido frequentemente concretizada por meio do recurso à linguagem da tradição. O objetivo desta pesquisa é investigar os possíveis problemas que decorrem desta escolha. A hipótese trabalhada é que, apesar da imprescindibilidade dos estudos que lancem luzes ao passado de pensamento e lutas por direitos humanos no Terceiro Mundo, o recurso à tradição como estratégia de narrativa histórica reproduz três problemas presentes na historiografia canônica dos direitos humanos: continuidades artificiais, anacronismos e baixo potencial crítico. Utilizando-se o método lógico-hipotético, analisou-se a obra do professor colombiano José-Manuel Barreto, que sustenta a tese de que o Terceiro Mundo desenvolveu uma tradição própria de direitos humanos, ao lado da tradição europeia.⁷ A pesquisa utiliza como marco teórico a contribuição do historiador alemão Jörn Rüsen sobre a tradição como princípio gerador de sentido histórico (2012), sem desconsiderar as abordagens construtivistas de tradição defendidas por Eric Hobsbawm (1997) e Javier Fernández Sebastián. Barreto (2014), fortemente influenciado pelo pensamento de autores ligados à teoria decolonial e ao Grupo Modernidade/Colonialidade⁸, sustenta que a

⁶ Já se disse, a propósito da bibliografia produzida depois dos anos 1990 sobre a história do direito internacional, que “nenhum outro sub-ramo do direito internacional experimentou o giro histórico tão visceralmente como o campo dos direitos humanos” (SKOUTERIS, Thomas. *The turn to History in International Law*. **Oxford Bibliographies Online Datasets**, Oxford, p.1-31, 27 jun. 2017, p. 15).

⁷ A pesquisa bibliográfica concentrou-se nos três principais textos em que o autor sustenta a sua tese de que existe uma tradição de direitos humanos própria do Terceiro Mundo, que são: BARRETO, José-Manuel. *Eurocentric and Third-World Histories of Human Rights: critique, recognition and dialogue*. In: SCHIPPERS, Birgit (ed.). **Critical Perspectives on Human Rights**. London: Rowman & Littlefield, 2018, p. 159-178; *Idem*. *Imperialism and decolonization as scenarios of human rights history*. In: BARRETO, José-Manuel (ed.). **Human rights from a Third World perspective: critique, history and International Law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140-171; *Idem*. *Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field: A Manifesto*. **Transnational Legal Theory**, v. 3, n. 1, p. 1-29, 2012.

⁸ O autor admite expressamente a influência do pensamento de Enrique Dussel, Aníbal Quijano e Walter Dignolo em BARRETO, José-Manuel. *Imperialism and decolonization as*

teoria e a história dos direitos humanos não ficaram incólumes à geopolítica do conhecimento (MIGNOLO, 2020), mas reproduzem a ideia de que o conhecimento legítimo somente pode se originar na Europa, o que explica a total exclusão do ponto de vista do Terceiro Mundo (BARRETO, 2012, p. 2). Nesse contexto, uma estratégia imprescindível para a descolonização do campo dos direitos humanos é reescrever a sua história, resgatando os fatos históricos do Terceiro Mundo negligenciados pela historiografia canônica. Para elaborar essa nova versão, Barreto destaca três momentos cruciais da história do Terceiro Mundo: a Conquista da América (século XV), as lutas de independência (séculos XVIII e XIX) e o processo de descolonização (século XX) (2013, pp. 140-141). Ao analisar esses eventos, Barreto chega à conclusão de eles demonstram a existência de uma tradição de direitos humanos própria do Terceiro Mundo. Os estudos preliminares têm confirmado a hipótese de que a escolha da tradição como estratégia de narrativa história dos direitos humanos no Terceiro Mundo leva a três problemas. Primeiro, como a lógica da tradição pressupõe um passado coerente e estável, Barreto acaba por desconsiderar descontinuidades e mudanças, criando continuidades artificiais. Segundo, a linguagem da tradição expõe o autor ao anacronismo conceitual de projetar a ideia contemporânea de direitos humanos no pensamento de Bartolomé de Las Casas durante a época da Conquista. Terceiro, o uso da tradição para narrar a história dos direitos humanos diminui significativamente o potencial crítico da historiografia, pois a atitude crítica do jurista perante o passado⁹ “está muito mais preocupada em analisar descontinuidades no discurso jurídico internacional do que as continuidades (GALINDO, 2015, p. 343)”.

scenarios of human rights history. In: BARRETO, José-Manuel (ed.). **Human rights from a Third World perspective: critique, history and International Law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140-171, p. 142.

⁹ Robert W. Gordon classifica os modos padrões pelos quais os juristas fazem uso da história em estático, dinâmico e crítico (GORDON, R. W. The struggle over the past, **Cleveland State Law Review**, v. 44, n. 2, p. 123-143, 1996).

Desse modo, a linguagem da tradição revela-se inapropriada para se concretizar o projeto de descolonização do campo dos direitos humanos, que pode ser avançado por iniciativas que desvelem o passado colonial e suas persistências ou, ainda, por estudos que demonstrem como as ideias relativas aos direitos das pessoas viajaram e foram ressignificadas e utilizadas pelos povos do Terceiro Mundo na defesa dos seus próprios interesses (KOSKENNIEMI, 2011, pp. 171-175).

Referências

- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 11, 2013, p. 89-117.
- BARRETO, José-Manuel. Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field: A Manifesto. **Transnational Legal Theory**, v. 3, n. 1, p. 1-29, 2012.
- BARRETO, José-Manuel. Imperialism and decolonization as scenarios of human rights history. In: BARRETO, José-Manuel (ed.). **Human rights from a Third World perspective: critique, history and International Law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140-171.
- BARRETO, José-Manuel. Eurocentric and Third-World Histories of Human Rights: critique, recognition and dialogue. In: SCHIPPERS, Birgit (ed.). **Critical Perspectives on Human Rights**. London: Rowman & Littlefield, 2018, p. 159-178.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the historiographical turn in International Law. **European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, p. 539-559, 2005.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015.
- GORDON, R. W. The struggle over the past, **Cleveland State Law Review**, v. 44, n. 2, p. 123-143, 1996.
- HOBSBAWM, Eric. Introdução: a invenção das tradições. In: HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Trad. Celina Cardim Cavalcanti. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- KOSKENNIEMI, Martii. Histories of international law: dealing with Eurocentrism. **Rechtsgeschichte**, v. 19, p. 152-177, 2011, p. 171-175.
- MIGNOLO, Walter D. A geopolítica do conhecimento e a diferença colonial. **Revista Lusófona de Educação**, v. 48, p. 187-224, 2020.
- OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, imperialism, and international legal reform in our time: a TWAIL perspective. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 43, n. 1, p.171-191, 2005.
- RÜSEN, Jörn. Tradition: a principle of historical sense-generation and its logic and effect in historical culture. **History and theory**, v. 51, n. 4, 2012.
- SEBASTIÁN, Javier Fernández. Tradiciones electivas. Cambio, continuidad y ruptura en historia intelectual. **Almanack**, n. 7, p.5-26, jun. 2014.
- SKOUTERIS, Thomas. The turn to History in International Law. **Oxford Bibliographies Online Datasets**, Oxford, p.1-31, 27 jun. 2017.

1.4 A Ascensão do Ultraconservadorismo, a distorção dos Direitos Humanos e o Impacto no Direito Internacional sob a Ótica Decolonial¹⁰

Nos últimos anos, em especial quando a imagem do então candidato à Presidência, Jair Messias Bolsonaro, passou de ato político a símbolo de uma extrema-direita adormecida, o ultraconservadorismo, os discursos intolerantes, racistas, discriminatórios e a ascensão desses pensamentos na sociedade brasileira passou a refletir um país banhado pelo facismo e pelo ódio, distorcendo os Direitos Humanos e a importância do país no cenário político-jurídico internacional (SILVA, 2021). Durante toda a sua longa trajetória na política, Bolsonaro nunca ocultou sua verdadeira face facista e totalitária, que vão de encontro com a Constituição Federal de 1988 – norma de maior hierarquia organizacional do sistema jurídico brasileiro. E, ao transparecer sua verdadeira persona em sua campanha presidencial, reacendeu, em cada canto do país, a política facista e pós-facista de que, para se alcançar os objetivos traçados, só será possível por meio do uso da força e da violência. A política bolsonarista, centrada na suposta segurança nacional e no patriotismo, passou a criar discursos de ódio e manifestações civis capazes de construir conflitos armados (a partir da política de

¹⁰ Trabalho apresentado por *Bruno Lopes Ninomiya* - Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Núcleo de Direito e Descolonização (USJT/CNPq), do Laboratório de Sociologia do Direito (UPM), do Grupo de Pesquisa “O Sistema de Seguridade Social” (UPM/CNPq) e do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UPM), com fomento do MackPesquisa. E-mail: blopesn@hotmail.com; e *Thiago William Pereira Barcelos* - Graduando em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (USJT), onde participa como coordenador da extensão acadêmica “Clínica de Direitos Humanos e Socioambientais”, além de colaborar com o Núcleo de Direito e Descolonização (USJT/CNPq). Pesquisador em Iniciação Científica (ProCiencia/USJT). Coordenador do “Eixo Diversidade” no Núcleo “o Trabalho além do Direito do Trabalho”, coordenado pelo Professor Guilherme Guimarães Feliciano, na USP. E-mail: thiagobarcellos@gmail.com ; e *Beatriz Alves Santana Marinho Brito* (Graduanda em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (USJT). É membra da extensão SAJUCA ANTI-CÁRCERE (FDUSP), da Roda de Estudos Descoloniais FGV/USJT. Bem como, pesquisadora no Núcleo de Direito e Descolonização (USJT/CNPq) e na Universidade São Judas Tadeu a nível de iniciação científica. E-mail: beatriz.9santana@gmail.com.

armamento à toda a população, pregadas pelo atual presidente) e não armadas, desde os discursos de ódio nas mídias sociais, até mesmo ações violentas em manifestações pró-bolsonaro, desprezando todos os direitos sociais e individuais positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Constituição Federal de 1988. Assim, ao colocar parte da população contra a outra, a política ultraconservadora e intolerante, pregadas por Bolsonaro, é imposta de forma centrada e violenta, convencendo todos os “cidadãos de bem” de que a garantia de direitos e de igualdade a todos não são uma prioridade de sua gestão. Noberto Bobbio, em sua obra intitulada “A Era dos Direitos”, confirma que a não preocupação com a liberdade, a igualdade e a fraternidade (conquistados na Revolução Francesa), tampouco com a vida de outrem, transmitidos à parte da população, contribuem para a reprodução desenfreada do discurso fascista, intolerante, racista e colonial pregado por Bolsonaro (2004). Reverbera-se, no Brasil, uma falsa concepção – fruto de um sistema que prega pelo conservadorismo e a suposta defesa dos “cidadãos de bem” – de que defender e impor direitos humanos é “frescura”, “mimimi”, etc. (CIOCCARI; PERSICHETTI, 2018). Essa distorção conceitual decorre de um sistema marcado por inúmeras relações de poder desproporcionais que atuam de forma a estigmatizar e discriminar o Outro (BALDI, 2014; PIRES, 2019; MANTELLI; MASCARO, 2021). O regime arbitrário vigente no país potencializa a desvinculação e descrença em um tratado criado há mais de 70 anos e que visa garantir a proteger indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos (ALVES, 2020). Decorrente desse claro descaso com os direitos humanos, hoje vemos inúmeras violações à eles no contexto político brasileiro, como nos abusos de autoridade policial, no descaso à populações vulneráveis, na reprodução de discursos racistas e de ódio, entre muitos outros retrocessos (BOVO, 2019). Criou-se, assim, um terreno fértil para propagar essas concepções e normalizar práticas e discursos intolerantes dentro das instituições políticas e sociais de um país que

garante, desde sua Constituição até inúmeros tratados e declarações internacionais, a defesa das garantias e direitos fundamentais da pessoa humana (MACHADO, 2020). Neste ponto, é igualmente importante reconhecer as contribuições dos estudos decoloniais para compreendermos que o assentamento de um sistema jurídico injusto e segregador é consequência do legado colonialista no direito (MOREIRA, 2021). A ideia de descolonizar, nesta mirada, se baseia no fato de que o regime colonial modificou o mundo e persiste em modificá-lo com seus legados, adotando novas práticas imperialistas de discriminação e subordinação como as observadas dentro do âmbito jurídico (GOÉS, 2017; SPAREMBERGER, 2017; MANTELLI; BADIN, 2018). Tendo em vista o espectro político brasileiro atual e a ascensão da extrema-direita, é possível analisar a influência do ultraconservadorismo nas decisões tomadas internacionalmente. A priori, pelo posicionamento do Presidente Jair Messias Bolsonaro fazendo com que o Brasil se iguale a países ultraconservadores, com o lema "Brasil acima de tudo e Deus acima de todos" traz consigo a imagem conservadora e cristã, no intuito de resgatar a imagem patriota dos anos 20, estabelecendo um padrão de família e sociedade, valores estes, ultrapassados que não são aceitáveis no século XXI, como ofensas relacionadas ao gênero, raça, orientação sexual e um ideal de modernidade (HABERMAS, 2000; DUARTE; QUEIROZ, 2016) e progresso distorcidos (CUNHA, 2020). Por meio dos estudos decoloniais entende-se que a ideia de modernidade e progresso são amplas e não estão ligadas a um ideal militarizado e autoritário (PINTO; MIGNOLO, 2015; MIGNOLO; WALSH, 2018). Esse modelo de progresso bolsonarista implica diretamente nas relações cordiais internacionais e nas relações jurídicas e políticas (SARAIVA, 2019). Atualmente, o Brasil se encontra igualado a países ultraconservadores como Afeganistão, Líbia e o Congo e afastado de países com uma visão progressista devido às atitudes do atual presidente que afasta investigadores de países progressistas e inviabilizam diálogos. Tendo

em vista, a visão autoritária do atual governo, percebe-se um afastamento a nível mundial devido aos seus discursos racistas, xenofóbicos, homofóbicos e ao desrespeito com outras culturas, impactando diretamente nas relações internacionais do país (MENDES; DE MENEZES, 2019; TASQUETTO; RORIZ, 2020). Portanto, objetiva-se por meio do presente estudo compreender como a ascensão do ultraconservadorismo impacta nas relações internacionais e na legalidade do Direito Internacional em relação a responsabilização de chefes de Estado que tenham posturas parecidas às do presidente do Brasil. Utilizou-se, nesta mirada, o aporte decolonial com o intuito de fornecer entendimentos acerca das dinâmicas colonialistas ainda presentes na sociedade brasileira e, em especial, dentro do funcionamento de suas instituições políticas. Metodologicamente, optou-se por uma revisão bibliográfica e uma pesquisa qualitativa e quantitativa acerca da política governamental atualmente vigente no Brasil e seu impacto internacional e como afeta os direitos humanos. Chega-se, por fim, ao entendimento de que a vertigem democrática enfrentada no Brasil retrata tempos sombrios em que direitos humanos e fundamentais são ameaçados por uma onda ultraconservadora, patriarcal, racista e, sobretudo, colonialista. Ainda mais danoso é como esses discursos e práticas do governo reverberam nas políticas e relações internacionais, distanciando laços e cooperações socioeconômicas de desenvolvimento nacional e aproximando políticas que reconhecem as feitura do governo Bolsonaro como legítimas.

Referências

- ALVES, José Augusto Lindgren. É preciso salvar os direitos humanos!. *Lua nova: Revista de cultura e política*, v. 86, p. 51-88, 2012.
- BALDI, César Augusto. Descolonizando o ensino de direitos humanos? *Hendu-Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 5, n. 1, p. 8-18, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Triagem 7ª. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2004.
- BOVO, Cassiano Martines. De onde vem a ideia dos direitos humanos como defesa de bandidos?. *Justificando*, 6 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/03/06/de-onde-vem-ideia-dos-direitos-humanos-como-defesa-de-bandidos/>>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- CIOCCARI, Deysi; PERSICHETTI, Simonetta. Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. *Revista Alterjor*, v. 18, n. 2, p. 201-214, 2018.

- CUNHA, Leonam Lucas Nogueira. A antipolítica de gênero no governo Bolsonaro e suas dinâmicas de violência. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 7, n. 14, p. 49-61, 2020.
- DA SILVA TASQUETTO, Lucas; RORIZ, João Henrique Ribeiro. “Deus em Davos”: populismo, neoliberalismo e direito internacional no governo Bolsonaro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 2, p. 121-137, 2020.
- DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 49, p. 10-42, 2016.
- FRANCO, Clarissa de; MARANHÃO FILHO, Eduardo Meinberg de Albuquerque. Um Estado “terrivelmente cristão” e privatizador: a opressão à educação em direitos humanos no governo Bolsonaro. *Estudos Teológicos*, v. 60, n. 1, p. 134-155, 2020.
- GÓES, Luciano. Pátria exterminadora: o projeto genocida brasileiro. *Revista Transgressões*, v. 5, n. 1, p. 53-79, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad: Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MACHADO, Lia Zanotta. From the Time of Rights to the Time of Intolerance. The Neoconservative Movement and the Impact of the Bolsonaro Government. Challenges for Brazilian Anthropology. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, v. 17, p. 1-35, 2020.
- MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. Repensando o direito internacional a partir dos estudos pós-coloniais e decoloniais (Rethinking International Law From Postcolonial and Decolonial Studies). *Prim@ Facie*, v. 17, n. 34, p. 1-33, 2018.
- MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; MASCARO, Laura Degaspere Monte. (Orgs.). *Direitos humanos em múltiplas miradas*. São Paulo: Escola Superior de Advocacia da OAB SP, 2021.
- MENDES, José Aurivaldo Sacchetta Ramos; DE MENEZES, Fábio Bensabath Bezerra. Política migratória no Brasil de Jair Bolsonaro: “perigo estrangeiro” e retorno à ideologia de segurança nacional. *Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades*, n. 247, p. 302-321, 2019.
- MIGNOLO, Walter D.; WALSH, Catherine E. *On decoloniality*. Durham: Duke University Press, 2018.
- MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um Negro: Ensaio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.
- PINTO, Júlio Roberto de Souza; MIGNOLO, Walter D. A modernidade é de fato universal?: Reemergência, desocidentalização e opção decolonial. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 3, p. 381-402, 2015.
- PIRES, Thula. Direitos humanos e Améfrica Ladina: Por uma crítica amefricanana ao colonialismo jurídico. *Latin American Studies Association*, v. 50, n. 3, p. 69-74, 2019.
- RIBEIRO, Bernard Constantino. *Direito e decolonialidade: insurgência e contra-hegemonia em Abya Yala*. Andradina: Editora Meraki, 2021.
- SARAIVA, Miriam Gomes; SILVA, Álvaro Vicente Costa. Ideologia e pragmatismo na política externa de Jair Bolsonaro. *Relações Internacionais (R: I)*, n. 64, p. 117-137, 2019.
- SILVA, Emanuel Freitas da. Os direitos humanos no “bolsonarismo”: “descriminalização de bandidos” e “punição de policiais”. *Conhecer: Debate entre o Público e o Privado*, v. 9, n. 22, p. 133-153, 2019.
- SILVA, Mayra Goulart da; RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. O populismo de direita no Brasil: neoliberalismo e autoritarismo no governo Bolsonaro. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, v. 26, n. 1, p. 86-107, 2021.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Direito e Hermenêutica: Elementos Para Uma Revisão Crítica Descolonizadora*. São Paulo: EDIFURB, 2017.

1.5 Direitos Humanos com base no Direito Internacional: Ferramenta para Compreensão da Necessidade de Educação em Gênero e Sexualidade nas Escolas do Paraná¹¹

Ao acessar o sitio eletrônico da Secretaria de Educação do Paraná www.educadores.diaadia.pr.gov.br verificamos que os últimos trabalhos direcionados aos estudos de gênero e sexualidade no âmbito escolar datam de 2010 e 2011. O presente artigo busca refletir sobre a omissão do Estado em abordar temas relevantes como “gênero e sexualidade” nas escolas, bem como em não fornecer formação apropriada para professores e pedagogos na abordagem de tão importante temática. Para atingir o resultado que se almeja com o presente artigo, é de grande valia que a reflexão proposta a partir dos dados fornecidos e analisados, seja conjugada com os ensinamentos e pensamentos de gênero, sexismo e direitos humanos de Foucault e Butler. O artigo abordará primeiramente a supressão de diretrizes curriculares de gênero e diversidade sexual nas escolas do Paraná. Nesta perspectiva, foram analisados os dados fornecidos pelo site com o fito de se obter informações sobre as condições que possibilitaram a supressão das questões de gênero e sexualidade no Plano Nacional de Educação (PNE), o qual influenciou o Plano estadual de Educação do Paraná. Ora, mister se

¹¹ Trabalho apresentado por *Silvia Turra Grechinski* - Professora Universitária na PUCPR, advogada OABPR 39.371, mestra em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná, membra da Comissão de Estudos sobre violência de Gênero e da Comissão das Mulheres Advogadas na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, pesquisadora das temáticas feministas e queer no âmbito dos corpos e dos direitos sexuais e reprodutivos, integrante do grupo de pesquisas da PUCPR “Alteridade e Constituição na perspectiva das tensões contemporâneas; e *Greicy Kerol Patrizzi* – Advogada na área de Direito Civil-Constitucional, com ênfase em Direito de Família, Especialista em Filosofia e Psicanálise pela Universidade Federal do Paraná (2005), participa da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná – Observatório de Direitos Humanos e Violência de Gênero, desde 2019, participa do grupo de pesquisas da PUCPR “Alteridade e Constituição na perspectiva das tensões contemporâneas”. Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas junto ao PPGDH-PUCPR.

faz, para refletirmos sobre a briga política que criou a “ideologia de gênero” e seus impactos negativos na abordagem de gênero e sexualidade nas escolas, apresentarmos em seguida o corpo teórico da dogmática científica que embasa nossos argumentos quanto a uma necessária perspectiva do ensino de Direitos Humanos com base no Direito Internacional como proposta indispensável à inclusão de um currículo que considere a abordagem transversal de gênero e sexualidade nas escolas. Entendemos que a Lei 13.005/2014 que aprovou o PNE, buscou promover melhorias na educação, atualizando e reformulando políticas públicas. As Diretrizes Curriculares de Gênero e Diversidade Sexual da Secretaria de Estado da Educação do Paraná, de 2010, foram claramente descartadas do PEE/PR de 2015 (Lei 18492/2015), fruto da supressão no PNE das questões de gênero e sexualidade, que foram substituídas pela “eliminação de desigualdades” e “a valorização da diversidade”. A Lei 18492/2015 não menciona em nenhum dos seus artigos e incisos a palavra Gênero e/ou Sexualidade. Verifica-se no vasto material apresentado através das Diretrizes Curriculares de Gênero e Diversidade Sexual da Secretaria de Estado da Educação do Paraná de 2010, além de um rico glossário, a apresentação de “novos” sujeitos sociais e reflexões sobre gênero, sexualidade e diversidade sexual (CÉSAR, 2009). Tal retrocesso é fruto do avanço do conservadorismo político e religioso no Brasil, culminando com a desvalorização dos Direitos Humanos, aqui entendidos e abordados pela perspectiva do Direito Internacional, e tem efeito direto na violência e discriminações sofridas por inúmeras pessoas. A exclusão de temas como gênero, sexualidade e diversidade sexual da sala de aula, reservando à família e/ou religião a abordagem dessas questões, é transformar uma discussão pública e necessária em um assunto íntimo e individual. O conservadorismo político-religioso é autoritário na imposição de valores e comportamentos, utilizando as escolas públicas como alvo e transformando as diversidades próprias da democracia em inimigos. Tendo em vista o exposto, não podemos prescindir de elencar alguns preceitos

teóricos de estudos de gênero, antes de adentrar na proposta do ensino do aqui estamos chamando de Direitos Humanos com base no Direito Internacional. Partindo-se do pressuposto de que o gênero é uma construção social e cultural, que não está inscrito ou vinculado no sexo biológico, a filósofa Judith Butler e o historiador Michel Foucault pretendem, cada um à sua maneira, historicizar o corpo e o sexo, dissolvendo a dicotomia sexo x gênero. Por isso os usaremos aqui, procurando entender um pouco mais dessa mudança de paradigmas que vem se desenvolvendo na sociedade contemporânea, e como isso afeta a educação de nossos/as cidadãos/ãs. Não se pretende aqui a adoção da teoria queer e dos pensadores Michel Foucault e Judith Butler como referências aprofundadas. A consistência se dará na demonstração de conceitos onde ambos fazem leituras específicas sobre sexualidade e gênero, mas não pretendem apresentar uma proposta de solução às desigualdades que acometem mulheres e população LGBT. O que trazem são importantes contribuições para problematizar essas questões, as quais serão abordadas no texto para um diálogo com a educação. Em um período de dois anos, no Brasil, tivemos um aumento de 284% de suicídios entre a população LGBT¹². Em sede de direitos humanos, de democracia, de resistências, precisamos pensar que a estrutura dos Direitos Humanos com base no Direito Internacional não é uma estrutura normativa, e sim espaço de lutas (Herrera Flores). É incontestável que a hegemonia dos direitos humanos, como linguagem de dignidade humana, coexiste com uma realidade perturbadora, em que autoritarismo convivem confortavelmente com regimes democráticos (SANTOS, 2013).

Referências

BATISTA, Carla Gisele; COSTA, Ana Alice. As lutas feministas e a autonomia reprodutiva das mulheres. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 4, n. 6, 2012.

BUGLIONE, Samantha. A arena moderna e os consensus possíveis: um breve debate sobre pessoa, vida-morte e liberdade no caso da anencefalia. In: LOYOLA; Maria Andréa (org).

¹² Desde 2016, o Grupo Gay da Bahia (GGB) inclui o suicídio em seu levantamento de mortes violentas contra LGBTs. Naquele ano, foram 26 registros, contra 100 casos em 2018, o aumento de 284%.

- Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP), 2005.
- BUTLER, Judith. **Corpos que pesam.** In: LOURO, Guacira Lopes (org). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade.** Belo Horizonte: Autêntica, 1999.
- _____. **Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pósmodernismo.** In: BESSA, Karla Adriana Martins (org.) **Cadernos Pagu.** Campinas, v. 11, p. 11-42, 1998
- _____. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Tradução de: AGUIAR, R. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016. Título original: Gender trouble: Feminism and the subversion of identity.
- CANDAU, Vera (org.). **Diferenças culturais e Educação: construindo caminhos.** Rio de Janeiro: 7Letras, 2011, 212p.
- CÉSAR, Maria Rita. **Gênero, sexualidade e educação: notas para uma “Epistemologia”.** Educar, Curitiba, n. 35, p. 37-51, 2009. Editora UFPR.
- _____. **O dispositivo da sexualidade ontem e hoje: sobre a constituição dos sujeitos da anomalia sexual. Dois pontos: Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná E DA Universidade Federal de São Carlos.** Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/56551>
- EQUIPO PHCS. **Educación para la libertad, educar para el nunca más.** UAHC, 2010.
- FONSECA, Claudia. **De família, reprodução e parentesco: algumas considerações. Cadernos Pagú,** Campinas, v.29, p. 9-35, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988
- GRECHINSKI, Silvia Turra. **A decisão pelo aborto: os processos reflexivos e os intermediadores da experiência de mulheres das camadas médias de Curitiba.** 157 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Núcleo de Estudos de Gênero, Universidade Federal do Paraná, 2014.
- GROSSI, Miriam Pilar. **Estudos in(ter)disciplinados.** Florianópolis: Editora da UFSC 1998
- HÉRITIER, Françoise. **Masculino feminino: o pensamento da diferença.** Tradução Cristina Furtado Coelho. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- LIMA, Leonardo Pereira; GESSER, Marivete; OLTRAMARI, Leando Castro. **Projeto formação continuada de professores em gênero e sexualidade: relato de experiência. Revista Eletrônica de Extensão.** Florianópolis, v. 12, n. 20, p. 132-143, dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/extensio/article/view/1807-0221.2015v12n20p132>.
- LINS JÚNIOR, George Sarmiento. **A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira. Revista Eletrônica Direito e Conhecimento,** v. 1, n. 1, 2017, Jan./Jun./2017, Arapiraca/AL Cesmace Faculdade do Agreste.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista.** 9.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- _____. **Currículo, gênero e sexualidade: O 'normal', o 'diferente' e o 'excêntrico'.** In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre. **Corpo, Gênero e Sexualidade: um debate contemporâneo na educação.** 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 43-53.
- ROHDEN, Fabíola. **A arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.
- RUBIN, Gayle. **Pensando o Sexo: Notas para uma Teoria Radical das Políticas da Sexualidade.** Tradução de Felipe Bruno Martins Fernandes. 1981.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2013. 1ª edição.
- SARTORI, Ari José; BRITTO, Néli Suzana (org.). **Gênero na educação: espaço para diversidade.** Genus. Florianópolis, 2008. 3ª edição.
- SCAVONE, Lucila **Estudos de gênero: uma sociologia feminista? In: Revista Estudos Feministas.** Florianópolis, n.1, vol 16, jan/abr 2008.

SILVA, Patrick dos Santos; HERNECK, Heloísa Raimunda; SILVA, Apolônia de J. Ferreira. Gênero e sexualidade nas redes vivenciadas no cotidiano das escolas. **Revista Diversidade e Educação**, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 260-276, ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/divedu/article/view/9006>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documentos de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

SWAIN, Tania. **Que democracia é esta?** Direitos humanos das mulheres e a “diferença sexual”. Disponível em:

<http://www.tanianavarroswain.com.br/chapitres/bresil/democracia.htm>.

TAMANINI, Marlene. Tecnologias conceptivas: da intervenção tecnológica à moral do ter que fazer. In: MINELLA, Luzinete Simões; FUNCK, Susana Bornéo (org.). **Saberes e fazeres de gênero**: entre o local e o global. Florianópolis: Editora da UFSC, 2006. p. 271-293.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Fundo de População da Nações Unidas (UNFPA), 2010.

1.6 A Influência da Soberania Globalizada e Porosa nas Políticas Educacionais Brasileiras à luz de Perspectivas Críticas¹³

O trabalho parte da premissa de que a soberania, entendida como um elemento fundamental do Estado de Direito, em meio à globalização, não é sólida, mas sim porosa e permeável. Nesse contexto, objetiva investigar em que medida a produção legislativa educacional federal e o sistema de políticas educacionais são impactados pelo poder global manifestado no âmbito das organizações internacionais (OIs). Para tanto, tem como escopo a reflexão da influência realizada pela relação assimétrica de poder entre as OIs e o Estado, refletindo acerca da manifestação prática da soberania (porosa), especificamente nas políticas educacionais federais brasileiras. Como hipótese inicial, sustenta-se que o país possui mínima autonomia de gestão de suas próprias legislações e de seu sistema educacional, sendo influenciado, em grande parte, pelas discussões e normativas acordadas pelo

¹³ Trabalho apresentado por *Marina Caldeira Ladeira* – Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa "Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional". Pesquisadora integrante do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

conjunto de organismos internacionais. Para a abordagem do objeto de estudo, realizou-se pesquisa documental legislativa, objetivando identificar e comparar os documentos internacionais e nacionais, e pesquisa bibliográfica, buscando investigar perspectivas críticas. Tomando como ponto de partida a ideia de que a soberania globalizada se tornou permeável, evidencia-se seu potencial de dominação a partir da “exceção”. Como apresenta Sanín-Restrepo, seu conceito é o paradoxo central da modernidade, utilizado como meio para criação do “povo oculto”, parcela da sociedade que é ocultada para que o poder subsista (SANÍN-RESTREPO, 2016). Para o autor, o único meio de se desvencilhar de tal estado de exceção é utilizando a democracia como meio-fim. No mesmo sentido, Hardt e Negri entendem que a soberania moderna depende de uma transcendência do soberano e opera por meio de uma codificação que, por si só, modela e exclui. Ainda, sustentam que a soberania dos Estados, no contexto atual, é declinante, reduzindo sua capacidade de regulação interna a partir da descentralização global e a ausência de fronteiras (HARDT; NEGRI, 2001). Outrossim, Ferrajoli afirma que a dimensão interna da soberania se esvaziou a partir da constituição do Estado de Direito, e a presença de normas internacionais de *ius cogens* o fez na dimensão externa (FERRAJOLI, 2002). Tais fenômenos limitam a soberania dos Estados, porquanto a tutela de direitos supraestatais é superior às suas autonomias. Na medida em que o Direito se ampara em lógicas de não-neutralidade, importante mencionar a Teoria da Encryção do Poder de Sanín-Restrepo (SANÍN-RESTREPO; ARAÚJO, 2016; SANÍN-RESTREPO, 2018; SANÍN-RESTREPO, 2016), que se demonstra pertinente em relação às lógicas de poder, de opressão e de construção e garantia de direitos inserida na própria concepção de soberania. Evidencia-se que as instituições jurídicas e de poder se utilizam da estrutura social internacional, permeada de conflitos de interesses. A partir da expansão de espaços e governos globais, que se estruturam controlados por diversas organizações e instituições, já não mais em relação aos territórios e pessoas,

a forma tradicional de enfoque nacional das políticas governamentais não consegue subsistir (CASSESE, 2012). Percebe-se, portanto, que a internacionalização dos direitos modificou o conceito histórico de soberania, pois os Estados se submetem a direitos supostamente universais, indivisíveis e normativamente superiores. A atuação das OIs retroalimenta as colonialidades e encriptações, fortalecendo os poderes hegemônicos, por reiterar as estruturas que sustentam desigualdade, ocultação e não pertencimento. A soberania influencia, desde sua origem, a ordem política, econômica, o poder político e os discursos jurídicos (VOLK, 2019). Entretanto, é necessário questionar se a soberania atualmente não é também influenciada por esses contextos e se torna cada vez mais permeável. Ribeiro e Flores mostram o desafio de reformular esse conceito historicamente consolidado, que se relativizou a partir da globalização. Esse processo alterou a rigidez da sociedade internacional e do Direito, pois os Estados passaram a sofrer intervenção de outros sujeitos internacionais, dificultando sua autodeterminação, além da relação de poder estabelecida entre países do Sul e do Norte Global (RIBEIRO; FLORES, 2019). No mesmo sentido, Cassese afirma que o Estado não possui mais o poder político de determinar o que é direito e o que é dever em seu próprio território (2012). Em relação a perspectivas críticas, destaca-se a decolonialidade e a supramencionada teoria da encriptação do poder. Walsh, grande fomentadora da primeira, demonstra que o multiculturalismo é aplicado pelas instituições como um discurso encobridor das estruturas coloniais, evidenciando que se incorpora a diferença, mas a neutraliza e a esvazia de significado, utilizando-a como nova estratégia de dominação. Em relação às OIs, afirma que se utilizam de uma estratégia política que pretende incluir diversidades em um modelo globalizado, mas, em verdade, as manipula como massa de manobra, buscando eficiência do capital. Essa interculturalidade “funcional”, utilizada pelas instituições de poder para mascarar seus reais interesses, não é questionada por seus motivos ou

efeitos, naturalizando a ocultação da diferença (WALSH, 2008). O discurso universalizante proposto pelas OIs no âmbito educacional é contraditório, visto que a educação não é universal se permanece reproduzindo as práticas excludentes. Complementarmente, Sanín-Restrepo demonstra que a colonialidade e o capitalismo são forças do poder e da dominação, ameaçando a democracia por meio de um simulacro de direitos e do princípio “nós versus eles” que oculta fração da sociedade (SANÍN-RESTREPO; ARAÚJO, 2016; SANÍN-RESTROPO, 2018; SANÍN-RESTREPO, 2016). As instituições e políticas globais partem da homogeneidade e as políticas educacionais brasileiras consideram a pluralidade de sujeitos somente à nível formal e simulado. Nesse viés, a educação universal, transnacional e transcultural deve ser questionada, pois se consolida por meio de uma totalidade disfarçada. Em relação à análise das legislações e políticas educacionais no Brasil, pode-se dizer que a maioria delas foi concebida sob influência externa. A Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), por exemplo, foi produzida por conta da pressão realizada pelas OIs, além de ter sido influenciada pelas propostas neoliberais no processo de redemocratização, tomando conta das políticas brasileiras (JUNG; FOSSATTI, 2018). Com a ordem globalizada, a educação passou a ser essencial para a posição dos países nos níveis de “desenvolvimento”, visto que seriam exigidos novos padrões de qualidade e competência para o capital e trabalho. As políticas de educação básica brasileira tornaram-se foco a partir das diretrizes sugeridas pelas Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990) e Declaração de Dakar (2000). Jung e Fossatti demonstram que as metas adotadas nessas ocasiões eram ousadas para um Brasil recém-redemocratizado (2018). Em relação à Educação em Direitos Humanos, ressalta-se o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), de 2007. Pode-se dizer que o Plano reproduz, em grande parte, as ideias do Programa Mundial para a Educação em Direitos Humanos, da UNESCO (2006), baseado em uma lógica instrumental do saber e

reafirmando o modelo universal. Não considera os contextos diversos do ocidental-eurocêntrico, e parte da premissa de que existem subdesenvolvimentos educacionais, sendo necessário adequá-los aos padrões “universais”, originados de ideais colonizadores e simulados. Outros exemplos de legislações educacionais e de direitos humanos são as Leis nº 10.639/2003 e 11.645/2008, elaboradas a partir de pressões externas e internas para a adoção de ações afirmativas, que incluíram nos currículos básicos temas de história e cultura afro-brasileira e indígena. Porém, na prática curricular das instituições de ensino existem diversos desafios à sua implementação, visto que o sistema educacional brasileiro privilegia epistemologias eurocêntricas e negligencia a atualização dos livros e a formação de professores de forma multicultural (BORJA; PEREIRA, 2018). Mascara-se, portanto, a inclusão e a pluralidade, simulando um determinado avanço supostamente multicultural, assim como apresentam os indicadores de “desenvolvimento”, baseados em padrões universais. Portanto, é possível questionarmos até que ponto as políticas educacionais brasileiras, influenciadas pelas OIs, levam em conta as particularidades locais, e se elas realmente estão pensadas para a transformação a favor dos mais vulneráveis, ou se atendem a interesses de outros grupos. É o que o trabalho buscou demonstrar e comprovou-se, inicialmente, a hipótese de que a dimensão interna da soberania está, de certo modo, esvaziada de sentido, e as políticas educacionais realizadas no âmbito legislativo federal brasileiro são influenciadas e reproduzem, em grande parte, a lógica universalizante e colonial perpetrada pelos organismos internacionais.

Referências

- BORJA, Maria Eunice Limoeiro; PEREIRA, Cleifson Dias. As leis nº 10.639/03 e nº 11.645/08: reflexões a partir do pensamento crítico acerca da colonialidade do poder. **Revista Cenas Educacionais**, Caetité – BA, v. 1, n. 1, p. 242-270, jan/jun. 2018.
- BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Ministério da Educação/Ministério da Justiça/UNESCO, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192>. Acesso em 20/06/2020.

- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1996.
- BRASIL. Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2003.
- BRASIL. Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei no 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena". **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 mar. 2008.
- CASSESE, Sabino. New paths for Administrative Law: A Manifesto. **International Journal of Constitutional Law**. v. 10, n. 3, 2012, p. 603-613.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução: Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- JUNG, Hildegard Susana; FOSSATTI, Paulo. Duas décadas de LDB 9395/96: Gênese, (des)caminhos, influência internacional e legado. **Revista Teoria e Prática da Educação**, v. 21, n. 3, p. 53-65, set/dez. 2018. e-ISSN: 2237-8707.
- RIBEIRO, Daniela Menengoti; FLORES, Simone Fogliatto. A (R)Evolução do Conceito de Soberania Estatal e a Efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 41, p. 193-225, dez. 2019. DOI: <<https://doi.org/10.22456/0104-6594.84678>>.
- SANÍN-RESTREPO, Ricardo; ARAÚJO, Marinella Machado. A Teoria da Encriptação do Poder: itinerário de uma ideia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 1-17, ago. 2020.
- SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Aclaraciones fundamentales sobre la encriptación del poder y el pueblo oculto como categorías fundamentales de una nueva democracia**. In: CERVANTES, Aleida Hernández; MATAMOROS, Mylai Burgos (org.). La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pp. 151-174.
- SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Decolonizing Democracy: Power in a Solid State**. London & New York: Rowman and Littlefield, 2016.
- UNESCO. **Declaração mundial sobre educação para todos e plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem**. Jomtien, Tailândia: UNESCO, 1990.
- UNESCO. **Educação para todos: o compromisso de Dakar**. Dakar, Senegal: UNESCO, 2000.
- UNESCO. **Plan of Action: World Programme for Human Rights Education. First Phase**. New York and Geneva, UNESCO, 2006.
- VOLK, Christian. The Problem of Sovereignty in Globalized Times. *Law, Culture And The Humanities*, [S.L.], p. 174387211982801, 21 fev. 2019. **SAGE Publications**. <http://dx.doi.org/10.1177/1743872119828010>.
- WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: apuestas (des)de el insurgir, re-existir y re-vivir**. Equador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

1.7 O Direito Internacional do Reconhecimento como Instrumento de Decolonização do Direito Internacional¹⁴

O presente estudo tem como objetivo analisar a adoção do Direito Internacional do Reconhecimento como instrumento de decolonização do direito internacional contemporâneo. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica com o objetivo de investigar como a proposta de Tourme-Jouannet, pensada como um novo paradigma de justiça internacional, permite uma articulação transformadora das bases cognitivas coloniais do direito internacional para orientar respostas às injustiças globais que impedem a concretização de um cenário sociopolítico intercultural. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos tomaram a agenda internacional e foram adotados como referências de sistemas políticos democráticos, tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e os Pactos de 1966 consagrando o princípio da autodeterminação dos povos, o que ensejou o surgimento de centenas de Estados das antigas colônias (COMPARATO, 2008, p. 286). Nesse contexto, o termo reconhecimento foi adotado para designar o ato jurídico pelo qual o governo de um Estado aceita outra entidade como tal, com os Estados emergentes sendo alçados a tal status em posição de igualdade a de seus antigos colonizadores. No entanto, tal reconhecimento não se pautava pela diferença, mas era-lhes imposto um grau de civilidade a ser observado para que fossem julgados como civilização digna de reconhecimento, a partir de um discurso hegemônico de tradição filosófica ocidental que se revelou uma das maiores armas para o imperialismo e dominação de ordem cultural, econômica e jurídica (TOURME-JOUANNET, 2007, p. 382). Com a reconfiguração da política mundial, que passa a ser multipolar e multicivilizacional após a Guerra Fria, a cultura emerge no cenário

¹⁴ Trabalho apresentado por *Christian Douglas da Silva Costa* -Graduado em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil (2017).

internacional e passa a ditar os interesses dos Estados e suas relações com os outros, unificando-os e dividindo-os, levando à uma crise identitária mundial marcada pela violência e dominação (HUNTINGTON, 1997, p. 19), sendo nesse cenário que os direitos humanos voltam à tona, sob a perspectiva da denomina humanização do direito internacional. Deste contexto pós-Guerra Fria parte Tourme-Jouannet para estabelecer o Direito Internacional do Reconhecimento, novo horizonte no qual o reconhecimento engloba as demandas por preservação da diversidade cultural e proteção da identidade cultural de grupos e indivíduos, traduzindo-se como um direito à diferença; ou um direito à igualdade que não leva em conta e é indiferente às diferenças. A teoria do reconhecimento ocupa lugar relevante entre as teorias de justiça e as discussões sociopolíticas contemporâneas sobre a construção da sociedade, oferecendo um frutífero quadro conceitual para compreender as lutas sociais e as dimensões morais, materiais, simbólicas e legais dos conflitos sociais. Neste passo, entende-se o Direito Internacional do Reconhecimento como o conjunto de instituições, discursos, práticas e princípios jurídicos que até então não tinham sido devidamente teorizados e reagrupados, pelo qual o reconhecimento representa um projeto contra-hegemônico que abrange “todos os tipos de alegações sobre gênero, nação, idioma, história, cultura ou religião e reordena as relações interseccionais entre os Estados e os grupos e indivíduos sob a sua tutela (TOURME-JOUANNET, 2013a, p. 669)”. A teoria repercute em três áreas principais: no reconhecimento da diversidade cultural; na concessão de direitos específicos para preservação da identidade cultural de grupos e indivíduos, e; no reconhecimento do passado histórico de danos e a necessidade de reparação por tais crimes. Logo em sua proposta inicial, Tourme-Jouannet destacou que o baixo potencial transformador da teoria, uma vez que as estruturas culturais e econômicas da ordem existente que emanam padrões de injustiças são heranças da era colonial, e estariam enraizadas de tal forma que a teoria, na melhor das hipóteses, assumiria caráter meramente

corretivo (2013b, p. 214). Contudo, a progressão científica de seus estudos passou a abordar o reformador das bases do direito internacional, identificando o Direito Internacional do Reconhecimento como instrumento de descolonização, na medida em que a noção de reconhecimento permite articular as dimensões materiais e simbólicas das relações de dominação em ação no cenário internacional e na ordem jurídica que a estrutura (GESLIN; TOURME-JOUANNET, 2018, p. 12). Pensar o reconhecimento como ferramenta de descolonização exige inevitavelmente uma reflexão de bases epistemológicas; um giro descolonial, termo originalmente cunhado para designar o movimento de resistências teórico, prático e político à lógica da modernidade/colonialidade (BALLESTRIN, 2013). Partindo dessa premissa, a proposição metodológica decolonial guia-se pela identificação do Direito Internacional do Reconhecimento como um modelo de justiça no sul geográfico, considerando que a teoria foi proposta como um novo paradigma do direito internacional contemporâneo, tornando-se imprescindível analisar criticamente como os referenciais teóricos interdisciplinares que conectam as matrizes que sustentam cientificamente essa estratégia doutrinária encontram solo fértil para o desenvolvimento da práxis da justiça, em especial na realidade-destinatária latino-americana. Isto porque, historicamente, a região é palco de intensa e constante violação de direitos humanos, considerando a imposição da ideologia neoliberal da globalização; histórico recente de redemocratização; longo período de ditaduras civis-militares sedimentadas por interesses políticos e econômicos; geolocalização como periferia do mundo; subalternização epistêmica; entre outras características que impactam as condições de vida em sociedade. Os estudos decoloniais propõem a desconstrução da modernidade, que surge quando a Europa se coloca como centro do mundo e constitui o outro como dominado e sob controle do conquistador, colocando todas as demais realidades como periféricas (DUSSEL, 1993, p. 15). O pensamento colonial insere o elemento racial para conceituar a diferença colonial, espaço propício

para a propagação da colonialidade do poder pela continuidade da relação de dominação nas esferas econômica e política. Como o elemento constitutivo de um padrão mundial capitalista, a categoria moderna de raça impõe uma classificação racial/étnica da população do mundo como vetor de um padrão de poder, e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social, marcando a diferença colonial e, assim, operacionalizando as relações de exploração e dominação. Nesta lógica, o reconhecimento sob uma perspectiva decolonial exige a tomada de consciência acerca da negação das realidades alheias, marginalização e negação cultural que impedem a plena concretização de uma sociedade internacional pautada pelo direito à diferença. A união entre o reconhecimento e o direito à diferença faz a criticidade decolonial dialogar com a reinvenção crítica dos direitos humanos, adotando-se como mote implementar valores insurgentes e engendrados a partir do reconhecimento do outro. Revela-se necessário assumir que a natureza humana abarca a singularidade e a complexidade da diversidade cultural, encontrando no bojo do valor fundamental da dignidade humana, central na cultura dos direitos humanos, os ideais de igualdade e diferença presentes no direito à diferença, cujo reconhecimento direciona a dialética dos direitos humanos ao diálogo intercultural. Deste modo, utilizar o Direito Internacional do Reconhecimento como instrumento de decolonização corresponde inserir a noção de reconhecimento no cerne da justiça, revestindo-o de caráter axiológico-normativo e possibilitando a reconstrução de uma sociedade internacional intercultural.

Referências

- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista brasileira de ciência política**, n. 11, p. 89-117, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito, USP**, v. 104, p. 551-565, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67869>>. Acesso em: 16 ago. 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 286.

- DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro; a origem do mito da modernidade; conferências de Frankfurt**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- GESLIN, Albane; TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *Propos introductifs: décoloniser et refonder le droit international au prisme de la reconnaissance*. GESLIN, Albane; TOURME-JOUANNET, Emmanuelle (Dir.). **Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international?**: confluence des droits. Ais de Provença: Droits International, Comparé et européen, 2018. p. 11-15.
- HUNTINGTON, Samuel Philips. **O choque das civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 24, n. 70, jun. 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69092009000200009>>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. The international law of recognition, **European journal of international law**, Oxford, v. 24, n. 2, 2013. p. 667-690. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ejil/cht021>>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- _____. Universalism and imperialism: the true-false paradox of International Law, **European journal of international law**, Oxford, v. 18, n. 3, 2007. p. 379-407. p. 382. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ejil/chm029>>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- _____. **What is a fair international society?** International law between development and recognition. Oxford: Hart Publishing, 2013.

1.8 O Pensamento Decolonial de Enrique Dussel e sua Relação com o Direito Internacional¹⁵

A obra de Dussel, em sua Filosofia da Libertação tece críticas ao Colonialismo e Neocolonialismo europeu especialmente na África, Ásia e em maior intensidade na América Latina, tal teoria buscar romper com o pensamento eurocêntrico de dominação e suposta superioridade, o qual tudo advindo da Europa seria superior, Dussel diz que o latino liberta-se a partir da tomada de consciência de um olhar crítico sobre sua realidade. Com o objetivo de mudar esse cenário, a proposta da filosofia de libertação busca respeitar a alteridade política e antropológica dos povos, sem, entretanto, deixar de conduzi-los para uma participação política com fins de subverter a

¹⁵ Trabalho apresentado por *Enéas Carsoso Neto* – graduado em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências Vitória da Conquista (2015). Especialista em Direito Civil, Consumidor, Empresarial e Processual Civil pela Faculdade Damásio. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Comercial, Consumidor, Contratual e Fundamentais, membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB-Vitória da Conquista-BA.

condição de exterioridade, construindo uma nova ordem política e social, baseada em uma economia solidaria, contrapondo a esse capitalismo antropofágico, ao qual vivemos submissos. Esse processo inicia-se pela tomada de consciência, o que o autor chama de Princípio Crítico-Democrático e da Transformação Estratégica. O argumento de Enrique Dussel parte da ética da libertação como uma filosofia em particular. Tal ponto de partida é coerente com a história da América Latina dada a forte exploração capitalista desde a época da colonização, visível ainda hoje nas mazelas das exclusões sociais, nas diversas formas de opressão, exclusão e marginalização. A ética da libertação é uma possibilidade de estabelecer o diálogo, a partir do rosto do outro e afirmar a alteridade aonde o oprimido possa tomar lugar na mesa de diálogo, construído dialeticamente. Assim, conexa aflora-se intrinsecamente um modo de filosofar estritamente coligado ao aspecto situacional, vinculação está imperiosa que lhe confere a prerrogativa de constituir-se substancialmente em seu horizonte de compreensão contextual. Por isso é necessário objetivar que filosofar libertador dusseliano como tal se postula a partir de determinações preliminares, a realidade latino-americana. É dentro desta realidade que o aperfeiçoamento dessa ruptura, o “outro” ou alter desempenha papel de relevância, recupera a consciência de sua identidade cultural, sub-esfera material central da política. Este é propriamente dito o fio condutor que insiste em afirmar a vinculação entre o filosofar e o contexto histórico latino americano. A conjugação dos termos da temática proposta produz uma vinculação íntima. Todo o caminho percorrido pelo pensamento da Filosofia da libertação, da desmitologização da modernidade e da própria política esposada por Enrique Dussel, indica a necessidade de superação da ordem posta sobre o intra-horizonte do outro, para a instituição de uma nova situação onde seja possível a inclusão do pobre, do assalariado, da mulher submissa ao marido da sociedade machista, visando uma ruptura com o modelo conhecido, tido como eurocêntrico e a criação de uma nova realidade

(DUSSEL, 1977). A Filosofia da Libertação não é meramente uma maneira de empoderar grupos politicamente inexpressivos, mas um caminho pelo qual é possível se organizar para, continuamente, questionar as certezas e substituí-las por dúvidas e, assim, permitir que seja possível a constante revisão da legitimidade dos rumos que estão sendo tomados em processos de desenvolvimento social, político e econômico (COUTO; CARRIERI, 2018). Já em se tratando do Direito Internacional, esse visa atender aos interesses das forças dominantes, especialmente a europeia e estadunidense, que reiteradamente impõem suas vontades e interesses em âmbito internacional, mantendo sua histórica dominação sobre outras nações do globo, pois, o colonialismo e o neocolonialismo ainda provocam grande impacto no direito internacional e em seus princípios até os dias atuais, chegando do direito internacional ser caracterizado como um capa ou manto que encobre o imperialismo e a dominação das grandes nações, isso também se reflete em outros campos do direito, a exemplo dos direitos humanos, os quais apresentam característica eurocêntrica dos direitos humanos e a constatação de que os direitos humanos constituem uma teoria jurídica dominante não por suas pretensões universalizantes, mas por ser um produto discursivo da colonialidade, isso, pois, porque é produzida por quem tem legitimidade epistêmica para produzir conhecimento válido. Assim o objetivo principal de uma futura pesquisa mais detalhada é traçar uma correlação entre o pensamento de Enrique Dussel e o Direito Internacional respondendo os seguintes questionamentos; A visão crítica do pensamento dusseliano da Filosofia da Libertação poderia romper com o paradigma de um Direito Internacional que atende aos interesses das grandes nações? Em caso positivo como isso seria possível? Em caso negativo por que não seria possível? Para realizar tal tarefa utilizaremos da pesquisa bibliográfica e método dedutivo.

Referências

DUSSEL, Enrique D. *Filosofia de la Liberacion*. México: Editorial Edicol, 1977. Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/29.Filosofia_da_libertacao.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

COUTO, Felipe Fróes; CARRIERI, Alexandre de Pádua. Enrique Dussel e a Filosofia da Libertação nos Estudos Organizacionai. *Cad. Ebape.Br*, Rio de Janeiro-Rj, v. 16, p. 631-641, 2018. Disponível em: <https://1library.org/document/z1213vpy-enrique-dussel-filosofia-da-libertacao-nos-estudos-organizacionais.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

1.9 (Re)Pensar os Direitos Humanos: Uma perspectiva De(s)colonial¹⁶

A teoria dominante dos direitos humanos é centrada na concepção de que estes direitos nasceram de lutas políticas europeias. A despeito disso, teorias pós-modernas, de(s)coloniais, ou subalternas, apontam para uma realidade bem diferente: a de que o processo de formação de conhecimento em direitos humanos foi construído numa perspectiva eurocêntrica, localizada, parcial. Assim, tais direitos são considerados um projeto moral, jurídico e político da Modernidade Ocidental (BRAGATO, 2011, p. 205), construído a partir de lutas, revoluções e reivindicações europeias, e exportado para o resto do mundo como uma verdade universal. Rejeita ou subestima, portanto, contribuições globais para afirmação da ideia dos direitos humanos (BRAGATO, 2011, p. 202). Nesse sentido, a construção de conhecimento (e cultura) em direitos humanos indica a predominância de relações assimétricas de poder, evidenciadas, também, pelas noções ocidentais de dignidade. Esta, formada a partir da crença na existência de uma essência universal dos homens, foi fundamentada em um único aspecto: a racionalidade. Essa linguagem da dignidade humana exclui outras, de grupos oprimidos, na medida em que ignora elementos fundamentais dos direitos e garantias e os movimentos e lutas necessárias para o

¹⁶ Trabalho apresentado por *Juliana Aparecida Custodio* - Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Coordenadora discente do Laboratório de Direitos Humanos da UFU; e *Laura Mourão Nicoli* - Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro do Laboratório de Direitos Humanos da UFU. lauranicoli14@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3070-6197>.

reconhecimento de tais prerrogativas (ZEIFERT; AGNOLETTO, 2019, p. 198). A despeito disso, a tradição liberal foi incorporada a diversos dos mais importantes tratados de Direitos Humanos e Direito Internacional, como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e, logo, a Declaração Universal. A teoria dominante dos direitos humanos é produzida por quem tem legitimidade epistêmica para produzir conhecimento válido (BRAGATO, 2014, p. 204). Por isso, imperioso que o Ocidente continue a ditar conhecimento e cultura. Nas palavras de Fernanda Bragato: "Não se trata de disputar a paternidade de tais direitos, mas resgatar elementos esquecidos que enriqueçam sua perspectiva compreensiva (o horizonte de sentido) cujo discurso dominante é eurocêntrico (2011, p. 206)". Concluimos, pois, que a construção dos direitos humanos foi um projeto europeu de legitimação do poder, fundado após a Segunda Guerra Mundial, momento em que era preciso elaborar conceitos para apontar quem seria digno ou não de direitos universais. Assim, para justificar a parcialidade na atribuição de direitos, foi necessário afirmar que estas pessoas não poderiam ser seres humanos integrais. O "homem" da Declaração Francesa, não poderia não ser, pois, o homem europeu. Nesse sentido, a presente pesquisa objetivou investigar, a partir de uma perspectiva de (s) colonial, de que forma a construção histórica da modernidade influenciou (e ainda influencia) as noções de direitos humanos que conhecemos hoje. Apresenta-se, pois, como um estudo introdutório, a partir de conceitos como: decolonial, (des)colonial, eurocentrismo, colonialidade do poder (Quijano), etc. E de autores como: Aníbal Quijano, Edgardo Lander, Joaquim Flores, dentre outros. Este estudo é pautado na abordagem analítica, por ser de cunho qualitativo e envolver avaliação pormenorizada, na tentativa de utilizar-se uma teoria compreensiva dos direitos humanos, que leve em conta a totalidade da colonialidade, e que permita uma leitura fundada no reconhecimento das diferenças. Pretende-se, então, uma resignificação de saberes que permita pensar e produzir conhecimento que não corresponda à lógica da

colonialidade, mas que resgate e empodere grupos oprimidos e subalternizados. A partir do método dedutivo, a pesquisa procurou subsídios para (re)conceitualizar e revisar noções ocidentais e modernas, que ajudaram na formação de conhecimento sobre direitos humanos. Em seu procedimento, adotou viés bibliográfico, baseado em artigos, livros, documentos e outras fontes. Por fim, a análise dos objetivos foi realizada através do método explicativo.

Referências

- BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Contribuições teóricas latino-americanas para universalização dos direitos humanos**. Revista Jurídica da Presidência. V. 13. nº99. Fev/Mai 2011. pág. 11 a 31.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade**. Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica. Vol. 19- N. 1- Jan-Abr 2014.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- ZEIFERT, Anna Paula; AGNOLETTI, Vitória. **O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas**. 2019.

Grupo de Trabalho II –O papel da TWAIL no Direito Internacional Contemporâneo

2.1 A Regra do Consenso Vigente na Organização Mundial do Comércio: Um entrave para a consolidação de Acordos ou Potencializadora de Vozes Subalternas?¹⁷

A Organização Mundial do Comércio, operante desde 1995 como principal órgão regulador do comércio internacional, tem uma de suas funções primordiais servir como fórum negociador de regras para o comércio

¹⁷ Trabalho apresentado por *Augusto Guimarães Carrijo* - Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CNPq. Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/UFU) e do Grupo Direito Internacional Crítico. Estagiário do Instituto Brasileiro de Direito do Mar; e *Maria Eduarda Silva Melo Vicente* - Graduada em Relações Internacionais pelo Instituto de Economia e Relações Internacionais da UFU, com período sanduíche na Universidade de Coimbra (Portugal).

internacional e assegurar seu cumprimento por meio de um mecanismo eficaz de solução de controvérsias (OLIVEIRA; THORSTENSEN, 2011, p. 8). Dentro do quadro de regras e elementos procedimentais da instituição, há a chamada regra do consenso, a qual exige que haja consenso entre todos os Estados-membros da Organização durante uma negociação para haver aprovação de documentos e consolidação de acordos. Este trabalho possui como objetivo analisar criticamente esta regra, a fim de entender se ela atua como um entrave para as negociações que ocorrem no âmbito da OMC ou se ela contribui para potencializar a atuação de países subalternos na formulação dos acordos, valorizando a vontade de cada Estado singularmente. É importante destacar que, neste contexto, o sentido de “entrave” está relacionado à dificuldade que os países possuem em consolidar/selar acordos dentro da instituição, uma vez que para serem aprovados documentos é obrigatório haver unanimidade na decisão. Fala-se em dificuldade no processo de negociação porque, levando em conta o horizonte temporal que vai desde a fundação da OMC até 2020 (1995 - 2020), é possível notar dois fatos que indicam uma estagnação nas negociações: 1) houve somente um acordo firmado na instituição, o chamado Pacote de Bali, lançado em 2015; e 2) a Rodada de Doha, única rodada de negociações iniciada no âmbito da OMC, se estende há mais duas décadas em curso. O estudo em desenvolvimento fundamenta-se na revisão bibliográfica e documental específica sobre o tema, sendo uma pesquisa hipotética-dedutiva de abordagem descritiva-histórica e crítica. Hipotética-dedutiva porque testa as suposições de que a regra do consenso seria um entrave e/ou de que exerceria um papel potencializador das vozes terceiro-mundistas para as negociações na OMC, partindo do geral (objetivos e estrutura da OMC) para debater consequências específicas da regra. A abordagem proposta é descritiva-histórica, na medida em que se busca analisar as negociações no seio da Organização, assim como descrever não apenas as suas regras, mas especialmente os seus insucessos até o presente

momento. Crítica, pois procura também compreender os efeitos da regra para a atuação dos Estados de Terceiro Mundo¹⁸ no âmbito da organização à luz do direito internacional crítico. Antes da criação da OMC, o documento que guiava as relações comerciais internacionais e funcionava como âmbito para negociações comerciais internacionais era o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), firmado em 1947. Dentro do funcionamento deste Acordo, vigorava o chamado “*GATT à la carte*”, um sistema em que cada Estado escolhia do cardápio de acordos do GATT aqueles em que desejava cooperar, não se vinculando à totalidade dos acordos (DEITOS, 2015, p. 615). Ou seja, os países escolhiam quais regras seriam vinculadas e quais não. A OMC, por sua vez, foi pensada e executada para ser inteiramente vinculante, sem haver possibilidade dos países aceitarem somente algumas partes de um acordo. É o chamado *single undertaking*: todos os itens da negociação fazem parte de um pacote inteiro e indivisível e não podem ser acordados separadamente. “Nada está combinado até que tudo esteja acordado (WTO, 2021)”. Entretanto, muitos observadores da OMC não estão convencidos de que mais de 160 membros, com enorme pluralidade e diversidade em termos de interesses, necessidades e burocracias possam concordar de forma completa em relação a um acordo, quanto mais implementar dezenas de novas disposições complexas de uma só vez. Alguns pensam até que o *single undertaking* apenas desacelera a liberalização multilateral, enquanto outros acreditam que é uma tolice pedir a todos os membros que aceitem as mesmas obrigações (WOLFE, 2009, p. 836). Nesse contexto, faz sentido questionar a efetividade do princípio do consenso dentro da OMC, entendendo que essa necessidade de unanimidade na aceitação das decisões torna ainda mais difícil o processo de negociação que, por si só, já é muito complexo considerando o grande número de Estados-

¹⁸ Utiliza-se a denominação Terceiro Mundo, conforme pontua George Galindo sobre a justificativa de Karin Mickelson, para que se reforce a ideia de história e continuidade, convocando um embaralhar de vozes que se misturam, mesmo que não sempre de forma harmoniosa, e que se pretendem fazer ouvir um conjunto comum de preocupações que possuem uma origem histórica e se perpetuam no tempo (2013, p. 54).

membros que fazem parte da Organização. Por outro lado, é possível refletir se repensar a regra do consenso geraria uma maior abertura para a predominância das vontades dos países desenvolvidos (PDs) em detrimento dos países em desenvolvimento (PEDs). Da maneira como a OMC funciona hoje, cada um dos signatários dos acordos têm voz e participam ativamente dos processos de tomada de decisões na Organização, sendo que a cada um é atribuído um voto de igual valor. Uma vez que a maior parte das deliberações é feita por consenso, até mesmo Estados menores têm a oportunidade de se fazerem ouvir no curso das negociações. Além disto, o fato de a Organização ser composta por um ordenamento jurídico cujas normas podem ser efetivadas por meio de um sistema de solução de controvérsias possibilita que o Membro menos expressivo demande as maiores potências mundiais (DAIBERT; PERES, 2014, p. 223). Sob uma perspectiva crítica, podemos questionar se a desconsideração da regra do consenso, e por consequência, da necessidade de se ouvir todos os países, não favoreceria a manutenção da relação de subalternidade existente no direito internacional, na qual o subalterno, um Estado sem voz, é sempre representado por alguém que fala em seu lugar (ROSA, 2019, pp. 149-150). Com efeito, supondo que a vontade de todos deixasse de ser necessária para que acordos fossem concluídos, as vozes destes países poderiam novamente perder espaço em meio ao ambiente imperialista que pode ser vislumbrado no campo do direito econômico internacional, erguido com base nos aspectos que tornam subalternos diferentes do centro. Não obstante a consideração acima, é importante que a própria regra do consenso também seja analisada criticamente, a ponto de entendermos se ela não busca a conservação da subalternidade, ou seja, se ela não traz os subalternos para discursar dentro do contexto hegemônico, sem identificá-los como tal, gerando uma impressão falsa de empoderamento (ROSA, 2019 p. 150). Afinal, tendo em conta que a superioridade econômica do centro lhe possibilita mais poder e influência (ROSA, 2019, p. 154), optar pela conservação da subalternidade através do

ilusório empoderamento poderia ser uma escolha de natureza dominante a ser executada por este. Sem prejuízo a esta ressalva, é certo que a regra do consenso no âmbito da OMC possibilita uma alteração em relação ao GATT, sistema este “baseado no ideário liberal do *laissez faire*, [...] na virtual simetria dos parceiros comerciais num panorama de gradual supressão de barreiras comerciais (AFONSO, 2019, p. 115)”. Conforme aponta Henrique Afonso, a desconfiança de que o sistema do GATT seria responsável pela condição de dependência dos países do Terceiro Mundo foi notada já pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - convenção marcada pelo destaque exercido pelos países não-alinhados à época, incluindo países de Terceiro Mundo - principalmente no que tange a omissão do GATT perante grandes áreas de interesse destes e o seu caráter universalista e desenvolvimentista (AFONSO, 2019, pp. 114-115). Em verdade, deve ser destacado que o discurso desenvolvimentista exerceu um importante papel de mediador entre o Primeiro e o Terceiro Mundo no processo das independências, onde a relação de colonizador e colonizado se transformou em uma de desenvolvido e subdesenvolvido, e o Terceiro mundo ocupou o lado desfavorecido da troca comercial, resignado à desvalorização de seus produtos enquanto o Primeiro Mundo incrementava seus lucros (ROSA, 2019, pp. 149-150)¹⁹. Neste espeque, embora inserida em uma ordem econômica internacional ainda calcada nesta dicotomia, existe espaço para se pensar que a implementação da regra do consenso na OMC pode ser vista como uma chave para que documentos e acordos não sejam concluídos sem que a vontade de todos seja expressa positivamente - incluindo dos Estados do Terceiro Mundo. Portanto, em conclusão, no atual estágio desta pesquisa considera-se que apesar da regra ser um potencial entrave para as negociações que ocorrem no âmbito da OMC, esta dificuldade parece também evidenciar a possível incompatibilidade do sistema econômico internacional, da maneira como este está posto, com um regramento que

¹⁹ Veja também RAJAGOPAL, 2003.

busca efetivamente conciliar os interesses de todos Estados - incluindo dos Estados de Terceiro Mundo - como o regramento vigente na OMC, à luz da regra do consenso, se propõe a fazer.

Referências

- AFONSO, Henrique W. A questão desenvolvimentista na segunda metade do século XX: um olhar desde as TWAIL. **Rev. Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, pp 101-124, 2019.
- DAIBERT, L. D. S; PERES, A. L. S. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Brazilian Journal of International Law**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 218-238, dez./2014.
- DEITOS, Marc Antoni. Antidumping e a Organização Mundial do Comércio: da emergência à incerteza da regulação internacional. **Brazilian Journal of International Relations**, Marília, v. 4, n. 3, p. 608-627, dez./2015.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 119-124, pp. 46-68, 2013.
- RAJAGOPAL, B. **International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- ROSA, Maria Eduarda C. O Terceiro Mundo e as Relações Internacionais: uma Relação Intermediada pelas Categorias de Subalternidade, Centro-periferia e Desenvolvimento. **Revista Perspectiva**, Porto Alegre, v. 12, n. 23, pp. 146-163, 2019.
- WOLFE, Robert. The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor. **Journal of international Economic Law**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 835-858, dez./2009.
- WTO. How the negotiations are organized. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/work_organ_e.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

2.2 O Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador na Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Crítica à luz das *Third World Approaches to International Law*²⁰

As abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional, originalmente denominadas de *Third World Approaches to International Law (TWAIL)*, visam “contar as histórias não contadas” do Direito Internacional. Constituem tanto um movimento político-intelectual quanto um exemplo de teoria internacional crítica ao sistema que subjuga o

²⁰ Trabalho apresentado por *Laura Mourão Nicoli* - Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro do Laboratório de Direitos Humanos da UFU. lauranicoli14@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3070-6197>.

Terceiro Mundo (BAXI, 2006 apud ROSA, 2019, p. 151), consolidando o esforço em elucidar relações entre imperialismo, colonialismo e a construção do sistema jurídico internacional cuja análise se converge para o outro, localizado às margens do sistema-mundo (AFONSO, 2019, p. 104). Mediante tal intuito, o presente estudo possui como objetivo analisar as perspectivas dos povos indígenas no contexto latino-americano ao Direito Internacional (MANTELLI, 2018, pp. 3-4) a partir da leitura das TWAIL. Nesse sentido, o contexto no qual o trabalho se insere compreende o colonialismo enquanto um conjunto de movimentos que deram origem à hegemonia das estruturas socioculturais e jurídicas da Europa, que persistem de forma contemporânea no cenário institucional dos países anteriormente colonizados, tendo sido globalizada através do Direito Internacional. Para tanto, os estudos pós-coloniais visam desnaturalizar o modo como tal dinâmica do passado remanesce no presente. Na década de 90, surgem os estudos decoloniais, que assumem uma perspectiva crítica ao colonialismo na mesma vertente, mas cujo ponto de referência se dá a partir da América Latina (MANTELLI; BADIN, 2018, p. 8). Mais do que uma narrativa única e linear, as TWAIL retratam, outrossim, experiências autênticas de resistência e emancipação (AFONSO, 2019, p. 106). Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se destaca pela quantidade considerável de decisões em seu arcabouço jurisprudencial à dianteira do reconhecimento legal dos direitos dos povos indígenas tradicionalmente latino-americanos, pelo menos em termos normativos. Tal construção histórica influencia na visibilidade internacional dos povos tradicionais frente a ocultação de subjetividades não europeias, objetivo fundamental das TWAIL. No caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, cuja demanda foi apresentada pela Comissão Interamericana em 26 de abril de 2010, a Corte abordou os direitos do Povo diante da autorização concedida pelo Estado do Equador a uma empresa petrolífera privada. Na situação, as atividades de exploração de hidrocarbonetos e extração de petróleo eram realizadas no território do

Povo de Sarayaku, durante a década de 1990, embora não tenha a comunidade sido previamente consultada e sem o seu consentimento (CORTE IDH, 2012, p. 4). Ainda que com a presença da comunidade, o Estado intensificou o desenvolvimento da atividade de exploração a partir dos anos de 1960, concentrando seu interesse na Região Amazônica, considerado “espaço estratégico nacional”. Tal cenário culminou no aumento vertiginoso das exportações e do processo de modernização da infraestrutura das cidades na década de 70, provocando um custo ambiental de grandes proporções, além de riscos para a saúde (CORTE IDH, 2012, p. 20). Em 1996, foi assinado um contrato de participação para a exploração de hidrocarbonetos e de petróleo cru na região do “Bloco 23”, onde viviam várias comunidades indígenas, dentre elas, Sarayaku, a maior em termos de população e extensão territorial (CORTE IDH, 2012, p. 22). Pelos motivos supra expostos, o pedido consistiu na responsabilidade internacional do Estado de Equador pela violação, dentre outros, do direito à propriedade privada, reconhecido no artigo 21 da Convenção Americana, em detrimento do povo indígena de Sarayaku e de seus membros; do direito à vida, às garantias judiciais e à proteção judicial; do direito à integridade pessoal; do dever de adotar disposições de direito interno, dentre outros (CORTE IDH, 2012, p. 5). Sob a perspectiva das TWAIL, o caso merece considerações específicas. A primeira delas se trata do reconhecimento do direito à vida privada, nos termos do artigo 21 da Convenção Americana, explanando a Corte acerca da estreita vinculação que os povos indígenas possuem com as suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e com os elementos incorpóreos que deles emanam (CORTE IDH, 2012, p. 42). Embora os recursos naturais sejam coisificados como insumos da produção econômica para as grandes indústrias, são tidos como fonte essencial de sobrevivência física, cultural, social e espiritual dos povos indígenas (FRANCO, 2015, p. 238). Para Chimni, a ideologia abarcada pelo

conceito de desenvolvimento faz com que Estados do Terceiro Mundo sejam atraídos para a modalidade de exploração econômica de ditames capitalistas que se mantém no imaginário pós-colonial colonizado, permitindo a reprodução do princípio ocidental de desenvolvimento infinito como objetivo. Para o autor, é necessário combater as estruturas opressivas no próprio Terceiro Mundo, considerando que a era pós-colonial testemunha violações de direitos dos povos comuns em nome do desenvolvimento (CHIMNI, 2018, p. 54), como no presente caso, a partir da priorização da exploração petrolífera em detrimento dos direitos humanos da comunidade local indígena. Por tais motivos, de forma louvável, evidenciou a Corte, ao priorizar a proteção do direito à garantia da sobrevivência física e cultural dos povos indígenas (CORTE IDH, 2012, p. 43), como tais danos pela indústria petrolífera poderiam provocar violações de seus direitos humanos, prejudicando a preservação de sua forma de vida, costumes e idioma. Tal concepção afronta o *standard* civilizatório derivado da perspectiva de dominação europeia, que foi assimilado pelo Direito Internacional e se tornou um espelho fiel de um modo de pensar específico (AFONSO, 2019, p. 177), reproduzido pelos próprios países latino-americanos, como o Equador. A fim de analisar a decisão da Corte sob a perspectiva trazida pelas TWAIL, compreende-se que a soberania dos recursos naturais, disposta no art. 21 da Convenção Americana, é própria das TWAIL I, sendo característico da Nova Ordem Econômica Mundial (NOEI) o entendimento de que a descolonização política não foi acompanhada pela autodeterminação econômica dos países (AFONSO, 2019, p. 113). Todavia, naquele contexto, não se considerava ainda o direito de propriedade às populações indígenas isoladamente, somente ao território compreendido como um todo. Embora a geração seguinte, denominada de TWAIL II, tenha buscado compreender a violência ocorrida dentro do próprio Estado que produz dominação para com os atores internos, valorizando o papel de tais atores no interior dos Estados, como a minoria

indígena (GALINDO, 2013, p. 4), as ressalvas continuaram, demonstrando a necessidade de se realizar uma crítica interna às TWAIL, de modo a reivindicar a atenção à autonomia do diálogo indígena, uma vez que, até o momento, as abordagens terceiro-mundistas se demonstram insuficientes para alcançar os povos tradicionais de forma particular com relação aos seus Estados em uma perpetuação de sua subalternidade. Portanto, no presente caso, ao proteger o povo Sarayaku diante da intenção desregrada fundada nos anseios de desenvolvimento econômico enraizados no *modus operandi* capitalista do Primeiro Mundo, cujo objetivo lucrativo se sobressai à proteção de povos tradicionais e da matriz ambiental, adotou a Corte uma interpretação próxima das correntes da TWAIL II vislumbrada pela perspectiva particular do Terceiro Mundo. Por tais motivos, destacou o “profundo laço cultural, imaterial e espiritual que a comunidade mantém com seu território (CORTE IDH, 2012, p. 43)”. Todavia, permaneceu a consideração restrita que tange o papel estatal do Terceiro Mundo dentro do sul global, mantendo o povo indígena, por outro lado, marginalizado e não contemplado. Embora documentos internacionais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração Americana sobre os Povos Indígenas tenham sido um passo adiante, questiona-se não apenas a necessidade de que as demandas do subalterno sejam verbalizadas e trazidas à tona, mas que lhe seja concedida voz autônoma para defender suas próprias reivindicações no cenário internacional. Isso significaria realizar uma consulta direta à população indígena propriamente dita na promoção do diálogo internacional, um viés crítico que trazido pela abordagem quarto-mundista, sobretudo considerando os parâmetros de consulta estabelecidos na decisão pela Corte Interamericana. Portanto, a pesquisa, desenvolvida a partir da abordagem analítica e método dedutivo, evidenciou que, desde que levadas tais críticas em consideração, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos demonstra ser o espaço adequado para o desenvolvimento de matrizes decoloniais, uma vez que possibilita a

instituição de um sistema de(s)colonial desvinculado de suas próprias matrizes conceituais europeias. Decide, por fim, permanecer aberto a novas interpretações que assegurem direitos humanos de povos tradicionais abrangidos pelo seu território, ainda que necessite conceder a devida atenção à autonomia do diálogo indígena, conforme as críticas suscitadas pelas *Fourth World Approaches to International Law (FWAIL)*. Conclui-se, nesse sentido, que o desafio não é apenas o de compreender as TWAIL ou de trazer o debate indígena à jurisdição internacional, mas reinterpretá-las sob o vislumbre de que possa o seu potencial transformador contemplar as expressões indígenas autônomas na América Latina, abordagem possibilitada pelas FWAIL.

Referências

- AFONSO, Henrique W. A questão desenvolvimentista na segunda metade do século XX: um olhar desde as TWAIL. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, pp. 101-124, 2019.
- CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 1, 2018, pp. 41-60.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de mérito e reparação. Série C, nº 245, Julgamento em 27 jun. de 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>. Acesso em 17 out. 2021.
- FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 pp. 226-244.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 119-124, pp. 46-68, 2013.
- MANTELLI, Gabriel Antonio S; BADIN, Michelle Ratton. Repensando o Direito Internacional a partir dos Estudos Pós-Coloniais e Decoloniais. **Rev. Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 34, p. 1-33, 2018.
- ROSA, Maria Eduarda C. O Terceiro Mundo e as Relações Internacionais: uma Relação Intermediada pelas Categorias de Subalternidade, Centro-periferia e Desenvolvimento. **Revista Perspectiva**, Porto Alegre, v. 12, n. 23, pp. 146-163, 2019.

2.3 O Colapso Alimentar e a Resistência dos Movimentos Socioambientais do Sul Global²¹

O cenário brasileiro de produção de alimentos avança pela via da insegurança alimentar e insustentabilidade ecológica. As políticas públicas e a desregulamentação normativa direcionam o país na continuidade do modelo de agroracionalidade voltado para o mercado internacional, um agronegócio centralizado nas monoculturas dependentes de insumos químicos. Normativas nacionais sob o viés antropocêntrico e instrumental não tem protegido os seres humanos, os animais não-humanos e os sistemas ecológicos, impactando socioambientalmente na disponibilidade de alimentos. Atualmente, as flexibilizações normativas com relação à autorização de uso de agrotóxicos altamente perigosos ferem o direito humano à alimentação adequada e impossibilita uma transição agroecológica. A questão agrária no Brasil sempre refletiu os interesses das elites, o agronegócio de monocultura e latifúndio historicamente foi beneficiado por meio de políticas públicas, financiamentos e incentivos fiscais e, continua sendo (BELIK, 1992; LONDRES, 2011; CARNEIRO et al., 2015; CARVALHO; NODARI; NODARI, 2017). Entretanto, a omissão governamental com relação à agricultura familiar e aos pequenos agricultores foi substituída por uma real política pública, que por meio de atos do executivo tem tornado o agronegócio a centralidade da atividade econômica do país. Um exemplo são as recentes autorizações de registro de agrotóxicos. Nos três últimos anos, de 2019 a 2021, foram aprovados 1257 produtos de agrotóxicos, sendo: 503 no ano de 2019, 495 no ano de 2020 e 259 entre janeiro e julho de 2021, quase a metade de 3 mil produtos de pesticidas atualmente registrados no país (HESS; NODARI; LOPES-

²¹ Trabalho apresentado por *Isabele Bruna Barbieri* - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; e *Letícia Alburquerque* - Doutora, professora no curso de Relações Internacionais na Universidade Federal de Santa Catarina.

FERREIRA, 2021; GRIGORI, 2021). Além disso, a centralidade das atuais políticas públicas na atividade de agroindústria pode ser ilustrada pelo discurso do agronegócio como o futuro verde apresentado na Conferência das Nações Unidas sobre mudanças climáticas – COP26. Esse é um cenário compartilhado nos países latino-americanos, que sofrem com os mesmos processos de contaminação química, de intoxicações agudas e crônicas, cujos direitos humanos são constantemente violados pelo atual modelo de agroindústria. Além do constante reforço de políticas nacionais e internacionais que demandam a reprimarização das economias dos países de baixa e média renda, ainda há contínuas atividades que deslocam a poluição dos agrotóxicos, por meio da exportação de agrotóxicos altamente perigosos dos países ricos para aqueles países, o que gera graves impactos socioambientais e ecológicos, atingindo a segurança e soberania alimentar. Especificamente sobre os pesticidas altamente perigosos, seu comércio internacional cria uma categoria de subcidadãos envenenados sob o critério da nacionalidade, visto que os países de baixa e média renda recebem o escoamento de produtos proibidos em razão da permissividade da legislação interna. Ademais, o modelo econômico dominante ceifa a liberdade dos produtores familiares de terem seu modo de produção, principalmente de possuir e guardar suas sementes, apropriando-se dos recursos, no intuito de controlar todos os aspectos da natureza para transformá-los em commodities (SHIVA, 2012). O discurso utilizado para justificar essa prática de monoculturas está centrado em nome da melhoria e do valor, no entanto, esses termos não são neutros e sim são contextuais, ou seja, têm seu significado a partir de seu contexto, que, no caso do agronegócio, é a indústria, o ponto de vista das grandes empresas, a produção de grãos para integrarem o mercado internacional, ou seja o modelo de agronegócio, a agroindústria, não é um sistema alimentar, isso porque o sistema alimentar está atrelado ao cuidado nutricional, o qual não é um dos aspectos da agricultura moderna. Este cuidado nutricional não está relacionado apenas

ao valor nutricional dos alimentos produzidos, mas ao cuidado de nutrir os solos, o que parece estar esquecido pela agricultura industrial, cujos produtos são desmatamento, contaminação e desertificação (SHIVA, 2015). A monocultura é a continuidade do sistema colonial, onde o agrobusiness é uma repaginação moderno-colonial de sempre (GONÇALVES, 2015). No caso específico da segurança alimentar associada ao uso de agrotóxicos, as políticas públicas brasileiras não estão atentas à necessidade de se diminuir as vulnerabilidades e promover medidas que assegurem o uso da terra pela agricultura familiar e o modo sustentável, isso porque a continuidade do modelo de agricultura química de monocultivos para a produção de commodities, apenas gera insegurança alimentar e prejuízos à saúde coletiva em virtude do envenenamento massivo da população. A contaminação química do meio ambiente, dos animais não-humanos e dos corpos é resultado de um processo produtivo que aloca a nocividade nas populações historicamente vulnerabilizadas. O internacionalista Balakrishnan Rajagopal (2005) defende que o discurso dos direitos humanos era incapaz de mostrar a discordância com relação ao papel do Estado na economia, no caminhar para o mercado como centro de poder, já que a busca pelo desenvolvimento não permitia a tessitura de críticas acerca da dominação da identidade cultural sofrida pelas antigas colônias, novos subdesenvolvidos. E essa dominação social, cultural, econômica e ambiental não prosseguiu para alavancar o bem-estar desses países do Terceiro Mundo, mas serviram para estruturar um projeto de se ter sempre um mercado internacional abastecido com produtos primários extraíndo as riquezas naturais dos países subdesenvolvidos e consolidando em seus territórios localidades propícias para a alocação das atividades socioambientais degradantes e poluidoras. A paisagem latino-americana está ilustrada a partir de monopólios e de um mercado internacional onde os países ricos impulsionam a manutenção das antigas colônias para mais do mesmo, ou seja, sob o desejo latente de desenvolvimento econômico, os

países de média e baixa renda submetem-se a políticas neocoloniais de mercado, como o escoamento da produção europeia de pesticidas altamente perigosos para serem utilizados na agricultura dos países periféricos. Desta forma, a problemática que se impõe é como promover uma agricultura ecológica quando o uso massivo de pesticidas se tornou parte das políticas públicas brasileira em razão de um duplo padrão normativo? Sob o viés do país que mais consome agrotóxicos no mundo, bem como do que mais consome agrotóxicos banidos objetiva-se nesta investigação refletir sobre a necessidade de um acordo internacional latino-americano de banimento dos pesticidas altamente perigosos como uma das ferramentas possíveis para auxiliar na transição agroecológica, a partir do empoderamento das demandas de resistência dos países do Sul Global. Esse trabalho é realizado por meio do método de abordagem dedutivo, a partir da elaboração de uma proposição hipotética, a fim de submetê-la ao processo de falseamento para corroborá-la ou refutá-la. Ademais, utiliza-se a coleta de dados baseado na pesquisa documental e bibliográfica com ampla consulta de doutrinas, artigos científicos nacionais e estrangeiros. Conclui-se que nessa geopolítica assimétrica, os países de baixa e média renda apresentam legislações permissivas, o que favorecem o deslocamento de atividades e produtos nocivos. Por isso, uma coalização dos países que compartilham esse panorama de contaminação por agrotóxicos altamente perigosos, por meio de uma normativa internacional regional, possibilitaria o empoderamento desses países vulnerabilizados frente aos atores do mercado internacional, não mais se posicionando como localidade de escoamento de produtos altamente perigosos. A teoria crítica do Enfoque do Terceiro Mundo ao Direito Internacional - *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) foi tecida apontando o direito internacional enquanto meio de dominação dos povos do Terceiro Mundo, onde a própria releitura da terminologia Terceiro Mundo como uma voz dissonante e alternativa do próprio sistema internacional aponta para o conjunto de injustiças

submetidas a estes países, mas também implica um movimento de reivindicação no reconhecimento da relevância e centralidade de um discurso tido como marginal (OLIVEIRA; ALBUQUERQUE, 2019). Embora o Direito tenha contribuído para a construção de relações assimétricas, um direito internacional que juntamente com o capitalismo mundial e a globalização reforçaram a subjugação dos países do Sul Global, uma ordem jurídica voltada aos interesses das elites e, especialmente com relação à natureza sob uma abordagem utilitarista e extrativista, a lei também pode ser um agente de mudanças. Por isso, acredita-se que um Acordo internacional regional latino-americano é instrumento hábil para unificar as demandas socioambientais e ecológicas comuns, sendo uma força motriz na emancipação e recondução da sociedade para valores de respeito ecológico, cujos valores ecocêntricos possam conduzir os processos de tomadas de decisões.

Referências

- BELIK, Walter. **Agroindústria processadora e política econômica**. 1992. 226f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP.
- BOMBARDI, Larissa Mies. **Pequeno ensaio cartográfico sobre o uso de agrotóxicos no Brasil**. São Paulo: Laboratório de Geografia Agrária - USP, 2016.
- CARNEIRO, Fernando Ferreira; RIGOTTO, Raquel Maria; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org.). **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV, São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/dossieagrototoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.
- CARVALHO, Miguel Mundstock Xavier de; NODARI, Eunice Sueli; NODARI, Rubens Onofre. “Defensivos” ou “agrotóxicos”? História do uso e da percepção dos agrotóxicos no estado de Santa Catarina, Brasil, 1950-2002. *In: História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 1, p. 75-91, jan./mar. 2017.
- GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **A globalização da natureza e a natureza a globalização**. 6. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- GRIGORI, Pedro. Bolsonaro bate o próprio recorde: 2020 é o ano com maior aprovação de agrotóxicos da história. *In: Repórter Brasil*, 18 jan. 2021. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/01/bolsonaro-bate-o-proprio-recorde-2020-e-o-ano-com-maior-aprovacao-de-agrototoxicos-da-historia/>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- HESS, Sonia Corina; NODARI, Rubens Onofre; LOPES-FERREIRA, Monica. Agrotóxicos: críticas à regulação que permite o envenenamento do país. *In: Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, vol. 57, edição especial, p. 106-134, jun. 2021.
- LONDRES, Flavia. **Agrotóxicos no Brasil: um guia para a ação em defesa da vida**. Rio de Janeiro: As-pta – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011
- OLIVEIRA, André Soares; ALBUQUERQUE, Leticia. Um novo direito para uma nova ordem mundial? o encontro do direito internacional com o desenvolvimento e a crítica do

third world approaches to international law. *In: Caderno de Relações Internacionais*, [S. l.], v. 10, n. 19, 2019. DOI: 10.22293/2179-1376.v10i19.1173. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1173>. Acesso em: 28 set. 2021.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **El derecho internacional desde abajo**: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo. Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Colección En Clave de Sur. 1. ed., Bogotá: ILSA, 2005.

SHIVA, Vandana. *Environmental Ethics: Readings in Theory and Application*. 6. ed., Boston: Wadsworth, Cengage Learning, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272920223_Environmental_Ethics_Readings_in_Theory_and_Application_6th_edition_ed_Louis_P_Pojman_and_Paul_Pojman. Acesso em: 13 abr. 2020.

SHIVA, Vandana. **Earth Democracy: Justice, Sustainability, and Peace**. California: North Atlantic Books, 2015.

2.4 A Posição Brasileira em Relação à Natureza Jurídica dos Deslocados Ambientais e suas Repercussões nas Migrações por tais razões: O caso do Sahel²²

A migração por razões ambientais é um fenômeno crescente em todo o mundo, que, todavia, está envolto em grande incerteza, tendo em vista o não reconhecimento de uma natureza jurídica específica de tal grupo de migrantes forçados. Sem embargo, os fatores climáticos estão em constante alteração e regiões que já sofriam com dificuldades de recursos naturais tornam-se cada vez mais difíceis de viver. A exemplo disso, o Sahel, região que se estende como uma grande linha dividindo o continente africano, é palco de uma série de problemas ambientais que põem em risco a sobrevivência daqueles que lá residem, levando muitos sahelianos a migrarem em busca de locais mais propícios para seu desenvolvimento. É

²² Trabalho apresentado por *Joel Vidal de Negreiros Neto* - Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte, pesquisador na linha de Direito Internacional de Direitos Humanos; *Iasmin Moreira Alves Martins* - Graduanda em Letras - Língua Espanhola pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e em Relações Internacionais pela Universidade Potiguar. Membro do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte, pesquisadora na linha de Direito Internacional de Direitos Humanos; *Thiago Oliveira Moreira* - é Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), lotado no Departamento de Direito Privado. Mestre em Direito pelo PPGD/UFRN e pela Universidade do País Basco – UPV/EHU (Espanha). Doutor em Direito pela UPV/EHU, com Estância de Investigação na Universidad Externado de Colombia. Pós-doutorando pela Universidad Externado de Colombia.

fato que boa parte daqueles que migram tem o objetivo de alcançar os chamados países de primeiro mundo, destacando-se o oeste europeu e EUA, contudo, estes Estados, estão endurecendo cada vez mais suas legislações e aumentando o número de entraves, inclusive físicos, para impedir a chegada de imigrantes. Aliado a isso, a melhora na qualidade de vida em algumas regiões do globo, que não eram zonas de interesse migratório, fez nascer novas rotas de migração, as chamadas migrações Sul-Sul, como por exemplo a América Latina, em especial o Brasil, visto como expoente econômico da região. É por isso que se faz necessário indagar: qual o posicionamento que tem sido adotado pelo Brasil em relação aos deslocados ambientais e como isso afeta os migrantes sahelianos? Para responder a esse questionamento faz-se importante perfilhar certo caminho, buscando, primeiramente, compreender o contexto da região do Sahel, conhecendo as características ambientais, como também os processos ecossistêmicos que estão em curso na região, especialmente no que tange o empobrecimento do solo, o aumento da duração dos períodos de seca e um crescente indicativo de desertificação na região, além das questões sociais que estão presentes, especialmente os conflitos que se desenrolam em muitos países sahelianos e qual a relação desses com a busca por recursos naturais. Tendo esse conhecimento geral sobre a região, é possível passar a entender as políticas - a nível internacional, regional (América Latina) e nacional (Brasil) - de proteção de pessoas em situação de migração forçada, para então saber da posição do Brasil em relação a esses migrantes e discutir a necessidade de uma proteção extraordinária e de forma extensiva dos deslocados ambientais do Sahel com base nos diplomas de proteção de refugiados. Trata-se de um estudo de caráter qualitativo, fazendo-se uso de bibliografia especializada, como também de documentos jurídicos para demonstrar a posição brasileira frente aos deslocados ambientais. Vale ressaltar a importância deste trabalho, dada à ausência de proteção específica dos deslocados ambientais no âmbito internacional e a necessidade urgente que isso seja discutido. Em

um primeiro momento, é de importância destacar o que é o Sahel, sendo, na realidade, uma região que se estende de leste a oeste do continente africano, na faixa imediatamente inferior ao deserto do Saara e superior à região das terras férteis africanas, cobrindo, ao menos, regiões de 13 países do continente (indo do Senegal ao Sudão), de clima semiárido e com estações secas e chuvosas bem definidas (AN ATLAS OF THE SAHARA-SAHEL: GEOGRAPHY, ECONOMICS AND SECURITY, 2014). Com as mudanças climáticas a longo prazo, mas também pela ação antrópica, o Sahel tem preocupado especialistas por um alto risco de desertificação²³ (DESCROIX, 2021), o uso irregular do solo também tem contribuído para seu empobrecimento, a temperatura tem aumentado consideravelmente e os períodos de seca estão cada vez mais prolongados, cabendo analisar a origem desses fenômenos. Tais características acabam por contribuir para o aumento nas dificuldades na sobrevivência dos habitantes da região, que vivem principalmente da terra e da criação de animais, além da pesca, em regiões específicas que possuem água perene (SECURITÉ DES MOYENS D'EXISTENCE: CHANGEMENTS CLIMATIQUES, MIGRATIONS, ET CONFLITS AU SAHEL, 2021). Além disso, a falta de infraestrutura dos governos locais permite que conflitos se multipliquem na região, configurando mais um fator contrário à vida no Sahel, sendo uma região que cada vez mais tem sido a origem de movimentos migratórios forçados (ACNUR, 2021). Esse conhecimento geral e primário do contexto local saheliano se faz necessário para entender como esses indivíduos se enquadram nos mais diversos tipos de movimentos migratórios forçados existentes. Assim, já é possível adentrar nos diplomas internacionais, latinoamericanos e brasileiros de proteção de deslocados forçados. O que ocorre é que, no âmbito internacional, a Convenção Relativa ao Estatuto dos

²³ Vale ressaltar que, visando a problemática crescente da desertificação, foi desenvolvida uma convenção própria para tratar do tema, a Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, que, como sugere o nome, visa o combate ao processo de desertificação em diversas regiões do mundo, incluindo o Sahel. Ver mais em: <<https://www.unccd.int/>>.

Refugiados, de 1951, é bem restritiva quanto aos casos que poderão ser reconhecidos como refugiados, adotando-se o fundado temor de perseguição²⁴ como critério necessário de ser suprido para se reconhecer o status de refugiado. Desta feita, no sistema onusiano, é difícil a extensão do atual conceito de refugiado, como também não há consenso entre os especialistas sobre sua viabilidade. Já adentrando o sistema regional, na América Latina, um documento que, embora sem natureza vinculativa, desempenha papel fundamental na formulação de políticas internas dos países da região ligados ao tema do refúgio é a Declaração de Cartagena de 1984, em seu escopo, ficou acordado que, dada as peculiaridades de cada local, algumas situações não eram capazes de ser cobertas pela Convenção de 1951, sendo necessário a adoção de uma definição mais abrangente de refúgio, sugerindo aos países que participaram dos debates em Cartagena, que, além da definição clássica de refúgio, acrescentasse as situações de grave perturbação da ordem pública ou de grave violação dos direitos humanos.²⁵²⁶ É neste sentido que, de forma geral, poder-se-ia enquadrar as pessoas que migram por razões ambientais, como no caso do Sahel, onde há um quadro geral de grave e constante violação de direitos humanos, pela impossibilidade de acesso à comida, saúde, educação, segurança, e outras muitas circunstâncias que venham a ferir os direitos humanos dessas

²⁴ Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto do Refugiado, Art. 1º: Definição do termo "refugiado" A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa: [...] 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas [...], valendo salientar que, anos após, com o protocolo adicional, foi retirada a cláusula de tempo e espaço que vieram inicialmente na Convenção.

²⁵ Declaração de Cartagena, 1984: "considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública".

²⁶ Não é demais citar, mesmo que de forma breve, a Convenção da Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, 1969, que já trouxe definição ampla do termo refugiado, abarcando "acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade" (art. 1, 2).

peças, não esquecendo dos conflitos armados presentes em regiões específicas do Sahel e que são motivos para muitos deslocamentos internacionais. Por fim, no âmbito interno brasileiro, dois são os documentos que importam de serem citados: a Lei de Refúgio (Lei nº 9.474/97) e a recente Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017). Na Lei de Refúgio, o Brasil deu importante passo, reconhecendo os casos de grave e generalizada violação de direitos humanos como ensejador de refúgio (art. 1º, III), além do que, na Lei de Migração, foi trazida a acolhida humanitária como hipótese para concessão de visto temporário²⁷, tendo sido primeiramente utilizado para os haitianos que chegaram ao Brasil, no ano de 2012 e subsequentes, ainda sob a vigência de portaria específica, dado que a Lei de Migração é de 2017. Nessa linha de inteligência, o natural, por meio da interpretação extensiva imbuída na Declaração de Cartagena, o Brasil poderia reconhecer os deslocados ambientais, de forma extraordinária, como refugiados, não pela questão ambiental propriamente dita, mas pelo caráter de grave e generalizada violação de direitos humanos existente, o que, como Moreira (2019) bem apresentou em oportunidade anterior, não foi abraçado pelo Judiciário brasileiro, quando, em apreciação de Ação Civil Pública, negou o pedido do Ministério Público Federal de reconhecer todos os migrantes haitianos como refugiados, afirmando, o TRF-1, inexistir a categoria de refugiados ambientais, e que catástrofes ambientais não são circunstâncias ensejadoras de refúgio. Nesse sentido, é perceptível que o Brasil preferiu apontar para um caminho mais restritivo da definição de refúgio, oferecendo proteção subsidiária, na forma, por exemplo, do visto para acolhida humanitária para aqueles que solicitaram refúgio por razões de catástrofes naturais ou questões ambientais, o que é, na verdade, uma proteção precária comparado ao status de refugiado, que é ato vinculado, garantindo mais

²⁷ Lei 13.445/2017, art. 14: O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - o visto temporário tenha como finalidade: c) acolhida humanitária;

direitos, enquanto aquele é ato discricionário, dependendo, muitas vezes, de vontade política. Acredita-se que o caminho a ser seguido é o da proteção das pessoas, e que, como não há um consenso global da natureza jurídica desses deslocados, dever-se-ia prezar pelo bem-estar e pelo respeito aos direitos humanos, concedendo-se uma proteção com base em uma leitura extensiva e extraordinária do conceito de refúgio disseminado na Declaração de Cartagena a um eventual solicitante de refúgio de origem saheliana.

Referências

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. **Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários**. Cartagena, Colômbia, 1984. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>.

DESCROIX, Luc. **Sécheresse, Désertification et Reverdissement au Sahel**. Nations Unies, 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A (des)proteção dos direitos humanos dos migrantes haitianos pelo judiciário brasileiro. In.: COELHO, Larissa.; FONSECA, Isabel. (Coords.). In.: **Desafios do Direito no Século XXI**. Braga: Escola de Direito da UMinho, p. 527 – 548.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca. Disponível em: <<https://www.unccd.int/>>.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto do Refugiado. Nações Unidas, 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>.

OECD/SWAC. **An Atlas of the Sahara-Sahel: geography, economics and security**. West African Studies, OECD Publishing, 2014.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Convenção da Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África. Adis-Abeba, 1969. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf>.

Sécurité des moyens d'existence: Changements climatiques, migrations et conflits au Sahel. Programme des Nations Unies pour l'environnement, 2011.

2.5 A Terceira Fase TWAIL no Direito Internacional do Investimento²⁸

²⁸ Trabalho apresentado por Thiago Ferreira Almeida (Advogado e Pesquisador Convidado de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Geneve (UNIGE), Suíça, sob a supervisão do Professor Doutor Makane M. Mbengue. Doutorando em Direito Internacional do Investimento na Faculdade de Direito da UFMG, Professor de MBA sobre Infraestrutura, Concessões e Parcerias Público-Privadas na PUC Minas e na Fundação João Pinheiro.)

O estudo do Direito Internacional do Investimento situa-se como parte integrante do Direito Internacional Econômico e, por sua vez, insere-se no Direito Internacional Público (HERDEGEN, 2016, pp. 3-5; SCHILL, 2016, pp. 34-36; PAPARINSKIS, 2014, pp. 75-79). A partir disso, objetiva-se inserir o referido ramo jurídico em um contexto contemporâneo sob a análise TWAIL, reconhecendo a proteção internacional do capital estrangeiro e suas heranças coloniais. O resumo apresentado, a partir de uma investigação histórico-jurídica e teórica, conclui no sentido de identificar uma terceira fase do TWAIL em que as nações emergentes, novas exportadoras de capital, participam ativamente na construção de regras internacionais sobre investimento. A identificação de uma terceira fase advém do reposicionamento dos países emergentes, como China, Índia e Brasil, tornam-se os novos exportadores de capital e, por sua vez, formuladores de normas internacionais, ultrapassando a tradicional posição de receptor de normas. A proposta em tela decorre de uma análise histórica do Direito Internacional do Investimento, que possui a sua origem a partir da expansão ultramarina europeia no século XVI, por meio do paulatino reconhecimento de condutas de proteção da propriedade estrangeira inserido em um longo processo colonialista aplicado em territórios não-europeus. Uma proteção eminentemente internacional do investidor estrangeiro, dotado de capital e de nacionalidade da metrópole colonialista, é paulatinamente construída a partir do momento em que as ex-colônias na América Latina, África e Ásia tornam-se independentes. Enquanto colônias, vigorava-se o direito interno das metrópoles que permitia a exploração dos recursos naturais dos territórios sob controle econômico, além de implementar o tráfico de escravos e a dominação militar e sócio-cultural. Com a independência formal, sob um conceito de soberania 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 (ANGHIE, 2004, pp. 22, 53-55, 112-113; JACKSON,

2008, p. 7). O primeiro acordo bilateral de investimento (Bilateral Investment Treaty - BIT), assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959, é comumente apresentado como a origem do Direito Internacional do Investimento, o que consiste em uma falsa impressão de que se trata de um ramo jurídico recente (MILES, 2013, p. 19). A partir do reconhecimento da origem colonial da proteção jurídica do investimento estrangeiro, é necessário estudar os seus princípios e estruturas jurídicas ainda presentes no contexto do século XXI. O atual paradigma dos investimentos estrangeiros é, portanto, marcado por uma pluralidade de origens de capital que rompe drasticamente com a tradicional divisão entre Norte (países exportadores de capital) versus Sul (países importadores de capital). Essa ruptura no sistema financeiro internacional decorre essencialmente do desempenho econômico de nações em desenvolvimento, como a China, Índia, Coreia do Sul, Brasil, Turquia, México e África do Sul, que atualmente se agrupam em diferentes terminologias, como o G20 Financeiro (XU, 2019, p. 29), BRICS (SORNARAJAH, 2017, p. 67; HOWSE, 2010, p. 21; CHITENDERU, 2018, p. 120), MINT, formado pelo México, Indonésia, Nigéria e Turquia (ASONGU; ODHIAMBO, 2018, pp. 4-5), e os Tigres Asiáticos. Dessa forma, o estudo do reposicionamento dos países emergentes no sistema econômico internacional pode ser interpretado a partir da abordagem terceiro mundista do Direito Internacional ou TWAIL (Third World Approach to International Law), surgida na década de 1990, uma vez que se trata de nações que compartilham de mesmo passado colonial e de processos de independência, bem como se encontram inseridos na categorização de países em desenvolvimento. O TWAIL busca uma maior justiça e equidade aos Estados e indivíduos do mundo em desenvolvimento, contrapondo-se à estrutura predatória e opressiva do Direito Internacional, opondo-se também a um alegado universalismo de uma posição liberal ou neoliberal (FIDLER, 2003, pp. 30-31). O Direito Internacional contemporâneo, dessa forma, possui a responsabilidade de incorporar as

críticas de um modelo neo-liberal e considerar as falhas internas do sistema jurídico internacional que prejudicam os países em desenvolvimento (CHIMNI, 2006, pp. 26-27). Além disso, a abordagem acadêmica terceiro mundista recupera o posicionamento do Terceiro Mundo no período da descolonização e o insere ao Direito Internacional no atual contexto da globalização. Dessa forma, a abordagem reconhece 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, pp. 106-112; MUTUA, 2000, p. 33). A partir da análise terceiro-mundista, busca-se interpretar e reconhecer as adaptações no Direito Internacional do Investimento sob o ponto de vista das economias emergentes que, apesar de historicamente importadoras de capital, também atuam na contemporaneidade como os novos mercados exportadores de capital e, por sua vez, geradores de novas normas internacionais de investimento. As novas relações dos países emergentes são críticas no sentido de evolução do pensamento TWAIL da fase I, centrada na atuação estatal em seu processo de independência e inserção no contexto do Direito Internacional Público, da fase II, mais direcionada a um contexto dos povos do Terceiro Mundo, criticando o sistema hegemônico, e alcançando-se uma fase III, que se caracteriza por um progressivo reposicionamento de determinados países do Terceiro Mundo (emergentes) como atores efetivos (rule-makers) e não mais reativos (rule-takers) no ordenamento jurídico internacional e não apenas restrito ao plano econômico. A defesa de uma terceira geração do TWAIL exige, sobretudo, o reconhecimento da interdependência dos temas do Direito Internacional, tendo a sua centralidade nos Direitos Humanos. Para o Direito Internacional do Investimento, a perspectiva TWAIL permite consentir que o sistema financeiro internacional deve ser entendido como parte integrante do Direito

Internacional e que apresenta impacto direto em outros bens jurídicos internacionais protegidos, como os direitos humanos, meio ambiente,²⁹ proteção ao trabalhador e outros bens de interesse público. Esse pensamento, por ser oposto à alegada neutralidade e universalidade do discurso do Direito Internacional, permite reconhecer as falhas e, principalmente, os pontos de reforma de seus fundamentos jurídicos (BADARU, 2008, pp. 379-385).

Referências

- ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ASONGU, Simplice; ODHIAMBO, Nicholas M. **Drivers of Growth in Fast Emerging Economies: A Dynamic Instrumental Quantile Approach to Real Output and Its Rates of Growth in BRICS and Mint Countries, 2001-2011**. Applied Econometrics and International Development. n. 18(1), June 2018.
- BADARU, Opeoluwa Adetoro. **Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law**. International Community Law Review 10. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- CHIMNI, B. S. **Third World Approaches to International Law: A Manifesto**. International Community Law Review 8: 3–27, 2006. 3. Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2006.
- CHITENDERU, Tafadzwa Thelmah. **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.
- ESLAVA, Luis. PAHUJA, Sundhya. **Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law**. Trade, Law and Development. Spring, 2011. V. III, N. 1.
- 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. Articles by Maurer Faculty. Paper 2126, 2003.
- HERDEGEN, Matthias. **Principles of International Economic Law**. 2ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HOWSE, Robert. **The end of the globalization debate: continued**. Chapter 1. In: FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith K. (eds). International Economics Law and National Autonomy. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL OF UNITED NATIONS. **The human right to a clean, healthy and sustainable environment**. Resolution n. 48/13. 8 de outubro de 2021. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 dec. 2021.

²⁹ Ressalta-se a interdependência dos temas de proteção ambiental e direitos humanos com as Resoluções do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, nos. 48/13 e 48/14, ambas de 8 de outubro de 2021, em que foi reconhecido o acesso a um meio ambiente saudável como um direito humano, além do estabelecimento de um relator especial a analisar os impactos das mudanças climáticas sobre os Direitos Humanos. Ver HUMAN RIGHTS COUNCIL OF THE UNITED NATIONS, 2021.

HUMAN RIGHTS COUNCIL OF UNITED NATIONS. **Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change**. Resolution n. 48/14. 8 de outubro de 2021. Disponível em: [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/285/48/PDF/G2128548.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/285/48/PDF/G2128548.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/285/48/PDF/G2128548.pdf?OpenElement). Acesso em: 14 dec. 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.

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

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

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.

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.

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

XU,

Fan.

Opportunities and Risk Assessment of BRICs New Development Bank. *Macro Management & Public Policies*. v. 1, is. 1. March, 2019.

2.6 Descriminalização e Legalização do Aborto na América Latina: Análise entre Argentina, México e Brasil³⁰

A discussão acerca da descriminalização e legalização do aborto tornou-se mais frequente nos últimos anos na América Latina, com as recentes conquistas na Argentina com a Lei nº 27.610/2021 e no México com o posicionamento favorável da Suprema Corte de Justiça, em setembro de 2021, contra a criminalização do aborto. No Brasil, a interrupção voluntária da gravidez é possível em três casos, quais sejam, gravidez decorrente de crime de estupro ou que apresente risco de vida à mulher e feto anencéfalo, punindo-se as demais interrupções com prisão. A importância do tema se

³⁰ Trabalho apresentado por *Marcelo Brito* - Professor no Curso de Direito da Unimontes. Mestre e Doutorando no Programa em Desenvolvimento Social/PPGDS/Unimontes. Membro do DiCri, da Universidade Federal de Uberlândia; *Pedro Augusto Aguiar e Silva* - Graduando em Direito na Universidade Estadual de Montes Claros; *Maria Eduarda Tolentino Araújo* - Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Montes Claros; e *Sabrina da Silva Sá* - Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Montes Claros.

justifica, dentre outros fatores, pelo fato de o aborto ser uma questão de saúde pública, pois as estatísticas apontam a alta mortalidade das mulheres em decorrência de abortos clandestinos. Diante disso, conceituar descriminalização e legalização é de suma importância para uma melhor compreensão do tema. Assim, quando um ato ou uma conduta deixam de ser considerados crimes, isto é, quando não há mais punições no âmbito penal, fala-se de descriminalização – é o caso da decisão da Suprema Corte de Justiça mexicana. Todavia, insta mencionar que esse ato e/ou conduta ainda pode sofrer sanções, visto que é capaz de se manter como um ilícito civil ou administrativo. Em contrapartida, a legalização relaciona-se à permissão, visto que determinado ato e/ou conduta passa a ser permitido por lei – esta é a situação observada na Argentina com a Lei nº 27.610/2021. Nesse viés, a sua prática pode ser legalmente regulamentada, havendo ou não certas restrições e condições. O questionamento que se faz é se a descriminalização e legalização do aborto na Argentina e México foram capazes de reduzir a mortalidade das mulheres em razão de abortos clandestinos e de que maneira as decisões de um país relacionam-se com o seu contexto interno e com a realidade latino-americana. O problema da presente pesquisa é, desse modo, a implicação causada pelo aborto clandestino na vida das mulheres na Argentina, no México e no Brasil – sendo essa a principal causa de mortalidade materna. Nesse sentido, o objetivo deste resumo é relacionar a situação da descriminalização e legalização do aborto nos três países da América Latina com vistas a compreender os impactos desse tema nas políticas públicas e na autonomia feminina. Adotaram-se os métodos bibliográfico, com análise de artigos em sites de notícias e periódicos, dissertações, teses e dados de organizações não governamentais e movimentos sociais, e dedutivo, a fim de se chegar a uma conclusão lógica a partir da comparação de dados, legislações e jurisprudências de Argentina, México e Brasil. O debate que envolve o acesso ao aborto livre, seguro e gratuito na América Latina, em especial, Argentina, México e Brasil

perpassa por questões sociais, culturais e religiosas. Percebem-se diferenças entre a realidade em duas nações latino-americanas e o Brasil. No Brasil, ao final da década de 1970 e no contexto do movimento feminista, a luta pela legalização do aborto no Código Penal já se fazia presente. Discursos como: “Nosso corpo nos pertence” defendiam a capacidade de escolha da mulher em detrimento do exercício livre de sua sexualidade (SCAVONE, 2008, p. 675-677). No entanto, a influência das religiões, interesses políticos nas relações de poder não permitiram avanços naquele momento. Em contrapartida, na Argentina, até a Lei nº 27.610/2021 ser promulgada, aplicava-se no país o disposto nos já revogados artigos 85 e 86 do seu Código Penal há mais de noventa e nove anos – autorização para interrupção voluntária da gravidez tão somente nos casos de estupro ou risco à vida –, cuja matéria é exatamente o que se observa na legislação brasileira atualmente. Com a criação do novo dispositivo jurídico na Argentina, e, também, com a recente decisão na Suprema Corte de Justiça do México pela descriminalização do aborto, percebe-se que o Brasil está distante dessa realidade jurídica – notoriamente pelos posicionamentos dos parlamentares. Entre 1991 e 2014, 67,8% dos homens e 25,3% das mulheres parlamentares se posicionavam contrariamente ao direito ao aborto, impossibilitando a evolução do Código Penal (TOMAZONI, 2021), e os argumentos de descriminalização não sensibilizaram amplas camadas da população, ainda que a luta já tenha atingido diversos segmentos sociais, como profissionais da saúde e juristas. Com a Lei nº 27.610 “Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo”, a Argentina abandonou o tratamento que utilizava direcionado ao aborto segundo o seu Código Penal (Lei nº 11.179, de 1921), o qual o criminalizava exceto nos casos de estupro ou de risco de morte à mãe, e passou a permitir a prática gratuitamente, via sistema de saúde, a mulheres que estejam até a 14ª semana de gestação. Caso ultrapasse o período da 14ª semana de gravidez, a legislação dispõe que o impedimento somente será possível nos casos previstos no Código Penal. A conquista adveio de uma intensa luta dos

movimentos feministas argentinos, que utilizaram, dentre suas justificativas, os dados de mortalidade e hospitalização em decorrência do aborto clandestino. Segundo relatório da organização não-governamental *Human Rights Watch*, anualmente entre 371.965 e 522.000 abortos ocorrem na Argentina, e, nos últimos 40 anos, mais de 3.000 mulheres morreram e cerca de 39.000 tiveram que ser hospitalizadas em decorrência de complicações com a interrupção da gravidez (HUMAN RIGHTS WATCH, 2020). O Ministério de Mulheres, Gênero e Diversidade da Argentina informou, em agosto de 2021, seis meses após a legalização do aborto no país, que, durante esse período, nenhuma mulher perdeu a vida em decorrência do procedimento, seja este legal ou clandestino. Além de demonstrar a eficácia da normativa, a informação vai ao encontro dos dados de países da região com legislações mais restritivas, que apresentam altas taxas de mortalidade e de ocorrência de sequelas por abortos inseguros (AGUIAR; BHK; et al., 2021), como é o caso do Brasil. Em setembro de 2021, a Suprema Corte de Justiça do México decidiu que criminalizar o aborto no país é inconstitucional, derrubando leis dos Códigos Penais dos estados de Coahuila e Sinaloa que puniam com prisão de um a três anos e proibiam com base em uma norma que considerava a existência de vida desde o momento da concepção, respectivamente. Desse modo, construiu-se um precedente para a evolução da questão no restante do território, no qual apenas quatro, de trinta e duas regiões, – Capital Federal, Oaxaca, Hidalgo e Veracruz – regulamentaram sobre o aborto, fixando-lhe prazos (BARRAGÁ; BREÑA, 2021). A justiça mexicana, nesse contexto, atuou de forma significativa para a interrupção voluntária da gravidez, impactando uma sociedade marcada por normas restritivas, maioria da população católica e altas taxas de abortos clandestinos. A decisão da Corte é uma conquista histórica para os movimentos sociais mexicanos, mas a sua efetividade preocupa organizações e grupos no país. Mesmo nos casos e países onde o aborto é legal, seu acesso é dificultado social e

institucionalmente, seja por barreiras morais e religiosas dos profissionais da saúde ou por condições precárias e de má qualidade das instituições médicas. Deve ser garantido o direito à objeção de consciência – como a lei argentina o fez, em seus artigos 10 e 11 –, e o serviço livre, seguro e gratuito deve ser amplamente divulgado entre a população, com vistas a evitar revitimização das mulheres, ocorrência de informações falsas e desconhecimento do marco jurídico (LOPEZ; KITROEFF, 2021). Frente ao exposto, conclui-se que as recentes conquistas na Argentina e no México, ainda que enfrentem resistências sociais e institucionais, são de extrema relevância para o combate ao aborto clandestino na América Latina e a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Os países se juntam ao grupo de nações que já descriminalizam ou legislam sobre aborto no mundo e seus sistemas jurídicos passam a servir de modelo para os vizinhos de continente, ao passo que também devem se adequar à nova realidade social e aos mecanismos necessários para garantir o pleno acesso ao direito ao aborto.

Referências

- A descriminalização do aborto no México é uma resposta importante a recentes reveses. **Democracia Abierta**, 2021. Disponível em: <<https://www.opendemocracy.net/pt/descriminalizacao-aborto-mexico-resposta-importante-recentes-reveses/>>. Acesso em 21 de set. de 2021.
- AGUIAR, BHK, et al. **A legislação sobre o Aborto nos Países da América Latina: uma Revisão Narrativa**. Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/periodicos/ccs_artigos/legislacao_aborto.pdf>. Acesso em 21 de set. de 2021.
- ARGENTINA. **Lei nº 27.610, 24 de janeiro de 2021. Institui acesso à interrupção voluntária da gravidez**. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/noticias/ley-no-27610-acceso-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-ive-obligatoriedad-de-brindar>>. Acesso em 22 de set. de 2021.
- BARRAGÁN, Almudena; BREÑA, Carmen Morán. **México descriminaliza o aborto após decisão judicial histórica**. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-07/mexico-descriminaliza-o-aborto-apos-decisao-judicial-historica.html>>. Acesso em 12 de nov. de 2021.
- BRASIL. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.p.13-14.
- CARTA CAMPINAS. **Legalização do aborto evita morte de mulheres na Argentina**.<<https://cartacampinas.com.br/2021/07/legalizacao-do-aborto-evita-morte-de-mulheres-na-argentina/>> Acesso em: 21 de set. de 2021.
- Es hora de saldar una deuda (*Tradução: É hora de pagar uma dívida*). **Human Rights Watch**, 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/es/report/2020/08/31/es-hora-de-saldar>>

[una-deuda/el-costo-humano-de-las-barreras-al-aborto-legal-en# ftn12](#)>. Acesso em 22 de set. de 2021.

EXAME. **Países onde o aborto é autorizado no mundo**. Disponível em: <<https://exame.com/mundo/quais-sao-os-paises-onde-o-aborto-e-autorizado-no-mundo/>>

Acesso em: 21 de set. de 2021.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: uma análise de casos admitidos entre 1970 e 2008**. Disponível em: < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-31052012-162759/pt-br.php>> Acesso em: 21 de set. de 2021

GOV. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/conselho>> Acesso em: 21 de set. de 2021.

HARTMANN, Diogo Mateus Zini; TORRES, Mateus Gamba. **A Descriminalização do Aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88): uma análise dos discursos dos Constituintes**. Disponível em: <<http://www.encontro2014.sc.anpuh.org/resources/anais/pdf>> Acesso em: 20 de set. de 2021.

IFF FIO CRUZ. **Principais Questões sobre Aborto Legal**. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-aborto-legal/>> Acesso em 19 de set. de 2021.

LIBÓRIO, Azmina Barbara. **Só um PL propôs a descriminalização do aborto no Brasil na última década**. Disponível em: <<https://azmina.com.br/reportagens/so-um-pl-propos-a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil-na-ultima-decada/>> Acesso em: 21 de set. de 2021.

LOPEZ, Oscar; KITROEFF, Natalie. **Aún nos falta un tramo: el aborto se despenalizó en México pero las activistas siguen trabajan** (*Tradução: Ainda temos uma seção pela frente: o aborto foi descriminalizado no México, mas os ativistas continuam trabalhando*). The New Work Times, 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/es/2021/09/10/espanol/aborto-legal-mexico.html>>. Acesso em 22 de set. de 2021.

MELLO, Michele de. **Corte Suprema do México despenaliza aborto em Coahuila e abre precedentes para todo o país**. Brasil de fato, 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/09/07/corte-suprema-do-mexico-despenaliza-aborto-em-coahuila-e-abre-precedente-para-todo-o-pais>>. Acesso em 21 de set. de 2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe**. Disponível em: <<https://oig.cepal.org/pt/paises/16/profile>>. Acesso em 22 de set. de 2021.

SCAVONE, L. **Políticas feministas do aborto**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v.16, n.2, p.675-680, 2008. p.675-677.

Seis meses após legalização, nenhuma mulher morreu por abortar na Argentina. **Yahoo Notícias**, 06 de julho de 2021. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/seis-meses-apos-legalizacao-nenhuma-mulher-morreu-por-abortar-na-argentina-175004626.html>>.

Acesso em 20 de set. 2021.

Suprema Corte do México decide que os Estados não podem criminalizar o aborto. **PODER 360**, 07 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/internacional/suprema-corte-do-mexico-decide-que-estados-nao-podem-criminalizar-o-aborto/>>. Acesso em 20 set. de 2021.

TOMAZONI, Larissa. **O direito ao aborto na américa latina e a comparação de ideias constitucionais**. Disponível em: <<https://repositorio.uninter.com/bitstream/handle/1/540/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20LARISSA%20TOMAZONI-%20FINAL-%20editora%20-%200410.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 20 de set. de 2021.

2.7 Tributação Global: Novas Perspectivas e Desafios para o Direito Econômico Internacional³¹

O presente trabalho disserta sobre a implementação do acordo multilateral, mediado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que propõe a reestruturação da arquitetura tributária global como solução à concorrência fiscal predatória entre os países. A pertinência da pesquisa remonta o cenário fragilizado do mercado mundial, diante da atuação disruptiva das empresas multinacionais e a difusão do modelo imperialista de produção econômica, principal responsável pela sistematização da distribuição desigual de renda e recursos entre países centrais e periféricos. O objetivo da pesquisa é analisar as diretrizes fiscais definidas no acordo multilateral da OCDE, dimensionando os potenciais impactos positivos e negativos de sua implementação no mosaico internacional, com enfoque na realidade econômica dos países marginais. Durante o desenvolvimento da pesquisa, elege-se a abordagem dedutiva e a técnica bibliográfica, estabelecida por meio das contribuições de autores como Varela, Piketty e Negrão, além das referências documentais, constituídas por diplomas normativos, acordos internacionais, declarações emitidas por organismos internacionais, dentre outros textos relevantes ao debate. As Organizações Internacionais são o resultado da associação entre sujeitos de Direito Internacional, com o fim de “uniformização dos critérios de elaboração dos relatórios, seu controle, a difusão de informações produzidas pelos Estados-membros, pelas organizações não governamentais, pelos meios científicos e por outras

³¹ Trabalho apresentado por *Marcelo Brito* - Professor no Curso de Direito da Unimontes. Mestre e Doutorando no Programa em Desenvolvimento Social/PPGDS/Unimontes. Membro do DiCri, da Universidade Federal de Uberlândia; *Antônio Marcos Rodrigues Caracas* - Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES, e-mail: marcoscaracas20@gmail.com; e *Venâncio Vieira Barros* - Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES; e-mail: veuvbarros@gmail.com.

Organizações Internacionais, a transferência de tecnologia, entre outras” (VARELLA, 2018, p. 148). O elemento propulsor da criação das Organizações Internacionais foi a existência de interesses de ordem econômica, política ou social mútuos entre os Estados e a possibilidade de intercomunicação entre eles. Esses fatores são determinantes, na medida em que se torna possível a manutenção de elos de cooperação entre diversos países, por mais adversa que seja a sua figuração global. Segundo Portela (2017, p. 157), “as organizações internacionais são entidades criadas e compostas por Estados por meio de tratados, com arcabouço institucional permanente e personalidade jurídica própria, com vistas a alcançar propósitos comuns”. Dessa maneira, com o reconhecimento de atuação por parte de várias nações, que passam a se chamar Estados-membros, é possibilitado às Organizações Internacionais promoverem acordos, tratados, apaziguarem temas controvertidos internacionais e tenham capacidade de praticar demais atos inerentes a sua função. Durante a Segunda Guerra Mundial, os países tiveram a iniciativa de criação de tais entidades transnacionais, em vista da expansão da produção industrial e acúmulo de mercadorias, fazendo-se necessária a utilização do mercado mundial, de modo a concatenar uma teia de relações econômicas organizadas. Nesse escopo, o Direito Internacional Econômico surge como disciplina que objetiva a regulamentação de situações que podem refletir substancialmente nas relações internacionais econômicas, especialmente os temas que possuem a capacidade de abalar a esfera macroeconômica, promover investimentos estrangeiros, desenvolver moedas e fomentar a integração regional. A despeito disso, a estruturação da tributária global alavanca debates entre economistas, como Thomas Piketty (2014), que defendem a reforma do modelo globalizado de mercado, com enfoque na viabilização de pautas sociais dimensionados por marcos regulatórios na seara econômica, como o imposto progressivo sobre rendas e a atuação forte dos entes internacionais no controle da economia global. A intenção primordial é burlar o globalismo

corporativista, responsável pela dinâmica de concentração de riqueza em países centrais em detrimento da exploração de países periféricos. É preciso destacar, a princípio, que as Multinacionais podem ser compreendidas como: *“The term ‘multinational’ signifies that the activities of the Corporation or enterprise involve more than one nation. [...] The activity in question may refer to assets, sales, production, employment, or profits of foreign branches and affiliates”* (ONU, 1974, p. 4). Nesse sentido, a multinacionalidade perpassa pela definição de sociedade empresárias que exercem atividades econômicas em dimensão global, entendida como peculiaridade das sociedades anônimas no tocante à transnacionalidade de seu capital, de sua atuação ou de sua direção (NEGRÃO, 2019). Entretanto, há de ser observado ainda o caráter histórico e socioeconômico das multinacionais. Nessa esteira lógica, infere que são grandes empresas oligopolísticas e monopolísticas que dominam a economia dos países centrais, a partir da segunda metade deste século, quando passam a ser denominadas multinacionais” (BRESSER-PEREIRA, 1978). As multinacionais são peças-chave para o entendimento da globalização e a maximização do bem-estar social global, não obstante sejam configuradas como agentes do imperialismo moderno, atuando na promoção de desigualdades sociais. (ONU, 1974). Sob outra análise, pontua-se que as multinacionais são uma das principais formas de inserção das economias de países em subdesenvolvimento industrial no sistema capitalista central, sistematizando uma nova forma de dependência entre as economias consideradas subdesenvolvidas em face daquelas tidas por desenvolvidas. (BRESSER-PEREIRA, 19786). Como resultado do esforço coletivo, a OCDE divulgou uma declaração, denominada BEPS 2.0, que define a implementação de medidas de enfrentamento da evasão fiscal na economia moderna, que se concentram em dois pilares primordiais. O primeiro pilar sustenta novas regras de vínculo e alocação de recursos em uma economia globalizada, enquanto o segundo pilar visa regulamentar o imposto mínimo

global sobre a atividade financeira das Empresas Multinacionais de alta lucratividade. Diante de tais circunstâncias, o acordo de implementação do imposto global, discutido por lideranças financeiras mundiais na OCDE, visa atingir prioritariamente as multinacionais mais rentáveis e de solidez no mercado internacional, excetuando-se apenas aquelas que desenvolvam importantes atividades econômicas ou estejam nas fases iniciais de integração internacional (OECD, 2021). Nesse viés, o planejamento é destinado às Multinacionais com operação em vários países e que possuam renda bruta superior a 20 bilhões de euros, como as sociedades do ramo da tecnologia e comunicação social (Amazon, Facebook e Uber). Tais organizações empresárias auferem alta margem de lucro, sem, contudo, gerar impacto financeiro, geração de emprego ou outros benefícios nos locais onde se estabelecem. Tais sociedades empresárias transnacionais operam toda a linha de produção em países subdesenvolvidos, nos quais encontram incentivos fiscais e direitos trabalhistas precários, ao contrário do esperado na sua localidade de origem, que possuem concorrência mais acentuada e legislações comerciais mais apuradas. Essas operações predatórias difundem ainda o “apartheid intelectual”, o qual afasta a estrutura criativa e o incentivo financeiro para inovações nos Estados subdesenvolvidos, ao passo que as fomentam em seus países de origem, renegando-se àqueles o mero processo fabril de replicação massificada (OCDE, 20217). O segundo pilar, por sua vez, tem por objetivo instituir um imposto mínimo global para impedir a “guerra fiscal” entre os países signatários, principalmente em países subdesenvolvidos, onde são comumente atribuídos grandes incentivos fiscais, com a finalidade de atrair ofertas de implementação de filiais estrangeiras. Assim, seria uma forma de coibir os conhecidos “paraísos fiscais” de baixa tributação. A solução apontada pela Declaração da OCDE está na determinação de parâmetros de impostos mínimos, denominado *Global Anti-base Erosion Proposal* - GLOBE, um conjunto de regras interligadas, uma de Inclusão de Renda (IIR) e outra de pagamentos

comprometidos (UTPR). Dessa forma, se uma multinacional tem operação e acumula recursos em um paraíso fiscal com alíquota inferior ao acordado, o país de origem pode suplementar com uma alíquota correspondente, retida direto na fonte do capital que adentrar sua jurisdição (OCDE, 20217). Portanto, o avanço das propostas de acordo multilateral sobre a tributação global impulsiona uma nova dinâmica na formatação do mercado mundial, que busca dirimir a concorrência predatória entre os Estados e a utilização de regiões menos desenvolvidas como “paraísos fiscais” nos países periféricos. Por outro lado, a reação às medidas propostas pela OCDE ainda é incerta, na medida em que os países signatários dependem da colaboração mútua e unânime para promoverem decisões homogêneas e efetivas a serem aplicadas pelos Estados membros. Insta frisar que as críticas apontam que o modelo em desenvolvimento tende a privilegiar os interesses das potências consolidadas, já que estas detêm a influência de pressionar os países marginais a adotarem medidas impositivas para não serem segregados do circuito comercial internacional, ainda que em prejuízo da sua autonomia sobre tais questões.

Referências

- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Multinational Corporations in World Development**. Nova York, UN. Department of Economic and Social Affairs, 1974.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy**. 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>>.
- PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Empresas multinacionais e interesses de classes**. In: *Encontros com a civilização brasileira*, n. 4, outubro de 1978, p. 11-27. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documento/1410>>.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo Noções de Direito Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

2.8 Uma Análise Crítica do Caso *South West Africa* Julgado pela Corte Internacional de Justiça³²

O Em 1966, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) emitiu sua decisão final para o caso *South West Africa* (SWA), constatando que os Estados aplicantes não possuíam *standing*, e por consequência, decidindo que não poderia apreciar os méritos do caso. A conclusão atingida pela Corte foi recebida com grande surpresa, afinal, a questão relativa ao *standing* dos Estados aplicantes já havia sido sanada 4 anos antes, quando a CIJ decidiu sobre as questões preliminares do caso. No entanto, de uma maneira inovadora, se utilizando de um formalismo incomum, a Corte encerrou a lide sem uma apreciação dos méritos, deixando certas questões em aberto. Esta pesquisa busca compreender como a escolha da CIJ por não analisar os méritos do caso SWA pode ser vista a partir de uma visão crítica do direito internacional. Para tanto, utiliza-se uma revisão bibliográfica e documental específica sobre o caso e sobre os elementos legais utilizados pela corte no raciocínio jurídico empregado. Além disso, este estudo possui uma natureza indutiva, partindo do caso em específico, e adota uma abordagem analítica-crítica, visando a análise da decisão da Corte a partir de um viés crítico. O caso SWA foi levado até a Corte pelos Estados da Etiópia e da Libéria, que pediam que a Corte declarasse, dentre outras coisas, que a África do Sul permanecia sujeita às obrigações internacionais prescritas no Mandato da SWA e que as práticas de apartheid que supostamente estavam sendo realizadas na região feriam tais obrigações, sendo necessário que tais condutas ilegais fossem cessadas (ICJ, 1966). O *standing* dos aplicantes para aparecerem diante da Corte havia sido constatado em 1962 a partir da cláusula jurisdicional do mandato, localizada no artigo 7.2 (ICJ, 1962).

³² Trabalho apresentado por *Augusto Guimarães Carrijo* - Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia; Bolsista CNPq; Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa da Universidade Federal de Uberlândia e do Grupo Direito Internacional Crítico; Estagiário do IBDMAR.

Entretanto, em 1966, a CIJ afirmou que a cláusula conferia aos Estados-parte do Mandato apenas um interesse legal no cumprimento daquilo que chamou de cláusulas de ‘interesses especiais’ - para tratar daqueles que conferiam, em diferentes níveis, certos direitos relativos ao território mandatado, dirigidos aos Estados individuais membros da Liga ou a seus cidadãos - e não às de ‘conduta’ - que englobariam aquelas que definem os poderes do mandatário e suas obrigações perante os habitantes do território, a Liga e seus órgãos (ICJ, 1966, para. 11). Esta interpretação da Corte pode ser considerada uma abordagem restritiva ao conceito de standing emanando de cláusulas jurisdicionais convencionais (TAMS, 2005, pp. 63-69). Isto é, a Corte assumiu um posicionamento em linha com uma abordagem estrutural às obrigações multilaterais no direito internacional, entendendo que, por mais que o artigo 7.2 tivesse sido formulado de maneira ampla e clara - sem restringir um interesse legal apenas para a Liga enquanto instituição ou apenas para um tipo específico de disputa - ele não havia atingido um limiar suficiente para conceder *standing* para os Estados aplicantes (TAMS, 2005, pp. 63-69). Quando vista superficialmente, a decisão da Corte pode fazer sentido, sendo apenas uma abordagem restritiva a um conceito legal. Entretanto, em especial, a decisão de 1966 para o caso SWA merece uma análise crítica. Inicialmente, como já mencionado anteriormente, a Corte emitiu uma sentença sustentando que os Estados aplicantes não possuíam *standing* mesmo quando as questões preliminares já haviam sido sanadas quatro anos antes. Embora na decisão de 1966 a Corte não conceda explicitamente que estava mudando seu posicionamento anterior, ambos julgamentos foram apertados, e a maioria de 1966 foi composta pela minoria de 1962 (KAWANO, 2012, p. 225). Conforme Ingo Venzke aponta, a maioria de 1966 era branca e o julgamento da Corte causou uma repercussão negativa internacionalmente devido à natureza dos tópicos que estavam sendo tratados, sendo que até 1971, a CIJ não recebeu nenhum novo caso, com exceção do *North Sea Continental Shelf*, entre

Alemanha e Holanda (VENZKE, 2016, p. 71). Especialmente, os estados recém-independentes e não-alinhados “viraram suas costas para a Corte”, sendo que, ilustrando isso, em 1970 o representante de Gana na Assembleia-Geral aferiu que a Corte estaria em uma posição muito melhor se não “refletisse o pensamento conservador e antiquado remanescente do imperialismo (VENZKE, 2016, p. 71)”. Sob uma ótica crítica, a decisão da Corte é ainda mais estranha quando comparada com o que sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, havia decidido mais de 40 anos antes no caso S.S. Wimbledon. Neste caso, a Corte foi confrontada com uma cláusula jurisdicional ampla, assim como na década de 60, mas desta vez empregou uma interpretação extensiva e flexível, reconhecendo o *standing* de alguns dos Estados aplicantes, sem que estes tivessem nenhum interesse no objeto da disputa, além do interesse geral que possuíam enquanto partes do tratado na observância deste (TAMS, 2005, pp. 76-80). Constata-se que, contrastando com o caso SWA, o caso Wimbledon lidava com interesses de grandes potências europeias e possuía no polo ativo da demanda Estados do norte global, envolvidos no conflito entre a Polônia e a Rússia. A Itália e o Japão, por exemplo, tiveram seu interesse legal reconhecido a partir desta formulação liberal, sem terem demonstrado nenhum interesse específico, ou dano individual (TAMS, 2005, pp. 76-80). Nesse sentido, em 1923 a Corte conseguiu ser mais simpática a ideia de um direito geral dos Estados-parte de um tratado instituírem procedimentos em resposta a violações deste do que 40 anos depois (TAMS, 2005, pp. 76-80). A partir de uma abordagem crítica, este caso precisa ser compreendido em meio à história colonial e imperialista do direito internacional, na qual enquanto em algumas colônias, os povos civilizados iam-se tornando independentes pela autodeterminação, ainda estava por surgir a solução jurídica internacional a ser voltada às populações não-civilizadas, que jamais poderiam autodeterminar-se, afinal, não carregavam em si o pedigree civilizatório crucial a qualquer população que desejasse acender à

plenitude de um Estado-Nação (DAL RI JÚNIOR; BIAZI; ZIMMERMANN, 2017, p. 66). Um tópico como o tratado pelos méritos do caso, caro ao terceiro mundo e sensível ao norte global recebeu uma interpretação restritiva, mesmo que isso implicasse em praticamente reverter o que a Corte já havia decidido em 1962 e em se dissociar de uma visão expansiva como a aplicada em 1923. Ainda mais, a Corte preferiu assumir o risco de ser criticada por sua postura formalista - como o foi - a apreciar a legalidade do regime de discriminação racial causado pelo apartheid que acontecia no território de SWA. Para o Juiz Jessup, dissidente em 1966, o julgamento da Corte foi “completamente infundado no direito (ICJ, 1966b, p. 325)”. Essa posição é também compartilhada por outros autores³³ como por Rosalyn Higgins que afirmou que a divisão artificial feita pela Corte era inédita ao direito internacional e infiel ao vocabulário do artigo 7.2 do Mandato (HIGGINS, 1966, p. 583). Como considerações parciais desta pesquisa, parece que esta postura pode evidenciar o postulado por Koskenniemi quando este afirma que “[...] uma vez que se sabe qual instituição vai lidar com uma questão, já se sabe como ela será resolvida (2007, p. 23)”. Afinal, como este também ensina, o acesso ao saber histórico pode ser a chave para a identificação de formas de poder implicadas em conceitos jurídicos e instituições internacionais (KOSKENNIEMI, 2012, p. 105). Ao analisar a decisão da CIJ no caso SWA criticamente, percebe-se que a Corte empregou de maneira excepcional uma interpretação restritiva ao instituto do *standing*, diferente do que sua antecessora havia feito anos antes, e diferente do que passou a fazer nos anos seguintes. Isso evidencia que, refletindo a dinâmica do poder existente no direito internacional, a Corte criou um *double-standard* em sua jurisprudência, aplicando, a depender de quem são as partes e da natureza do objeto do caso, uma interpretação ou outra, escolhendo analisar, ou não, os méritos de certo caso.

³³ Veja também: VENZKE, 2016; KATTAN, 2018.

Referências

- DAL RI JÚNIOR, Arno; BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica; ZIMMERMANN, Taciano Scheidt. O direito internacional e as abordagens do “Terceiro Mundo”: contribuições da teoria crítica do direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, p. 61-81, jan./abr. 2017.
- HIGGINS, Rosalyn. The International Court of Justice and South West Africa: The implications of the Judgment. **International Affairs**, [Londres], v. 42, n. 4, p. 573-599, 1966,
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa (Ethiopia/Liberia v. South Africa)**. Judgment of 21 December 1962.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa (Ethiopia/Liberia v. South Africa)**. Judgment of 18 July 1966.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa (Ethiopia/Liberia v. South Africa)**. Dissenting Opinion of Judge Jessup of 18 July 1966..
- KAWANO, Mariko. Standing of a State in the Contentious Proceedings of the International Court of Justice. **Japanese Yearbook of International Law**, v. 55, p. 208-236, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **Modern Law Review**, [Londres], p. 1-30, v. 70, n. 1, 2007.
- KOSKENNIEMI, Martti. Expanding Histories of International Law. **American Journal of Legal History**, [S. l.], p. 104-112, v. 56, n. 1, 2016
- TAMS, Christian. **Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.
- VENZKE, Ingo. Public Interests in the International Court of Justice - A Comparison Between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966). **AJIL Unbound**, [S.L.], v. 111, p. 68-75, 2016.

2.9 A Brasileirização do Mundo à luz das respostas dos Países do Norte Global em meio a Pandemia do COVID-19: Uma Análise dos estudos de Alex Hochuli³⁴

A presente pesquisa visa analisar o fenômeno da brasileirização do mundo e o fim da história a partir dos estudos de Alex Hochuli, para ele, a pandemia do COVID-19 foi um marco em que os Estados do norte global passaram por deficiências semelhantes às dos sul em contextos pandêmicos e crises sanitárias já vividas anteriormente às de 2020. Nesse sentido, por acreditar que esses Estados estavam preparados o suficiente para enfrentar a crise global interposta pela COVID-19, países ricos como Estados Unidos e

³⁴ Trabalho apresentado por *Daniel Urias Pereira Feitoza* - Bacharelando da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI-UFU) e no Laboratório de Direitos Humanos (LabDH-UFU), e-mail danielurias31@gmail.com.

Reino Unido não adotaram políticas eficientes para o controle, contenção e prevenção de surtos pandêmicos e segurança sanitária mesmo com décadas de alertas de epidemiologistas ao redor mundo sob a possibilidade de uma pandemia viral assolar todos os países do sistema global (OSTERHOLM; OLSHAKER, 2021). Com base nisso, a presente pesquisa analisa as estruturas de poder entre a relação Norte-Sul e verifica como a pandemia instaurada entre os anos de 2020-2021 validam a tese de brasileirização proposta por Hochuli. Entende-se que pandemias e outras circunstâncias que ameaçam à segurança da saúde são problemas atrelados ao hemisfério sul (CANTARINO; MERCHAN-HAMANN, 2016). Entretanto, as deficiências que os Estados ocidentais passaram para desenvolver e executar planos coordenados de saúde pública bem como a possibilidade de comunicar-se com o público, ou até mesmo produzir e armazenar produtos farmacêuticos suficientes, destacaram a falha dos Estados no coração do capitalismo global (KIM; KREPS, 2020, p. 398). Capacidades estatais esvaziadas, confusão política, clientelismo, pensamento conspiratório e déficits de confiança expuseram a legitimidade decadente que agora faz com que Estados ricos e poderosos nas relações internacionais estejam em uma condição semelhante às dos países do sul global (HOCHULI, 2021), conforme destaca Alex Hochuli. Ao pesquisar as classificações de preparação para pandemia antes da COVID-19, como o Índice de Segurança Global ou o Índice de Preparação para Epidemias, tem-se que os Estados Unidos e o Reino Unido eram supostamente os dois países mais bem preparados, seguidos dos países da EU (HARMAN, 2020). Esses eram Estados que achavam que nada tinham a aprender com as experiências anteriores de países como Brasil, China, Libéria, Serra Leoa ou República Democrática do Congo. E embora ‘cases de sucesso’ dos países que fizeram uma boa gestão em meio a pandemia sejam poucos, vale destacar os esforços do Vietnã em conter a doença (VIETNAM PLUS, 2021), o fracasso dos Estados no coração do capitalismo ocidental (JONES, HAMIERI, 2020) acaba com qualquer

noção complacente sobre o Fim da História³⁵ e a primazia de um modelo sobre o outro. Segundo Hochuli ‘todos nós aparentemente vivemos em países menos desenvolvidos (2021)’ agora. No que diz respeito ao processo de brasileirização do mundo, em grande parte das vezes, o Brasil tem sido retratado como sinônimo de desigualdade e favelas contrastadas com empreendimentos imobiliários milionários. Em seu romance de 1991, Geração X, Douglas Coupland referiu-se à brasileirização como "o abismo crescente entre ricos e pobres e o conseqüente desaparecimento das classes médias (1991)". Posteriormente, esse conceito seria utilizado pelo sociólogo Ulrich Beck para definir o ciclismo dentro e fora do emprego formal e informal, com o trabalho se tornando flexível, casual, precário e descentralizado (BECK, 2010). Para outras áreas de estudo, o processo de ‘se tornar brasileiro’ faz alusão à geografia urbana clássica do país (COCCO, 2010), com o crescimento das favelas ou favelas, a gentrificação dos centros das cidades com a pobreza empurrado para a periferia. Para outros, o Brasil conota um novo ‘impasse étnico entre uma classe trabalhadora racialmente mista e uma elite branca (THE “COMING WHITE MINORITY...”, 2021)’ Nesse sentido, essa imagem da brasileirização é vista como um modelo superficialmente atraente na medida em que a crescente desigualdade e precariedade fragmenta cidades de países da Europa e na América do Norte (HOCHULI, 2021). Alex Hochuli por sua vez se propõe a pensar do porquê da escolha do termo com relação ao Brasil (2021). Com base nisso, se faz necessário fazer uma breve análise da estrutura geopolítica da relação Norte-Sul que se deu após o conflito Leste-Oeste da Guerra Fria, traçando

³⁵ Francis Fukuyama é o pioneiro sobre a teoria do ‘Fim da História’, seus estudos se dão em meio à hegemonia no pensamento capitalista e a ascensão das democracias liberais ao centro do poder global, tem-se, portanto, uma releitura da obra de Fukuyama através dos estudos sobre brasileirização do mundo de Alex Hochuli. Cf. FUKUYAMA, 2010: ‘Agora nos encontramos no Fim do Fim da História. Ao contrário dos anos 1990 e 2000, hoje muitos estão bem cientes de que as coisas não vão bem. Estamos sobrecarregados, como escreveu o falecido teórico cultural Mark Fisher, pelo “lento cancelamento do futuro, de um futuro prometido, mas não entregue, da involução no lugar da progressão’ (HOCHULI, 2021).

uma nova linha divisória global na era da globalização. Na nova divisão do mundo no 'final da história', o Sul Global era entendido como uma zona de pobreza e conflito (FUKUYAMA, 2010). Conseqüentemente, as potências ocidentais assumiriam duas posturas alternativas em relação a ele: uma defensiva (protegendo contra seu terrorismo, degradação ambiental, novas doenças, crime organizado e drogas) e uma paternalista (com o objetivo de torná-los desenvolvidos) (CHIMNI, 2021). Portanto, enquanto a primeira postura sugeria pouca esperança de que as coisas pudessem melhorar no Sul Global, a última sugeria um telos (o desenvolvimento como objetivo final). Partindo dessa perspectiva, o Sul gradualmente viria a se assemelhar ao Norte (SQUEFF, 2021), com uma afluência crescente impulsionada por massas da "nova classe média" desesperadas para emular os padrões de consumo do Norte. Trata-se de uma versão reaquecida da teoria da modernização da Guerra Fria, adaptada para a era da globalização. Para os países mais pobres, os programas de "desenvolvimento" liderados por ONGs internacionais impulsionaram esquemas de pequena escala, como cavar poços ou microfinanças, desmentindo a falta de convicção de que esses países poderiam realmente "recuperar o atraso". Esses esforços eram frequentemente patrocinados pelas mesmas instituições financeiras internacionais que haviam 'alugado' essas sociedades com ajustes estruturais na década de 1980. Para as sociedades em que possuíam uma melhor situação no Sul, agora chamadas de "mercados emergentes", o desenvolvimento neoliberal reproduziu os pressupostos tácitos da teoria da modernização ao assumir que esses países estavam apenas "atrasados", mas que, eventualmente, eles chegariam ao desenvolvimento aproximado no Norte (SQUEFF; DAMASCENO, 2021). O que não é levado em consideração nesse aspecto é fato de que as ferramentas de política, manejadas pela teoria da modernização (como a industrialização por substituição de importações, e mais recentemente ao desenvolvimento da proteção da propriedade intelectual), se foram, assim como o cenário internacional e as relações

tecnológicas que possibilitaram o *catch-up development* (NAYYAR, 2013). A modernização em todos os países do globo, significou a destruição de feudos no campo, a urbanização e a incorporação das massas por meio do trabalho formalizado em uma sociedade industrializada (WACQUANT, 1999, p. 483). Esse processo geraria riqueza e cidadania - ou, pelo menos, formaria um proletariado urbano que lutaria por esses direitos, ganhando concessões e, assim, disciplinando as elites e arrancaria as relações patrimoniais e clientelistas. Nesse viés, a política se tornaria mais regularizada, ordenada segundo linhas ideológicas, com efeitos salutareos sobre o Estado e sua burocracia - pelo menos nos países mais avançados. A destruição da modernização por meio de seu processo principal, que se apresenta como a desinstitucionalização do emprego formal e o aumento da precarização, é, sobretudo, a raiz de todo o fenômeno da “brasileirização”: desigualdade, oligarquia, privatização da riqueza e do espaço social e declínio classe média (ARANTES, 2004). A dimensão espacial urbana da brasileiração é a sua manifestação mais visível, considerando o desenvolvimento dos centros urbanos gentrificados e os excluídos empurrados para a periferia (BECK, 2010). Em termos políticos, a brasileiração significa patrimonialismo, clientelismo e corrupção (OLIVEIRA, 2018). A “revolta das elites” conforme destaca Hochuli, se mostra como um retrato da fuga da sociedade, fisicamente para espaços privados fortemente protegidos, economicamente para o reino das finanças globais, politicamente para ‘arranjos antidemocráticos que terceirizam a responsabilidade e inibem a responsabilização - criou Estados neoliberais vazios (HOCHULI, 2021)’. Trata-se de políticas fechadas às pressões populares, porém abertas àqueles com recursos e redes para influenciar diretamente a política. A consequência prática dessa política seletiva, não se concentra apenas na corrupção, mas também no fato dos estados não possuírem a capacidade para empreender quaisquer políticas de desenvolvimento de longo alcance - mesmo as básicas que possam promover o crescimento econômico, como a redução das

desigualdades regionais (ESCOBAR, 1992, p. 411) e a falha do Estado liberal na pandemia é um exemplo para essa conjuntura (JONES; HAMIERI, 2020) visto que, ‘sem dúvidas, não foram os estados autoritários (os liberais) que se saíram melhor, mas autoritativos: aqueles mais capazes de mobilizar pessoas e recursos graças a fortes relações políticas e institucionais com as sociedades que governam e a retenção associada das capacidades substantivas do Estado (JONES; HAMIERI, 2020).’

Referências

- BECK, Ulrich. **The Brave New World of Work**. Cambridge: Polity. Traduzido por: Patrick Camiller, 2010.
- CANTARINO, Lígia; MERCHAN-HAMANN, Edgar. Pandemias de influenza e a estrutura sanitária brasileira: breve histórico e caracterização dos cenários. **Revista Pan-Amazônica de Saúde**, v. 7, p. 11-25, 2016.
- CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. In: ANGHIE, Antony, *et al.* (Org.) **The Third World and International Order / Law, Politics and Globalization**. pp. 47-73, 2021.
- COCCO, Giuseppe. Devenir ville des favelas, **Multitudes**, Vol.43. pp. 60-68, 2010.
- COUPLAND, Douglas. **Generation X: Tales for an Accelerated Culture**. Nova York: St. Martin's, 1991.
- FUKUYAMA, FRANCIS. The “end of history.” 20 years later. **New Perspectives Quarterly**, Vol. 27, Issue, 1, pp. 7–10, 2010. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-5842.2010.01124.x>.
- HARMAN, Sophie. It Could Happen Here. **Discover Society Journal**, Vol. 12, Issue 5, p. 1, 2020. Disponível em: <https://archive.discoverociety.org/2020/05/14/it-could-happen-here/>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- HOCHULI, Alex. The Brazilianization of the World. **Foreign Affairs Journal**, Vol 5, n. 2, 2021. Disponível em: <https://americanaffairsjournal.org/2021/05/the-brazilianization-of-the-world/>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- KIM, Kyun David; KREPS, Gary L.; An Analysis of Government Communication in the United States During the COVID-19 Pandemic: Recommendations for Effective Government Health Risk Communication. **World Medical & Health Policy Journal**, Vol. 12, Issue 4, p. 398, 2020. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/wmh3.363>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- NAYYAR, Vice Chancellor Deepak. **Catch Up: Developing Countries in the World Economy**. Cambridge: Oxford University Press, 2013.
- OSTERHOLM, Michael T; OLSHAKER, Mark. **Chronicle of a Pandemic Foretold Learning From the COVID-19 / Failure Before the Next Outbreak Arrives**. Foreign Affairs (Online). Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-05-21/coronavirus-chronicle-pandemic-foretold>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. Overcoming the ‘Coloniality of Doing’ in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **Revista Direito GV (online)**, v. 17, p. 1-31, 2021.
- SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; DAMASCENO, Gabriel Pedro M. Descolonizar o direito internacional em prol de múltiplas miradas: entre desmistificações e ressignificações. In: MANTELLI, Gabriel; MASCARO, Laura. (Org.). **Direitos Humanos em múltiplas miradas**. 1ed.São Paulo: ESA/OAB, 2021, v. , p. 244-258.
- The “Coming White Minority”: Brazilianization or South-Africanization of U.S.?The “Coming White Minority”: Brazilianization or South-Africanization of**

U.S.?. Racism Review, Nova York, 31 ago. 2015. Disponível em: <http://www.racismreview.com/blog/2015/08/31/the-coming-white-minority-brazilianization-or-south-africanization-of-u-s/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

VARUL, Matthias Zick. Towards a consumerist critique of capitalism: A socialist defence of consumer culture. **Ephemera Journal**, Vol 13, pp. 293-315, 2013.

WACQUANT, Loïc. America as Social Dystopia” and “Inside the Zone. In: BOURDIEU, Pierre, et al., **The Weight of the World: Social Suffering in Contemporary Society**. Stanford: Stanford University Press, p. 483, 1999.

II 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 ‘II Jornada de Pesquisa CDEA: superendividamento e proteção do consumidor’, realizado entre os dias 30 de novembro e 02 de dezembro 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 - Proteção do Consumidor e a atualização do CDC

1.1 Zero-rating, acesso à Internet e proteção ao consumidor na ordem jurídico-constitucional brasileira¹

São inúmeros os desafios impostos à universalização do acesso à Internet no Brasil, em um panorama caracterizado pela falta de isonomia quanto à oferta desse serviço, especialmente quando considerados os direitos dos consumidores. Assim, os holofotes se voltam à prática do acesso patrocinado mediante contratos de Internet móvel (zero-rating), em que os provedores fornecem acesso a plataformas de aplicações previamente determinadas sem custos adicionais. Frente ao cenário instalado, apresentam-se dois problemas de pesquisa. O primeiro visa responder o seguinte questionamento: de que modo a ordem jurídico-constitucional brasileira recepciona a prática do zero-rating? O segundo problema se concretiza no seguinte questionamento: de que maneira podem ser traçados

¹ Trabalho apresentado por *Andressa de Bittencourt Siqueira* (PUCRS; ORCID 0000-0002-8001-6170).

os impactos do zero-rating sobre os direitos dos consumidores? Para manter a congruência, são traçados dois objetivos específicos relacionados a cada um dos problemas de pesquisa. O primeiro objetivo específico visa interpretar, à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a viabilidade dos contratos de zero-rating no Brasil, enquanto o segundo tem o condão de estruturar determinados parâmetros de aplicação de tais contratos a partir do direito do consumidor. Sendo assim, estabelece-se como hipótese de pesquisa que a prática de zero-rating no País restringe a liberdade de escolha dos consumidores, devendo aplicar-se tão-somente de modo residual. A fim de confirmar a referida hipótese, adota-se o método hipotético-dedutivo de abordagem, ao passo que também se adota o método sistemático-teleológico de interpretação, uma vez que se considera o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro como um conjunto organizado de modo sistêmico e hierarquizado para a satisfação de determinados fins. Em estágio avançado de investigação, é possível elencar como resultado parcial que os contratos de zero-rating continuam sendo aplicados no País, apesar das garantias para a neutralidade de rede dispostas no Marco Civil da Internet. A pesquisa, sendo assim, à luz dos preceitos do Código do Consumidor e da interpretação sistemático-teleológica, confirma a hipótese lançada ao início, tendo em vista a necessidade de aplicação excepcional desses contratos. Desse modo, abre-se espaço para que haja a efetiva liberdade de escolha dos consumidores e para concretização dos demais objetivos e fundamentos do uso da Internet no Brasil, a fim que se alcance a tão almejada inclusão digital.

Palavras-chave: acesso patrocinado; neutralidade de rede; inclusão digital.

Referências

BELLI, Luca. Network Self-Determination and the Positive Externalities of Community Networks. In: BELLI, Luca (Ed.). Community networks: the Internet by the people, for the people. Official outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Community Connectivity. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

BRAKE, Doug. Mobile Zero Rating: The Economics and Innovation Behind Free Data. In: BELLI, Luca. (Ed). Net Neutrality Reloaded: Zero Rating, Specialised Service, Ad Blocking and Traffic Management. Annual Report of the UN IGF Dynamic Coalition on Net Neutrality. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

CGI.br. Pesquisa TIC Domicílios 2020, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>. Acesso em: 28 out. 2021.

IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Internet e pandemia: ações de operadoras são insuficientes em tempos de pandemia, 05 maio de 2020. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/aceso-internet-aco-es-de-operadoras-sao-insuficientes-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 25 jul. 2020.

LEFÈVRE, Flávia. Zero-rating – A Internet dos Pobres. Manuscrito, 5 mar. 2017. Disponível em: <https://flavialefevre.com.br/pt/blog/zero-rating-a-internet-dos-pobres>. Acesso em: 21 jul. 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Neutralidade da rede e proteção do consumidor no contexto pandêmico. Revista Consultor Jurídico, 16 de junho de 2021. Disponível em: Acesso em: 31 out. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. 30 anos de código de defesa do consumidor: revisando a teoria geral dos serviços com base no CDC em tempos digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (Org.). Direito do Consumidor - 30 anos do CDC. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 125, a. 28, p. 17-62, set./out. 2019.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Zero-rating: uma introdução ao debate. Disponível em: <https://www.politics.org.br/sites/default/files/downloads/poliTICS21.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2021.

1.2 A atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar na proteção dos consumidores com transtorno do espectro autista em face das operadoras de plano de saúde: uma abordagem a partir do papel da regulação na proteção dos consumidores hipervulneráveis²

Trata-se de pesquisa que pretende investigar o papel da atuação regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na proteção dos usuários de plano de saúde com transtorno do espectro autista. Com efeito, o transtorno do espectro autista é um transtorno do neurodesenvolvimento cujo tratamento envolve a intervenção terapêutica

² Trabalho apresentado por *Douglas Roberto Winkel Santin* (UFPel; ORCID 0000-0002-4420-6225.).

precoce, de alta intensidade e longa duração, mediante terapias multidisciplinares. As operadoras de planos de saúde, na posição de fornecedores, adotam cláusulas e práticas visando restringir os tratamentos terapêuticos necessários ao desenvolvimento de pacientes com autismo. De outro aspecto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) se omite em especificar o rol de tratamentos para cobertura das Operadoras dos Planos de Saúde em relação às pessoas com transtorno do espectro autista, situação da qual as operadoras de planos de saúde se utilizam como fundamento para restringir ou recusar o devido tratamento desses consumidores hipervulneráveis. Mencionada problemática tem ocasionado inúmeras atuações do Ministério Público Federal, em várias unidades da federação, relativamente ao tema, conforme dão mostra: a Ação Civil Pública de autos n. 105197-60.2019.4.01.3500, ajuizada pela Procuradoria Regional de Goiás, e que tramita na 2.^a Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Goiás; bem como a Recomendação n.º 6/2020, da Procuradoria da República no Estado de Alagoas. O presente estudo tem por objetivo estabelecer o papel regulatório da ANS no âmbito da tutela administrativa do consumidor, bem como apontar para a importância da atuação regulatória dessa agência na efetividade dos direitos dos consumidores de planos de saúde. Secundariamente, busca ainda apurar a influência das normas regulatórias da mencionada agência nas decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do fornecimento de terapias às pessoas com transtorno do espectro autista. O método adotado é o hipotético-dedutivo, com abordagens de pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. Trata-se de pesquisa em estágio ainda inicial, tendo sido estabelecidos os marcos doutrinários e normativos indispensáveis ao desenvolvimento do tema, bem como a seleção preliminar de julgados que tem na atuação da ANS seu ponto de debate central.

Palavras-chave:defesa do consumidor; pessoas com transtorno do espectro autista; hipervulnerabilidade; planos de saúde; regulação.

Referências

AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 68, p. 38-90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2020. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [ebook]

BRASIL. Ação Civil Pública n. 1005197-60.2019.4.01.3500, de 12/06/2019. Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpfquer-que-agencia-nacional-de-saude-suplementar-defina-protocolos-clinicosespecificos-para-tratamento-do-autismo>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Recomendação n.º 6/2020, de 25 de agosto de 2020, da Procuradoria da República no Estado de Alagoas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/noticias-al/mpf-recomenda-adequacao-de-protocolo-da-ans-para-otratarmento-do-autismo-em-alagoas>. Acesso em: 20 out. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A relevância do poder regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) nos litígios entre operadoras e beneficiários de planos de saúde, especialmente na jurisprudência do STJ. In: BOAS, Marco Vilas; CECHIN, José. *Judicialização de planos de saúde: conceitos, disputas e consequências*. Palmas: Editora ESMAT, 2020.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, 3.a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, p.13-45. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2010.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de Saúde e Direito do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima e outros (orgs). *Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Manual sobre Transtorno do Espectro do Autismo*. Porto Alegre: SBP, 2019. Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/21775d-MO__Transtorno_do_Espectro_do_Autismo__2_.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

1.3 A proteção do consumidor em face do racismo estrutural no brasil³

³ Trabalho apresentado por *Caroline Santana Figueredo* (UFSC) e por *Guilherme Domingos Wodtke* (UFSC; ORCID 0000-0001-8713-8077).

A presente pesquisa consiste em uma análise acerca da situação de racismo em que o consumidor pertencente ao grupo de pessoas negras (pretas e pardas, segundo o IBGE), tem sistematicamente sido condicionado, em absoluto desrespeito aos Direitos Fundamentais resguardados na Constituição de 1988. Nesse sentido, o problema de pesquisa é: De que forma o Direito do Consumidor pode atender as expectativas do consumidor negro vítima de práticas de racismo. A primeira hipótese levantada é a de que, o racismo impregnado no imaginário social impossibilita a efetiva proteção do consumidor negro, desse modo, perpetua-se um discurso sobre a igualdade formal, mas que não se materializa. A segunda hipótese é a de que, apesar do comando constitucional de proteção do consumidor, bem como de repúdio ao racismo e sua tipificação como crime, o CDC é omissivo quanto às práticas racistas, na medida em que o sujeito consumidor negro é universalizado, como se não houvesse peculiaridades em relação aos demais grupos sociais. Assim, resta para as outras áreas do Direito, em diálogo com CDC, oferecer mecanismos para garantir a dignidade humana. Objetiva-se, deste modo, demonstrar que as pessoas negras no Brasil ocupam o que Frantz Fanon chamou de “zona do não ser”, na medida em que a própria humanidade lhes é negada. Neste sentido, Maria Aparecida da Silva Bento afirma que foi criado um imaginário social que coloca a imagem do sujeito negro como algo muito negativo, desprovido de virtudes, que solapa sua identidade racial, danifica sua autoestima, culpa-o pela discriminação que sofre e justifica as desigualdades raciais. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro promove o combate às desigualdades e disponibiliza meios para construir a materialidade deste ideal, inclusive nas relações de consumo. Por fim, no tocante ao estágio da pesquisa, observa-se que os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor estão atentos às demandas raciais como o canal para denúncias de racismo do Procon-SP e os termos do TAC no caso de racismo envolvendo o Carrefour.

Palavras-chave: Proteção do Consumidor; Racismo; Diálogo das Fontes.

Referências

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra. 2020.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil In: Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil / Iray CARONE, Maria Aparecida Silva BENTO (Organizadoras) Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- CARNEIRO, Sueli. Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- FANON, Frantz. Pele Negra, Máscaras Brancas. 1ª ed. Tradução Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- LIMA, Fernanda da Silva; BORGES, Gutstavo. Publicidade e racismo reverso: o que uma campanha publicitária tem a revelar sobre o racismo no Brasil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 113, p. 37-76, maio/jun, 2019,
- LIMA, Fernanda da Silva; SILVA, Karine de Souza. Teorias críticas e estudos pós e decoloniais à brasileira: quando a branquitude acadêmica silencia raça e gênero. Empório do Direito. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/teoriascriticas-e-estudos-pós-e-decoloniais-a-brasileira-quando-a-branquitude-academicasilencia-raca-e-genero>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- PEREIRA, Flávia do Canto. Proteção administrativa do consumidor: Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a ausência de critérios uniformes para aplicação de multas. Org. Benjamin, Antonio Herman; Marques, Claudia Lima Marques. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

1.4 Os cookies e o aceite de adesão⁴

Os cookies consistem em uma ferramenta tecnológica corriqueira, são basicamente programas de computador que têm como funções rastrear, monitorar a atividade do usuário da internet. Seus objetivos podem ser variados, porém, sob a rubrica de propiciar uma experiência mais personalizada ao consumidor, o que verdadeiramente tem ocorrido é que os provedores não têm possibilitado uma navegação de qualidade, caso o

⁴ Trabalho apresentado por *José Fernando Vidal de Souza* (UNINOVE) e por *Marcela Papa Paes* (UNINOVE; ORCID 0000-0002-4955-4106).

consumidor não aceite os termos de privacidade. Por meio do método dedutivo, histórico comparativo, baseado em pesquisa, análise e revisão bibliográficas, o objetivo desse artigo é incluir entre as práticas abusivas, que ferem direito do consumidor, os termos de privacidade e alerta de cookies de terceiros, que não sejam claros e intuitivos. Objetiva-se, também, incluir entre práticas abusivas a navegação com baixa qualidade e desconfigurada, ao usuário que não consentiu com o termo de privacidade. Em que pesem os fornecedores atribuam ao aceite contornos de transparência, o consumidor, de fato, acaba não optando livremente, na medida em que há falta de informações essenciais sobre: a) objetivos dos cookies; b) dados que serão coletados; c) finalidade; e d) a quem serão destinados. Desta forma, o usuário acaba aceitando os termos de privacidade – mais, exatamente, renunciando a ela – para que possa, simplesmente, navegar. Como resultado da pesquisa, verifica-se que as normas de proteção à privacidade do cidadão estão se mostrando fortalecidas com inspiração na GPRD, a legislação interna, notadamente a LGPD e a PEC22/2019, esta última assegura o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como direito fundamental do cidadão. As referências legislativas se mostram com o intuito de regular e contrabalancear a busca desenfreada pelos dados pessoais de usuários de internet, o que se conhece por Big Data e repercute em monetarização desses dados. Depreende-se que, ainda que os cookies de terceiros não sejam considerados ilícitos, novas medidas se mostram oportunas e necessárias para esclarecer o consumidor sobre o destino de seus dados pessoais, capacitando-o a ponderar as consequências do seu aceite. Por fim, não informar claramente os termos de privacidade, e, ainda, compelir o usuário a entregar os seus dados pessoais como condição para poder navegar em sites ou aplicativos, com qualidade, proporciona um consentimento viciado e, por consequência, evidente prática abusiva e que fere a boa-fé objetiva.

Palavras-chave: LGPD; big data; cookies; aceite de adesão; boa-fé objetiva.

Referências

- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (coord.). O Direito do Consumidor no mundo em transformação. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria; MIRAGEM, Bruno. Contratos de serviços em tempos digitais. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Desafios do Superior Tribunal de Justiça e o futuro do direito do consumidor no Brasil: o consumo digital. Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). São Paulo: Atlas, 2021.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. 3ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o marco civil da internet e o código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 106/2016, p.37–69, jul/ago. 2016.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.
- TEIXEIRA, Tarcísio. LGPD e e-commerce. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.
- TEPEDINO, Gustavo; GUIA SILVA, Rodrigo (coord.). O Direito Civil na era da inteligência artificial. 1ed. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020.
- VENOSA, Silvio da Salvo. Direito Civil – Parte Geral. vol. 1. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021

1.5 Proteção do consumidor: direito a explicação do algoritmo gerador da pontuação nos sistemas de crédito⁵

A presente pesquisa se destina a dialogar sobre a questão da transparência na apresentação da composição da pontuação dos sistemas de créditos do Brasil para o consumidor, pontuação esta que é gerada de forma automatizada por robôs e seus algoritmos. É sabido que este tipo de sistema automatizado tem sido cada vez mais utilizado por todo o mercado, inclusive o financeiro, para obter resultados mais rápidos e dinâmicos, a questão então fica por conta da confiabilidade das informações geradas e de seu detalhamento para o portador dos dados, que neste caso é o consumidor do mercado de crédito financeiro. Neste sentido, ainda, se faz necessário

⁵ Trabalho apresentado por *Pedro Antônio Santos Alencar*.

entender que toda uma cadeia gira em torno desta pontuação, na qual o consumidor depende da formação de sua pontuação para obtenção ou não do crédito. Neste cenário, o usuário tem seu direito garantido a ter o conhecimento e a explicação sobre a formação exata de sua pontuação, o que nem sempre é disponibilizada de forma prática e aberta para seus usuários, fazendo necessário até mesmo uma ação judicial para obtê-las. De forma prática esta pesquisa vai realizar uma revisão bibliográfica sobre o direito à explicação frente a uma análise qualitativa da informação sobre a composição dos pontos exibida dentro da plataforma da Serasa Experian, uma das mais populares utilizadas no Brasil atualmente. Desta forma se objetiva demonstrar a relevância desta discussão, apontando para a necessidade da criação de novas formas de proteção ao consumidor, e de forma estrita, demonstrar que a plataforma não dispõe explicações satisfatórias para seus usuários. De antemão, devido à atual discussão deste mérito em outras bibliografias, é possível afirmar que não há informações suficientes para seus usuários na plataforma e que se faz necessário a criação de novas formas de proteção ao consumidor neste cenário em específico.

Palavras-chave: proteção do consumidor; direito à explicação; pontuação de crédito; sistemas de créditos; serasa experian.

Referências

- BRASIL. Lei n.º. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 18 de Novembro de 2021.
- LEMOS, Carolina Carvalho. Decisões automatizadas nos sistemas de pontuação de crédito e o direito à explicação algorítmica do titular de dados pessoais. 2020. 193 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.
- MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Instituto Igarapé, artigo estratégico 39, dez. 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

1.6 Dano à saúde e segurança do consumidor: caracterização do dano moral indenizável do alimento contaminado por corpo estranho⁶

A relevância da investigação transcende os meandros teóricos, pois surge de necessidades práticas, não apenas pelo modo como a legislação trata do assunto, mas também pelos critérios de avaliação para a caracterização pelo julgador do dano moral indenizável provindo da aquisição de produto do gênero alimentício contaminado por corpo estranho, de modo a respeitar as normas e princípios do Direito do Consumidor. Desse modo, em razão de recente Sessão de Julgamento, a Segunda Seção do STJ, por ocasião do enfrentamento do Recurso Especial nº 1.899.304/SP consolidou entendimento no sentido de que a presença de corpo estranho em alimento acarreta dano moral, sendo irrelevante a sua efetiva ingestão – do alimento contaminado por elemento estranho ou do próprio – à caracterização do dano moral indenizável, porquanto potencialmente lesiva à saúde do consumidor a simples aquisição do produto, pondo termo à divergência jurisprudencial existente no âmbito das turmas que compõem o colegiado de direito privado da Corte Cidadã, tornando superado o entendimento até então sustentado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – no sentido da indispensabilidade de comprovação da ingestão do alimento contaminado ou do próprio corpo estranho para caracterização de dano moral –, configurando avanço que deve ser celebrado, visto que amplia a proteção prevista na Lei Federal nº 8.078/80 e apresenta resposta prática e eficiente – que traz maior segurança ao consumidor e impõe ao fornecedor a necessidade de constante atenção e manutenção de nível de qualidade em conformidade com os padrões estabelecidos pelos órgãos reguladores.

⁶ Trabalho apresentado por *Gabriel Amaral Lopes* (FMP/RS; 0000-0002-7686-5508) e por *Pedro Aranalde Fabrício* (FMP/RS; 0000-0002-1606-870X).

Palavras-chave:Código de Defesa do Consumidor; Dano moral; Corpo estranho em alimento; Alimento contaminado.

Referências

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.899.304/SP, Relatora Min. Nancy Andrighi. Segunda Seção. Brasília, DF, 25 agosto 2021. DJe 04 outubro 2021.
FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: 2007.
GRINOVER, Ada Pelegrini (et al). Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
MARQUES, Claudia de Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Editora:Revista dos Tribunais, 2022.
MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. 25 Anos do Código de Defesa do Consumidor. Editora: Revista dos Tribunais, 2016.
MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

1.7 O Fornecedor “gatekeeper” na economia do compartilhamento⁷

O presente trabalho investiga a figura do fornecedor guardião de acesso ou “gatekeeper”, na economia de compartilhamento, ou sharing economy, analisando como há de ser feita a valoração do contrato do mundo pós-moderno digital desenvolvido por meio de plataformas de comércio eletrônico, chegando-se à conclusão de que o art. 3. do Código de Defesa do Consumidor já o contempla, pela pesquisa bibliográfica realizada.

Partimos da evolução contratual, tomando por base a Teoria Tridimensional de Reale e o contrato como fato social. Localizamos o contrato na pós-modernidade digital, avaliando que as características desse tempo impactam nos contratos de consumo, mormente aqueles realizados por intermédio de plataformas digitais, fazendo surgir uma nova vulnerabilidade. Pontuamos a importância da confiança gerada pelos exploradores das plataformas digitais e como ela deve ser garantida e protegida nessa nova seara que é a economia do compartilhamento. Traçamos alguns traços distintivos da sharing economy e conceituamos com a melhor Doutrina aquele que é o guardião de acesso das plataformas: o

⁷ Trabalho apresentado por *Ronaldo Guaranha Merighi* (USP; ORCID 0000-0002-7946-5956).

fornecedor gatekeeper. Investigamos se a definição legal de fornecedor, do art. 3º, do CDC, seria suficiente para contemplar essa figura, concluindo no sentido positivo. Não obstante, tendo em vista a tramitação do PL 3514/15, sugerimos uma modificação do art. 34 para reforçar a responsabilidade solidária desses fornecedores nas relações contratuais complexas que eles intermedeiam: Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço, inclusive o da economia compartilhada ou de aplicativos gratuitos, que opere no Brasil, é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos. No estágio atual a reflexão que paira é justamente acerca da conveniência de se utilizar o projeto de lei em andamento para contemplar a economia de compartilhamento e o fornecedor guardião de acesso, o que parece não desafiar maiores dúvidas, mas, e principalmente, onde seria melhor sugerir esse ingresso. Se apenas, de fato, na norma acima citada, ou no próprio artigo 3º, ou talvez, como sugeriu a Professora Doutora Cláudia Lima Marques, acrescentando um parágrafo ao art. 45-C: § 2º Quando o produto ou o serviço da economia compartilhada ou de aplicativos gratuitos for prestado no Brasil, aplica-se o disposto neste artigo, com as adaptações que se fizerem necessárias.” De um modo ou de outro em considerações finais, os negócios jurídicos complexos feitos por intermédio das plataformas digitais, quando possuem um intermediário guardião do acesso, são de consumo e os gatekeepers devem ser enquadrados como fornecedores, a fim de completar a equação tridimensional com contemporaneidade e de modo a proteger adequadamente os consumidores da sharing economy.

Palavras-chave:Fornecedor "gatekeeper"; Economia do Compartilhamento; Contratos de Consumo;

Referências

- BAUMAN, Z. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001.
BENJAMIN, A. H. V. E. A. Manual do direito do consumidor. 5. ed. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
EUROPEU, P. Uma nova agenda europeia para a economia colaborativa. [S.l.]: [s.n.]. p. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html.

- GRAU, E. UM NOVO PARADIGMA DOS CONTRATOS? Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. 423-433.
- KALIL, R. B. A regulação do trabalho via plataformas digitais. livro eletrônico, 1. ed. ed. São Paulo: Blucher, 2020.
- KOOPMAN, C. M. M. E. T. A. The sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change. *Entrepreneurship & L*, 2015. : <https://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol8/iss2/4>, acesso em 10.11.2021.
- MARQUES, C. L. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A CHAMADA NOVA CRISE DO CONTRATO: POR UM DIREITO DO CONSUMIDOR APROFUNDADO. *Revista de Direito do Consumidor*, janeiro 2003. 9-59.
- MARQUES, C. L. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. [S.l.]: *Revista dos Tribunais*, 2004.
- MARQUES, C. L. A NOVA NOÇÃO DE FORNECEDOR NO CONSUMO COMPARTILHADO: UM ESTUDO SOBRE AS CORRELAÇÕES DO PLURALISMO CONTRATUAL E O ACESSO AO CONSUMO. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 247-268, MAIO 2017.
- MARQUES, C. L. E. A. *Contratos de serviço em tempos digitais*. eletrônica , 1a. ed. [S.l.]: [s.n.], 2021.
- MIR.
- MIRAGEM, B. NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO, MERCADO DE CONSUMO DIGITAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR. *Revista de Direito do Consumidor*, SETEMBRO 2019. 17-62.
- PAIXÃO, M. B. F. D. OS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA REGULAÇÃO NA SHARING ECONOMY. *Revista dos Tribunais*, v. 994, p. 225-243, agosto 2018.
- PICCIONI, P. E. F. F. La tutela del consumatore nei nuovi contratti P2P (Peer-to-Peer). Progetto di ricerca Università degli Studi di Perugia. Perugia, p. https://www.researchgate.net/publication/328197343_La_tutela_del_consumatore_nei_contratti_P2P_Peer-to-Peer?enrichId=rgreq-6badeac1b572d4747f830644a18f06e8-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMyODE5Nm0MztBUzo2ODAxNjE1NTI5MDQxOTRAMTUzOTE3NDU1OTMzMg%3D%3D&el=1_. 2018.
- RAINER, C. E. N. L. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, maio 2017. 269-292.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

1.8 Pesquisa sobre educação financeira, como instrumento de prevenção à exclusão social do consumidor⁸

O presente estudo surge da preocupação sobre a necessidade de um planejamento financeiro, num contexto de superendividamento por que passa o Brasil, bem como diante da atualização do Código de Defesa do Consumidor, a qual insere dentre os princípios que regem a Política Nacional de Relações de Consumo (Capítulo II, artigo 4º, inciso IX), o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos

⁸ Trabalho apresentado por *Rossana Teresa Curioni Mergulhão* (UNINOVE).

consumidores, como instrumento de prevenção daquele fenômeno, como forma de evitar a exclusão social do consumidor. O estudo visa analisar as propostas de educação financeira no contexto brasileiro. O objetivo é apresentar uma visão crítica da Educação Financeira no Brasil, a partir da análise de dados a serem coletados, fato que com certeza impacta na saúde financeira das pessoas. A metodologia empregada consiste em um levantamento de dados, junto a estudantes de instituição de ensino universitário do interior de São Paulo, bem como, tomando como base de consulta o Portal do Governo Brasileiro (Vida e Dinheiro) e pesquisa em plataformas de busca como Scielo, Capes e Google Scholar. A pesquisa observará, a partir dos dados colhidos, qual é o nível de educação financeira dos estudantes e confrontará com os objetivos e as concepções de aprendizagem por trás de propostas encontradas nos trabalhos técnicos encontrados, pois há estudos que mostram que existem diferenças na construção das ações educativas no que se refere à metodologia e à construção de conhecimentos, sendo na proposta mais abrangente o foco para a mudança de comportamento e na mais restrita, a busca pela construção de uma consciência crítica. Tem-se como objetivo geral identificar o nível de educação financeira dos estudantes do ensino universitário em uma faculdade particular e, de forma específica, o questionamento sobre o conceito pessoal a respeito da importância da Educação Financeira; o grau de conhecimento e familiaridade dos alunos sobre finanças pessoais e economia; bem como pontuar aspectos que entendem importante, para uma segurança financeira. Busca-se de forma quantitativa, de caráter exploratório e descritivo, com delimitação ao estudo de caso, aprimorar ideias, com vistas a tornar o tema escolhido mais explícito, apresentando características de determinado grupo ou de um fenômeno, abordando a descrição, o registro, a análise e a interpretação de fenômenos atuais em relação à pesquisa, utilizando-se de um questionário para a coleta de dados. A pesquisa está em fase inicial, com um estudo

bibliográfico para coleta de referencial teórico e será aplicado o questionário ao público alvo, posteriormente com o conteúdo escrito, buscar-se-á medir os resultados de forma clara e objetiva, avaliando-os e classificando-os, para que uma nova etapa subsequente possa ser iniciada, com elaboração de proposta de metodologia de ensino de Finanças pessoais para crianças e adolescentes, alunos do ensino fundamental e médio, já que são essas faixas etárias que antecedem a entrada desses indivíduos na vida econômica e financeira ativas. Como fundamentação teórica, tem-se que a Educação Financeira é requisito fundamental para os indivíduos que estão inseridos dentro do sistema capitalista, visando minimizar a possibilidade de passar por problemas financeiros, especialmente na fase idosa, momento em que as pessoas já tem mais restrições no mercado de trabalho. Pensa-se que a conscientização deve começar durante a infância talvez, quando as crianças estão absorvendo inúmeros conhecimentos que contribuirão para a formação da personalidade e das atitudes do indivíduo adulto (KIYOSAKI, 2001). As condições sócio-econômicas nacionais, o fato de o brasileiro não possuir o hábito de provisionar uma previdência privada, pois a grande maioria confia no sistema previdenciário público, demonstram que uma situação de superendividamento e conseqüente impacto na qualidade de vida já é uma realidade. De ser observado, no Brasil, o fato da democratização do crédito, sem que houvesse uma conscientização sobre os efeitos globais dessa política de crédito. Cláudia Lima Marques, desde 2006 já chama a atenção, segundo ela, trata-se da outra face da democratização do crédito, pois em que pese sejam vários os benefícios potenciais do amplo acesso aos financiamentos, há custos e riscos que careciam de tutela jurídica específica, como a redução da poupança familiar, a inflação e a perpetuação do endividamento (COSTA LIMA, 2014). Motivos como estes, bem como, considerando hoje o próprio comando legal, deve nortear mudanças no trato com o tema e agir na busca de concretizar esse princípio, através de educação infanto-juvenil, num

processo de aprendizado que permita ao aluno, desde a infância, trilhar um caminho mais seguro. A nova geração precisa, urgentemente, amadurecer com uma nova mentalidade de finanças pessoais, visando principalmente, uma disciplina maior no controle de gastos do que as gerações passadas, de forma que o capitalismo seja humanizado e seja real a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Educação Financeira; Superendividamento; Exclusão Social; prevenção; Código de Defesa do Consumidor

Referências

- LAEF. Avaliação Experimental de Impacto Social do Programa de Educação Financeira para Adultos de Baixa Renda. Relatório final. 2017. Acessível em: <https://www.vidaedinheiro.gov.br>. Acesso em 25 de maio de 2021.
- Relatório de Avaliação de programas sociais. 2018. Disponível em: <https://www.vidaedinheiro.gov.br>. Acesso em 23 de novembro de 2020.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco. Ruma a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BUAES, Caroline Stumpf. Sobre a construção de conhecimentos: uma experiência de educação financeira com mulheres idosas em um contexto popular. 2011. 260 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Educação, Programa de Pós-graduação em Educação da Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.
- Educação Financeira com Idosos em um Contexto Popular. Educação e Realidade. 2015, vol.40, n.1, pp.105-127.
- CAVALCANTE, Raquel. Educação financeira por meio de jogos digitais: uma reflexão sobre a emergência de novos caminhos educacionais. Anais: Intercom. São Paulo, n. 39, p.1-15, 2016.
- CLARKE, Chris. Learning to fail: resilience and the empty promise of financial literacy education. Consumption Markets and Culture. 18(3):1-20, February 2015.
- KIYOSAKI, Robert T. Lechter, Sharon L. Pai rico pai pobre – O que os ricos ensinam a seus filhos sobre dinheiro. [versão Brasileira] 63ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- LAZZARATO, Maurizio. O Governo do Homem Endividado. São Paulo: n-1edições, 2017.
- MARQUES, MARIA MANUEL, O Endividamento dos Consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.
- LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DANIEL KAHNEMAN, Rápido e Devagar, Duas Formas de Pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Objetiva. 2012.
- MARQUES, Claudia 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, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coord.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- PARAÍSO, Sandra Chaves Silva; FERNANDES, Ronaldo Augusto da Silva. O crescimento do índice de endividamento das famílias brasileiras. Cosmopolita em Ação, 2019, vol. 6(2), p. 12-26.
- SARAIVA. Karla Schuck. Os sujeitos endividados e a Educação Financeira. Curitiba: Educar em Revista. n. 66, p. 157-173, out./dez. 2017

WILLIAMS, Toni. Empowerment of the Whom and for What? Financial literacy Education and the New Regulation of Consumer Financial Services. *Law & Policy*, Denver, p.226-256, 2007.

WILLIS, Lauren E., "Evidence and Ideology in Assessing the Effectiveness of Financial Literacy Education" (2008). Scholarship at Penn Law. Paper 206. http://lsr.nellco.org/upenn_wps/206.

1.9 Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade do consumidor como reflexo do paradigma jurídico das diferenças na sociedade de consumo moderno⁹

A presente pesquisa surgiu no curso de doutorado, durante o estudo das atualizações do Código de Defesa do Consumidor, ocorridas em razão da Lei n. 14.181 de 2021, na busca de respostas sobre a trajetória histórica da vulnerabilidade, que acaba por fundamentar uma proteção especial ao consumidor e no Brasil, dando ensejo ao seu tratamento no âmbito constitucional, como um direito fundamental e que atua como mola propulsora de constantes atualizações legislativas, ante ao momento vivido, de grandes e importantes transformações na sociedade humana. Tem como objetivo geral, como acima citado, a análise da trajetória histórica do conceito de vulnerabilidade do consumidor até chegar-se ao estágio atual, já que atua como fundamento e justificativa para atualizações constantes na seara do Direito consumerista e posteriormente analisar, a partir da jurisprudência, como os diversos grupos de consumidores hipervulneráveis são tratados pelos Tribunais brasileiros de segundo grau e pelo Superior Tribunal de Justiça. Esta pesquisa obedece e, obedecerá, o método bibliográfico, na medida em que será feita a coleta de dados a partir de artigos, livros, revistas jurídicas e de jurisprudência, buscando obter-se a visão dos tribunais pátrios, sobre os grupos de consumidores em situação de vulnerabilidade extremada. A pesquisa está em fase inicial, com um estudo bibliográfico para coleta de referencial teórico, sendo que na próxima fase, será feita a análise de julgados tratando do tema, buscando ao final

⁹ Trabalho apresentado por *Rossana Teresa Curioni Mergulhão* (UNINOVE).

apresentar como o Poder Judiciário brasileiro analisa e julga as lides consumeristas, quanto aos hipervulneráveis, por exemplo, idoso, analfabeto, mulher, indígenas. Para entendermos o estágio atual do Direito do Consumidor, é importante a análise histórica desse fenômeno. É importante consignar que essa sociedade de consumo tem sua caracterização a partir do Século XVIII (SLATER), no momento em que a Revolução industrial impulsiona a circulação de produtos e serviços em padrões elevados e massificados, se contrapondo à atividade provinciana de mercancia, voltada a interesses básicos de subsistência humana. Segue-se para a Modernidade, em que o Estado liberal tem como paradigma, a igualdade formal. Nesse período, imperava nas relações contratuais de consumo, a autonomia da vontade – *Pacta sunt servanda*; o Estado-Juiz só poderia intervir nos aspectos formais, não havia norma de ordem pública; não se reconhecia o indivíduo em suas categorias/diversidade. A codificação privada não oferecia mecanismos para promoção da equidade negocial e a justiça social. Houve o fortalecimento do abuso do poder econômico, surgimento da produção de massa e do contrato de massa (FONSECA). Esse contexto, qual seja, a ausência de instrumentos de tutela de interesses de grupos heterogêneos, possibilitou a transição para uma segunda etapa de modelo estatal: Estado Social de Direito. Nesse momento em que surge o Estado Social de Direito, no Século XX, busca-se a igualdade substancial para corrigir as desigualdades do liberalismo. Estado passa de simples garantidor a intervir na economia provocando o dirigismo estatal (PINHEIRO E DETROZ). Nos contratos, o dirigismo contratual se caracteriza pela recepção de normas de ordem pública visando recomposição de equilíbrio negocial e justiça social. Paralelamente vai ocorrer o fenômeno da descodificação. O Estado deixou de ser omissor e passou a ser intervencionista (Welfare State), o Estado-providência rompe com o absentismo do Estado Liberal, como se deu na Alemanha com a Constituição de Weimar (1919) – art. 151. O Direito Privado passa a ser

influenciado e permeado por elementos de Direito Público, os preceitos constitucionais passam a reger e influenciar as relações jurídicas privadas. Ocorre que essa posição passa a gerar dificuldade para o Estado manter esses programas de assistência e então burocratizou-se e buscou recursos pela abusiva e excessiva cobrança de tributos. Surge a necessidade de novo modelo estatal, abandonam-se a igualdade formal da Revolução Francesa e a igualdade substancial que marcou o final da era moderna, porque o importante não é mais a igualdade, e sim a equidade (ALVES, 2004). A sociedade de consumo se reforma na pós-modernidade. Nesse cenário, surge a sociedade de consumo pós-moderna e o paradigma da diferença. O patrimonialismo cede lugar ao antropocentrismo. Fala-se em dignidade da pessoa humana. O sistema normativo passou a gravitar em torno do ser humano em si considerado, adequando-se suas regras, princípios e até mesmo a hermenêutica (MENDES, 2008). O sistema jurídico novamente se propõe a rearranjos normativos para adequar-se a uma nova ordem social. A relação estabelecida entre pós-modernidade e matriz jurídica pode ser vertida pela expressão era da desordem, especialmente em razão da dissolução de limites herméticos e estanques entre Direito Público e Direito Privado, resultando na aproximação dos domínios jurídicos, conforme EAGLETON (1998, p. 7). Esse período é classificado por quatro elementos segundo AZEVEDO (2012, p. 6): “[...] a) a sociedade é massificada; b) é sociedade moral e juridicamente pluralista; c) é sociedade de informação; e d) é sociedade globalizada”. BAUMAN pondera que essa é uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional (2008, p. 70). Essa nova era prova reflexos na sociedade de consumo. Fabricam-se produtos não para durarem, mas para serem adquiridos como uma confirmação do status social do indivíduo e fator de aceitação na sociedade em que se insere. Como consequência, na sociedade de consumo a

insatisfação é permanente, e isso se dá pela depreciação e pela desvalorização dos produtos de consumo logo após serem realizados conforme desejo do consumidor: a liquefação da dignidade humana se faz a partir de uma série de valores desfeitos, dado que, conforme Bauman, “na hierarquia herdada dos valores reconhecidos, a síndrome consumista degradou a duração e promoveu a transitoriedade. Colocou o valor da novidade acima do valor da permanência”. (Vida Líquida, 2009, p. 109). Tal situação é potencializada pela expansão dos meios de comunicação, fato que gerou por consequência a maior facilidade de oferta de produtos e serviços ao consumidor, muitos dos quais inteiramente supérfluos ao ser humano, mas que o consumidor adquire para atingir sua felicidade por meio da aceitação do grupo social em que pretende ingressar ou permanecer, fato observado por Bauman (Vida Líquida, 2008, p. 74). Esse contexto fomentou a necessidade de criação de um sistema de proteção ao consumidor, numa concretização da tutela das diferenças, que marcam categorias jurídicas facilmente aviltadas pela lógica mercadológica de consumo e produção, a dicotomia existente entre as duas categorias que participam da lógica de consumo, compostas por agentes monopolizadores do processo de produção (fornecedor) e massa consumidora (consumidor). Diante da constatação de diferenças substanciais entre os entes da relação de consumo, a concretização do princípio da dignidade humana e da igualdade se mostrou possível, mediante a correção das assimetrias provocadas pela nova ordem econômica. A situação de vulnerabilidade se cristaliza e assim a idealização de um microssistema de proteção das relações de consumo, no Brasil, é implementada pelo Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1990 (BRASIL, 1990), representando o escopo de solidariedade social e igualdade jurídica substancial em contraponto à inferioridade em que se encontra o consumidor frente ao fornecedor na relação de consumo; em outras palavras, em contrapartida à vulnerabilidade do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor acaba por concretizar o mandamento constitucional

que fixou diretrizes para a tratativa diferenciada da categoria jurídica dos consumidores, contribuindo para classificação do Direito Privado sob tríplice perspectiva: Direito Civil, Comercial e de proteção ao consumidor (MARQUES, 2004, p. 38) e consagra o princípio de vulnerabilidade presumida de todos aqueles se enquadram como consumidores (FILOMENO, 2011, p. 73-74). No Direito privado, passa-se a tratar do conceito de vulnerabilidade, empregado para descrever as condições de inferioridade contratual, determinadas pelas características específicas do consumidor. Nesse mister, o que se pretende tutelar pelo novo conceito de vulnerabilidade (BARBOZA, 2009, p. 107). Esse princípio é tratado como eixo central de regulação das relações consumeristas, com vistas à concretização do princípio da igualdade para os consumidores, no sentido de uniformizar o tratamento jurídico a todos aqueles que se enquadrem nessa condição. Por força das transformações sociais, a vulnerabilidade deixa de ser um conceito estanque e passa a estar sujeito à expansão de seu alcance, diante dos variados graus de exposição que podem ser verificados dentro da própria categoria jurídica de consumidor, e não somente em relação ao fornecedor. Isso se deu porque a acentuação das diferenças do indivíduo contemporâneo apresenta um novo desafio para a efetiva proteção de categorias jurídicas, com reflexos para a sociedade de consumo, como exemplo a questão das categorias jurídicas das crianças, dos idosos, das pessoas com deficiência, dos portadores de enfermidades específicas, dos analfabetos, dentre outras, em que o respectivo enquadramento como consumidores reclama uma tutela mais diferenciada ainda que a dedicada ao consumidor padrão – o denominado consumidor standard. O reconhecimento de diferenças potencializadas dentro da própria categoria jurídica de consumidor indica que o princípio da vulnerabilidade pode não ser efetivo para alçar igualdade e dignidade para todos os consumidores em suas respectivas diferenças. Em outras palavras, à vulnerabilidade é necessário acrescerem-se distinções de graus de exposição e risco jurídico, e,

consequentemente, oferecerem-se tutelas qualitativas diferenciadas. Nessa esteira, Nishiyama e Densa (2011), observando-se alguns fatores que atuam na distinção dos graus de exposição e risco jurídico, como idade avançada ou reduzida, situação de enfermidade e outros mais que importem fragilização e vulnerabilidade do consumidor em nível maior que o comum na exposição ao produto ou serviço oferecido pelo fornecedor ocasionam um grau intensificado de inferioridade na relação de consumo e, assim, configuram um tipo de vulnerabilidade mais grave, ao que se convencionou chamar hipervulnerabilidade. No Brasil, verificou-se um desafio inicial do direito do consumidor: (i) determinar a amplitude do campo de aplicação do CDC, a partir da discussão acerca do conceito de consumidor, e (ii) consolidar a vulnerabilidade do consumidor como princípio. Fernando Costa de Azevedo sugere que se passa observar uma nova fase, em que a manutenção da efetividade parece estar condicionada à interpretação dialogada entre fontes normativas e ao reconhecimento da insuficiência do princípio da vulnerabilidade, devendo ser observadas as hipóteses de seu agravamento (AZEVEDO, 2013). Ao tratar-se da definição da vulnerabilidade, faz-se oportuno lembrar a conceituação de Marques de que “é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, p. 104). Observa-se que a doutrina acaba por indicar vários tipos de vulnerabilidade: (i) a técnica, (ii) a jurídica ou científica, (iii) a fática e (iv) a informacional (MARQUES, 2014, p. 322). Moraes destaca outros tipos: (i) a vulnerabilidade política ou legislativa, (MORAES, 1999, p. 132-144); (ii) a vulnerabilidade biológica ou psíquica, (MORAES, 1999, p. 152); e (iii) a vulnerabilidade ambiental (MORAES, 1999, p. 174). Nessa linha histórica chega-se ao conceito de hipervulnerabilidade, consignando-se, como importante, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça,

explicitado no voto do Min. Herman Benjamin na relatoria do Recurso Especial nº 586316/MG: O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas. (BRASIL, 2007, versão online). Depreende-se, em breve síntese, pela própria natureza da noção de vulnerabilidade e do reconhecimento dado pela Constituição Federal de 1988 da importância da defesa do consumidor, que não parece possível deixar de redobrar a atenção e a proteção sobre determinados grupos da sociedade. Passa-se a enxergar uma “escada de graduação da vulnerabilidade (geral ou agravada)” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 197). Em que “certas qualidades pessoais do consumidor podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento de vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 201) A doutrina conceitua a hipervulnerabilidade, porém considerando as peculiaridades desse trabalho, nesse momento, adota-se o conceito de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, para quem “seria a situação social, fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor” (2014, p. 201). Pode-se compreender, assim, que a vulnerabilidade agravada, ou hipervulnerabilidade, é produto da soma da vulnerabilidade intrínseca ao consumidor e da fragilidade que afeta grupos ou pessoas específicas, isto é, sendo inerente e especial à situação pessoal de determinado consumidor (SCHMITT, 2014, p 219). Mas quem seriam os

grupos de consumidores hipervulneráveis, isto é, quais as características pessoais, juridicamente relevantes, que ensejariam o reconhecimento de um agravamento de vulnerabilidade? Para parte da doutrina, somente são identificáveis diante de expressa previsão constitucional, que reconheceu categorias jurídicas diferenciadas, quais sejam: pessoas com deficiência, idosos e crianças e adolescentes. Neste sentido: Roberta Densa e Adolfo Nishiyama, 2010). Para outra corrente, o grau de hipervulnerabilidade pode se manifestar em pessoas e grupos não albergados no texto constitucional, mas que apresentem ostensivo agravamento de sua posição jurídica perante a sociedade de consumo. Nesse exemplo, fatores como: analfabetismo, condição social e saúde atuam como potencializadores da condição de vulnerabilidade. Neste sentido: MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 202 e AZEVEDO, 2013. Nessa esteira, Sergio Sebastián Barocelli destaca que a análise dos grupos incluídos na Constituição Federal do Estado é um primeiro passo na busca para identificar de quem se fala ao se tratar de hipervulneráveis no consumo. No entanto, a análise não se estancaria por aí. Ressalta, nesse sentido, que “Tratados internacionais de direitos humanos também respondem a essa preocupação.” (BAROCELLI, 2017). E destaca, ainda, que a questão não envolve uma lista fechada que excluiria outras situações particulares enxergadas na sociedade. Assim, a identificação do agravamento de vulnerabilidade será possível a partir da análise de múltiplos fatores que possam enfraquecer ainda mais o consumidor na relação frente ao fornecedor, atentando-se às peculiaridades do caso concreto. A título exemplificativo, sobre a delimitação de critérios: fatores biológicos; sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos; vinculados ao próprio consumo; e até geográficos a serem considerados para que se analise a ocorrência de agravamento da vulnerabilidade (PASQUALOTTO; SOARES, 2017). Para compreender o agravamento de vulnerabilidade é importante de observar as consequências de seu reconhecimento. Nessa perspectiva, parte-se, a título de esclarecimento, da

situação trazida por Pasqualotto e Soares, no que denominaram “exemplo da faca”. VIEGAS traz ponderação importante, quanto ao caso do consumidor analfabeto: Vale, aqui, a comparação do “exemplo da faca” com a situação em que a suposta ciência sobre as condições de determinado contrato é passada a consumidor analfabeto exclusivamente por meio de instrumento contratual por escrito. Portanto, traça-se um paralelo em que o reconhecimento de agravamento de vulnerabilidade do consumidor impactará em um reforço de dever do fornecedor. Acaba que observar essa diferenciação evidencia uma visão aprofundada, em um sentido de igualdade e de justiça materiais (AZEVEDO, 2013) – verdadeiros fundamentos para atuação positiva do Estado no reequilíbrio das relações. Com efeito, decorre do reconhecimento das situações de vulnerabilidade agravada, ou da distinção entre vulneráveis e hipervulneráveis, a necessidade de implementação de tratamento jurídico diferenciado, sob pena de estar o Estado a afastar-se de seu dever constitucional de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88) (AZEVEDO, 2013). A reflexão que se propõe, nesse sentido, consiste em observar a relevância em promover-se a diferenciação dos consumidores entre si, levando em conta suas características e especificidades, para que se atinja, de fato, a efetiva proteção deste sujeito de direitos. Em outras palavras, para se exemplificar a necessidade de tratamento em conformidade às peculiaridades de cada consumidor – ou de cada grupo de consumidores – é preciso compreender que deixar de observá-las acarretará situações em que a presunção formal de vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC) não será mais suficiente (VIEGAS, 2019). Trata-se, na realidade, de reconhecer a insuficiência da interpretação meramente formalista se o objetivo constitucional é de proteção. Aliás, identificar o agravamento de vulnerabilidade tem por corolário o aprofundamento de dever do fornecedor. Ora, se a origem do CDC revela o intuito de retomar o equilíbrio das relações de consumo – inerentemente desiguais –, parece que levar em consideração as

peculiaridades fáticas dos consumidores juridicamente relevantes é, em verdade, avançar à etapa de manutenção da efetividade da proteção. Permite-se concluir que negligenciar tais especificidades, seria nocivo aos interesses manifestados expressamente na Constituição Federal e, ainda, um passo atrás na trajetória consumerista. Nesse mister, a eficiência dos meios de proteção ao consumidor depende não somente do esforço interpretativo para reconhecimento de um nível agravado de vulnerabilidade dentre os grupos de consumidores, mas também de tutelas jurídicas individualizadas e qualificadas para efetivação de igualdade jurídica e dignidade humana para os diferentes sujeitos de Direito. Isso implica dizer que, se antes a proteção jurídica das relações de consumo era feita com centralidade nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, no contexto de vulnerabilidade agravada, a defesa do consumidor dar-se-á por meio do diálogo de fontes entre CDC (BRASIL, 1990a) e Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990b), Estatuto das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2015) e demais legislações aplicáveis. A continuidade desse trabalho visa, a partir da análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros, identificar, quais as especificidades são levadas em consideração e conseqüentemente, qual o grau de efetividade de proteção que a legislação consumerista proporciona aos consumidores hipervulneráveis.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Hipervulnerabilidade; Diferenças; Consumidor; Pós Modernidade.

Referências

- ALEMANHA. Constituição (1919). Constituição de Weimar. Weimar, 1919. Disponível em: https://www.google.com/search?q=%3Chttp%3A%2F%2Fwww.documentarchiv.de%2Fwr%2Fwrw.html&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR940BR941&oq=%3Chttp%3A%2F%2Fwww.documentarchiv.de%2Fwr%2Fwrw.html&aqs=chrome..69i57.1333j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 12 ago. 2021.
- ALVES, Eliana Calmon. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil: temas limítrofes. Biblioteca Digital Jurídica do STJ (BDJUR-STJ), 15 jun. 2004. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/166/C%3%B3digo_Defesa_. Acesso em: 10 ago. 2021.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no

contexto da sociedade de consumo contemporânea. I Seminário Internacional “Imagens da justiça, currículo e educação jurídicas. Pelotas. Disponível em: <http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20> . Acesso em: 12 ago. 2021.

BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (Coord.). Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

BAROCELLI, Sergio Sebastián. Rumo à construção da categoria consumidores hipervulneráveis. Revista de Direito do Consumidor, vol. 113/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/out de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 533-558

Vida Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BERMAN, Marshall. Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade. Tradução Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia de Bolso, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 108.079/MG, da 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575.469/RJ, da 4ª Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF, 18 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316/MG, da 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 17 de abril de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: . Acesso em 24 Set. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. rev. e ampl. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2004. GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 2013, v. 22, no 86, p. 65-74.

EAGLETON, Terry. As ilusões do pós-modernismo. Tradução Elisabeth Barbosa. São Paulo: Zahar, 1998.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 533-558 556.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos do Direito. Tradução Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 51, jul./set. 2004, p. 34-67.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do Idoso. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MENDES, Eunice de Alencar. Dignidade da pessoa humana: atuação na ordem jurídico-constitucional brasileira e sua irradiação nas relações entre particulares. BDJur. Brasília, 19 nov. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/> . Acesso em: 20 mai. 2016.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. Revista de Direito do Consumidor, vol 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/out. 2010.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM Bruno (Org.). Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2011.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A proteção contratual no Código de Consumidor e o âmbito de sua aplicação. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru: no 23, p. 275-308, ago./nov. 1998.
- PASQUALOTTO, Adalberto e SOARES Rampazzo Flaviana. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. Revista de Direito do Consumido, vol. 113/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais set/out. de 2017.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Curitiba, v. 2, no 4, dez. 2012, p. 129-164.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira Bernardes; FELIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 533-558
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A Globalização e as Ciências Sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SASSE, Cíntia. As armadilhas do crédito consignado. Jornal do Senado, 3 set. 2013. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496544>. Acesso 12 ago. 2021.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.
- SLATER, Don. Cultura de consumo & modernidade. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Grupo de Trabalho II - Superendividamento

2.1 A aplicação do mínimo existencial à lei do superendividamento: a (im)possibilidade de sua parametrização¹⁰

¹⁰ Trabalho apresentado por *Amanda Donadello Martins* (PUC/RS; ORCID 0000-0002-5226-0440).

A Lei n. 14.181/2021 inovou ao disciplinar, por meio de alteração do Código de Defesa do Consumidor, a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor. Cumprindo com o propósito de solucionar problema que atinge mais de 50% das famílias brasileiras, tratou, além dos parâmetros de fornecimento de crédito, sobre sua conceituação, a partir do que estabeleceu como superendividamento a impossibilidade manifesta do consumidor de boa-fé de quitar suas dívidas sem o comprometimento de seu mínimo existencial. Nessa nova dinâmica, a antiga definição de endividamento e superendividamento como aquele atribuído ao consumidor que consegue adimplir suas dívidas faticamente e o que não consegue, não mais se revela como parâmetro. Nesta seara, a definição do que seria mínimo existencial conduz a novos questionamentos, notadamente, no que concerne ao estabelecimento de balizadores de crédito em relação ao comprometimento salarial, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, assim como do próprio mínimo existencial enquanto direito fundamental implícito e do núcleo essencial dos direitos fundamentais à saúde, à moradia e ao trabalho. Assim, o problema que a pesquisa visa a enfrentar é: seria possível estabelecer critérios fechados para balizar o mínimo existencial em relação ao comprometimento de renda, com vistas à conceituação de superendividamento? Tal posição encontraria assento constitucional e na própria teleologia da Lei n. 14.181/2021? O objetivo geral do trabalho, portanto, é investigar acerca da possibilidade de parametrização do mínimo existencial, verificando sua constitucionalidade e conformação à teleologia da lei do superendividamento. Os objetivos específicos, ainda, residem na análise do texto legal, bem como da doutrina e jurisprudência, não apenas em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, mas também de outros ordenamentos jurídicos, com vistas à localização de possíveis soluções. A metodologia proposta para atingir os objetivos é a hipotético-dedutiva, com complementação da metodologia dialética. Os métodos utilizados consistem

em levantamento e revisão bibliográficos, documentais e análise de jurisprudência. Levando em conta o estágio inicial desta pesquisa, em termos de resultados, espera-se analisar, com profundidade, a maneira com que a literatura especializada e jurisprudência internacional se posicionam acerca desta temática, tão em voga e essencial à democracia brasileira.

Palavras-chave: Superendividamento; Mínimo Existencial; Critérios Abertos; Critérios Fechados; Parametrização;

Referências

- BERTONCELLO, Karen. Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- D'AQUINO, Lúcia Souza; PALACIO, Lucca Peracchi Pinheiro Machado. Diálogos entre o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor para a proteção do consumidor superendividado. In: Claudia Lima Marques; Luis Alberto Reichelt. (Org.). Diálogos entre o Direito do Consumidor e o novo CPC. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81-102.
- MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando R. Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado. Revista Consultor Jurídico, 19 de maio de 2021.
- MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre a lei 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. Revista de Direito do Consumidor. vol. 137/2021. p. 387-405. Set-Out. 2021.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Código brasileiro de defesa do consumidor: análise crítica após um quarto de século de vigência e perspectivas de futuro. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 2017, p. 1-26, 2017.
- RIBEIRO, Paulo Dias De Moura; STASI, Mônica di. O Superendividamento dos Consumidores no Brasil: A importância da aprovação a Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia COVID-19. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, v. 136, p. 49-65, 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan.-mar. 2007.
- SCHIMDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Revista da SJRJ. Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184, 2009.

2.2 Superendividamento do consumidor: Os contratos de empréstimos cíclicos e a responsabilidade civil de quem os concede¹¹

Tornou-se muito corriqueiro obter crédito junto às financeiras com o intuito de quitar uma dívida de empréstimo já existente; no entanto, muitas vezes, ao invés de diminuir as obrigações que já possui, o consumidor se envolve em um ciclo de créditos sucessivos que o impede de

¹¹ Trabalho apresentado por *Angieli Pereira da Cruz* (UFGD).

liquidar qualquer uma das suas dívidas. Portanto, o objetivo desse trabalho é analisar como ocorre a oferta e aquisição desses contratos subsequentes e intermináveis, e a partir daí estudar a responsabilidade civil das instituições financeiras que, mesmo cientes dos vários empréstimos já contratados pelo consumidor, insistem em contribuir para o aumento desse rol e conseqüentemente inflar o superendividamento do consumidor, utilizando como ferramentas práticas abusivas, como a falta de informação para levar o consumidor a contratar um novo empréstimo. Essa pesquisa se fundamenta em dados coletados junto ao PROCON, realizando um diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 14.181/21, que resguardam o mínimo existencial necessário para as pessoas que estão em situação de superendividamento e regulam a concessão de crédito realizada pelos fornecedores. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, buscando analisar o problema e discutir ferramentas e possibilidades para atenuar e até mesmo extingui-lo. Essa investigação está na fase de coleta de dados e estudo das respectivas legislações. Deste modo, almeja-se que, como essa pesquisa, haja muitos outros estudos sobre o tema que é de suma importância e que se diminua a disparidade que existe entre o fornecedor e o consumidor em situação de superendividamento.

Palavras-chave: Superendividamento; Consumidor; Empréstimos; Contratos Sucessivos; Portabilidade.

Referências

CAPAZ, Fernando. Nova lei do superendividamento: uma rápida visão. Conjur. disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/controversias-juridicas-lei-superendividamento-rapida-visao>. outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 14.181/21, de 1º de julho de 2021. Alterou dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Diário oficial da união: seção: 1, Brasília, DF, julho. 2021.

2.3 A concessão responsável no crédito ao consumo: os efeitos da expansão indiscriminada do crédito no superendividamento¹²

A presente pesquisa tem como problema as condições em que são realizadas a concessão de crédito ao consumo se constitui em um dos principais termômetros da saúde financeira de uma sociedade. Países desenvolvidos e com alta confiança econômica possuem diversas modalidades de crédito que beneficiam o desenvolvimento de sua população, como por exemplo, o fomento de linhas com taxa de juros diferenciadas e pagamento facilitado. Em contraponto, nos países emergentes, ou que possuem uma economia e um sistema político e jurídico instável, acaba desenvolvendo-se um mercado de acesso ao crédito de altíssimo risco, e invariavelmente as condições impostas pelo mercado traduzem-se em altas taxas de juros. Neste último caso se enquadra o Brasil. O País é conhecido pelas altas taxas de juros voltadas à pessoa física, principalmente para os consumidores que possuem débitos já vencidos e que se encontram nos cadastros de proteção ao crédito, os chamados negativados. Esse cenário desfavorável de acesso ao crédito é um fertilizante para o surgimento de um quadro epidêmico de superendividamento, pois a necessidade de se desenvolver e se manter com dignidade acabam passando, por fim, pela aquisição do crédito que é ofertado em condições muitas vezes abusiva. Diante disso, o objetivo da pesquisa é analisar a concessão de crédito responsável, seus princípios e deveres, e, de igual forma, a responsabilidade da instituição que concede, do consumidor que consome e do Estado que, através de políticas públicas, deve ou deveria tutelar a relação de consumo crédito. A metodologia empregada é a revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema. O estágio da investigação encontra-se na revisão da bibliografia pertinente.

¹² Trabalho apresentado por *Gabriel Fraga Hamester* (PUC/RS; ORCID 0000-0001-5137-4289).

Palavras-chave: Superendividamento; Mercado de Crédito; Direito do Consumidor.

Referências

- CARVALHO, Diógenes Faria; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento (des)encontros entre dignidade e a esperança. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- CARVALHO, Diógenes Faria; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria reste à vivre. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, v. 118, jul./ago., 2018.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli. Direito do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHMIDT NETO, André Perin. Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil. Curitiba: Juruá, 2012.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

2.4 Contratos de empréstimos consignados a aposentados e superendividamento¹³

Houve rápido crescimento no número de idosos no país, e juntamente com o crescente envelhecimento, estratégias de disponibilização de rendas regulares e estáveis para manutenção do bom viver destes. O idoso adentrando ao mercado com renda estável se tornou interessante para os bancos que passaram a utilizar de marketing maçante visando atraí-los para contratação do crédito consignado. O presente trabalho tem por objetivo, analisar a hipervulnerabilidade dos consumidores idosos, pois estes ao se inserir no mercado, passam a ser considerados vulneráveis, apenas por estabelecer relações de consumo, entretanto, em se tratando de indivíduos que por vezes já possuem comorbidades físicas ou psicológicas, essa vulnerabilidade é agravada. Embora seja notado mecanismo na legislação brasileira que visem e proteção do consumidor, o idoso por sua

¹³ Trabalho apresentado por *Joice Brito Martins (FUNORTE) e Gabriel Pedro Damasceno (FUNORTE)*.

vulnerabilidade ainda tem sido vítima de fraudes, levando a um aumento considerável de processos e reclamações nos órgãos competentes, demonstrando que existem debates a serem feitos em torno de sua correta proteção. A pesquisa se efetivou com base nas dissertações das visões teóricas dos doutrinadores a apresentando visões normativas sobre o tema de forma a constituir juntamente a leitura dos textos a base de referência para análise e discussão do problema de pesquisa e objetivos. Foram analisados documentos de publicação de órgãos oficiais como as leis editadas pelo Planalto e publicações efetuadas pelos próprios tribunais que possam ter relação como tema proposto para estudo neste projeto .A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida tanto em biblioteca física quanto virtual de forma e efetivar o levantamento do material disponível sobre o tema com o intuito de selecioná-la e efetivar a revisão de literatura o que, se torna uma forma complementar e interdependente, em certa medida, do método descritivo. O idoso tem a sua vulnerabilidade agravada quando se trata das relações estabelecidas no mercado de consumo. O número de reclamações e processos de fraude tem sido crescente no país, entretanto a solução não está em novas leis, mas sim na correta interpretação e conexão das já existentes

Palavras-chave: Mercado de Consumo; Consumidor Idoso; Superendividamento; Vulnerabilidade.

Referências

- BELBENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe e MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.30-31.
- CAMARANO, Ana Amélia e PASIANTO, Maria Teresa. Introdução in: Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?, Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho L. da; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilidade da proteção ao salário. Revista de Direito do Consumidor. v. 19. n. 76. São Paulo: Ed. RT. out.-dez. 2010.
- DOLL, J.; CAVALLAZZI, R. L. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. Revista Brasileira do Direito do Consumidor, São Paulo, v. 107, p. 309-342, 2016.

MIRAGEM, apud NISHIYAMA, Adolfo. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 76, out/dez 2010. p. 27

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. As fraudes e abusividades contra o consumidor idoso nos empréstimos consignados e as medidas de proteção que devem ser adotadas para coibi-las. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 26, v. 109, jan-fev/2017, p. 397 a 421.

NETO, Yttrio Corrêa da Costa. Bancos oficiais no Brasil: origens e aspectos de seu desenvolvimento. 1. ed. Brasília: Banco Central do Brasil, 2004. 156 p. NÚMERO de empréstimo consignado de aposentados aumenta em março. [S. l.], 28 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/numero-de-emprestimo-consignado-de-aposentados-aumenta-em-marco-28042020>. Acesso em: 17 jun. 2020.

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*. V. 18 n. 116, p. 533-558, Out. 2016./Jan. 2017. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2017, p. 549-550.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao código de defesa do consumidor: lei 8.078 de 11.09.1990. 5ª ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2002. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 70, abr./jun. 2009, p. 139-171

2.5 Saúde mental do consumidor superendividado: A responsabilidade objetiva das instituições financeiras na qualidade de vida dos brasileiros¹⁴

É muito comum encontrarmos no Brasil pessoas que já receberam ligações de instituições financeiras ofertando créditos, empréstimos, cobrando alguma dívida do titular da linha telefônica ou até mesmo de terceiros desconhecidos. O grande problema dessas inconvenientes ligações dos bancos é que elas costumam ser repetitivas, não possuem limite de horário para contatar o cliente, não fornecem a segurança necessária para o consumidor, pois diante de inúmeros golpes inovadores que surgem por segundo no Brasil, não existe total confiabilidade de que é realmente a instituição financeira que está ligando para o indivíduo. Estas insistentes importunações telefônicas podem causar sérios transtornos emocionais e mentais nas pessoas, pois afeta diretamente a rotina diária do ser humano. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2003 constatou – se que as condições socioeconômicas podem

¹⁴ Trabalho apresentado por *Gabriela Ferreira Santos* (Universidade Federal Da Grande Dourados) e *Marcio da Costa De Castro* (Universidade Federal Da Grande Dourados).

interferir na probabilidade de ambos os gêneros desenvolverem sintomas depressivos. O acesso ao crédito facilitado disponibilizado pelas instituições financeiras é de grande valia para os cidadãos brasileiros, tendo em vista a maior eficácia dos direitos fundamentais dos mesmos, ao passo que oportuniza a aquisição de bens a inúmeros consumidores que não os alcançariam sem o crédito bancário. Diante dessa realidade, o objetivo é investigar o grau de vulnerabilidade dos consumidores brasileiros diante de tantas propostas de crédito facilitado e de que forma o Superendividamento influencia na saúde mental, emocional e financeira das pessoas. Para compreensão de tais questões, será realizada uma explanação acerca do assunto proposto, pesquisa de campo com entrevistas as profissionais de saúde mental e a coleta de dados por meio de um questionário aplicado com clientes de instituições financeiras. Por fim, é imprescindível muita cautela ao contratar algum tipo de crédito bancário, tendo em vista as incômodas ligações posteriores à contratação do crédito e as possibilidades de desenvolver um transtorno mental ou emocional devido ao Superendividamento.

Palavras-chave:saúde mental; superendividamento; instituições financeiras; crédito facilitado.

Referências

- IBGE: “A Síntese dos Indicadores Sociais 2008 - Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira”. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 2021.
- IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 2021.

2.6 Superendividamento e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC: perspectivas para uma resolução pré-processual¹⁵

¹⁵ Trabalho apresentado por *Lucas Gonçalves Conceição* (Universidade Católica de Pelotas) e *Luis Henrique Eslabão Faria* (Universidade Católica de Pelotas).

O início da vigência da Lei 14.181 fez com que o ano de 2021 passasse a ser considerado o segundo grande marco do Direito do Consumidor brasileiro, ficando atrás apenas da elaboração do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em 1990. Isso porque a Lei do Superendividamento criou uma nova lógica de pensar os débitos provenientes de relações jurídicas de consumo, sob a perspectiva da insolvência civil, a exemplo da recuperação judicial de pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de entender o fenômeno do superendividamento como uma “crise de solvência e liquidez do consumidor (com reflexos em todo o seu grupo familiar), crise que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, comparável a uma espécie de ‘morte civil’ (SULLIVAN; WARREN; WESTBROOK, 1989): a ‘morte do homo economicus” (MARQUES, 2012, p. 408). A partir desta definição e com foco predominantemente conciliatório, o tratamento do consumidor superendividado foi pensado pelo novel diploma em duas perspectivas: uma pré-processual e outra processual. Sabe-se, por outro lado, que a conciliação e a mediação passaram a ocupar papel central dentro do sistema processual civil brasileiro, especialmente após o início da vigência do Novo Código de Processo Civil. Antes disso, ainda em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125 dispondo sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, no âmbito do Poder Judiciário, berço dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC. Atualmente o CEJUSC, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vem mostrando bons resultados e uma adesão cada vez mais substancial da comunidade jurídica. Diante disso a pergunta que exsurge: o CEJUSC seria local adequado para resolver demandas pré-processuais que envolvam Atualmente o CEJUSC, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vem mostrando bons resultados e uma adesão cada vez mais substancial da comunidade jurídica. Diante disso a pergunta que exsurge: o CEJUSC seria

local adequado para resolver demandas pré-processuais que envolvam superendividamento? Para tanto, foi realizada uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório. O método de pesquisa adotado foi o bibliográfico, com enfoque nas principais fontes do direito e com método de abordagem indutivo. Como resultados, chegou-se à conclusão de que o CEJUSC pode sim ser espaço para resolução pré-processual de demandas que envolvam o superendividamento. Primeiramente porque além de ter principiologia compatível, dispõe de conciliadores já capacitados pelo Tribunal e com ampla experiência conciliatória nas mais variadas áreas do direito, especialmente cível e do consumidor. Segundo porque o CEJUSC já está instalado nas principais Comarcas do país, e no Estado do Rio Grande do Sul está acessível a todas as cidades. Terceiro porque dispõe de ferramental para fazer cumprir o Art. 104-A, §2º do CDC, seja por força de sanção atribuída pelo juiz Coordenador, seja através do enunciado 53 do FONAMEC. Por último, porque possuem grande proximidade com Faculdades de Direito, o que pode trazer importantes contribuições na elaboração do plano de pagamento.

Palavras-chave: Superendividamento; CEJUSC; Pré-processo.

Referências

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DeJT – CNJ de 01/12/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 03 nov. 2021.

MARQUES, Claudia 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 de presidência. Brasília/DF, v. 13, n. 101, p. 405-424, jan. 2012. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/119/111>. Acesso em: 03 nov. 2021

MARQUES, Claudia 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 de presidência. Brasília/DF, v. 13, n. 101, p. 405-424, jan. 2012. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/119/111>. Acesso em: 03 nov. 2021

2.7 Análise crítica de precedentes do STJ em demandas envolvendo contratação de crédito por pessoa idosa¹⁶

A estabilização econômica e a promulgação da Lei 10.820/2003, que criou o empréstimo consignado, democratizaram o acesso ao crédito no Brasil. Ocorre que o crédito facilitado tem levado ao superendividamento da população, especialmente dos idosos. Hipervulneráveis, esses consumidores são habitualmente assediados e pressionados para a contratação de empréstimos, por vezes aderindo sem compreender os riscos e não raramente comprometendo o mínimo existencial e, em consequência, a sua dignidade. A Constituição Federal de 1988 (CR/88) prescreve a defesa do consumidor e a proteção especial ao idoso, mandamentos plasmados no Código de Defesa do Consumidor (CDC). A Lei 14.181/2021 destina-se a prevenir e tratar o superendividamento, reforçando e sistematizando as disposições de direito material já existentes no CDC. O problema que se coloca é saber se o Poder Judiciário está sensibilizado para a resolução de demandas envolvendo a contratação de crédito por pessoas idosas, de modo a verificar se a Corte tem aplicado o sistema de proteção especial traçado pela CR/88 e pelo CDC. Investigar-se-á se a hipervulnerabilidade do consumidor idoso, a proteção ao mínimo existencial e o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana têm sido levadas em consideração pelo Tribunal Superior ao julgar situações de superendividamento. Para tanto, será utilizado o método dialético. A pesquisa bibliográfica servirá à explanação dos principais conceitos referentes ao tema. Verificar-se-á que o Superior Tribunal de Justiça ainda não incorporou totalmente a orientação doutrinária e legislativa no sentido

¹⁶ Trabalho apresentado por *Luciana Budoia Monte* (UNINOVE; ORCID 0000-0002-9537-2127).

de que os consumidores idosos devem ser especialmente protegidos, por vezes conferindo-lhes proteção deficiente e privilegiando os argumentos dos fornecedores, tendentes a privilegiar a livre iniciativa e a autonomia da vontade privada. A investigação está em fase final de revisão.

Palavras-chave: contrato de crédito; superendividamento; mínimo existencial; idoso; hipervulnerabilidade

Referências

- BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18 n. 116, p. 533-558. Brasília, out. 2016/jan. 2017. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 10 set. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Importante capítulo do direito econômico. Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, v. 1, São Paulo, abr. 2011, p. 185-196.
- DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, set./out. 2016, p. 309-341.
- MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. *Política Nacional do Idoso*. Brasília, 2010.
- RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; STASI, Mônica di. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 136, p. 499-65, jul./ago. 2021.
- SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Brasília, v. 26, n. 8, ago. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps082021_final.pdf. Aceso em: 16 out. 2021.

2.8 Consumo, superendividamento, salário mínimo e mínimo existencial: As implicações de uma reflexão a partir do princípio da Dignidade Humana¹⁷

O superendividamento é um estigma social que atinge cerca de 30 milhões de brasileiros, o que culmina na exclusão do consumidor e de sua família do mercado de consumo, arrastando-os à margem da sociedade. Com efeito, essa condição cria tensões, dentro do seio familiar, gerando divórcio, negligência em tratamento de saúde e até danos à educação formal e cultural dos filhos, etc. importando no aniquilamento social do indivíduo, consoante a Marques (2012). Não é à toa que no ano de 2021, foi promulgada a Lei nº 14.181, que inaugura o conceito de pessoa superendividada: toda pessoa natural, de boa-fé, que está manifestadamente impossibilitada de pagar todas suas dívidas de consumo, vincendas ou exigíveis, sem comprometer seu mínimo existencial. Nessa toada, o mínimo existencial é conceito-chave, cuja proteção é mister para se prevenir o superendividamento, porquanto o comprometimento do mínimo existencial é condição obrigatória para tal condição. A despeito de toda controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o mínimo existencial pode ser entendido como “o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana” (TOLEDO, 2017, p. 103). Isto é, seu conteúdo é organicamente constitucional e está relacionado às condições mínimas para que o humano consiga satisfazer suas necessidades materiais e sociais, para se desenvolver plenamente (princípio da dignidade humana), e aos direitos fundamentais sociais mínimos de acordo com Toledo (2017). Todavia, concorrem as prestações positivas e negativas do Estado, o consumo e a capacidade aquisitiva do sujeito, à satisfação desse mínimo existencial constitucional. Por conseguinte, o consumo passa a integrar o mínimo existencial por concorrer

¹⁷ Trabalho apresentado por *Luis Henrique Eslobão Faria* (Universidade Católica de Pelotas).

ao princípio da dignidade humana. Diante da necessidade de uma contraprestação que assegure a emancipação material e social, figura como ferramenta indispensável o salário mínimo, ao qual a constituição incube a função de suprir para além de necessidades que visem dar continuidade à manutenção da vida corporal, incumbindo-lhe a função de assegurar o lazer, a educação, por exemplo. Em consonância com esse entendimento, o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 preceitua que a remuneração de todo homem deve ser compatível com a dignidade humana. Para tais constatações, foi realizada uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório. O método de pesquisa adotado foi o bibliográfico, com enfoque nas principais fontes do direito e com método de abordagem indutivo. Diante do exposto e ao final da pesquisa, concluiu-se pela negativa da problemática: Seria passível de vinculação, em sua integralidade, o salário mínimo a fim de combater o superendividamento? Assim, sendo sua função proteger o mínimo existencial, a partir da perspectiva da dignidade humana, deve ser vedada sua vinculação integral, mesmo a parcial careceria de níveis altos de prudência.

Palavras-chave: mínimo existencial; salário mínimo; superendividamento; princípio da dignidade humana; consumo.

Referências

- 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- CRESCER O NÚMERO DE ENDIVIDADOS; saiba organizar as finanças. Instituto Brasileiro de defesa do Consumidor. São Paulo. 25 de mar. de 2021. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/crece-numero-de-endividados-saiba-organizar-financas>
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. de 2021.

FARIA, Diógenes de Carvalho; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. Revista do Direito do Consumidor. Brasília/DF, vol 118, p. 364-385, jul-ago./2018. Disponível em : <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1236/1162>. Acesso em: 14 nov. de 2021

MARQUES, Claudia 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 de presidência. Brasília/DF, v. 13, n. 101, p. 405-424, jan. 2012. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/119/111>

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial - A construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. Revista de Propriedade Intelectual – Direito contemporâneo e consumidor. Aracaju, Ano VI, Vol. 11 nº 01, p.102-119 Fev/2017. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>

2.9 Resolução 11/2021 Do Mercosul E A Proteção Ao Consumidor Hipervulnerável: Considerações Sobre O Projeto De Código De Defesa Do Consumidor Argentino E A Lei Brasileira Nº 14.181/21¹⁸

Consumidor, segundo a Resolução 34/2011 do MERCOSUL, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela”. Dessa forma, desde a formação do bloco, há a preocupação com a proteção, defesa e harmonização das legislações dos Estados Partes - Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai - em matéria de Direito do Consumidor, sendo a Resolução 11/2021 do MERCOSUL, que dispõe sobre a proteção ao consumidor hipervulnerável, o reflexo da busca por instrumentos uniformes em matéria de defesa do consumidor no âmbito do bloco. Assim, a problemática da presente pesquisa se foca no tocante à harmonização normativa em matéria de Direito do Consumidor, consequência da integração regional proposta pelo MERCOSUL, quanto ao superendividamento, analisando comparativamente o projeto de Código de Defesa do Consumidor argentino, que pretende substituir a Lei de Defesa do Consumidor, com a

¹⁸ Trabalho apresentado por *Marceli Tomé Martins* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ORCID 0000-0003-2911-0177) e *Laila Roxina Moliterno Abi Cheble* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ORCID 0000-0001-9017-2129).

recente Lei brasileira nº 14.181/21, ou Lei do Superendividamento. O conceito de superendividamento em ambas as normas segue o mesmo intuito, partindo da dificuldade do consumidor em pagar as suas dívidas exigidas ou exigíveis, sem comprometer o seu mínimo existencial, conforme a brasileira, ou sem comprometer o acesso e gozo de bens essenciais, para a argentina. O objetivo geral é identificar as semelhanças e diferenças no tratamento extrajudicial e judicial da situação de superendividamento do consumidor, entre ambas as legislações, em conformidade à Resolução 11/2021 do MERCOSUL. Assim como, objetiva-se, de forma específica, a analisar as normativas de proteção ao consumidor hipervulnerável brasileiras e argentinas, compreender as concordâncias normativas quanto ao tratamento da situação de superendividamento, abordar especificamente a fase judicial e extrajudicial do tratamento, assinalar a importância da uniformidade nas medidas de proteção ao consumidor na região mercosulina, dada à proposta de harmonização das normativas e, por fim, abordar a conciliação na renegociação das dívidas como principal ponto de partida para a reinclusão do consumidor superendividado no mercado de consumo. A pesquisa será desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que as legislações estão em conformidade com o objetivo do bloco de harmonização normativa em busca de uma efetiva proteção dos consumidores hipervulneráveis, indo em direção ao proposto na Resolução 11/2021 do MERCOSUL, com subsídios doutrinários e comparativo de legislações. Observa-se a tamanha importância das normas em comento, que trazem um novo paradigma às relações de consumo, tendo ambas a prevenção do superendividamento como ponto principal, trazendo um atualizado rol de direitos básicos e princípios a serem observados no mercado de consumo. Também, os procedimentos de tratamento da situação de superendividamento em prol dos hipervulneráveis se mostra ajustado à dignidade da pessoa humana,

privilegiando a conciliação na renegociação das dívidas e a reinclusão do consumidor superendividado ao mercado de consumo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Superendividamento; MERCOSUL; Argentina; Brasil.

Referências

- ARGENTINA. Projeto de Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>. Acesso em: 18 nov. 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.
- CLÉMENT, María Florencia. Primeras observaciones sobre el Anteproyecto de Actualización de la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 125, p. 429-443, 2019.
- DE LIMA, Clarissa Costa. O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores. 1 ed. Porto Alegre, Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor em transformação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; DE LIMA, Clarissa Costa. Direitos do Consumidor Endividado II: Vulnerabilidade e Inclusão. Porto Alegre, Revista dos Tribunais, 2016.
- MERCOSUL. Comitê Técnico nº 7. Resolução 11/2021. Proteção ao Consumidor Hipervulnerável. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/4116>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- MERCOSUL. Comitê Técnico nº 7. Resolução 34/2011. Defesa do Consumidor - Conceitos Básicos. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2535>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- STIGLITZ, Gabriel. Reforma integral de la ley argentina de defensa del consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 125, p. 143-149, 2019.

2.10 O superendividamento estudantil nos contratos de crédito educativo¹⁹

Busca-se ressaltar no problema de pesquisa a importância da efetivação do direito humano à educação face ao superendividamento

¹⁹ Trabalho apresentado por *Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques* (UNINOVE; ORCID 0000-0001-6941-3573) e *Patrícia Pacheco Rodrigues* (UNINOVE; ORCID 0000-0001-6731-706X).

estudantil, somado as incertezas do mercado de trabalho, alta taxa de desemprego e número de trabalhadores com ensino superior subutilizados. Duas décadas depois da criação do Fies (Fundo de Financiamento Estudantil), do Ministério da Educação, o programa apresenta déficit e dívidas e, segundo dados do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), 52,1% dos estudantes matriculados estão inadimplentes. O acesso à educação superior no Brasil aumentou nos últimos anos, conforme dados do Censo da Educação Superior e, esse aumento pode ser creditado ao Fies (Lei 13.530/17). Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem firmando entendimento sobre vários aspectos desse programa, merecendo destaque o julgamento do REsp. 1.031.694 de 2008. Na decisão prevaleceu que ao Fies não se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Objetiva-se demonstrar que a Justiça brasileira vem por meio de suas decisões agravando o cenário do superendividamento dessas pessoas que enfrentaram a pandemia mundial e ainda enfrentam os desafios na inserção no mercado de trabalho. Nesse cenário, restam prejudicados os valores sociais do trabalho (art. 1º da CF/88), em especial a valorização do trabalho humano a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF/88) e a defesa do consumidor (art. 170, inciso V, da CF/88), este identificado constitucionalmente (art. 48 do ADCT) como um sujeito de direitos especiais, dada a sua vulnerabilidade, necessário protegê-lo para efetivar seus direitos básicos do art. 6.º do CDC e o direito fundamental de proteção do Estado (art. 5.º, XXXII, da CF/88). Nesse contexto, destaca-se a Lei nº 14.181/2021, denominada de Lei do Superendividamento, que atualiza o CDC e reconhece que parcela dos consumidores do Brasil estão superendividados face a democratização do crédito, o que se deu também na seara estudantil com o Fies. Assim, a legislação especial do CDC, deve prevalecer, s.m.j., e ser aplicável aos contratos de crédito educativo que se referem ao Fundo, preponderando a

teoria do diálogo das fontes, trazendo mais harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico e conseqüentemente na jurisprudência, para a realização dos objetivos constitucionais de defesa do consumidor e da educação. Foram superadas as fases da investigação científica da observação, com a aplicação do método hipotético-dedutivo na elaboração das hipóteses, e definida a pesquisa empírica, comparativa e histórica, a partir de levantamento legislativo, jurisprudencial e bibliográfico que levaram ao referencial teórico para fundamentar o tema pesquisado.

Palavras-chave: direito do consumidor; superendividamento; educação; contratos; Fies.

Referências

- BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basílio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos in A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos. Marcelo Benacchio (coord.) Diogo Basilio Vailatti e Eliete Doretto Dominiquini (org.). Curitiba: CRV, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. O debate de Weimar e as origens do Direito Econômico. In Cem anos da Constituição de Weimar: (1919-2019), Editora Quartier Latin, 2020.
- DE LUCCA, Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. II, n. 3, setembro 2012.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MARQUES, Cláudia Lima et al.. Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores, 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, A. B. O consequencialismo jurídico no Direito econômico. In: André Guilherme Lemos Jorge; Guilherme Amorim Campos da Silva; Renata Mota Maciel. (Org.). Direito Empresarial: Estruturas e regulação. 1ed., v. 3, São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2020.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Lua Nova, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.
- SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. Capitalismo Humanista a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos, Fator Caph, Editora: Max Limonad, São Paulo, 2020.
- SCHWAB, Klaus. The fourth industrial revolution. Currency, 2017.

2.11 A Atuação Dos Procons Em Relação Aos Casos De Superendividamento²⁰

A Lei nº 14.181 de 2021 trata sobre a proteção e o tratamento do superendividamento, alterando, sobretudo, os artigos 54 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. O texto dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. Sua sanção é vital já que são latentes os casos de consumidores superendividados, ou seja, que contraem dívidas tão extensas que não conseguem arcar. Daí um número de consumidores que, se encontrando em tal situação, ficam desorientados. O presente artigo procura estudar como a Lei (por ser muito recente) será tratada na esfera administrativa, mais especificamente nos Procons, já que é, em muitas das vezes, o órgão que esses supracitados consumidores recorrem. Para isso, se analisará o posicionamento destes, sobretudo aqueles que são fundações ou autarquias, como o Procon São Paulo e Brasília, já que servem de referência para os demais órgãos espalhados pelo país. Resultados preliminares mostram, por exemplo, a criação do Núcleo de Tratamento ao Superendividamento no Procon-SP, onde são realizadas palestras de Orientação Financeira aos consumidores interessados. Assim como o Procon Brasília organizou, em setembro de 2021, um mutirão virtual para renegociação de dívidas bancárias, envolvendo as instituições BMG, BRB, BRBCARD, Santander e Banco do Brasil. Sendo assim, será tratado no presente artigo a efetividade dessas ações em virtude do cumprimento da lei do superendividamento e a repercussão que podem gerar em Procons na extensão do país.

Palavras-chave: Superendividamento; Procon; Direito do Consumidor; Instituições de crédito; Esfera administrativa.

²⁰ Trabalho apresentado por *Victor Caetano Medeiros* (Universidade Federal da Grande Dourados) e *Lúcia Souza D'Aquino* (Universidade Federal Fluminense, 0000-0002-0838-3566).

Referências

- PROCON SP. Procura pelo programa Superendividados aumenta quatro vezes em agosto. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/elementor-5636>. Acesso em 19/11/2021.
- PROCON DF. Mutirão virtual para renegociação de dívidas começa dia 20, com BMG, BRB, BRBCARD e Santander. Disponível em: <https://www.procon.df.gov.br/7550-2/>. Acesso em 19/11/2021.